

Diálogos

de Derecho y Política

NÚMERO 24 // AÑO 9 // SEPTIEMBRE-DICIEMBRE DE 2019 // ISSN 2145-2784



Revista electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia - Medellín, Colombia
www.udea.edu.co/revistadiálogos

Revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*

© Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
ISSN 2145-2784

Rector

John Jairo Arboleda Céspedes

Decano

Luquegi Gil Neira

**Coordinadora de publicaciones de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

Elvira Yannett Ángel Franco

Director-editor

Leyder Humberto Perdomo Ramírez

Contacto

revistadiálogos@udea.edu.co
www.udea.edu.co/revistadiálogos



Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
<http://derecho.udea.edu.co>
Recepción de correspondencia: calle 70 No. 52 – 21
Teléfono (57-4) 2198854
Medellín – Colombia

Política editorial

Diálogos de Derecho y Política es una revista electrónica de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que se propone contribuir al debate alrededor de los asuntos propios del Derecho y la Política mediante la publicación de artículos producto de la reflexión y la investigación en ambas disciplinas.

Esta revista de carácter cuatrimestral está dirigida a politólogos, abogados, profesionales y estudiantes de las ciencias sociales y humanas estudiosos de estas temáticas y en ella se publican trabajos de autores nacionales y extranjeros interesados en la promoción y divulgación de su conocimiento mediante una política de acceso abierto, por lo que los autores ceden sus derechos patrimoniales a la revista que podrá reproducir el artículo y distribuirlo por los medios que considere pertinentes para su divulgación.

Los artículos deben ser originales y no haber sido remitidos a otra revista simultáneamente. Recibidos y revisados los aspectos formales por el comité editorial, se designan los pares académicos que evalúan el texto siguiendo el principio de anonimato tanto para el autor como para el evaluador. Los textos que cumplan con el proceso de calidad serán publicados en la revista teniendo en cuenta que los planteamientos expuestos por los autores no comprometen a la Universidad de Antioquia ni a su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

La revista electrónica Diálogos de Derecho y Política autoriza la reproducción total o parcial de los artículos publicados en ella, siempre y cuando se cite la fuente y sea con fines académicos. Asimismo, permite el acceso abierto a su contenido, con el objeto de promover la integración del conocimiento y el intercambio global de las experiencias y reflexiones académicas de diferentes investigadores y estudiosos de los temas del Derecho y la Política.

Contenido

Presentación.....	4
-------------------	---

Dossier Cine y derecho

El cine y el derecho: dos narrativas sobre la violencia política en Colombia Gloria Xiomara Mendoza Arroyave y Andrés Felipe Ordoñez Martínez	7
---	---

Injerencia de la comunidad internacional: una reflexión desde el cine sobre el caso de Ruanda Valentina Morales Franco.....	35
---	----

Consecuencias psicológicas de la guerra y su regulación en el DIH a la luz del cine Cristian David Sepúlveda Álvarez y Daniela Estefanía Cadavid Deossa.....	48
--	----

Artículos

Reflexiones para la aplicación de los mecanismos de justicia transicional para agentes del Estado en Colombia desde las exigencias del principio de garantías de no repetición Carlos Esteban Romo Delgado	64
--	----

“Y usted, ¿prestaría sus hijos para la guerra?” Servicio militar obligatorio en el posacuerdo colombiano Vanezza C. Escobar Behar.....	83
--	----

Globalización, emprendimiento e innovación en la ciudad de Medellín: Un dispositivo para la construcción de sujetos en el marco de la ciudad capitalista José Alejandro Sanín Eastman.....	101
--	-----

Desarrollo y actualidad normativa de los contratos de interés público derivados del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia de 1991 Ana María Perdomo Hernández.....	124
---	-----

Mejor trabajo de grado, modalidad artículo

El estatus de los animales no humanos en el ordenamiento jurídico colombiano: Una visión prospectiva de su reconocimiento a partir del ejercicio hermenéutico de los operadores jurídicos de las altas cortes Santiago Tamayo Pemberthy	150
---	-----

Presentación

Este número de la revista contiene cinco artículos correspondientes al espíritu crítico y al compromiso social, norte de la actividad académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, nuestra casa.

En ese sentido, el conflicto armado, sus dinámicas y las mejores vías para su superación, siguen siendo temáticas de recurrente abordaje desde el derecho y la política; temática que en este caso contiene dos elaboraciones.

De un lado, el artículo de Carlos Esteban Romo centra su preocupación en comprender por qué agentes estatales que incurrieron en violaciones a los Derechos Humanos en el marco del conflicto armado e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, han de recibir beneficios propios de la Justicia Transicional. Para ello da trascendencia al contexto político particular, desde el cual observar la justicia como valor deseable, en el que la paz cede a la justiciabilidad punitiva, incluso para los operadores estatales de la violencia. Finalmente, el autor propone algunas medidas institucionales para superar el carácter estructural del conflicto y hacer de la No Repetición la consigna de acción de la transición.

Desde una perspectiva que coincide con una de las medidas sugeridas por Romo, Vanezza Escobar observa críticamente el servicio militar obligatorio en el contexto de los Acuerdos de Paz entre el Estado colombiano y las FARC-EP, concluyendo que ese servicio no se eliminó, para en cambio tener algunos cambios que lo que hacen es perdurar desigualdades y barreras de acceso a los derechos de los ciudadanos.

De otro lado, la perspectiva crítica de nuestros artículos se extiende hacia el tratamiento que hace José Alejandro Sanín, de la mano del Semillero de Investigación en Estudios Contemporáneos de la Política de nuestra Facultad. En su texto, el autor devela como la innovación y el emprendimiento implementados en la ciudad de Medellín son reflejo de la inserción ideológica y pragmática del neoliberalismo en las construcciones políticas colombianas, lo que Sanín sintetiza en la comprensión de un ejercicio de gubernamentalidad.

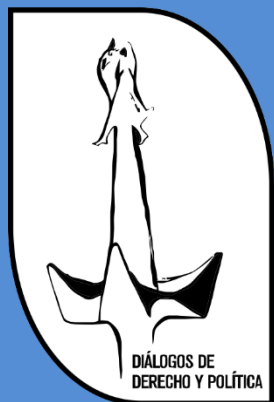
Ana María Perdomo aborda una preocupación política desde una perspectiva jurídica, la de los actos de corrupción que pueden enquistarse en la designación de recursos públicos para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro. En esa vía la autora hace un análisis del Decreto 092 de 2017 y el desarrollo que este contiene de antecedentes normativos para ese tipo de contratación.

Continuando con la política publicar en cada número dossiers temáticos, esta vez optamos por dar a conocer una serie de tres artículos escritos por algunos de nuestros estudiantes, quienes cursaron la Profundización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, a cargo del profesor Juan Pablo Acosta.

El docente y los estudiantes se ocuparon de auscultar la relación entre el cine y el derecho, desarrollando algunos análisis pertinentes para el contexto colombiano, en torno de las narrativas que uno y otro contienen de los hechos de victimización durante la guerra, las consecuencias psicológicas de esta y la injerencia de la comunidad internacional en contextos de conflictos armados. Es de resaltar el interés reflexivo de los estudiantes sobre el genocidio, práctica reprochable que incluso ha sido considerada -y debe seguirse considerando- para algunos casos de exterminio masivo y sistemático en Colombia, motivados en la anulación de las diferencias políticas.

Por último, nuestra revista sigue siendo escenario de divulgación y -sobre todo- de exaltación de los mejores trabajos de grado de nuestros estudiantes. Esta vez se trata del trabajo de Santiago Tamayo, quien abordó los pronunciamientos de las altas cortes colombianas sobre el estatus de los animales no humanos; el autor halla que tales partieron de un paradigma antropocéntrico, giraron hacia un modelo ecocéntrico y en prospectiva podría devenir en un reconocimiento expreso de los derechos de los animales. En favor de este sentido, Tamayo da razones de tipo hermenéutico y filosóficos que así lo indican.

Leyder Humberto Perdomo Ramírez
Director / Editor



Dossier

Cine y derecho





El cine y el derecho: dos narrativas sobre la violencia política en Colombia

Gloria Xiomara Mendoza Arroyave¹
Andrés Felipe Ordoñez Martínez²

Resumen

Los caminos transitados a través de la observación de los documentales *Nos están matando* (2018), *Pizarro* (2015) y *El baile rojo: Memoria de los silenciados* (2003), nos llevaron a indagar, a través de un rastreo documental, por conceptos del derecho internacional de los derechos humanos. Esta triada audiovisual, desde diferentes estilos estéticos y narrativos, así como en diferentes momentos históricos, dan cuenta de la forma cómo se ha expresado la violencia política en Colombia, pero también, de la manera cómo a través de mecanismos jurídicos sus víctimas han buscado dignificar sus vidas. Este artículo se propone presentar el derecho y el cine como lenguajes que narran desde sus formas un mismo fenómeno: aquí encontraremos que el último va más allá de los nombres y nos presentan las vidas que hay detrás de la cifra, la estadística o una sentencia judicial. Y que el derecho por su parte, nos revela sus complejidades y limitaciones, pero también su potencial enunciativo y simbólico que abre paso a la esperanza.

Palabras clave: Derecho Internacional; Derechos humanos; Cine; Derecho; Genocidio.

¹ Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: xiomara.mendoza@udea.edu.co

² Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: felipe.ordonez@udea.edu.co

Este artículo es el resultado de una reflexión académica en el marco del curso de profundización en Derecho Internacional: Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, del pregrado de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.



El cine y el derecho: dos narrativas sobre la violencia política en Colombia

Introducción

Inicialmente, este escrito presentará una introducción que abordará algunas reflexiones sobre Derecho y Cine como una tendencia que, aunque incipiente en Colombia, se muestra como una apuesta sólida para pensarse el estudio del derecho en otros países del mundo. Luego, se abordarán elementos de análisis de las piezas cinematográficas observadas, sus rasgos comunes y los hilos argumentales o estéticos que los transversalizan; lo cual llevará al lector hacia un tema que resulta ser el telón de fondo de los documentales observados: la violencia política en Colombia y la manera como se ha expresado en determinados momentos históricos. De ahí, el estudio se concentrará en el caso del exterminio del Partido Político Unión Patriótica –reconstruido en el documental *El Baile Rojo: Memoria de los silenciados* (2003)– gestado entre los años 80s y 90s, como un fenómeno que permitirá abordar y problematizar conceptos y normatividades desde el derecho internacional. Se hará un especial énfasis en el genocidio como un concepto al que se apela habitualmente para hablar del caso de la UP pero que en el panorama internacional presenta algunas limitaciones que han suscitado una continua discusión doctrinaria y que determina el tratamiento normativo de los hechos.

Este texto no pretenderá llegar a reflexiones acabadas, sino que busca problematizar la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en un fenómeno concreto, el cual a pesar de hacer parte del paisaje del pasado parece revelarse con fatales coincidencias en fenómenos actuales de violencia, como las ejercidas hoy contras líderes y lideresas sociales en el país. Al finalizar, el lector o lectora se encontrará con algunas reflexiones que más que cerrar el tema, son provocaciones para pensarse horizontes de acción que puedan servir en la defensa de la vida.

1. Derecho en imágenes

1.1. Los estudios de derecho y cine

Benjamín Rivaya¹ ha dicho que en la conformación del imaginario jurídico que contribuye a construir el mundo del derecho, participa con potencia no solo lo que él llama el “Derecho

¹ Este autor, como muchos otros en países como España, Argentina y Estados Unidos, es uno de los referentes más importantes de los estudios de derecho y cine que vienen adquiriendo una especial relevancia en el estudio y la enseñanza del derecho.

en los libros” y el “Derecho en acción” sino también un “Derecho en imágenes” (Galeano Pérez, 2017, p. 307).

En palabras de Galeano Pérez (2017, p. 299) –quien ha hecho un juicioso estado del arte del tema– se trata de un fenómeno que ya cuenta con una trayectoria importante, pero no resulta claro hasta ahora si se está frente a una nueva disciplina, área, corriente teórica o metodológica; lo que sí es cierto es que es una realidad que cada vez se consolida más en diferentes latitudes, a diferencia de lo que sucede en Colombia en donde, siguiendo a esta misma autora, se presenta todavía como algo novedoso (Pérez, 2017, p. 299).

En el texto *Estudios de derecho y cine: entramados de una historia que ya se está rodando*, Galeano Pérez (2017) hace un riguroso estado del arte sobre los estudios de derecho y cine en algunos países del mundo. A través de diferentes autores, señala sus orígenes en la década de los años 90s en Estados Unidos, donde estos estudios logran un nivel importancia en las facultades de derecho en ese país y emerge el movimiento Law and Cinema o Law and Film Movement Law que es ubicado en los Cultural Legal Studies. Del mismo modo, destaca algunos hechos determinantes que tuvieron lugar en España y que provocaron importantes cambios en la pedagogía universitaria y que a su vez incidieron en la pedagogía del derecho mismo. Así, hace mención del Espacio Europeo de Educación Superior y el Plan Bolonia² como factores relevantes para establecer reglas de juego en los estudios de derecho y cine. Lo anterior lo soporta en lo dicho por Benjamín Rivaya:

La transformación de la Universidad que significará la puesta en marcha del Espacio Europeo de Enseñanza Superior supone también una transformación completa de la pedagogía universitaria, incluida la del Derecho. El tradicional sistema de clases magistrales desaparece a cambio de un estudio más personalizado por parte del alumno y el correspondiente seguimiento que habrá de llevar a cabo el profesor. Entre otros objetivos, se pretende lograr una enseñanza/aprendizaje atractiva y que desarrolle la capacidad interdisciplinaria del estudiante. Si a ello se une el dato de la necesidad del aprendizaje constante a lo largo de la vida laboral, de una formación permanente, ininterrumpida, como exige la llamada Declaración de Bolonia (1999), se observa la idoneidad de introducir nuevos recursos que faciliten el acceso al conocimiento ... (Rivaya, 2006, p. 21, citado en Pérez, 2017).

De España, destaca a su vez en mayor medida a autores como José Luis Pérez Triviño. Adicionalmente, Galeano Pérez (2017) hace mención del caso de Argentina en donde

² El Plan Bolonia es un proceso de reforma de los sistemas de Educación Superior que se llevó a cabo en 29 países de la Unión Europea, luego de la ratificación de la Declaración de Bolonia de 1999. Como presupuesto de este proceso se construyó el Espacio Europeo de Educación Superior que tenía entre sus objetivos crear un Marco común de enseñanza Superior en Europa que permitiera la homologación de la educación superior europea para la libre circulación de estudiantes en todo el continente (Espacio Europeo de Educación Superior, s.f.).

también se han generado importantes reflexiones y menciona autores como Valentín Thury Cornejo.

Por otro lado, Galeano Pérez (2017) al abordar el tema desde el contexto colombiano, si bien lo cataloga como incipiente, no deja de aproximarse a algunas experiencias que describe como primigenias. Especialmente, destaca a autores como Carlos Jerónimo Atehortúa, Luis Alfonso Fajardo Sánchez y Adriana María Ruiz Gutiérrez, y otros referentes a los que, si bien les reconoce su trayectoria e importancia, no profundiza considerablemente en ellas.

Pero ¿a qué se debe la emergencia de esta apuesta? ¿A qué obedece la apertura del derecho hacia expresiones artísticas como el cine? ¿Por qué desde el cine hay un interés por el derecho? En el rastreo que aquí se retoma, se presentan diferentes posturas que intentan responder a estas preguntas.

Galeano Pérez (2017) destaca estudiosos que, si bien reconocen las particularidades de sus contextos, especialmente en el caso español, en el que se identifican cambios gubernamentales en la educación universitaria, no dejan de lado explicaciones que reconocen la importancia que ha adquirido el séptimo arte en las sociedades contemporáneas.

Algunos autores van más allá en sus reflexiones y tratando de comprender a qué obedece tal emergencia, hacen referencia a una crisis del formalismo jurídico que los acerca a planteamientos de las teorías críticas del derecho (Pérez Triviño, 2007, p. 70). De acuerdo con estas teorías, los conceptos centrales en las corrientes teóricas tradicionales del derecho como la validez, eficacia o vigencia normativa, así como la ocupación exclusiva de la norma como objeto de estudio, no son suficientes para explicar el fenómeno jurídico.

Otros, sin oponerse radicalmente a los planteamientos que se inspiran en las teorías críticas del derecho, de forma bastante interesante definen el derecho como un fenómeno socio-cultural que requiere de otras perspectivas, lo que implica posicionar el cine como un medio de aproximación y de representación para pensarse el derecho (Galeano Pérez, 2017, p. 312).

A partir de lo anterior, se podría vislumbrar que los estudios de derecho y cine no han sido homogéneos en sus enfoques. En efecto, relacionado con lo hasta ahora expuesto, en este estado del arte Galeano Pérez (2017) distingue dos ejes del cine como medio de aproximación al derecho: el eje teórico y el eje práctico. Si bien, se podría decir que no se tratan de dimensiones que se excluyan entre sí, hay autores que han desarrollado con mayor profundidad uno más que otro; y a su vez, en algunos casos en cada dimensión varía la manera cómo entienden el derecho o cómo se entiende el cine.

En este orden de ideas, una variedad de estudios de derecho y cine han hecho un especial énfasis en la enseñanza del derecho al interior de las aulas de clase, en algunos casos se

entiende el cine como un medio de aproximación al derecho que tiene un objetivo de carácter práctico, al buscar hacer más didáctica la aprehensión de conceptos jurídico-procesales. Se trata de una forma que permite ir más allá de la enseñanza magistral y que está relacionada con nuevas técnicas pedagógicas del aprendizaje basado en problemas –o ABP por sus siglas– (Galeano Pérez, 2017, p. 301).³ Ahora bien, otros estudios un poco más agudos, como el caso de Pérez Triviño (2007, p. 77), le otorgan al cine una potencialidad contextual que permite una perspectiva más integral sobre el derecho. A su vez, le atribuyen una potencialidad emocional que permite una formación más interdisciplinaria y que provoca mayor curiosidad y comprensión.

Por otro lado, se encuentran planteamientos un poco más críticos, que buscan mayores potenciales en el vínculo entre el cine y el derecho. Se destacan así autores como Valentín Thury Cornejo, quien en uno de sus textos se pregunta: El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del Derecho? (Galeano Pérez, 2017, p. 305). Este autor cuestiona el carácter instrumental que el derecho ejerce sobre el cine, así lo expresa:

En general, las películas suelen ser usadas como un caso, ello es, como una historia sólida y coherente que nos presenta una situación jurídica que puede luego ser analizada en clase. En este sentido, el contenido –caso jurídico– prima sobre la forma –cinematográfica– y el derecho coloniza un nuevo instrumento. En la superficie adoptamos un enfoque interdisciplinario pero en lo profundo, ese cruce de conocimientos no cuestiona ni aporta elementos nuevos sino que suele quedar en el papel de mero ejemplo o ilustración (Cornejo, 2009, p. 60).

Finalmente, bajo esta misma perspectiva crítica y para los efectos propuestos en este texto, es pertinente mencionar los planteamientos de Atehortúa, a quien Galeano Pérez (2017, pág. 311) ha considerado “uno de los pioneros de los estudios de derecho y cine en Colombia”. Este autor concibe el derecho como un fenómeno socio cultural que es objeto de estudio multidisciplinario, de ahí que la sociología, la antropología o la filosofía se encuentren relacionadas con él. Por otro lado, entiende el cine como un medio para pensarse el derecho, al cual le atribuye una visión externa de lo jurídico.

Dentro de los planteamientos que más llaman la atención se encuentra el que concibe al derecho y al cine como dos lenguajes sujetos a interpretación. Para este autor, en el cine las ideas son reproducidas como concepto-imagen con un componente emocional que termina condicionando lo racional. En otras palabras, las imágenes no son más que ideas con un componente emocional (Galeano Pérez, 2017, p. 312). Sobre el cine expresa:

³ La autora relaciona este enfoque en gran medida al contexto español, por las transformaciones en la educación superior de la que ya se hizo mención en líneas anteriores.

El cine constituye un acto de conocimiento, puesto que es una actividad de reflexión acerca del mundo y de los demás individuos. Tanto quien hace cine, como quien acude a él, conoce, interpreta y, como tal, piensa. En consecuencia, no podríamos pretender que el arte (y en nuestro caso el cine) ignore una institución de tal entidad como lo es el derecho (Atehortúa, 2009).

Bajo estos planteamientos, a continuación vamos a analizar la imagen y la norma como dos lenguajes que pretenden representar, regular y sancionar la violencia política en Colombia, una realidad que infortunadamente sigue haciendo parte de nuestro contexto cercano.

1.2. La violencia política bajo el lente del cine documental en *Nos están matando* (2018), *Pizarro* (2016) y *Baile Rojo: Memoria de los silenciados* (2003)

En términos generales, los documentales seleccionados presentan una visión periférica del conflicto armado colombiano, haciendo énfasis cada uno de ellos en diferentes momentos y escenarios que han marcado la historia de Colombia en el marco del ejercicio de la guerra y la búsqueda de la paz. En común, los hechos narrados exponen la violencia política ejercida de parte de varios actores en conflicto, muchas veces en colaboración con el Estado o con su pasividad, sobre grupos y personas a causa de las actividades políticas⁴ que ejercían o ejercen, tanto a nivel institucional como desde las organizaciones civiles. En el marco de este estudio filmográfico, fueron seleccionados y analizados los siguientes documentales:

Nos están matando: este documental del año 2018, de los directores Emily Wright y Tom Laffay, y del productor Daniel Bustos Echeverry, en 20 minutos y 45 segundos, denuncia la violencia sistemática en contra de líderes y lideresas sociales en Colombia, especialmente en el norte del Departamento del Cauca, y resalta la cotidianidad de la resistencia frente a las amenazas en la lucha social, particularmente frente a la problemática de la propiedad y restitución de tierras (Bolaños, 2018, párr. 2).

Pizarro: Este documental del año 2015, dirigido por Simón Hernández y producido por Christian Bitar, en 1 hora y 23 minutos reconstruye algunos de los pensamientos y experiencias en la vida del líder político y ex comandante del M-19 Carlos Pizarro Leongómez –asesinado en 1990 siendo candidato presidencial por la Alianza Democrática M-19–, a través de las narraciones y búsquedas de memoria de su hija María José Pizarro (CNMH, 2018, párrs. 1 y 2).

⁴ Se usa el término actividades políticas como un criterio de referencia, que con respecto a lo político, incluye no solamente la esfera estatal -y con ella la electoral-, cuya asociación (Estado= político) predominó en la definición del concepto de lo político durante el siglo XX, especialmente en autores como Schmitt, y que como se verá más adelante hace parte de las narraciones de Pizarro o El Baile Rojo. Sino que también incluye, desde lo público, escenarios menos institucionalizados, tal y como se verá en *Nos están matando*. Para un estudio de lo político y la política, ver: Retamozo, M. (2009). Lo político y la política: los sujetos políticos, conformación y disputa por el orden social. En: Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, vol.51, No 206. p. 69-91.

Baile Rojo: del año 2003, dirigido y producido por Yezid Campos, este documental narra durante 53 minutos el asesinato selectivo y sistemático de dirigentes y militantes del Partido Político Unión Patriótica - U.P. en Colombia durante los años 80 (El baile rojo, 2007, párr. 3).

El documental *Nos están matando*, la pieza audiovisual más reciente en el tiempo, denuncia y protesta frente a las amenazas, violencias de diferentes tipos y asesinatos sistemáticos de líderes y lideresas sociales: defensores de derechos humanos, defensores y garantes de los procesos de restitución de tierras, defensores del medio ambiente y de los territorios, líderes indígenas, líderes afrodescendientes y campesinos.

A partir del seguimiento realizado a dos líderes sociales en el norte del departamento del Cauca durante casi un año, un líder indígena de la comunidad Nasa, Feliciano Valencia, y otro, Héctor Marino, líder afro, el documental expone cómo hombres y mujeres trabajan por sus comunidades a pesar y en contra de las amenazas y hostigamientos sobre sus propias vidas e integridad y las de sus familias. El documental se propone ir más allá de unas cifras y estadísticas, que de por sí son alarmantes, pero que de alguna manera desnaturalizan la muerte de un líder social y desestiman las implicaciones de la misma en una comunidad. Así, el asesinato de un líder social no implica únicamente el daño a su familia, que sufre de sobremanera, sino que acalla y desestructura a una comunidad completa, pues le quita un engranaje importante a los procesos comunitarios (Wright & Laffay, 2018).

Por su parte, el documental Pizarro narra las vivencias y sentires de María José Pizarro, hija de Carlos Pizarro, frente a la memoria de su padre, aquel líder político icónico para la historia política de Colombia marcada por la guerra y la búsqueda de la paz, quien fuera asesinado el 26 de abril de 1990 y cuya responsabilidad no ha sido esclarecida por la justicia doméstica.⁵ En el documental se entrelazan las experiencias de la familia de Pizarro, exiliada por la violencia, con diferentes momentos y escenarios en los que Pizarro, comandante del M-19, promovió la salida pacífica al conflicto que atravesaba el país en los años 80, después de 20 años de empuñar las armas y lograr desestabilizar el sistema, lo que además abonó camino a la negociación política (La paz con el M-19, 1997).

El 9 de marzo de 1990, el M-19 en cabeza de su comandante, firma un acuerdo de paz con el entonces Gobierno del Presidente Virgilio Barco, producto del cual entrega las armas y se inicia dentro de la vida civil y el ejercicio de la política institucional, al erigir a Pizarro como

⁵ El 20 de septiembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió una petición presentada por familiares y apoderados sobre el asesinato Pizarro, después de casi 29 años en donde la justicia colombiana no ha avanzado sustancialmente en la investigación de los hechos y no ha sancionado a los responsables. Comisión Colombiana de Juristas y Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. (2019, 26 de septiembre). “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos analizará si el Estado colombiano es responsable por el magnicidio de Carlos Pizarro Leongómez”. Comisión Colombiana de Juristas [En línea]. Recuperado de: https://www.coljuristas.org/nuestro_quehacer/item.php?id=257

candidato presidencial. El M-19 fue el primer grupo guerrillero en Colombia en entregar las armas después de un acuerdo de paz, sin embargo, la entrada al escenario electoral de dirigentes del nuevo partido Alianza M-19 no cayó bien en las élites políticas tradicionales y en el narcoparamilitarismo, quienes después de cuatro meses de la firma del acuerdo ordenaron de manera cómplice su asesinato, así como también el de otros dirigentes del partido.

Ahora bien, el documental *El Baile Rojo: Memoria de los silenciados* del Director Yesid Campos, narra los sucesos de lo que él llama el genocidio de líderes políticos, militantes y personas afines al partido político Unión Patriótica en los años 80, a través de las voces de víctimas sobrevivientes, familiares de las víctimas y representantes de diferentes organizaciones sociales y de derechos humanos.

De acuerdo a la información allí revelada, los asesinatos selectivos y sistemáticos de estas personas se orquestaron mediante un plan en el que participaron miembros del gobierno, fuerzas armadas y grupos paramilitares, cuyo modo de operación consistía en amenazas mediante panfletos y sufragios en donde señalaban a las víctimas de la colaboración y coparticipación con los fines insurgentes de la guerrilla de las FARC-E.P.

La violencia narrada desde el suceso, el testimonio y la denuncia, exponen la tesis de que los distintos hechos de victimización –las amenazas, los hostigamientos, las desapariciones y los homicidios– a los dirigentes políticos, a los líderes y lideresas sociales no ocurrieron ni ocurren con ocasión a problemas particulares, como se ha querido hacer ver por parte de los órganos de investigación oficial, por el contrario, tienen una intrincada razón fundamentalmente política. A saber, la desaparición del partido político Unión Patriótica.

Ese partido surgió el 28 de mayo de 1985, como una de las medidas acordadas en el proceso de negociaciones entre la guerrilla de las FARC-E.P. y el Gobierno de Belisario Betancur iniciadas en 1982, para tener gestos de buena voluntad en búsqueda de la salida pacífica y política al conflicto armado; que los ataques se hayan ensañado contra quienes integraban esa agrupación política evidencia que los asesinatos no se dirigieron a acabar con la vida individualmente considerada de los dirigentes y militantes del partido, sino que tenían como finalidad el exterminio de dicho movimiento, cuya presencia en el escenario político y la acogida electoral puso a tambalear la estabilidad del sistema político, cerrado y cooptado por los partidos políticos tradicionales, a lo que la clase política en coparticipación con el paramilitarismo se negó rotundamente.

Según Cepeda Castro (2006), la intencionalidad de los ataques sistemáticos en contra de los miembros del Partido U.P. tuvo como finalidad acabar con el grupo político.⁶

En sus primeras incursiones electorales en marzo y mayo de 1986, la U.P. tiene una inesperada acogida. Son elegidos 14 congresistas para cámara y senado, entre estos 2 comandantes guerrilleros; 18 diputados para 11 asambleas departamentales y 335 concejales para 187 concejos, en la más alta votación jamás alcanzada por un partido político independiente o de izquierda en Colombia. Poco después, en mayo de ese mismo año, su candidato a la presidencia de la república, el ex magistrado y sindicalista Jaime Pardo Leal, alcanza más de 320.000 votos (Morris, 2008).

La trayectoria y el propósito del partido de la U.P. de convertirse en una alternativa a los partidos tradicionales lo llevaron a que alcanzara a ser una tercera fuerza que se intentaba consolidar en el espectro político. Compitió electoralmente en cargos de gobiernos locales, así como el Congreso de la República y llegó a tener candidatos presidenciales (CNMH, 2018, p.138 y 227).

Este movimiento se conformó en medio un ambiente de alta polarización producto del proceso de paz que a su vez se alternaba con las continuas acciones militares tanto de las Fuerzas Militares como de las guerrillas. Su presentación oficial a nivel nacional se dio el 28 de marzo de 1985 con la celebración del primer aniversario de los acuerdos de paz. Fue integrado por distintas fuerzas políticas que no solo se concentraban en tendencia de izquierda cercanas a las FARC-E.P. De él participaron el Partido Comunista Colombiano (PCC), fuerzas independientes, organizaciones y líderes locales con distintas procedencias políticas, organizaciones comunales, entre otros.

La UP se forjó como un movimiento amplio, pluralista y de convergencia democrática, en el que debían tener cabida todas las vertientes políticas y los sin partido. Como lo recordó Bernardo Jaramillo en una entrevista en 1988 “era necesario aprovechar la apertura política que el presidente prometía” (Harnecker, 1989, p. 11). De ahí su heterogeneidad interna y su envergadura (CNMH, 2018, p. 39).

Su trabajo organizativo se concentró en mayor medida en la ruralidad y zonas periféricas del país que cogió forma en las Juntas Patrióticas, las organizaciones comunales, las asociaciones

⁶ Al igual que la Unión Patriótica, existieron otros grupos políticos como ¡A luchar! y el Frente Unido Popular que fueron asediados y la mayoría de sus dirigentes asesinados. Estos movimientos políticos, si bien no aglutinaban a personas en iguales proporciones que la UP, compartieron ciertas similitudes no solo en sus agendas políticas –erigirse como una alternativa a la clase dominante y la lucha por transformaciones estructurales en la escena social del país- sino en el destino que tendrían en el futuro cercano. De ahí que, la violencia política se expresa en el patrón común de estos hechos, los cuales está intrínsecamente unida al enfrentamiento al estatus quo que estos liderazgos representaban (Tavera & Arboleda, 2016).

campesinas. Adicionalmente, logró su articulación con las luchas por la tierra; sectores de trabajadores y su lucha por el derecho a la sindicalización y a un salario justo. En contraste, el trabajo organizativo se tornó un poco más lento en contextos urbanos (CNMH, 2018, p. 43).

Hacia el año 1987, las FARC-E.P. se deslindó de la U.P. como consecuencia de la dinámica que tomaba el conflicto armado luego de la llegada del presidente Virgilio Barco y el debilitamiento del acuerdo de paz alcanzado con Belisario Betancur, la ruptura de la tregua. Sin embargo, la U.P. no renunció a lucha política democrática (CNMH, 2018, p. 44).

La Unión Patriótica se propuso unos horizontes políticos a través de lo que denominaron Plataforma de la UP, en donde consignaron la hoja de ruta que direccionaba sus apuestas. De esta Plataforma se destacan:

- El levantamiento del Estado de sitio y el respeto a los derechos humanos.
- El desmonte del monopolio ejercido por los partidos tradicionales y la apertura a las mayorías nacionales.
- La aprobación de una ley de Reforma Agraria Democrática que entregará la tierra de forma gratuita a campesinos.
- El respeto de los derechos de las comunidades indígenas.
- El derecho al trabajo asalariado sin discriminación salarial ni sexual y con garantías sociales para ejercerlo.
- El cumplimiento de los objetivos sociales de defensa ecológica y del medio ambiente (CNMH, 2018, p. 53).

Esta fuerza alternativa encontró un muro de contención que, a través de la violencia, frenó su proceso de consolidación política y el alcance de los propósitos que este movimiento en su momento se trazó. Tal violencia se propuso el exterminio de este grupo político y arrojó, según cifras oficiales 4.153 militantes políticos asesinados o desaparecidos. De acuerdo con el informe del Centro Nacional de Memoria Histórica “Todo pasó frente a nuestros ojos: Genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002” y la cataloga como “el peor crimen político en la historia reciente del país”. Uno de los datos que arrojó este informe, permite evidenciar la gravedad de la situación, así como los patrones de su escalamiento, pues asegura que en el período que va desde 1984 hasta 2002, cada 33 horas era asesinado o desaparecido un militante de la UP. Lo anterior, sin tener en cuenta otras formas de victimización (2018, p. 109).

Los hechos documentados en la literatura aquí referenciada, así como los percibidos en el documental El Baile Rojo, coinciden en que estamos frente a un genocidio político. Sin embargo, la doctrina de derecho internacional no es pacífica frente a tipificación delito de

genocidio. De allí que surjan inquietudes como: ¿Estamos frente a un genocidio político? ¿Cuáles son los mecanismos e instrumentos del derecho internacional con los que se ha hecho frente a este flagelo? ¿Cuál es la responsabilidad del Estado?

Siguiendo los estudios de derecho y cine, los documentales evocan en imágenes distintas emociones: el miedo, expresado en los líderes del Norte del Cauca que han sido amenazados por grupos armados, en el documental “Nos están matando”; la frustración por la impunidad en el asesinato de Carlos Pizarro, en el documental Pizarro; la valentía reflejada en las aspiraciones de justicia en el caso del exterminio de la Unión Patriótica, que hace que se emprendan acciones jurídicas en instancias internacionales; y la esperanza, expresada en la incansable búsqueda de la paz que transversaliza las historias contadas.

Del mismo modo, a los sucesos, así como a las historias que son narradas en cada uno de los documentales, no solo las articula o tienen como eje común la violencia política, antes bien, en al menos dos de los documentales la búsqueda de justicia a través de la activación de sistemas judiciales es un rasgo que también las atraviesa. De modo que, al derecho se acude como instrumento de respuesta a la violencia política, bien en búsqueda de sanciones para quienes la ejercen, o bien como medida de protección sobre quienes se encuentran en riesgo.

De ahí, que estos documentales nos introducen con una mirada sensible y no tan abstracta a conceptos propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A continuación, desarrollaremos ese análisis.

2. Análisis normativo

2.1. El derecho internacional frente al caso de la Unión Patriótica

De acuerdo con Gómez-Suárez (2013), no existe un consenso en la academia sobre cómo denominar el caso de la U.P. Algunos –menciona–, recurren al término de genocidio político, advirtiendo la ocurrencia de un plan de exterminio sistemático de un grupo con ocasión a un móvil político, y otros, recurren al término de particidio, que resulta de una especie de mixtura entre el término genocidio como la intención de destruir total o parcialmente un grupo y el término de partido político, entendido como una organización política a la cual se dirige dicho plan.

En definición, ambos conceptos tienen una misma finalidad y es la de otorgar el carácter político al genocidio, que entendido desde el derecho internacional es excluido. Así entonces, frente al caso de la U.P. pueden asumirse varias posturas, cuyo propósito particular es resaltar un elemento de análisis que tiene efectos no sólo en términos académicos sino también históricos, sociológicos, de responsabilidad de los perpetradores y sobretodo la responsabilidad del Estado colombiano.

En el presente análisis, se va a hacer referencia a la definición del genocidio desde el derecho internacional, para lo cual se desarrolla pregunta sobre ¿cómo se encuentra tipificado en los principales instrumentos internacionales? y ¿cuáles son algunas de sus características principales? Lo anterior para esbozar cuál fue el limitante que frente al caso de la U.P., ha impedido catalogar los hechos como genocidio y cuáles han sido las principales consecuencias, al menos en los foros internacionales.

Cabe señalar, que las definiciones así establecidas han sido objeto de acalorados debates no sólo desde la academia sino también desde los mismos escenarios internacionales, particularmente sobre la identidad y estructura de los perpetradores, la identidad de los grupos víctimas de genocidio y principalmente su intencionalidad.

Como un referente primordial, se cuenta con que para el año de 1948 desde la Resolución 260 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la cual fue ratificada por Colombia el 27 de octubre de 1959. En dicho instrumento se estableció el genocidio como un delito de derecho internacional⁷ y que puede consistir en la matanza de miembros de un grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, la toma de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Estos hechos para ser catalogados como actos de genocidio castigados por el derecho internacional deben ser perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

En efecto, la intención es un elemento constitutivo del crimen de genocidio que lo diferencia de otros crímenes. Esto es, el genocidio para ser tal se distingue por un “dolo especial” que significa que el criminal de forma deliberada y consentida haya buscado los resultados obtenidos con la realización del crimen. Es de anotar que no es el número de personas lo que determina la existencia o no de un genocidio, pues este no equivale a una matanza colectiva. La finalidad de este tipo de crímenes es proteger la existencia de un grupo, de tal manera que la lesión de dicho bien consiste en el exterminio del mismo. De ahí que, un solo asesinato puede configurar un crimen de genocidio siempre que se pruebe que existe la intención de querer destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso (Verduzco, 2002).

⁷ A decir de varios doctrinantes, el genocidio como delito hace parte de una norma de *Ius cogens*, es decir, que es una norma imperativa del derecho internacional general y su modificación únicamente puede darse a partir de otra norma de igual jerarquía (Huertas, 2006).

Después de la expedición de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en el año 1948, otros ordenamientos jurídicos internacionales han adoptado el crimen de Genocidio.

En primer lugar, en 1968 lo hizo la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su artículo I, inciso 2, en el que se estipuló que el delito de genocidio consignado en la Convención de 1948 sería imprescriptible cualquiera que haya sido la fecha de su realización.⁸

Más adelante, en 1993 lo hizo el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el cual en su artículo 4to consignó en los mismos términos la definición de genocidio de acuerdo a lo prescrito en el artículo 2 de la Convención y se atribuyó competencia para perseguir este tipo de delitos. En igual consideración lo hizo en 1995 el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda en su artículo 2. Agregado a los anteriores, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998, en artículo 6to también retomó de forma idéntica lo convenido por la Convención acerca del genocidio. En estos ordenamientos se conservó la definición, los grupos objetos de protección y los actos proscritos que constituyen el crimen de genocidio.

Esta conceptualización normativa se mantiene intacta hasta nuestros días, su definición no ha experimentado modificación alguna. Ahora bien, a la prescripción del delito, con la expedición del Estatuto de Roma, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional,⁹ elaboró un documento en el que formalizó los elementos de los crímenes que serían sancionados por la Corte. Estos elementos ayudarían a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto.

Este instrumento señaló de forma taxativa cada una las conductas que pueden dan lugar a la existencia del delito de genocidio, de tal manera que la realización del mismo no se reduciría al asesinato, o en términos de la Comisión Preparatoria, a la matanza, sino más bien se

⁸ De acuerdo con esta Convención entre los crímenes declarados como imprescriptibles se encuentran los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad a partir de la definición que le dio el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg en 1945, el cual fue confirmado por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este Estatuto, en su artículo 6 literal C, definió cuales serían los delitos denominados “contra la humanidad” entre los que incluyó el exterminio y otros actos inhumanos contra la población civil antes o durante la guerra.

⁹ La Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional se estableció en cumplimiento de la Resolución F del Acta Final de la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios que creó la Corte Penal Internacional y la adopción del Estatuto de Roma. De acuerdo a la resolución F, la Comisión Preparatoria tenía entre otros mandatos elaborar documentos en donde se desarrollen “medidas prácticas” para el establecimiento de la Corte y para que entre en funcionamiento (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, s.f.).

extiende a la realización de cualquiera de las siguientes conductas: matanza; lesión grave a la integridad física o mental; sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física; la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos; y el traslado por la fuerza de niños.

Adicionalmente, a cada una de estas conductas se le añade una serie de elementos esenciales que son determinantes en la constitución del delito de genocidio. En otras palabras, este instrumento dispuso que para que se establezca la existencia del delito en cuestión, es necesario no solo la comisión de la conducta sino: a. que el sujeto pasivo de la acción haya pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado, b. que el sujeto activo haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso; c. que la conducta se haya realizado en el contexto de una pauta manifiesta similar dirigida contra los grupos señalados o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

De forma particular, en los casos de sometimiento intencional a condiciones de existencia que estén dirigidas a acarrear la destrucción física de uno de los grupos sociales protegidos, se añadió expresamente que las condiciones de existencia debían tener el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo.

En ese mismo sentido, en los casos de traslados por la fuerza de niños, se dispuso expresamente que se requiere para la constitución del delito de genocidio, además de los elementos descritos con anterioridad, que –el traslado haya tenido lugar de ese grupo a otro grupo– Que los trasladados hayan sido menores de 18 años; que el autor supiera, o hubiera debido saber, que los trasladados eran menores de 18 años (Comisión Preparatoria, 2000).

Esta disposición que pretende ser parámetro interpretativo de la Corte Penal Internacional, sugiere diferentes temas para el análisis y la problematización, tanto en el campo teórico y dogmático como en el terreno probatorio, pues a pesar de que con ella se busque la precisión, las normas no pueden desprenderse con radicalidad de su carácter ambiguo al momento de querer aprehender la realidad. Resulta ineludible preguntarse entonces ¿Cómo acreditar el elemento volitivo que es un elemento indispensable para la existencia del delito de genocidio? ¿Cómo evidenciar un contexto de realización sistemática de la conducta que constituye delito de genocidio?

Aunque llaman la atención especialmente los desafíos que estos elementos sugieren en términos probatorios –abordarlos sería el propósito de futuros escritos–, con mayor intensidad lo hace la delimitación de los grupos sociales que pueden ser objeto de dicho delito y la consecuente exclusión de los grupos unidos por otros factores como el político, el género o la clase. La determinación de los grupos que pueden ser víctimas del genocidio no sólo es limitada en cuanto al factor de conexión que une a tales personas, sino que además califica

la unión del conglomerado a un grupo como tal. Como consecuencia de lo anterior, por un lado, no cualquier porción de personas puede catalogarse como grupo, de allí que la estipulación pueda dejar de lado actores que no constituyen un grupo delimitado. Y por otro lado, no todos los grupos delimitados pueden ser víctimas del genocidio. Particularmente, la delimitación de estos grupos se asocia con los motivos o intenciones que dan pie al plan de aniquilamiento (Gómez-Suárez, 2013).

Para efectos materializar los objetivos de este texto, a continuación nos concentraremos en el análisis de la exclusión del móvil político dentro de las definiciones del genocidio, como un asunto que encuentra profundas razones históricas y políticas.

El móvil político dentro de las definiciones del genocidio.

Como lo menciona Lemkin (1946), la palabra genocidio es un híbrido compuesto por el griego genes, que significa raza, nación o tribu, y el latín cide, que significa matanza. El genocidio definido como el exterminio de grupos humanos nació de la necesidad de estipular normativamente el aniquilamiento sistemático de grupos de poblaciones como un delito imprescriptible y extraterritorial, buscando de un lado, reconsiderar un principio del derecho internacional con la preocupación de fondo por la responsabilidad de los Estados frente a sus ciudadanos y constituir un significante que describiera las diferentes acciones que están dirigidas a acabar o “inutilizar” una colectividad o grupo humano, y, por otro lado, castigar a los genocidas a lo largo de la historia, particularmente en el contexto europeo de las guerras mundiales.

Frente a la extraterritorialidad del genocidio, vale la pena resaltar el álgido debate en torno a si la regulación que penalizaba el genocidio debía ser la interna de cada Estado, lo cual le confería un aire de impunidad a la destrucción de grupos poblacionales en el marco de la actuación estatal, o si se trataba de actos de interés internacional cuya regulación correspondía a la ley de las naciones¹⁰ y por ende a todos los Estados pertenecientes a la comunidad internacional¹¹ (Lemkin, 1946, párr. 4). Ahora bien, esta discusión tiene relevancia particularmente en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, por cuanto había atravesado dos guerras mundiales, incluido el proyecto de exterminio de los judíos, los polacos y los gitanos orquestado por el gobierno alemán en la segunda guerra mundial.

¹⁰ Se refiere al conjunto de fuentes normativas del Derecho Internacional.

¹¹ Es necesario determinar si para la época se trata de una comunidad internacional de acuerdo a los estudios de integración desde el derecho internacional público.

Las discusiones en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas permitieron la aprobación de la Resolución 90 (1) del 11 diciembre de 1946, en donde se reconoció el genocidio como un crimen bajo el Derecho Internacional que:

(...) el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o **políticos**, o de cualquier otra naturaleza; (...) (negrita fuera de texto)

En este apartado se evidencia cómo el genocidio incluyó en un primer momento el factor político como móvil para que se configurara el crimen, sin embargo, como se verá más adelante, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en su artículo II no lo incluye. Esta exclusión tiene razones políticas de fondo.

En efecto, en la concepción originaria de Genocidio, Raphael Lemkin, quien usó primero el término, le atribuyó dos fases fundamentales: i. la destrucción de la identidad nacional del grupo oprimido; y, ii. la imposición de la identidad nacional del opresor (2008, p. 154, citado en Feierstein, 2016, p. 250). Estos elementos suponían que no se trataba del mero exterminio de un grupo humano, representado únicamente en sus cuerpos, sino en la identidad misma que los agrupaba, así como que del exterminio se siguiera la imposición de la “identidad del opresor”.

No obstante, tales elementos fueron obviados en la consagración de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en 1948, pues los Estados renunciaron a que dentro del genocidio se contemplara el genocidio político y cultural en un proceso que algunos estudiosos caracterizaron como de despolitización que arrojó “la explicación y representación de los genocidios dentro de la irracionalidad” (Feierstein, 2016, p. 250).

Una de las razones que estudiosos críticos le atribuyen a este proceso sugieren que a los Estados les resulta problemático atribuir criterios políticos al genocidio porque en la constitución moderna de los mismos, éstos se han valido del exterminio de grupos humanos para erigirse.

Es precisamente esta doble dimensión del término "genocidio" la que fue licuada y despolitizada en el marco de la sanción de la Convención sobre Genocidio en las Naciones Unidas, aprobada luego de dos años de intensos desacuerdos y durante los cuales se eliminó toda referencia a la opresión y se logró excluir a los grupos políticos de la definición, no sin fuertes oposiciones. Esta exclusión logró encuadrar la explicación y representación de los genocidios dentro de la irracionalidad –por medio de un racismo que de este modo es "despolitizado" y desvinculado de las lógicas de constitución de la opresión estatal– (Feierstein, 2016, p. 250).

Sin embargo, a pesar de la exclusión del criterio político en la comisión del delito de genocidio, su abordaje e interpretación sigue siendo objeto de disputa en el terreno académico y doctrinario, dimensiones de análisis que no descartan que llegue hasta el escenario de la jurisprudencia internacional. De hecho, algunos autores persisten en que el debate no está cerrado si se tiene en cuenta la figura de "destrucción parcial de un grupo nacional" contenida en la Convención, a partir de la cual se podría abrir posibilidades de ampliar el análisis sobre el Genocidio.

De ahí que, vale la pena mencionar, en 1998 la Justicia penal española, en virtud del principio de persecución universal de determinados delitos internacionales y fundado en un interés legítimo otorgado por la victimización en contra de ciudadanos españoles (Verduzco, 2002, p. 937), se atribuyó competencia para judicializar a Augusto José Ramón Pinochet Ugarte por los delitos de genocidio, terrorismo y tortura (Caso Pinochet: Cronología, s.f., (párr., 87)). La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España defendió la imputación realizada del delito de genocidio, frente a la impugnación presentada por el Ministerio Fiscal en el marco del proceso, advirtiendo que el silencio de la Convención de 1948 frente al criterio político no significaba necesariamente su "exclusión indefectible".

El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen, "grupo formado por personas que pertenecen a una misma Nación", sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo e integrado en una colectividad mayor... La prevención y castigo del genocidio como tal, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos de diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio (...) (Audiencia Nacional de España, Auto por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile, 1998, (párr. 40).

Pese a la controversia que en el campo doctrinario se presenta frente a la definición de genocidio, en materia normativa la definición inicial consagrada en la Convención de 1948 se mantiene de forma idéntica. En la actualidad, son más de 120 países los que hacen parte de esta Convención que entró en vigencia el 12 de enero de 1951 –fue el primer tratado de derechos humanos que realizó la Asamblea General de las Naciones Unidas–. Y tal y como se ve en párrafos anteriores, ninguno de los instrumentos internacionales que retoman la regulación de genocidio con posterioridad a esta Convención, le han introducido modificaciones.

2.2. El delito de genocidio en el ordenamiento jurídico colombiano

Colombia firmó la Convención a través de su ministro de Relaciones Exteriores el 12 de agosto de 1949 y fue aprobada a través de la ley 28 de 1959. La ratificación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio trae consigo la obligación de los estados contratantes de adecuar sus ordenamientos jurídicos a las disposiciones de la convención con el fin de garantizar su aplicación y, especialmente, establecer en sus normas penales la tipificación del delito de genocidio y su correspondiente sanción. Sin embargo, no fue sino hasta el año 2000 en el que la Ley 599 del 2000, adicionó mediante su artículo primero el artículo 322-A al Código Penal de 1980 (Decreto 100 de 1980).

Aquella disposición introdujo un elemento particular al tipo, que no había ni ha sido considerado en ningún instrumento internacional: el genocidio por razones políticas. Adicionalmente, esta norma añadió que para que se configurara el tipo de genocidio bajo el criterio político, sería necesario que el grupo político actuara en el marco de la ley.

Para aquel momento, en juicio de constitucionalidad la Corte Constitucional (2001) estableció que la determinación del móvil político en la legislación interna no iba en contra de los tratados internacionales ratificados por Colombia, sino que por el contrario ampliaba la esfera de protección a los grupos políticos que claramente tienen una identidad definida y que por lo tanto corresponden a la definición del crimen de genocidio conforme al derecho internacional. Adicionalmente, la Corte reconoció que “no se puede ignorar que en Colombia muchos de los exterminios que podrían ser caracterizados como genocidio son de naturaleza política” (Corte Constitucional, Sentencia C-117 de 2001, consideración 5, párr. 5).

En el mismo sentido, la Corte se pronunció acerca de la determinación de la norma, según la cual los grupos políticos deben actuar conforme a la ley para que se configure el tipo penal, advirtiendo que esto resultaba contrario a los valores propios de la Constitución conforme a los cuales el reconocimiento y respeto irrestricto de los derechos a la vida y a la integridad personal corresponde por igual a todas las personas, ya que, señala la Corte: “respeto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor” (Corte Constitucional, Sentencia C-117 de 2001, consideración No 5, párr. 13).¹²

La posición del Gobierno con respecto al juicio de constitucionalidad señalaba que la ampliación del genocidio al factor político podía limitar a la fuerza pública en el enfrentamiento de grupos políticos alzados en armas. Sin embargo, para la Corte: “salta a la

¹² El pronunciamiento de la Corte tuvo ocasión con una demanda de inconstitucionalidad presentada por una ciudadana en donde demandó que el artículo 1 de la ley 599 del 2000 infringía los artículos 5, 11, 13, 28 y 107 de la Constitución Política. Particularmente el artículo 5 que señala que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (...)”.

vista, que se basa en un supuesto equivocado comoquiera que confunde el exterminio de grupos políticos con el combate a organizaciones armadas ilegales” (Corte Constitucional, Sentencia C-117 de 2001, consideración 5, párr. 19).

Huertas (2006), en una posición semejante a la del gobierno colombiano al referirse a la Convención sobre el genocidio, señala que no es posible adicionar el factor político al tipo, toda vez que “los elementos subversivos podrían hacer uso de la Convención para debilitar la acción de los gobiernos legalmente establecidos en su propia defensa”. Así mismo, advierte que es muy poco probable que los estados acepten una convención que de incluir el factor político en el genocidio le permitiría a las Naciones Unidas intervenir en sus asuntos políticos.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico colombiano, respecto a la participación de funcionarios del Estado colombiano en acciones dirigidas a destruir grupos étnicos, religiosos o sociales, se promulgó la Ley 200 de 1995, antiguo Código Disciplinario Único, en la que dicha conducta se sancionaba disciplinariamente con la destitución. De esta norma, se desprende la primera ampliación a nivel nacional de la definición del genocidio hacia otros grupos protegidos, especialmente, porque el concepto "grupos sociales" puede incluir una categoría amplia de conglomerados de personas.

Por su parte, la ley 742 del 5 de junio de 2002 que aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, consagra en su artículo 6to la tipificación del delito de genocidio, sin embargo, no incluye dentro de los móviles el factor político para que se configure el tipo, pues traslada de manera literal la definición establecida en la Convención de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio.

2.3. El caso de la UP ante el Sistema Interamericano de Derechos humanos

Las víctimas sobrevivientes de los hechos ocurridos contra la UP, han defendido incansablemente su reconocimiento como víctimas de genocidio político. Catalogar de esta manera los hechos ocurridos impactaría, entre otros aspectos, las estrategias investigativas en cada caso, la determinación de responsabilidades y la reparación a las víctimas (CNMH, 2018). En otras palabras, de la determinación de los hechos de victimización contra dirigentes de la UP como genocidio, se deriva la satisfacción efectiva de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición.

Sin embargo, las víctimas se han tenido que enfrentar a diferentes limitaciones que en el campo jurídico de orden internacional y nacional han complejizado la consecución de justicia.

A nivel internacional, el 16 de diciembre de 1993, la corporación Reiniciar, así como la Comisión Colombiana de Juristas acudieron al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, presentando solicitud de admisión “por las acciones contras los miembros de la Unión Patriótica, las cuales constituyen un acto de genocidio y de violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos”.

El caso fue admitido el 12 de marzo de 1997 bajo la denominación José Bernardo Díaz y otras víctimas de la UP vs Colombia, caso Nro. 11.225. De acuerdo con el análisis realizado por la Comisión durante la admisión del caso, se evidenció que conforme a lo descrito por los peticionarios existía un vínculo entre las diversas personas y los hechos ocurridos, lo cual exigía el análisis de la información de manera conjunta a través del trámite de un solo caso (CNMH, 2018).

No obstante, en el informe de admisibilidad la Comisión prevé los términos en que se admite el caso respecto a la petición expresa de los peticionarios de entender la sistemática violación de derechos humanos en contra de los dirigentes de la UP como crimen de genocidio. Allí la Comisión señaló que los peticionarios no alegaron los hechos que permitieran caracterizar a la U.P. como un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Reconoció que en términos fácticos se comparten características con el fenómeno de genocidio de acuerdo con el uso corriente del término, caso diferente con la definición normativa en el derecho internacional del delito de genocidio:

24. La definición de genocidio de la Convención no incluye la persecución de grupos Políticos, si bien fueron mencionados en la resolución original de la Asamblea General de las Naciones Unidas que llevó a la redacción de la Convención sobre Genocidio. El texto final de la Convención excluyó de manera explícita los asesinatos en masa de grupos políticos. La definición de genocidio, incluso en su aplicación más reciente en foros como el Tribunal de Crímenes de Guerra de Yugoslavia, no se ha ampliado para incluir la persecución de grupos políticos (CIDH, 1997).

Pese a la negativa de abordar el caso como genocidio, la Comisión lo encontró procedente, entre otras razones, debido a que las víctimas ya habían surtido diferentes instancias de justicia a nivel interno sin obtener respuesta alguna.

Durante el trámite del caso José Bernardo Díaz y otras víctimas de la UP vs Colombia, en la etapa de solución amistosa, se desglosaron como caso independiente los hechos ocurridos en la humanidad de Manuel Cepeda Vargas. Estos habían sido incluidos inicialmente dentro del caso José Bernardo Díaz y otras víctimas de la UP vs Colombia. Pero en etapa de solución amistosa, los representantes de las víctimas en el caso de Manuel Cepeda decidieron desistir del intento de solución amistosa con el Estado colombiano. De ahí que los dos casos fueron considerados como procesos diferentes quedando el caso Nro. 11.227 José Bernardo Díaz y

otras víctimas de la UP vs Colombia y el caso Nro. 12.531 Manuel Cepeda Vargas vs Colombia. A partir de ese momento (septiembre de 2005) cada proceso continuó de forma independiente surtiendo cada etapa procesal ante el SIDH.

En el caso de José Bernardo Díaz y otras víctimas, la etapa de búsqueda de solución amistosa se inició en marzo del año 1999, cuando el Gobierno de Andrés Pastrana aceptó la convocatoria de la Comisión IDH. Para efectos de alcanzar acuerdos al respecto, se creó una Comisión Mixta con delegados del Estado y los representantes de las víctimas. En este escenario se alcanzaron una serie de Acuerdos, en los que el Estado se comprometió a: instaurar un programa de protección para las víctimas y los sobrevivientes de la UP y del Partido Comunista Colombiano, compromiso que significaba un requisito previo para iniciar la etapa de concertación; la definición de un Universo Común Provisional de víctimas del caso y la constitución de subunidades en la Fiscalía y en la Procuraduría para investigar el estado de los procesos; la elaboración de una propuesta metodológica para la búsqueda de una solución amistosa (CNMH, 2018).

Como consecuencia de estos Acuerdos iniciales, el Gobierno expidió el Decreto 978 del 1 de junio de 2000 a través del cual se creó el Programa Especial de Protección Integral para dirigentes, miembros y sobrevivientes de la Unión Patriótica y del Partido Comunista Colombiano. En este mismo año, los peticionarios y el Estado colombiano iniciaron formalmente la búsqueda de una solución amistosa. Esta etapa se extendió hasta el año 2005, cuando los incumplimientos de los compromisos asumidos por el Estado y la poca voluntad del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez llevaron a la decisión por parte de los peticionarios de no continuar con la búsqueda de un acuerdo amistoso. El 27 de junio de 2006 la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas formalizaron la decisión de no continuar en la etapa de solución amistosa y continuó el proceso ante la Comisión IDH (CNMH, 2018, p. 459).

El 8 de mayo de 2018, la Comisión IDH entregó al Gobierno Colombiano el Informe de Fondo No. 170 de 2017. En este Informe, la Comisión le hace siete recomendaciones al Estado colombiano, relacionadas con: la indemnización de las víctimas; la investigación, el hallazgo y, de ser el caso, la identificación de los restos mortales y entrega a sus familiares de las personas víctimas de desaparición forzada y que eran miembros de la U.P.; la consecución de los procesos penales y disciplinarios para determinar responsabilidades y esclarecer los hechos de victimización; la realización de medidas de satisfacción tanto individuales como colectivas que serían construidas con la participación y aprobación de las víctimas; el reconocimiento de responsabilidad internacional a través de un acto público por parte del Estado colombiano; la implementación de mecanismos de no repetición (CIDH, 2017, párr. 1605).

El caso Manuel Cepeda Vargas por su parte, siguió el trámite de fondo ante la Corte IDH luego de que la Comisión presentará demanda ante esta instancia. Durante este nuevo estadio del proceso, se efectuaron algunas etapas como: la presentación de excepciones preliminares por parte del Estado colombiano y los alegatos frente a la misma, la realización de audiencia para escuchar a testigos y peritos; la presentación de alegatos finales, etapas que condujeron finalmente, el 26 de mayo de 2010, a sentencia de responsabilidad internacional contra el Estado colombiano (CNMH, 2018, p. 461).

En la sentencia queda claro que el Estado hizo un reconocimiento parcial de los hechos y de su responsabilidad internacional por varias de las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Reconoció su responsabilidad por acción y por omisión; por la violación de los derechos a las garantías judiciales al exceder un plazo razonable en la investigación de los autores intelectuales de la muerte del senador Manuel Cepeda Vargas, que hasta el momento siguen sin ser determinados; por la violación del derecho a la vida, la integridad personal, el derecho a la honra y la dignidad; por violación al derecho a la libertad de expresión y a los derechos políticos del senador Manuel Cepeda Vargas.

Pese a que no se abordó el caso de la UP como un genocidio político en la sentencia de la Corte IDH, ni en el informe Nro. 170 del 6 de diciembre de 2017 de la Comisión IDH, estas instancias si reconocieron la sistematicidad y generalidad de los hechos de victimización ejercidos contra ese partido político. De hecho, era frecuente que se hiciera referencia a los crímenes y violaciones de derechos humanos de los miembros de la UP como un exterminio, una eliminación progresiva, un ataque sistemático, un delito de lesa humanidad e incluso un genocidio, aunque este no fuera tipificado jurídicamente. Así lo reconoció la Corte IDH en algunos apartes de la sentencia:

81.La violencia contra la UP ha sido caracterizada como sistemática, tanto por organismos nacionales como internacionales, dada la intención de atacar y eliminar a sus representantes, miembros e incluso simpatizantes. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se refirió a las ejecuciones de militantes de la UP como “sistemáticas”; el Defensor del Pueblo calificó a la violencia contra los dirigentes y militantes de ese partido como “exterminio sistematizado”; la Corte Constitucional de Colombia como “eliminación progresiva”; la Comisión Interamericana como “asesinato masivo y sistemático”; la Procuraduría General de la Nación se refiere a “exterminio sistemático”, y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación como “exterminio” (Cepeda Vargas vs Colombia, 2010).

La responsabilidad del Estado por los hechos ocurridos contra miembros de la Unión Patriótica ha estado relacionada no solo con el deber de protección que no cumplió, sino con

el déficit de justicia que ha mostrado al abordar estos casos. Sin embargo, la aplicación de justicia internacional con los pronunciamientos en los casos emblemáticos aquí descritos ha generado efectos importantes en la aplicación de justicia a nivel interno, pues se han venido adaptando a los procesos jurídicos en curso en la justicia colombiana, elementos de análisis utilizados en los pronunciamientos de las instancias internacionales. El informe del Centro Nacional de Memoria Histórica “Todo pasó frente a nuestros ojos. Genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002”, lo manifiesta así:

En el estudio de los hechos calificados como crímenes y violaciones a los derechos humanos de las víctimas de la UP, los jueces, a cuyas decisiones se hará referencia, vincularon el análisis del caso sometido a su consideración con otros hechos victimizantes, antecedentes y elementos de contexto en que sucedieron, acudiendo a informes, decisiones judiciales de índole nacional e internacional, conceptos, peritajes y testimonios. Estas fuentes destacaron la sistematicidad y generalidad como aquellos hilos que permitieron establecer relaciones entre el conjunto de victimizaciones contra los miembros de la UP a través del tiempo (CNMH, 2018, pág. 421).

De igual manera, la justicia colombiana ha podido establecer vínculos entre los crímenes gracias a la incorporación del Estatuto de Roma a través de la ley 742 de 2002. En este instrumento internacional se hace mención de los delitos de lesa humanidad, que hacen referencia a cualquier acto de asesinato, exterminio, traslado forzoso de población, tortura, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género y desaparición forzada de personas, cuando se cometen como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. La generalidad y sistematicidad son elementos que hacen parte de la definición de los crímenes de lesa humanidad, de ahí que le han permitido a la justicia colombiana establecer los vínculos entre los casos de victimización en contra de dirigentes de la Unión Patriótica (CNMH, 2018, p. 421).

3. Conclusiones

Cada documental observado, cuya realización data de distintas épocas, parece sugerirnos que la violencia política es una constante en Colombia, que se repite con matices en otros protagonistas. A su vez, a través de ellos se intenta reconstruir desde un lenguaje audiovisual fragmentos de las vidas de diferentes liderazgos que pretenden hallarle sentido o comprender lo que pasó y aún sigue pasando. Son también memorias que denuncian, que pretenden ir más allá de las cifras para darle rostro a las estadísticas de asesinatos y amenazas.

Adicionalmente, aunque en diferentes escenarios y momentos históricos, los documentales narran episodio del conflicto armado en Colombia desde hace más de medio siglo. A pesar de la distancia temporal y espacial que los separa, los hechos abordados confluyen en varios

aspectos, no sólo con respecto a la similitudes que entre ellos se van a mencionar, sino en cuanto al hecho de que son elementos de una misma ilación histórica, que parece repetirse una y otra vez y que, aunque muta de formas y de medios y los actores se entrelazan y se separan, en esencia representan lo mismo: la negación a una verdadera apertura democrática, a una participación activa de las personas en el destino de sus comunidades.

Cada documental, con sus diferentes narrativas, el Baile Rojo desde voces testimonios, Pizarro desde un estilo biopic y anecdótico con una voz más íntima y visceral, y Nos están matando con voces más presentes; no solo nos narran una situación que está atravesada por la violencia sino, paradójicamente, por las aspiraciones de paz.

En estas tres piezas cinematográficas, hay un rasgo común: pactos o acuerdos de paz, los Acuerdos de la Uribe que le dan vida a la Unión Patriótica, la paz firmada por el M-19 y el gobierno de Virgilio Barco y los Acuerdos de la Habana firmado por el Estado y las FARC-E.P. Estos tres documentales comparten no solo hechos de violencia que se muestran con trágica coincidencia, sino también las incansables aspiraciones de búsqueda de una esquivia justicia, verdad y construcción de paz.

En el campo jurídico, más allá del reclamo por la aplicación del derecho penal a las personas responsables, las víctimas demandan el esclarecimiento total de los hechos, la reparación a sus vidas y las garantías de no repetición. Para ello, como lo hemos evidenciado aquí, han hecho uso del lenguaje jurídico que con sus limitaciones y restricciones, ha logrado en el orden simbólico, poner al Estado a rendir cuentas por los hechos ocurridos, por su participación o por su omisión; lo ha subordinado al exigirle la adopción de medidas concretas encaminadas a la dignificación de las víctimas; ha demostrado cómo, tal y como lo sugiere el sociólogo Pierre Bourdieu, el derecho es un campo de batalla en el que diferentes actores se enfrentan en la lucha por definir el derecho. En esa medida no todo está dicho: ni todo está ganado ni todo está perdido.

Por otro lado, desde una perspectiva socio jurídica e histórica del concepto de genocidio en el Derecho Internacional, y dejando de lado los enfoques dogmáticos y exegéticos, se vislumbra cómo la exclusión del factor político como móvil del exterminio tiene a su vez orígenes políticos, cuya intención y consecuencia principal es el desconocimiento de la responsabilidad de los estados en las persecuciones, amenazas y asesinatos sistemáticos de personas partícipes de grupos políticos, en particular porque históricamente estos grupos han hecho parte de la oposición política y en muchas ocasiones han sido señalados injustamente de asociarse con la insurgencia. Cabe resaltar que muchas veces ese señalamiento proviene de los mismos agentes de los Estados, desde los que se considera que la determinación del factor político como móvil del genocidio puede acarrear una limitación a sus fuerzas para

hacer frente a grupos insurgentes, lo que además evidencia la asociación que hacen entre la oposición política e insurgencia armada.

Con todo, el delito de genocidio como se encuentra establecido en el Derecho Internacional es limitado frente a los hechos que pueden ser en sentido material considerados como genocidio. Principalmente, se destaca cómo el caso de la U.P. ha sido considerado desde todas las ópticas como un exterminio sistemático e intencional para acabar con ese partido político, sin embargo, en los foros internacionales tal adecuación ha sido negada. De allí que se considere que la consagración del móvil político no se pueda lograr sino con un cambio normativo.

Los sistemas internacionales de derechos humanos junto con los instrumentos que los conforman (*corpus iuris*) han servido, no sólo en su fase judicial sino también en relación con los mecanismos no contenciosos, como catalizadores para que los estados incluyan en sus ordenamientos internos y especialmente en sus normas penales la noción del delito de genocidio.

Adicionalmente, los estados han podido adecuar la definición del genocidio de acuerdo con sus necesidades históricas y sociales, por ejemplo, para el caso colombiano la consagración del elemento político en el genocidio es el resultado del reconocimiento histórico del Estado de su responsabilidad frente al exterminio de la U.P. y de la lucha de las víctimas por no dejar en el olvido dicho vejamen.

Referencias bibliográficas

Atehortúa, C.J. (2009). Aproximación a los estudios de derecho y cine: El cine como medio de aproximación al derecho. Régimen Jurídico del cine en Colombia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

CNMH. (2018). Todo pasó frente a nuestros ojos. El genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002. Bogotá: CNMH.

Artículos de revista

Feierstein, D. (2016). El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 247-265.

Galeano Pérez, M. A. (2017). Estudios de derecho y cine: entramados de una historia que ya está rodando. *Revista CES Derecho*, 298-321.

Gómez-Suárez, A. (2013). La coyuntura geopolítica genocida de la destrucción de la Unión Patriótica (1985-2010). En: Revista Estudios Políticos. No. 43. p. 180- 204.

Huertas Díaz, O. (2006). Aproximaciones al concepto de genocidio en Colombia: Un estudio desde el margen. En: Revista Diálogos y Saberes. No. 25, p. 315-334.

Verduzco, A. G.-R. (2002). El crimen de genocidio en derecho internacional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 917-946.

Cibergrafía

Cepeda Castro, I. (2006). Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia. En: Revista CEJIL: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. Historias de América, año 1, vol.1, Número 2. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24797.pdf>

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. (s.f.). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Recuperado el 10 de Octubre de 2019, de <https://www.un.org/spanish/law/icc/prepcomm/prepfra.htm>

Espacio Europeo de Educación Superior. (s.f.). ¿Qué es el proceso de Bolonia? Recuperado de: <https://www.uma.es/ees/>.

Galeano Pérez, M.A. (31 de marzo de 2017). Una introducción a los estudios de derecho y cine. [Mensaje en un blog. Semillero de Investigación en Sociología del Derecho y Teorías Jurídicas Críticas]. Recuperado de: <http://construyendootroderecho.blogspot.com/2017/03/una-introduccion-los-estudios-de.html>

Lemkin, R. (1946). El genocidio como un crimen bajo el Derecho Internacional (Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, trad.). The International Raoul Wallenberg Foundation [En línea]. Recuperado de: <http://www.raoulwallenberg.net/es/holocausto/articulos-65/genocidio/genocidio-crimen-derecho/>

Morris, H. [Gritodelsur]. (2008). Genocidio de la UP (1/3). [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=pqHIlxEwYCc>

Pérez Triviño, J. L. (2007). Cine y derecho: aplicaciones docentes. Recuperado el septiembre de 2019, de Universidad Pompeu Fabra: <https://www.biblioteca.org.ar/libros/140943.pdf>

Leyes, sentencias y otras providencias

Audiencia Nacional de España. (5 de noviembre de 1998). Auto Caso Pinochet. Recuperado el 9 de Octubre de 2019, de Fundación Acción Proderechos Humanos:

[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/1998-11-05-AN-\(Pinochet\)-Auto-Competencia-Spain-Genocidio-Chile.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/1998-11-05-AN-(Pinochet)-Auto-Competencia-Spain-Genocidio-Chile.htm)

Cepeda Vargas vs Colombia, 12.531 (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010).

CIDH. (1997). Informe sobre admisibilidad No. 5 / 1997. Washington.

CIDH. (2017). Informe No. 170/17 Caso 11.227. Washington: CIDH.

Corte Penal Internacional. (2000). Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional: Elementos de los Crímenes. Recuperado de: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/S-iccelementsofcrime.html>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 14 de febrero de 2001, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Sentencia C- 117.

Prensa

Caso Pinochet: cronología. (s.f.). BBC Mundo. [En línea]. Recuperado de: <http://www.bbc.co.uk/spanish/extrapinochet.htm>

El 'Baile Rojo'. (2007, noviembre 8). Semana. [En línea]. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-baile-rojo/87549-3>

Pizarro: Mejor Documental Unitario. (7 de marzo de 2018). Centro Nacional de Memoria Histórica. [En Línea]. Recuperado de: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/fr/noticias/noticias-cmh/pizarro-mejor-documental-unitario>

Bolaños, A. (2018, 28 de mayo). "Nos están matando", un documental sobre el asesinato de líderes sociales. El Espectador. [En línea]. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/colombia2020/territorio/nos-estan-matando-un-documental-sobre-el-asesinato-de-lideres-sociales-articulo-856718>

Informe especial: ¡Basta ya! No más asesinatos de líderes sociales. (2019, 13 de mayo). Semana. [En línea]. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/lideres-sociales-quien-y-por-que-los-matan-como-protegerlos/614275>

La paz con el M-19. (1997, 23 de junio). Semana. [En línea]. Recuperado de: <https://www.semana.com/especiales/articulo/la-paz-con-el-m-19/32794-3>

Tavera, E. & Arboleda, J.C. (2016). ¡A Luchar! y el Frente Popular: otra opción de izquierda que fue exterminada. Hacemos Memoria. [En línea]. Recuperado de:

<http://hacemosmemoria.org/2016/09/20/luchar-y-el-frente-popular-otra-opcion-de-izquierda-que-fue-exterminada/>

Wright, E. & Laffay, T. (2018). El documental que protesta por el asesinato de líderes sociales en Colombia. Revista Arcadia. [En línea]. Recuperado de:

<https://www.revistaarcadia.com/television/articulo/nos-estan-matando-documental-protesta-asesinato-lideres-sociales-colombia/69874>



Injerencia de la comunidad internacional: una reflexión desde el cine sobre el caso de Ruanda

Valentina Morales Franco¹

Resumen

El artículo aborda a manera de reflexión las implicaciones que tuvo para Ruanda la negligencia por parte de la Comunidad Internacional, especialmente de la Organización de las Naciones Unidas, mientras se perpetraban homicidios sistemáticos en contra de toda una etnia (delito catalogado como genocidio), suceso que incluso tuvo apoyo de las fuerzas militares del gobierno y los ciudadanos de a pie que decidieron participar en las hostilidades. Los medios audiovisuales se presentan en esta ocasión como una poderosa herramienta de fomento para el pensamiento crítico y la reflexión sobre el impacto que tuvo el genocidio de Ruanda en la población y en el resto del mundo.

Palabras clave: Cine y derecho; Ruanda; Genocidio; Comunidad internacional.

¹ Estudiante de noveno semestre del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: valentina.moralesf@udea.edu.co

Este artículo es el resultado de una reflexión académica en el marco del curso de profundización en Derecho Internacional: Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, del pregrado de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.



Injerencia de la comunidad internacional: una reflexión desde el cine sobre el caso de Ruanda

1. Introducción

El cine, considerado como una valiosa herramienta para difundir información, anécdotas, historias y lecciones, ya sean banales o trascendentales, ha tomado mucha fuerza en los procesos educativos contemporáneos. Esto se debe a la capacidad que posee de generar interés y fomentar la reflexión sobre su receptor, propiciando el pensamiento crítico.

Thury (2009) citado por Holgado Sáez (2013, p.105), menciona que el cine narra una historia para que el espectador pueda contextualizar conceptos abstractos y traerlos a la realidad, así como pone en marcha la interpretación hermenéutica inherente al estudio del derecho. En relación con esto, podemos pensar en el género cinematográfico como una herramienta para difundir acontecimientos y convertirse en un instrumento de crítica social (Rivaya, 2005), en la medida en que se pone al servicio de una comunidad que está siendo educada para ser consciente de su realidad y de las injusticias que en ella acaecen día a día. Ello, con el objeto de despertar la capacidad de observar y analizar, con argumentos interdisciplinarios, sucesos cruciales que tuvieron incidencia última en el mundo jurídico (y que no están exentos de volver a ocurrir en diferentes contextos).

En el ámbito del derecho internacional, el cine sirve para evidenciar diferentes aspectos tales como

(...) el quebrantamiento de las normas internacionales. Así, la guerra y su justificación, los crímenes de guerra (que actualmente lleva a plantear la cuestión de un posible y efectivo Tribunal Penal Internacional) y los derechos humanos, que se pretenden universales, internacionales” (Rivaya, 2005, p. 146).

Este panorama, pone de presente, de manera muy general, los temas que conciernen al derecho de manera global, se trate de un conflicto armado internacional o no internacional. Uno de los temas principales que abordan estos recursos es la trasgresión de las normas vinculantes que nacen a partir de los diferentes instrumentos de derecho internacional; para poner ante el espectador, de forma vívida, una reconstrucción de esos acontecimientos.

Atehortúa (2009), citado por Galeano (2017), hace referencia a la relación del cine y el derecho como una serie de elementos que ponen en el panorama de discusión valores jurídicos e instituciones, y a partir de ello, la retórica de la imagen evidencia que “el concepto que maneja el cine sobre el derecho no es pacífico, es decir, encierra muchísimos puntos de vista que son capaces desde reafirmar hasta de criticar lo jurídico” (Galeano, 2017, pp. 313).

Es de suma importancia para el presente artículo, analizar cómo esas categorías jurídicas pueden ir de lo útil a lo reprochable, igualmente, la misma responsabilidad de ciertas instituciones por su apatía en la ocurrencia diversos crímenes en detrimento de la humanidad, como lo fue el caso de Ruanda.

Las diferentes problemáticas que atañen la elaboración de este artículo de reflexión girarán en torno a una realidad política desde la teoría del derecho internacional, analizando así, la injerencia (o falta de ella) de la Comunidad Internacional y su papel para prevenir un delito tal como el genocidio, recabando su responsabilidad dentro del cumplimiento de sus funciones y la omisión de socorro para la población civil que no tomaba parte en las hostilidades.

Para el anterior efecto, las películas y documentales estudiados para este artículo son:

Película	Director	País de Origen	Duración	Año
Sometimes in April	Raoul Peck	Ruanda Francia Estados Unidos	140 minutos	2005
Shake Hands with the Devil	Roger Spottiswoode	Canadá	113 minutos	2007
Shooting Dogs	Michael Caton-Jones	Reino Unido Alemania	115 minutos	2005
Hotel Rwanda	Terry George	Reino Unido Sudáfrica Italia	121 minutos	2004
The Salt of the Earth	Wim Wenders, Juliano Ribeiro Salgado	Francia Brasil Italia	110 minutos	2014
Beasts of no Nation	Cary Joji Fukunaga	Estados Unidos	137 minutos	2015

2. Contexto

Ruanda, un pequeño país ubicado al oriente del África, vivió por décadas una tensa situación política inmersa en violencia y discriminación, la cual detonó de manera fugaz en los noventas. Esta situación la ponen de presente las películas enlistadas con antelación, en todas ellas se visualiza cierta congruencia en los hechos que tuvieron lugar en Ruanda en abril de 1994.

La película Shake Hands with the Devil (2007) pone de presente que cuando Bélgica colonizó Ruanda en 1922, se introdujo un sistema de identificación que separaba a los Hutu de los Tutsi (etnias de origen africano), estos últimos que tuvieron preferencia en la concesión de derechos civiles y políticos frente a los primeros. En 1961 cuando Ruanda obtuvo la

independencia, los Hutu se revelaron y tomaron el poder, exiliando o eliminando a los Tutsi. Esta tribu expulsada de su tierra, en busca de retornar a su país de origen, creó una fuerza rebelde (Frente Patriótico Ruandés), que invadió Ruanda desde Uganda. Esta invasión concluye con la firma de los Acuerdos de Arusha.

En consecuencia, se relata el rol de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda (UNAMIR), cuyo objetivo era hacer seguimiento la paz posterior a la firma de los Acuerdos de Arusha, pactado entre el gobierno controlado por los Hutu y el Frente Patriótico Ruandés (FPR), integrado mayormente por los Tutsi exiliados. Dicho Tratado es el objeto de la misión de la UNAMIR, siendo así como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), envía unos emisarios de la paz para asistir y mantener la estabilidad de la reciente paz lograda.

Por motivo de este tratado, el gobierno Hutu debía implementar un gobierno de transición en el cual se incluyera a los Tutsi, pero dicho proceso se continuaba dilatando, así que las FPR en cabeza de Paul Kagame, decidió reanudar las hostilidades. El asesinato del presidente en ese entonces Juvénal Habyarimana (del cual nunca se estableció la autoría), derivó en lo que hoy se conoce como el genocidio de Ruanda, en donde se pretendió eliminar completamente a la tribu Tutsi.

Siguiendo esta línea, *Sometimes in April* (2005), narra cómo a partir del resentimiento histórico de los Hutus hacia los Tutsi (generado en parte por la diferencia de derechos civiles y políticos que los segundos gozaban desde la colonización belga) la segregación racial ocasionada por el control del poder, la propaganda de odio difundida por medios de comunicación y, como último detonante, el asesinato del presidente Habyarimana, fueron la principales causas para que entre abril y julio de 1994 se asesinaran a sangre fría cerca de un millón de personas, ya fueran de origen Tutsi, o Hutus que se opusieron de alguna forma expresa o tácita a la “limpieza social”.

Igualmente, tanto *Hotel Rwanda* (2004) como *Shooting Dogs* (2005) narran historias de angustias sufridas durante el genocidio, particularmente de lugares que sirvieron como lugar de protección de quienes eran perseguidos por los hutus extremistas. El documental *The Salt of the Earth* (2015), si bien tiene como eje principal el éxodo y los refugiados, muestra con fotografías auténticas la crudeza del exterminio que se vivió en Ruanda, quitando el velo de la potencial ficción cinematográfica y enfocando el lente en la pura autenticidad de los hechos.

En *Beasts of No Nation* (2015), si bien no está basado en hechos reales, ni contextualizado en la crisis política (y humanitaria) de Ruanda, representa diferentes situaciones que no son ajenas al contexto en el que ha estado inmersa África, como los efectos del conflicto armado que atravesó el país y cuál es su realidad.

3. ¿Genocidio o actos de genocidio?

Uno de los aspectos que más llamó mi atención al visualizar las películas, es el particular énfasis en cómo la Comunidad Internacional evitó a toda costa llamar la situación que acaecía en Ruanda como “genocidio”. En lugar de ello, meticulosamente escogieron las palabras “actos de genocidio”, sin dejar claro cuántos de estos actos se necesitan para configurarse el crimen de genocidio y las implicaciones internacionales de usar esa denominación.

El delito de genocidio, según la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948, art. 2), comprende aquellos actos que están dirigidos a la destrucción, total o parcial, de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, condenando actos de matanza, lesión de la integridad física o moral, sometimiento a condiciones de vida que impliquen su destrucción, actos que impidan el nacimiento en dichos grupos o el traslado de niños y niñas de un grupo a otro.

En la Convención, se estipula que los Estados Parte pueden recurrir a los órganos competentes de la Naciones Unidas para que estos tomen medidas y con el fin de prevenir y reprimir los actos de genocidio. Es decir, hay una obligación de las partes contratantes de actuar cuando se presentan este tipo de escenarios, incluso cuando se trata de “actos de genocidio”. En este mismo sentido, el artículo 1º estipula el alcance extraterritorial de la Convención, lo que se traduce en que los Estados que tengan la capacidad de influenciar, deben aplicar todos los medios que estén a su alcance para prevenir el genocidio, incluso cuando el mismo no se halle dentro los confines de su territorio.

Con base en lo anterior, es impensable que a partir de una conceptualización tan clara de lo que se entiende por el delito de genocidio, la Comunidad Internacional haya permanecido en un estado de negación, cuando todos los elementos que lo constituyen, se configuraron.

Los hutus, un grupo étnico, asesinaron a cientos de miles de tutsi, con el fin de destruir completamente ese grupo; ataque perpetrado por la milicia estatal y los civiles hutu que decidieron armarse para apoyar esta causa. Al tratarse de un conflicto armado no internacional, estos actos también son violatorios del artículo III común de los cuatro Convenios de Ginebra.

La responsabilidad de los sujetos de Derecho Internacional procede de las obligaciones que nacen de las distintas fuentes, como lo son las Convenciones. De esto se puede extraer la reticencia de los Estados y de la Comunidad Internacional para llamar a los sucesos que se dieron en Ruanda como un genocidio, pues ello genera una obligación de actuar, con el fin de evitar un riesgo mayor para los Derechos Humanos que se estaban viendo violentados.

Como consecuencia de los hechos acaecidos en Ruanda y otros casos de genocidio alrededor del globo, en 1998 se expide el Estatuto de Roma, cuyo artículo 6º establece los siguientes

elementos para constituir un genocidio: (i) Que el autor haya dado muerte a una o más personas. (ii) Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado. (iii) Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. (iv) Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción. A pesar de que este texto no se encontrara vigente cuando sucedió el genocidio de Ruanda, el estatuto se suma a los diferentes instrumentos internacionales destinados a ampliar la definición del delito en cuestión, con el objeto de que se pueda identificar en cualquiera de sus escenarios, generando los insumos suficientes para juzgar a quienes dirigen sus acciones con el fin de exterminar determinados grupos.

4. ¿Desinterés o inviabilidad? la injerencia de la comunidad internacional

El realismo político, como forma de estudio de las relaciones internacionales, apunta a analizar el interés de los estados en sus relaciones de poder. García Sánchez (2018) trae un estudio sucinto sobre la obra de Morgenthau, la cual estuvo orientada a esta corriente política y filosófica, agregando la búsqueda por entender el comportamiento humano y los móviles que le subyacen.

Esto se debe a que la constante observación del por qué la ciencia aplicada al campo político o de derecho está condenada a fallar; premisa más que demostrada por la experiencia de la humanidad en contextos de guerra y regímenes políticos totalitarios. Para Morgenthau, los postulados referentes a cómo debe basarse el racionalismo liberal en el manejo de las relaciones políticas (en donde se aplican procesos racionales para controlar tanto el mundo físico y social), no toman en cuenta las dinámicas ciertas que esta actividad ha tenido a lo largo de la historia, referido a la lucha por poder en la que se ven inmersas todas las relaciones humanas.

Los Acuerdo de Arusha de 1993, significaron para Ruanda, un intento vinculante (en la teoría, más no de forma tangible) por instaurar la paz en el país africano, envuelto en conflictos étnicos y de poder desde décadas atrás. A pesar de que se intentó establecer una voluntad política para detener las disputas internas y propender la paz, lo acaecido fue el extremo contrario: un genocidio. Es así, como las propuestas de Morgenthau encuentran asidero en que “las disputas políticas (las que se refieren a las aspiraciones de poder) no pueden ser solucionadas a través de los procedimientos judiciales” (García Sánchez, 2018 pp. 51); y aunque esta no sea la decisión de un Tribunal, es de resaltar cómo una herramienta de Derecho no es suficiente para frenar ciertas controversias, especialmente si estas muestran tendencia al conflicto armado, y particularmente si no se toman en cuenta elementos subyacentes de poder.

La película *Sometimes in April* (2005) destaca un tema de suma relevancia que instigó un nivel de violencia desmesurado, ésta a partir de la intensa propaganda a través de medios de comunicación. Con éste, fue inevitable no llegar a un conflicto armado no internacional, el cual fue fruto de la vieja discordia de las etnias Tutsi y Hutu, traducida en una lucha por el poder motivada por la arrogancia y la codicia. Al respecto, una postura centrada sobre el constitucionalismo global enmarca a la Comunidad Internacional dentro de una visión en donde se hace necesario intervenir en las relaciones dentro del Estado y sus nacionales, imponiendo los valores internacionales (visión de sociedad), a partir una construcción que subyace la operación de la comunidad en sí misma. (Alarcón, Otálora, & Machado, 2016).

Con esto, no quiero desacreditar la voluntad del Estado para legislar a partir de sus intereses, pero es cuando dicho gobierno promueve la materialización de la discordia, que la Comunidad Internacional deben tener cierta injerencia con tal de evitar un mal mayor.

Como hacía mención, los medios de comunicación, en el caso concreto un programa radial, promovió un discurso de absoluto rencor en contra de la población Tutsi. Se considera que, gracias a este programa, gran parte de los civiles se armaron para apoyar al extremismo Hutu, evidenciando la facilidad de manipulación de las masas por parte de los medios de comunicación. También se nos muestra como la Comunidad Internacional se negó a intervenir dicho programa justificado en la libertad de expresión y su falta de competencia sobre la misma (a pesar de que ésta tenga consecuencias graves).

Esto se refleja cuando en la película, la ONU sólo ayudó a los expatriados a escapar del conflicto, mientras que dejó a su suerte a los ruandeses, quienes se encontraban en el medio de una delicada situación bélica y política; sin hacer un mínimo esfuerzo por mitigar las situaciones que animaban los episodios del crueldad y violencia.

Tiempo después de que concluyera el genocidio, se constituyó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con el objeto de juzgar a los líderes y responsables de la tragedia, este Tribunal no juzgó a quienes vieron mientras el conflicto se desarrollaba y se quedaban de manos cruzadas, tampoco fue efectivo a la hora de juzgar los crímenes de guerra proscritos por el Derecho Internacional Humanitario. Para la población, y como trae a colación la película *Sometimes in April*, este Tribunal simplemente dejó una falsa sensación de justicia.

No es un secreto para nadie que en el mantenimiento del statu quo contemporáneo, es menester ubicar a Estados Unidos como impositor de un discurso hegemónico de poder. El hecho de que, a lo largo de la mayoría de las películas, se presenta a esta potencia como reacia e indiferente ante la grave crisis que sufría Ruanda, implica un señalamiento como uno de los mayores influyentes en las decisiones de la ONU hacia los Guardianes de la Paz y los Cascos Azules, quienes en últimas se les prohibió intervenir de manera activa en la protección de la población ruandesa que estaba siendo eliminada sistemáticamente. A pesar del

establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda 1997, se descartó indilgar responsabilidad a Estados Unidos por su omisión de auxilio ante la delicada coyuntura que atravesaba el país africano. En ese sentido:

Es imposible no reparar en cómo las relaciones de poder entre los estados se plasman en los resultados que hasta ahora ha dado el funcionamiento de la Corte: solo mandatarios de estados débiles (concretamente africanos) han sido enjuiciados, mientras que los mandatarios de las grandes potencias pueden permitirse ignorar dichos tribunales (García Sánchez, 2018 pp. 54).

La Organización de las Naciones Unidas, como sujeto de Derecho Internacional, se mantuvo pasiva mientras Ruanda se hundía en un despliegue de violencia deleznable. En consecuencia, de la desidia de los países que conformaban el Consejo de Seguridad en ese entonces (cuyas capacidades para impartir órdenes relativas al uso de la fuerza se consagra en la Carta de las Naciones Unidas, toda vez que sea dirigida en protección de la vida humana), es válido tomar su omisión y negligencia como una conducta susceptible de responsabilidad, justificado en el mismo quebrantamiento de las obligaciones que tiene como sujeto de derecho. Lo anterior se puede expresar en los siguientes términos:

Un comportamiento determinado, atribuido a un sujeto de Derecho Internacional, es calificado por este ordenamiento como lesivo para derechos o intereses de terceros sujetos y, por ello, es considerado un hecho jurídico del cual el Derecho Internacional vincula consecuencias determinadas: dar origen a un conjunto de nuevas relaciones jurídicas (de responsabilidad), entre el sujeto al que se atribuye el hecho y el sujeto injustamente perjudicado con el comportamiento de aquel (Mariño Menéndez, 2005, pp.473).

La película *Shake Hands with the Devil* (2007), es una cinta cinematográfica basada en el libro “*Shake Hands with the Devil: The Failure of Humanity in Rwanda*” (Estrechando manos con el diablo: el fracaso de la humanidad en Ruanda), escrito por el General Roméo Dallaire, quien como líder de la UNAMIR hizo todo a su alcance para poner en evidencia la grave situación humanitaria por la que estaba pasando dicho país, al cual la Comunidad Internacional dio la espalda en su extremo momento de necesidad. Pese a los esfuerzos del militar Dellaire por mantener la paz y proteger a las personas inocentes, la renuencia de la Comunidad Internacional, en especial de la ONU, no permitió que esta pretensión prosperara, absteniéndose de enviar apoyo militar y recursos para los Guardianes de la Paz que aún se encontraban en Ruanda.

En el artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas, expone como propósitos de esta los siguientes:

(i) Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los

principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; (...) (iii) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Más adelante en la misma Carta, en el artículo 41 y 42 se manifiesta lo siguiente:

Artículo 41. El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Artículo 42. Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

A partir de lo anterior se extrae que la ONU podrá tomar las medidas necesarias cuando se pretenda mantener la paz en cierto territorio (tengamos en cuenta que se firmaron los Acuerdos de Arusha con el fin de establecer la paz en Ruanda y la UNAMIR le hacía seguimiento a la misma), incluso si se trata de medidas que impliquen la fuerza, entonces nos preguntamos ¿por qué se mantuvieron indiferentes ante el genocidio que se fraguó y llevó a cabo en Ruanda? ¿Por qué consideraron que no era meritorio intervenir el país, mínimamente con el objeto de apaciguar las confrontaciones armadas?

Este comportamiento es bastante cuestionado, puesto que la ONU tenía pleno conocimiento de la situación y, sin embargo, redujo significativamente el número de Cascos azules de 2.500 a 270, quienes sólo se podían limitar a observar los hechos. La falta de prevención e intervención de este hecho dejó un saldo de 800.000 a 1'000.000 de muertes, sin embargo, nunca representó motivo de juicio por responsabilidad de las Naciones Unidas (Niedrist, 2012).

Para las incógnitas planteadas, encuentro que gran parte de las potencias miembro del Consejo de Seguridad, se encontraban indiferentes por la condición de “pobres, negros y africanos” de los ruandeses (como se hace expreso en las películas Hotel Rwanda, Sometimes in April, Shooting Dogs, Shake Hands with the Devil), siendo consecuencia de ello una ínfima preocupación para la Comunidad Internacional. También es meritorio responder esas

inquietudes a partir de la Convención de 1946 sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados, en su artículo II, dispone lo siguiente:

Las Naciones Unidas, así como sus bienes y haberes en cualquier parte y en poder de cualquier persona, gozarán de inmunidad contra todo procedimiento judicial a excepción de los casos en que renuncie expresamente a esa inmunidad. Se entiende, sin embargo, que esa renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria.

Con este artículo, se indica que la ONU tienen inmunidad hasta el punto en que decida a renunciar a ello, generando que en este tipo de casos su accionar no esté sujeto a ningún tipo de consecuencias, provocando que las mismas repercusiones (de la omisión de auxilio), sean poco relevantes para la misma organización, en virtud de la falta de vigilancia y control sobre ésta, de cara a otras organizaciones u entes.

Conclusión

Como se ha observado a lo largo del artículo, la Organización de las Naciones Unidas tuvo un importante llamado a proteger y propender la paz recientemente lograda en 1994 en el país de Ruanda, sin embargo, las marcadas diferencias que generó la colonización belga entre Tutsis y Hutus significó la imposibilidad de establecer un acuerdo mediante el papel.

Los Cascos Azules, la fuerza militar de la ONU, tuvo la importante misión de asistir la paz en Ruanda, en la cual parece que se quedaron de brazos cruzados, ya que no pudieron (y no quisieron) evitar los nefastos resultados. Esta no ha sido la única ocasión en la que han estado inmersos en escándalo de este tipo. Como ejemplo de ello, destaco también el genocidio de Srebrenica, lugar en el que los Cascos Azules tenían la misión de proteger la reciente paz lograda en Yugoslavia, no obstante, no tomaron ninguna medida para prevenir el genocidio que allí ocurrió, a pesar de estar desarrollándose frente a sus ojos (Niedrist, 2012).

Este último caso, representado por las Madres de Srebrenica, fue objeto de un reclamo por responsabilidad ante la ONU, sin embargo, no prosperó debido a la inmunidad que goza la Organización. Igualmente, los Cascos Azules han estado involucrados en diversas polémicas de violencia sexual, particularmente sobre mujeres bosnias, croatas, haitianas y somalíes, e incluso, niños (Cerde-Dueñas, 2013).

Es a partir de hechos como los anteriores, tanto pensando en el accionar de los Cascos Azules, como la negligencia del Consejo de Seguridad de la ONU para tomar las medidas requeridas en Ruanda (y muchos otros lugares), que se torna imperante modificar el régimen de inmunidad de las Naciones Unidas, por lo menos cuando se trata de estos sucesos extraordinarios. Es impensable como esta Organización puede permanecer exenta de responsabilidad alguna, tanto por sus acciones como por sus omisiones, en coyunturas tan delicadas como las expuestas, cuando en teoría, es la llamada a velar por la paz mundial

(objeto por la cual fue creada), particularidad que también se debe a la falta de foro para que sean juzgados.

En consonancia con lo anterior, se plasma un pensamiento político y jurídico que más allá del deber ser, se proyecta en las relaciones de poder y subordinación; cómo la Comunidad Internacional, llamada a prevenir la ocurrencia de hechos fatales para la humanidad, como los perpetrados en la Segunda Guerra Mundial (y a partir del cual surgen los instrumentos internacionales pertinentes para la prevención del genocidio), no sólo fracasa, si no que pierde legitimidad ante quienes invocan su protección, ese extremo débil de las relaciones políticas y globales, pero también, ante la decaída humanidad que lanza un grito desesperado de auxilio.

Por último, recalco que, es aquí donde una de las finalidades del cine como instrumento pedagógico entra en juego, mientras un país se desmoronaba rápidamente, el mundo parecía ajeno a lo que allí sucedía. El séptimo arte, como una herramienta de gran fuerza histórica, cumple su rol en la pretensión de que una situación como ésta no se presente nuevamente en el futuro, a través de la difusión y la educación en temas particulares

Referencias bibliográficas

Alarcón, R., Otálora, G., & Machado, S. (2016). La noción de «sociedad» en el derecho internacional. En R. F. Urueña Hernández (Ed.), *Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global* (2.a ed., pp. 61-99). Bogotá: Universidad de los Andes.

Barna, L., Donovan, M. (productores) & Spottiswoode, R. (director). (2007). *Shake Hands with the Devil*. [Cinta cinematográfica]. CAN: Seville Pictures, Barna-Alper Productions, Halifax Film Company, Head Gear Films.

Artículos de revista

Cerda-Dueñas, C. (2013). La responsabilidad de los miembros de las operaciones para el mantenimiento de la paz, por ilícitos cometidos en el desempeño de su función. *Revista Criminalidad*, enero-abril, 55 (1), pp. 115-130.

Galeano, M.A. (2017). Estudios de derecho y cine: entramados de una historia que ya se está rodando. *Revista CES Derecho*, 2(8), 298-321.

García, J. A. (2018). El giro del Derecho Internacional a las Relaciones Internacionales en Hans J. Morgenthau: una transición mediada por la Historia. *Revista Relaciones Internacionales*. Universidad Autónoma de Madrid. 31-57.

Holgado Sáez, C. (2013). Derecho y cine del genocidio: 7 títulos contemporáneos (2001-2011) para la docencia presencial del derecho penal e internacional público. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*. (8), 99-116.

Mariño, F. (2005). *Derecho Internacional Público, Parte General*, Madrid, editorial Trotta.

Niedrist, G. (2012). Inmunidad de las Naciones Unidas. *Estado de Derecho Internacional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 417-444.

Cibergrafía

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. (1946). Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados. Disponible en: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosMultilaterales/M011.pdf>. Consultado el: 28/09/19.

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. (1948). Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>. Consultado el: 28/09/19.

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). Consultado el: 28/09/19.

Organización de las Naciones Unidas. (1945). Carta de San Francisco. Disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>. Consultado el 28/09/19..

Rivaya, B. (2005). Derecho y cine todo lo que siempre quiso saber sobre el derecho y nunca se atrevió a preguntar. *Revista Ratio Iuris*. 1(3), 135-151.

Películas

Belton, D., Cross, P., Meurer, J. (productores) & Calton-Jones, M. (director). (2005). *Shooting Dogs*. [Cinta cinematográfica]. UK, GER: BBC Films, UK Film Council, Filmstiftung Nordrhein-Westfalen, ARTE, CrossDay Productions Ltd, Egoli Tossell Film, Invicta Capital.

Crown, D., Elba, I., Fukunaga, C. J., Iweala, U., Kaufman, A., Marker, R., Skoll, J., Taplin, D. (productores) & Fukunaga, C. J. (director). (2015). *Beasts of no Nation* [Cinta cinematográfica]. USA: Netflix, Red Crown Productions, Participant Media.

De Abreu, J., Fakhry, F., Gambetta, A., Ponelle, C., Rosier, D., Wanick, L., Wenders, W. (productores) & Ribeiro, J., Wenders, W. (directores). (2014). *The Salt of the Earth*.

[Documental]. FRA, ITA, BRA: Decia Films, Amazonas Images, Solares Fondazione delle arti.

Delume, D. (productor) & Peck, R (director). (2005). Sometimes in April. [Cinta cinematográfica]. RUA, FRA, USA: HBO Films.

George, T., Kitman, A. (productores) & George, T. (director). (2004). Hotel Rwanda. [Cinta cinematográfica]. UK, CAN, ZAF, ITA: Lions Gate Films, United Artists.



Consecuencias psicológicas de la guerra y su regulación en el DIH a la luz del cine

Cristian David Sepúlveda Álvarez¹
Daniela Estefanía Cadavid Deossa²

Resumen

Incontables historias en el mundo del cine han sido producto de las guerras que se han librado en la historia de la humanidad y que han ocasionado múltiples dificultades en las personas, entre otras, consecuencias psicológicas. El presente artículo pretende reflexionar acerca del trastorno de estrés postraumático (TEPT) como efecto psicológico que puede aparecer en las personas tras sufrir experiencias en la guerra; lo anterior a la luz de una metodología documental y audiovisual analizando películas como *Taxi Driver* (1976), *Full Metal Jacket* (1987) y en el ámbito colombiano *Ciro y Yo* (2018), que nos muestran cómo se viven esos padecimientos psicológicos producidos por los conflictos armados. Aunado se analiza cómo el Derecho Internacional Humanitario, trata esos padecimientos, para considerar finalmente que a pesar de la importancia que tiene reconocer y tratarlos, pues poco se ha reflexionado y falta hacer más consciente el problema en el marco de esa normatividad, que busca limitar las secuelas de los Conflictos armados.

Palabras clave: Trastorno de estrés post trauma; Derecho Internacional Humanitario; Psicología; Cine; Conflicto armado.

¹ Psicólogo, candidato a magister en Psicología clínica de la Universidad de San Buenaventura. Correo electrónico: cristiandavid912@gmail.com

² Estudiante de decimo semestre del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: destefania.cadavid@udea.edu.co

Este artículo es el resultado de una reflexión académica en el marco del curso de profundización en Derecho Internacional: Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, del pregrado de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.



Consecuencias psicológicas de la guerra y su regulación en el DIH a la luz del cine

Los hombres se cansan antes de dormir, de amar, de cantar y bailar que de hacer la guerra.

Homero (VIII AC-VIII AC)

1. Introducción

La guerra provoca desmesurados sufrimientos, padecimientos que no han sido ajenos al cine, donde las grandes tragedias de la vida humana en sociedad han sido retratadas, “los conflictos armados han dado lugar a incontables historias que han inspirado al mundo del arte” (CICR, 2017).

Es en virtud de estos sufrimientos, que el hombre se ha visto en la necesidad de limitar sus consecuencias en salvaguardia de la vida y la integridad personal. En el plano internacional esto se ha realizado a través de normas donde los Estados como salvaguardas de sus habitantes se obligan a respetar la conducción de hostilidades constituyendo un último recurso de racionalidad (Henríquez, 2002), obligación que la normatividad extiende a las otras partes en los conflictos armados no internacionales.

Los costes de la violencia durante y después de los conflictos armados, generalmente son visibles, por ejemplo en cifras, como es el número de muertos, heridos, desplazados y refugiados o el coste económico representado en los valores de la maquinaria de guerra, los daños y la destrucción de las infraestructuras físicas y financieras; sin embargo hay costes que, a veces se desdibujan hasta el punto de la invisibilidad, como el político, con la pérdida de apoyo de la opinión pública mundial, la corrupción política, el desmantelamiento del proceso democrático y el reforzamiento de poderes extremistas; los costes ecológicos, como la práctica de ‘tierra quemada’; los costes sociales, como es el caso de la destrucción de familias y comunidades y los huérfanos de la guerra; los costes culturales, como el sufrimiento colectivo, el desplazamiento forzado de comunidades, e incluso la pérdida de identidad durante largos periodos; y por último –y no menos importante–, los costes psicológicos, como el sufrimiento psíquico, la degeneración debido al estrés, enfermedades psíquicas (síndromes postraumáticos y de catástrofe) los cambios en el sentido de la vida y de los valores, sentimientos de inanidad, desconfianza, desesperación, y odio (Reychler, 1997).

El presente artículo pretende reflexionar en un primer momento acerca del trastorno de estrés postraumático (TEPT) como una de las consecuencias psicológicas que puede aparecer en las personas tras sufrir experiencias en la guerra, o como se conocía varias décadas atrás

Neurosis de guerra. Posteriormente, pretende analizar cómo el Derecho Internacional Humanitario, en adelante DIH, trata dichos padecimientos, para considerar finalmente que a pesar de la importancia que tiene reconocer y tratar dichas consecuencias poco se ha reflexionado y falta hacer más consciente el problema dentro del DIH, ya que este es el conjunto de normas que busca limitar las consecuencias de los Conflictos armados.

2. Trastorno de Estrés Post trauma en la guerra

El TEPT se caracteriza por ser un cuadro clínico de afectación mental y que presenta una serie de síntomas luego de que la víctima padece un evento traumático. Los síntomas suelen abarcar recuerdos invasivos de la situación traumática, síntomas de evitación e hiperactivación fisiológica que afectan severamente a la persona en su ámbito familiar y social. En muchas ocasiones esa sintomatología va acompañado de abuso de sustancias psicoactivas y cuadros de depresión (Pieschacón, 2011).

Mencionemos en un breve recuento las afectaciones que propone el DSM¹ para que podamos seguir entendiendo el deterioro de las personas que padecen el TEPT; este documento clasificatorio de enfermedades mentales nos va a mencionar que las personas con ese tipo de estrés padecen de sueños de carácter recurrente sobre el acontecimiento traumático, esfuerzos para evitar pensamientos, evitar situaciones o espacios que recuerdan aspectos del trauma y generan malestar, incapacidad para tener sentimientos de amor generando una restricción o alteración significativa de la vida afectiva, dificultades para conciliar el sueño, dificultad para concentrarse, irritabilidad y ataques de ira. Una canción del grupo norteamericano de rock progresivo Dream Theater titulada The Enemy Inside (2013), en español El enemigo adentro, nos describe la experiencia subjetiva de un hombre que padece este fenómeno:

“I'm running from the enemy inside	“Estoy Corriendo del enemigo interior
Looking for the life I left behind	En busca de la vida que deje atrás
These suffocating memories are etched upon my mind	Esos recuerdos asfixiantes están grabados en mi mente
And I can't escape from the enemy inside	Y no puedo escapar del Enemigo Interior
I sever myself from the world	Me excluyo del mundo
And shut down completely	Me apago por completo
All alone in my own living hell	Solo en mi propio infierno
Overcome with irrational fear”	Vencido por el miedo irracional”

¹ Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales creado por la asociación Americana de Psiquiatría.

Lo anterior, puede ser observado en la película de 1976 *Taxi Driver* dirigida por Martin Scorsese, donde Robert de Niro actor que representa el personaje de Travis Bickle, un excombatiente de la guerra de Vietnam, que, en su reincorporación a la vida civil, no solo padece claramente los criterios para TEPT, sino que detona en una serie de estados psicóticos caracterizados por el delirio.

El personaje como lo presenta Scorsese, padece de insomnio crónico, por lo cual se dedica al oficio de taxista durante las noches en las calles de New York, lo caracteriza como un tipo irritable, potencialmente violento, alguien con incapacidad para regular impulsos agresivos; sin duda da vida a alguien profundamente perturbado, marginado socialmente, preso de pensamientos intrusivos, obsesivo, rumiante sobre cómo limpiar la sociedad, pues en un acto delirante se autoproclama en una omnipotencia narcisista para acabar con lo que lo rodea; pandilleros, drogadictos, proxenetas etc.

Recordemos una frase significativa del personaje “Ojalá una lluvia cayera sobre esta ciudad y limpiara toda esta escoria”. Todo esto es objeto de sus fantasías agresivas. Travis nos dejar ver un grado de ambivalencia, pues trata de interesarse por el bienestar de dos mujeres a lo largo de la película, con la primera de ellas, observamos lo que anteriormente mencionábamos como una restricción o alteración de la vida afectiva; Travis logra invitar a salir a una mujer (Betsy), quien trabaja en relaciones públicas en la campaña de un político (Político que más tarde Travis intenta asesinar).

El nivel de perturbación del personaje, su falta de cognición social y empatía hacen que este la invite a un cine porno, lo cual causa el disgusto de la mujer quien no desea volver a verlo. Después conoce a Iris una adolescente quien es explotada sexualmente por un proxeneta, Travis intenta “rescatarla” de su entorno, pero quedará la pregunta sobre si era un acto protector o la forma de dar rienda suelta a su agresión y sus fantasías, pues este objetivo termina en una carnicería y asesinatos. A eso nos referimos con la ambivalencia del personaje pues parece establecer una relación de confianza con la adolescente, pero el interrogante de si la usa como pretexto para satisfacerse con actos perversos es pertinente dado el perfil de Travis.

El cine nos muestra con gran detalle algunos de los síntomas descritos por la psicología con anterioridad, que llevan al personaje a cometer una serie de actos contra otros ciudadanos y hacernos una idea del grado de desorganización al que puede llegar la personalidad de una víctima de la violencia en la guerra.

Lo anterior, también puede verse ejemplificado en la película *Full Metal Jacket* de 1987, dirigida por Stanley Kubrick; en esta podemos ver cómo los soldados evidentemente están expuestos a numerosas situaciones de muerte de sus compañeros y enemigos, además, que

no es menor la escena en la que el soldado Leonard asesina a su superior después de varios tratos vejatorios.

Esta película evidencia los efectos deshumanizantes que la guerra de Vietnam creó sobre sus reclutas y el tránsito de jóvenes en asesinos, que comienza bajo el entrenamiento del Sargento Hartman, que ejerce gran presión psicológica y física en los nuevos reclutas, los insulta todo el tiempo, les quita su dignidad para convertirlos en instrumentos de guerra, con malos tratos son más fuertes y particularmente dirigidos contra el soldado Leonard, que en razón de su sobrepeso no es capaz de realizar las actividades físicas como el resto sus compañeros, siendo constantemente agredido físicamente por el sargento y de sus propios compañeros.

Es tanta la presión sobre Leonard, que una noche coge su rifle, lo carga, empieza a gritar parte del entrenamiento diario con el sargento, ante un compañero, cuando entra el sargento y le insulta, por lo que este le dispara y luego se dispara en la cabeza. Antes de realizar los disparos Leonard le dice a su compañero: “Yo ya estoy en un mundo de pura mierda”.

2.1 Ilustración clínica del TEPT

Desde la primera guerra mundial inició el estudio del TEPT, cuyos estudios médicos y psicológicos avanzaron después de la segunda guerra mundial y posteriormente a la guerra de Vietnam. (Sánchez, 2017). Veamos otras ilustraciones provenientes de esta guerra, como ejemplificación.

La siguiente es la exposición de un caso clínico de un veterano de la guerra de Vietnam atendido en New York, que muestra una serie de sintomatología producida por su participación en situaciones de guerra, siendo en este caso el evento traumático la pérdida de numerosos compañeros asesinados mientras realizaban patrullas en Vietnam (Bellak, 2000).

Este fragmento es extraído del Manual de psicoterapia breve, intensiva de urgencia (2000) del reconocido psicoanalista y psicólogo Leopold Bellak, cuyos desarrollos teóricos fueron de gran importancia para el tratamiento de lo que se denominó en su momento Neurosis de guerra. Bellak se vio obligado a desarrollar una terapia que pudiese ser aplicada a veteranos de guerra que sufrían de una serie de condiciones psicológicas, emocionales y conductuales que alteraban significativamente su calidad de vida debido a las experiencias hostiles durante la guerra.

Lo significativo de esta terapia, es que Bellak utilizando los principios de la teoría psicoanalítica, debió desarrollar una forma para que fuese aplicada en lapsos de tiempo muy cortos, debido a que Estados Unidos no se permitía grandes recursos para atender a veteranos de guerra en psicoterapias de largo plazo; así el tratamiento fue pensado para 5 o 6 sesiones, con seguimiento una vez por mes (Bellak, 2000).

Aunque los esfuerzos de Bellak son brillantes, con resultados sorprendentes como establecer diagnósticos precisos en poco tiempo para lograr alivio de la sintomatología de diferentes trastornos dado el número de sesiones, no deja de llamar la atención cómo fue en ese momento el trato a víctimas de la guerra, dependiendo del ingenio de un intelectual de quien con un gran sentido de vocación aplica unas técnicas para contribuir al mejoramiento de la salud mental de estos individuos, mientras el Estado no destinaba unos recursos apropiados para “reparar” lo que contribuyó a producir enviando jóvenes a la guerra.

En este punto surge la pregunta de por qué los estados disponen todo el recurso económico para seleccionar, entrenar, armar y generar toda una intendencia alrededor de los soldados, pero cuando es momento de reparar psicológicamente las dificultades causadas por las experiencias vividas en guerra, los recursos para estos llegan reducidamente.

Aun así, Bellak reconoce en muchos de sus pacientes la imposibilidad de tratarlos debido a las condiciones graves de su estado mental, condiciones detonadas por las experiencias traumáticas, veamos entonces, el fragmento puntual de la sesión de Bellak:

-Psicólogo: ¿Que soñó anoche?

-Paciente: No recuerdo si soñé dos veces desde que regresé de Vietnam

-Psicólogo: ¿Me los quiere narrar? En el momento en que se sienta incómodo...

-Paciente: Uno fue hace cuatro años cuando mi esposa y yo nos separamos por un tiempo. Creo que fue un día después que la llevé a Pittsburgh y la dejé con sus padres. Tomé el tren de regreso. Esa noche cuando estaba en Nam fui alcanzado varias veces mientras dormía y me habitué a dormir con una pistola.

-Psicólogo: Con “alcanzado” ¿quiere decir atacado?

-Paciente: Sí, mientras estuviéramos dormidos. Y empecé a soñar acerca del día que fui alcanzado en Vietnam. Por alguna razón, algo provocó un ruido en la casa y salí de la cama y disparé seis veces, hice seis orificios.

-Psicólogo: ¿En el sueño?

-Paciente: No, en realidad. Y eso fue lo que me asustó. Yo había salido de la cama. Dormíamos en sacos en Vietnam y siempre tenía conmigo un M16 y aquí una 38, y cuando nos alcanzaban, yo salía rodando de la cama y empezaba a disparar. Antes de darme cuenta de que ya no estaba en Vietnam, ya había salido de la cama y disparado seis veces hasta que se atoró el gatillo. E hice seis orificios en la puerta lateral de mi casa, afortunadamente no había nadie. (Bellak, 2000, pág. 137)

Nótese cómo en estos denominados flashbacks² que sufre el paciente recreando escenas que vivió en la guerra pueden afectar no solo la salud mental de la persona, pues se viven con pánico, sino también la integridad de las personas a su alrededor pues al disparar 6 tiros pudo ser herido alguien cercano. Este no es un ejemplo excepcional, es una situación que se repite en este tipo de pacientes. Además, Bellak también menciona cómo el paciente utiliza el alcohol como un método auto curativo fallido que lo que hace es agravar los síntomas del trastorno, lo cual son actitudes recurrentes en veteranos de guerra. (Bellak, 2000).

3. ¿Qué ha hecho el DIH por las consecuencias psicológicas de la guerra?

Es de resaltar que el DIH es un conjunto de normas y principios que por razones humanitarias buscan protección al limitar las consecuencias de los conflictos armados. Específicamente, el DIH protege a las personas que no participan en las hostilidades o que cesaron su participación en ellas, limita los métodos y medios en los conflictos armados, como es el caso de las armas, los combatientes capturados y demás personas privadas de libertad, los bienes protegidos y en general la forma de hacer la guerra. Es por esto que el DIH suele llamarse también “derecho de la guerra” y “derecho de los conflictos armados” (CICR, 2012).

Todas las personas tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral, pues proteger a la persona humana en todas las circunstancias es reconocer que la dignidad le es inherente, incluso siendo anterior a su reconocimiento legal; la dignidad constituye el fundamento del orden social de los estados de derecho e integra el núcleo irreductible de los derechos humanos que deben respetarse incluso en tiempo de conflicto armado. Es así, como la prevención y alivio del sufrimiento humano en todas las circunstancias, comprende la protección de la vida y la salud y el respeto a la persona humana (Suarez, 2009); para que las personas sean respetadas deben ser tratadas con humanidad y por ende recibir la asistencia apropiada, sin discriminación alguna (Gasser, 1998).

El DIH ha evolucionado en un complejo grupo de normas que intentan aminorar una gran variedad de problemas relativos a los conflictos armados. No cabe duda de que los convenios, tratados y declaraciones y el denso entramado de normas consuetudinarias restringen el recurso a la violencia en tiempo de guerra (Gasser, 1998); no obstante, tal abundancia de normas jurídicas, como se evidencia son pocas o casi nulas las referencias a la atención psicológica que se debe recibir durante y post conflicto armado, incluso no hacen referencia al problema del TEPT generado en virtud y propiamente de los conflictos armados.

² El termino Flashback hace referencia a como los recuerdos de las situaciones traumáticas han quedado almacenadas en la memoria del sujeto, asociada a un complejo entramado de emociones, que tiempo después se repiten de manera vivida en contra de la voluntad de la persona que los padece. Es una condición clave en el trastorno por estrés postraumático.

Por ejemplo, de los cuatro Convenios de Ginebra³, el único que hace alusión a la reparación o atención psicológica, es el tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949, donde en el anexo 1 del artículo 110 en el literal g, relativo a la repatriación directa, manifiesta que serán repatriadas directamente las personas con “enfermedades crónicas graves del sistema nervioso central y periférico; por ejemplo: todas las psicosis y psiconeurosis manifiestas, tales como histeria grave, psiconeurosis grave de cautiverio, etc., debidamente comprobadas por un especialista; toda epilepsia debidamente comprobada por el médico del campamento; arteriosclerosis cerebral; neuritis crónica durante más de un año; etc.”⁴

Además, en el mismo anexo se dispone que serán presentadas personas para hospitalización en país neutral, cuando existan casos de psicosis debidamente comprobados, y dentro del acápite de observaciones generales se señala que estas condiciones deben interpretarse y aplicarse, con el espíritu más amplio posible, por tanto, las personas con estados neuróticos y psicopáticos originados por la guerra o la cautividad, en todos sus grados, deben beneficiarse especialmente de esta liberalidad.

Sin embargo, en la Convención sobre municiones en racimo del 2008, desde su preámbulo evidencia un poco más los esfuerzos de la comunidad internacional para hacer lo posible para proporcionar asistencia a las víctimas de municiones en racimo, incluido el apoyo psicológico, y los medios para lograr su inclusión social. Así es plasmado en su articulado, donde compromete a los Estados que tengan víctimas de las municiones en racimo, en áreas bajo su jurisdicción o control a proporcionar atención médica, rehabilitación física y apoyo psicológico.⁵

Así mismo, en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones o en su defecto la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, se enuncian las medidas para que las víctimas sean tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, por lo tanto insta a los Estados a la adopción de medidas

³ I Convenio: para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio: para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio: relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio: relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁴ De lo que se deriva que en los lugares de concentración de prisioneros debe realizarse una evaluación psíquica por un psicólogo al referirse a “especialista”.

⁵ El presente Convenio entiende por “víctimas de municiones en racimo” a todas las personas que han perdido la vida o han sufrido un daño físico o psicológico, una pérdida económica, marginación social o un daño substancial en la realización de sus derechos debido al empleo de municiones en racimo. La presente definición es ampliada incluyendo a los familiares y comunidades perjudicados.

apropiadas para garantizar la seguridad, el bienestar físico y psicológico de las víctimas y su familias, además dicha resolución plantea dentro del articulado que la indemnización como el reconocimiento de una suma de dinero por todos los perjuicios evaluables económicamente deba incluir el daño mental, la pérdida de empleo u otras oportunidades, los daños materiales incluido el lucro cesante, los perjuicios morales y los gastos en asistencia médica, psicológica o jurídica y plantea que la rehabilitación debe incluir la atención médica y psicológica, así como los servicios jurídicos y sociales (ACNUDH, 2013).

La atención psicológica ha sido un poco más mencionada cuando se trata de Niños, niñas y adolescentes en presencia de conflictos armados. La Convención de 1989 relativa a los Derechos del Niño, en su artículo 38 especifica que la Convención se aplica a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. En el artículo 39 se refiere a la recuperación y la reintegración de los niños que han sido víctimas de diferentes formas de abuso, incluidas las situaciones de conflicto armado, entre otras. Por tanto, Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de los niños víctimas de conflictos armados. Esa recuperación debe realizarse en un entorno que propicie la salud, la autoestima y la dignidad del niño.

Es de resaltar que, el Protocolo Facultativo de la Convención relativa a los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados en general refuerza la protección de los niños en esas situaciones en su artículo sexto. De ser necesario, los Estados Partes tienen la obligación de prestar “toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social”.

En el Manual de implementación de Derecho Internacional Humanitario a nivel nacional del CICR (2012), se manifiesta que, dado que los niños y adolescentes tienen derecho a una protección especial, las autoridades nacionales deberían adoptar las medidas prácticas, jurídicas y reglamentarias oportunas. Cuando la aplicación efectiva suponga un problema, los Estados al resolver si aprobar o no el reclutamiento voluntario del adolescente menor de 18 años.

Aunado a la documentación, las autoridades militares pueden recurrir para reforzar la protección de los niños a un examen médico para comprobar si el niño está en condiciones de realizar actividades militares y a la realización de pruebas psicológicas para determinar las aptitudes del niño para la vida militar. Hacer las preguntas oportunas también puede permitir determinar si el niño desea realmente alistarse y los motivos que le han inducido a ello.

Y en relación específicamente a las niñas, el CICR manifiesta que los Estados deberían abordar la situación particular de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados, las autoridades nacionales deberían elaborar e implantar programas específicos para ellas, para ayudarlas a superar el trauma del conflicto armado. Aunado a la asistencia física y se le debe otorgar asistencia psicológica directa, así como formación profesional y oportunidades de empleo (CICR, 2012).

Por tanto, aunque existen disposiciones normativas que hacen alusión a la reparación en materia psicológica, como se pudo ver son pocas, dispersas y generales y ninguna hace alusión al TEPT, por lo que este tratamiento normativo no es suficiente y evidencia el poco interés de la comunidad internacional, desconociendo la integralidad del bienestar físico y el bienestar mental en la salud en el derecho internacional humanitario.

4. El caso de la familia Galindo en el conflicto armado colombiano

Las disposiciones enunciadas en el acápite anterior en ningún momento fueron tenidas en cuenta en el caso del señor Ciro Galindo, que como lo retrata la película documental Ciro y yo, a Ciro le ha tocado vivir todo tipo de vulneraciones en sus derechos humanos por parte de todo los actores del conflicto armado colombiano, en este caso nos ocuparemos de las serias perturbaciones psicológicas que sufrió Ana, esposa del protagonista de esa historia y a la falta de atención psicológica a los hijos de Ciro, en especial a Elkin Galindo, quien fue reclutado cuando era un menor de edad.

La historia de Ciro es la historia de Colombia, la historia de un hombre común que retrata la historia de un conflicto armado que no parece tener fin, la historia de asesinatos, desapariciones, abuso sexual, desplazamientos y toda clase de vulneraciones a la vida, a la integridad y a la dignidad de los colombianos. En Colombia hay 8.895.978 personas víctimas del Conflicto Armado No internacional⁶, 7.553.750 víctimas de desplazamiento forzado, 36.993 víctimas de secuestro, 28.960 víctimas contra la integridad sexual, 7.601 víctimas niños, niñas y adolescentes reclutados, 10.655 víctimas de tortura, 173.419 víctimas de desapariciones forzadas (UARIV, 2019) y 262.197 víctimas fatales, de los cuales 215.005 eran miembros de la población civil (CNMH, 2018).

⁶ La Comisión de Expertos estableció una definición de conflicto no internacional o interno en 1962, basándose en lo dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra que dice así: el conflicto armado interno comprendería las acciones armadas en el interior de un Estado que dan lugar a hostilidades dirigidas contra un gobierno legal, que presentan un carácter colectivo y un mínimo de organización. No puede considerarse en sentido técnico como conflicto armado interno las situaciones de tensión política o social en el interior de un Estado (Cruz Roja Española, 2019).

Ciro Galindo es un campesino que vivía en la Macarena, cerca de caño cristales⁷ lugar donde lastimosamente murió ahogado uno de sus hijos y que fue el evento por el cual conoció al director y guionista artífice del documental Miguel Salazar. Los otros dos hijos fueron reclutados por grupos armados organizados; Elkin fue reclutado por las FARC cuando tenía 13 años, posteriormente fue utilizado por el ejército para dar información de esa guerrilla en un programa de reinserción y a través del mismo ejército colombiano terminó en las AUC, para finalmente ser asesinado a los 17 años. Elkin fue un niño instrumentalizado para la guerra, pero se supondría que a pesar de todo y de todas las vicisitudes sufridas, al ingresar en un programa del Estado gozaría del interés superior del niño consagrados normativamente⁸ y el tormento de la guerra desaparecería.

En realidad, no fue así, Elkin ni siquiera ingresó en calidad de víctima⁹ sino de supuesto victimario, este programa estaba encarnado en funcionarios indolentes como se observa en unos fragmentos de entrevista a Elkin Galindo, él estaba totalmente desconcertado y desorientado por los padecimientos de la guerra, y como lo expresan sus propios familiares “ese no era Memín” no parecía él, Elkin nunca tuvo atención psicológica, todo lo contrario, seguía siendo un arma de guerra.

Posterior a la muerte de Elkin, Esneider, el último hijo de Ciro era perseguido por los paramilitares por su escape de las filas, recibieron una supuesta protección por la Policía, fueron llevados a un hotel, donde se encontraron encerrados durante días. Ana, la madre del hogar, estaba totalmente desolada, ya no comía, lloraba y oraba todo el día, finalmente murió y Esneider y Ciro aducen su muerte a la “pena moral”. Ana y su familia, se encontraban bajo protección del Estado, sin recibir ningún tipo de asistencia psicológica.

En Colombia las investigaciones nos muestran las consecuencias sobre la población de los conflictos bélicos, vemos cómo las acciones del conflicto armado colombiano han aumentado la probabilidad de sufrir TEPT en niños.

Pongamos el ejemplo de Cundinamarca en un estudio realizado con niños en edades de 5 a 14 años en los municipios de La Palma y Sopó. El estudio evalúa a niños que no han sido

⁷ Caño Cristales es un icono paisajístico y de exuberante belleza, con un reconocimiento nacional e internacional como el “Río de los Siete Colores” por las características de la vegetación del río que hace que el agua se vea de diferentes colores. (Instituto Alexander Von Humboldt, 2017).

⁸ El interés superior del niño, es un principio básico en los derechos del niño. La Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño lo establece como derecho subjetivo de los menores de edad y como principio interpretativo de cuantas medidas potencialmente pudieran afectar directa o indirectamente a los niños. (Torrecuadrada, 2016)

⁹ Dentro del DIH es de aceptación general que el término “víctima” incluye a las personas que han sufrido, de manera individual o colectiva, daños físicos o psicológicos, pérdidas económicas o un menoscabo considerable de sus derechos fundamentales a causa de actos u omisiones relacionados. (Suarez, 2009). Es también de aceptación dentro del DIH que los niños que participan en los conflictos armados son víctimas. (Ortiz, 2017)

expuestos al conflicto armado y niños expuestos a acciones militares. Este estudio concluye que los niños expuestos a situaciones de guerra tienen una probabilidad 19 veces mayor a los primeros de sufrir TEPT y presentan diversos tipos de problemas como trastornos de conducta, de aprendizaje, reacciones violentas, intentos de suicidio, trastornos psicossomáticos¹⁰, y se incrementa la deserción escolar. (Pérez Olmos, Fernández Piñeres, & Rodado Fuentes, 2005). “Garbarino y Eckenrode describen cómo los niños afectados crónicamente por estrés crean una imagen negativa de sí mismos que los lleva a habituarse a recibir castigo”. (Pérez Olmos, Fernández Piñeres, & Rodado Fuentes, 2005).

El resultado de *Ciro & yo* no es solo una película, retrata historias reales y recurrentes en Colombia, dejando en el espectador un sentimiento de dolor y desolación. En el conflicto armado colombiano “los más pobres han puesto el pellejo”, como lo manifiesta Esneider; sin embargo, Miguel Salazar siembra una semilla de esperanza pues menciona en su documental que “Ciro es un sobreviviente, que después de sesenta años de huir de la guerra, sueña con vivir en paz y con dignidad.”

5. Reflexiones finales

El DIH se origina de la triste realidad de que las guerras existen y de que es imposible evitarlas, será quizás porque parecen ser una de las principales formas de relación entre los hombres en comunidad. A partir de lo expuesto, hemos podido apreciar lo importante que resulta la evolución del DIH y la necesidad de su adaptación a las realidades de los conflictos armados que pueden parecer invisibles, como es el caso de las consecuencias psicológicas; queda mucho por decir frente a la salud mental en contextos de conflictos armados, desde la óptica de los combatientes, como de las víctimas y población civil.

El apoyo psicológico y la reinserción social son actividades que deben ayudar a las víctimas a superar el trauma psicológico de la guerra y además de promover su bienestar social. Un apoyo psicosocial apropiado ofrece la posibilidad de un cambio considerable en la vida de las víctimas previniendo y tratando trastornos como el TEPT. La comunidad internacional necesita reconocer y tomar conciencia de esta problemática que aqueja también a los niños quienes deberían gozar de una serie de beneficios prácticos, como programas educativos combinados con actividades de ocio, y apoyo físico y psicológico para ayudarles a superar el trauma del conflicto.

Los Estados deben velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas de los conflictos armados gocen de una consideración y atención especial, se debe realizar un examen del daño mental y de los perjuicios morales,

¹⁰ Serie de dolencias “físicas”, de las que se descarta un origen fisiológico, no es posible atribuirle una etiología orgánica (Vargas Araya, 2013)

además, de que la rehabilitación debe incluir no solo la atención médica sino la psicológica, así como los servicios jurídicos y sociales.

El cine es un arte que nos acerca a las realidades, nos ofrece testimonios en infinitas opciones audiovisuales, en el caso en cuestión, nos acerca a las horribles consecuencias de los conflictos armados y nos hace estremecer con el sufrimiento de las víctimas, el cine nos permite sentir las historias de la guerra, pero también nos permite ser críticos con las reflexiones que deben hacerse cada día más como es el caso de la salud mental en entornos de guerra.

Referencias bibliográficas

ACNUDH. (2013). Derecho internacional humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano. Alejandro Valencia Villa. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Bellak, L. (2000). Manual de psicoterapia breve, intensiva y de urgencia. México D.F: Manual Moderno.

Artículos de revista

Ortíz, W. (2017). Reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes: de víctimas a victimarios. Revista Encuentros, Universidad Autónoma del Caribe, vol. 15-01, 147 -161.

Pérez Olmos, I., Fernández Piñeres, P., & Rodado Fuentes, S. (2005). Prevalencia del trastorno por estrés postraumático por la guerra, en niños de Cundinamarca, Colombia. Salud Pública .

Pieschacón Fonrodona, M. (2011). Estado del arte del trastorno por estrés postraumático. Suma psicológica.

Reychler, L. (1997). conflicts en Afrique. citado en Vincenç Fisas en Cultura de paz y gestion de conflictos p. 62. Bruselas: GRIP, núm 215 - 217 p.26 - 40.

Sánchez Menchero, M. (2017). Las consecuencias de la guerra en las emociones y la salud mental. Una historia de la psicopatología y medicalización en los frentes bélicos de Occidente (1914-1975). Revista de estudios sociales .

Torre Cuadrada, S. (2016). El interés superior del niño. Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

Vargas Araya, P. (2013). Las enfermedades psicosomáticas y el malestar emocional de los (as)estudiantes de la Sede del. Revista de las Sedes Regionales.

Cibergrafía

Centro Nacional de Memoria histórica. (22 de 09 de 2019). Estadísticas del conflicto armado en Colombia. Obtenido de [www.centrodememoriahistorica.gov.co: http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/estadisticas.html](http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/estadisticas.html)

CICR. (2012). International Committee of the red cross. Obtenido de Implementación del Derecho Internacional Humanitario a nivel nacional. Manual.: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/icrc-002-4028.pdf>

CICR. (09 de 02 de 2017). 10 películas y series imperdibles para los aficionados al DIH. Obtenido de International Committee of the red cross: <https://www.icrc.org/es/document/colombia-10-peliculas-imperdibles-para-los-aficionados-al-dih>

CNMH. (09 de 08 de 2018). www.centrodememoriahistorica.gov.co. Obtenido de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/noticias/noticias-cmh/262-197-muertos-dejo-el-conflicto-armado>

Cruz Roja Española. (22 de 09 de 2019). www.cruzroja.es. Obtenido de http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647152&_dad=portal30&_schema=PORTAL30

Gasser, H.-P. (1 de 11 de 1998). El derecho internacional humanitario y la protección de las víctimas de la guerra. Obtenido de International Committee of the red cross: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdle2.htm>

Henríquez, F. (03 de 05 de 2002). El derecho internacional humanitario y las operaciones de paz de Naciones Unidas. Obtenido de International committee of the red cross: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdq3n.htm>

Instituto Alexander Von Humboldt. (2017). Serie Fauna Silvestre Neotropical. Fauna de caño cristales, Sierra de la Macarena, Meta, Colombia. Obtenido de Carlos Lasso & Monica Morales: <http://repository.humboldt.org.co/bitstream/handle/20.500.11761/32939/558.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Portafolio. (09 de 04 de 2017). www.portafolio.co. Obtenido de 8.376.463: las víctimas del conflicto armado en Colombia: <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/el-numero-de-victimas-del-conflicto-armado-en-colombia-504833>

Suarez, J. M. (2009). Cruz Roja. Obtenido de La protección especial de personas con discapacidad por el Derecho Internacional Humanitario:

<https://www.cuzroja.es/principal/documents/1750782/1840691/Proteccion+de+las+personas+con+discapacidad.pdf/5ebe9a03-b759-4a88-a1ff-803acdc759d5>

UARIV. (28 de 09 de 2019). Unidad de Atencion y Reparacion Integral a las Victimas. Obtenido de Acctualizado al 01 de septiembre de 2019: <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/>



Reflexiones para la aplicación de los mecanismos de justicia transicional para agentes del Estado en Colombia desde las exigencias del principio de garantías de no repetición

Carlos Esteban Romo Delgado¹

Resumen

¿Cómo enfrentar, en el marco de un proceso transicional de paz negociada en Colombia, el legado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, cuando sobre el actor armado responsable se predica la imposibilidad política y jurídica de desmovilización y desarme como ocurre con los Agentes del Estado? El presente artículo propone establecer la problemática respecto de la ausencia de una condición y justificación relevante y significativa para la inserción de los Agentes del Estado en los beneficios penales establecidos en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) en el marco de la implementación de los acuerdos de paz en Colombia. Para tal efecto, se examina, desde elementos teóricos y dogmáticos, el planteamiento adecuado de la problemática de dicha inserción, para así poder derivar del análisis posibles consecuencias que recaen, de manera necesaria, en la vinculatoriedad de exigencias de medidas o condicionamientos que, a manera compensatoria, sustituyan la desmovilización y desarme otorgando garantías de no repetición a las víctimas.

Palabras clave: Justicia transicional; agentes de Estado; fuerzas armadas; derechos de las víctimas; transición.

¹ Abogado, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, Magíster en Derecho de la Universidad EAFIT. Artículo de reflexión. Correo electrónico: cromode@eafit.edu.co. Medellín, Colombia



Reflexiones para la aplicación de los mecanismos de justicia transicional para agentes del Estado en Colombia desde las exigencias del principio de garantías de no repetición

Introducción

Si definimos la *justicia transicional* como aquellas herramientas que buscan un equilibrio entre las exigencias jurídicas y éticas de castigar a los responsables de crímenes atroces y los contextos políticos que propugnan por una paz negociada, podemos afirmar que la inserción de los agentes del Estado en mecanismos de justicia transicional ha sido inexistente en los diferentes procesos transicionales desarrollados en Colombia y en el mundo. La renuncia de la persecución penal por parte del Estado, mediante amnistías jurídicas o de facto, ha sido la regla general respecto de agentes del Estado involucrados en crímenes atroces (Olsen, Payne & Reiter, 2016). En Colombia, luego de lograr un acuerdo de paz entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP, se ha establecido el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), reglamentado mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016. Este sistema contempla mecanismos de justicia transicional para los agentes del Estado, como la renuncia a la persecución penal o el sometimiento a un sistema de justicia especial para las graves agresiones a los derechos humanos (DDHH) y al derecho internacional humanitario (DIH). La no inserción de los agentes del Estado en dichos mecanismos, aunque hayan sido una fuerza agresora de los DDHH e infractora del DIH en el conflicto colombiano (CNMH, 2013), suscita una profunda reflexión.

Los mecanismos de renuncia a la persecución penal o la implementación de sistemas de justicia especiales que contemplan sanciones alternativas han sido aplicados bajo condicionamientos que buscan equilibrar la tensión entre exigencias de justicia y de paz. El principal condicionamiento ha sido la exigencia de desarme y desmovilización de la estructura armada como garantía de no repetición.

¿Cómo enfrentar el legado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos si se predica la imposibilidad política y jurídica de desmovilización y desarme, como es el caso de los Agentes del Estado? Este artículo pretende establecer la problemática respecto de la ausencia de una condición y justificación relevante y significativa para la inserción de los agentes del Estado en los beneficios penales establecidos en el SIVJRNR. Ante dicho escenario ¿cuál es la garantía efectiva para las víctimas y cuál es la contribución necesaria al deber de afianzar la paz, que represente una contraprestación, de acuerdo con las exigencias de la justicia transicional, para que los agentes del Estado puedan ser beneficiarios de medidas punitivas favorables?

Se plantean elementos teóricos y dogmáticos que sirven como herramientas de análisis que atiendan el problema de la inserción de los agentes del Estado en los beneficios punitivos en el marco jurídico colombiano, y se derivan posibles consecuencias que recaen de manera necesaria en la vinculatoriedad de exigencias de medidas o condicionamientos que, a manera compensatoria, sustituyan la desmovilización y desarme otorgando a las víctimas garantías de no repetición.

1. Justicia transicional y régimen de condicionalidad

La *justicia transicional* busca establecer cómo afrontar un pasado de atrocidades para lograr una sociedad comprometida con la democracia y la paz. La tensión entre las exigencias de justicia y de paz en contextos de transición deriva en una concepción dilemática (Orozco, 2009). Esta discusión enfrenta posturas idealistas y realistas, que proponen que cualquier transformación política debe preceder a la consolidación de una implementación de justicia o viceversa (Teitel, 2017). El dilema *justicia y paz* no se presenta como una tensión insoluble e inevitable sino como una relación analítica necesaria para dilucidar escenarios en los que potencialmente se anule total o parcialmente uno de los valores en cuestión (Olasolo, Mateus & Contreras, 2016).

1.1. Consideraciones políticas del carácter dilemático de la justicia transicional

Las discusiones sobre justicia transicional parten de la base de que entre derecho y política hay una relación de interdependencia recíproca. Las disertaciones sobre este tema implican una pugna entre una concepción normativista del derecho y una concepción realista de la política (Orozco, 2009).

Según la primera, el derecho es la herramienta sustancial predominante para las transiciones políticas de la guerra a la paz. El cumplimiento de los pactos y obligaciones internacionales por parte de los Estados, principalmente en materia de DDHH, ha llevado a la idea de que aquellos tienen limitado su capacidad de iniciativa política al adelantar soluciones negociadas a los conflictos armados, puesto que se requiere tomar en consideración unos mínimos de justicia respecto de las víctimas.

La segunda posición afirma la primacía de la política, en tanto se afirma que el tratamiento de las necesidades políticas particulares que requiere una sociedad para conjurar un conflicto se puede ver limitado por la imposición de estándares de justicia. Así, se considera que los acuerdos políticos deben tomar en cuenta exclusivamente las circunstancias sociales, políticas y económicas de la sociedad para efectos de la consecución de una paz real y efectiva sin ataduras de carácter normativo.

Teitel (2003) presenta estas posturas como una pugna entre idealistas y realistas. Los primeros conciben la superación de las atrocidades y la consecución de la paz a partir de una noción de justicia universalista con relación al pasado, a lo que los realistas, generalmente desde posturas críticas, responden conforme a una máxima de preeminencia de las realidades de contexto político para la liberalización o la consecución de la paz. Para los idealistas, el poder político debe ser sometido al derecho; mientras para los segundos, las condiciones políticas, sociales y económicas se deben imponer, incluso si implican desconocer la normatividad.

La *justicia transicional* requiere tanto del derecho como de la política. Desde una perspectiva jurídica, el derecho juega un importante papel en los cambios políticos; y desde una visión política, el análisis del cambio político influye en la aplicación de normatividad internacional y constitucional de protección a las víctimas y a la justicia restaurativa y distributiva (Gómez, 2014). La conjunción entre derecho y política está implícita en todo proceso transicional: este obedece a un nuevo contexto político, cuyo tratamiento conlleva la transformación del orden normativo. Por lo tanto, es necesario un enfoque que contemple tanto los elementos normativos como los elementos políticos que juegan en una transición.

1.2. Consideraciones jurídicas del carácter dilemático de la justicia transicional

En las últimas décadas, los imperativos jurídicos del derecho internacional han implicado un aumento de los compromisos de los Estados con relación a los DDHH. Ante este panorama, los procesos de transición política implican un caso crítico que requieren la flexibilización de tales obligaciones. Esto pone de manifiesto el surgimiento de una noción de justicia que contempla la necesidad de que el restablecimiento del derecho a la paz y la democracia prospere en una sociedad sin eludir los compromisos con las víctimas. En este sentido, *la justicia transicional* no se expresa en un marco normativo internacional, sino que se capta como un fenómeno supra jurídico y una causa eficiente para lidiar con la tensión entre el derecho a la paz y el deber de justicia.

En ese sentido, la pregunta que las sociedades deben responder no es sobre *qué es la justicia transicional* sino hasta donde *la justicia transicional* permite la flexibilización de los compromisos con los DDHH, el DIH y el derecho penal internacional (Fajardo, 2016). En este contexto jurídico también aparece la tensión de *la justicia transicional*: Por un lado el derecho de las víctimas (*justicia*) se dirige hacia la exigencia de castigo para responsables de crímenes atroces, mientras que por el otro, el derecho a la paz parece propender hacia la amnistía generalizada. El castigo retributivo a secas es una herramienta que afectaría el derecho a la paz, y la amnistía generalizada haría lo mismo con el derecho a la justicia. Por lo tanto la fórmula de justicia transicional que se adopte implicaría un sacrificio parcial de alguno de los dos valores. Dado que la tensión entre justicia y paz es inherente a los procesos

de justicia transicional, un dilema trágico (Uprimny & Saffon, 2007), debe adoptarse como enfoque analítico necesario para la formulación de estrategias de *justicia transicional*. Observar dicha tensión permite reconocer el peso que tiene el contexto político en las particularidades de la negociación y limitar un eventual alcance desproporcionado de anulación de justicia.

A largo plazo la paz se edifica sobre la aplicación de justicia y garantías para las víctimas, mientras que a corto plazo las restricciones políticas pueden implicar la aplicación de una justicia plenamente retributiva. A esta conclusión llegan Olsen, Payne y Reiter (2016) con el *enfoque del equilibrio de la justicia* mediante el cual consideran que un punto de equilibrio entre los extremos minimalistas y maximalistas de justicia es adecuado para efectos de resolver los requerimientos del deber de rendir cuentas sin arriesgar la transición.

Según el presupuesto teórico dilemático es necesario que la medida de *justicia transicional* tenga una vocación efectiva o esté directamente involucrada con la consecución de la paz. De igual forma, la medida adoptada debe tomar en cuenta los derechos de las víctimas e involucrar fórmulas de implementación afirmativas de tales derechos (Acosta, Buchan & Ureña, 2015).

A continuación, se presentarán las medidas de favorecimiento punitivo utilizadas generalmente en los procesos de justicia transicional, que flexibilizan los estándares de justicia de investigación, juzgamiento y sanción a los crímenes cometidos en el marco del conflicto.

1.3. Medidas de favorecimiento punitivos en procesos de transición

Los procesos transicionales tienden a limitar el uso del castigo con el fin de que la negociación política sea efectiva y pueda alcanzarse la reconciliación. La imposición del castigo ordinario privativo de la libertad en centro penitenciario obstaculiza y lleva al fracaso los acuerdos para finalizar una guerra. Por esta razón, en el mundo se han alcanzado acuerdos de paz con el substrato jurídico de las amnistías o indultos que implican una renuncia a la persecución penal para los responsables de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra (Benítez et al, 2015).

La comunidad internacional y la doctrina internacional de los derechos humanos proponen un marco de las flexibilizaciones de estándares de justicia, con el fin de proponer nuevas fórmulas para superar la tensión entre justicia y paz. Los aspectos relativamente pacíficos en la doctrina internacional de los DDHH respecto a beneficios punitivos son:

- Prohibición de amnistías generales.
- Deber general de punición de crímenes atroces.

- Amnistías e indultos por delitos que no sean crímenes atroces. V.gr. Homicidios de soldados en combate.
- Rebajas punitivas frente a crímenes atroces si garantizan los derechos a la verdad y a la reparación.

Los sistemas de justicia especiales que contemplan medidas sancionatorias alternativas, los criterios de selección de crímenes que permiten dirigir la atención a los máximos responsables y a los casos más graves, son los aspectos más problemáticos en la doctrina de DDHH. La dificultad en llegar a un consenso sobre los mismos implica que su aplicación requiere de un juicioso análisis del contexto político y el establecimiento de condicionantes.

El debate se centra en si estas medidas son compatibles con el marco jurídico internacional en relación con el deber de investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad. El panorama está dividido por parte de la doctrina del derecho internacional de los DDHH. Sin embargo, en el presente siglo se han presentado posiciones institucionales que apuntan a flexibilizar el imperativo de justicia en los casos de transiciones de la guerra a la paz, siempre y cuando la ponderación de los principios quede equilibrada mediante condicionamientos afirmativos para la garantía de la paz y los derechos de las víctimas (Bartel, 2018).

1.4. Del régimen de condicionalidad

El régimen de condicionalidad parte de que solo es factible la adopción de beneficios punitivos, criterios de selección y penas alternativas, cuando existan condicionantes que deriven en contribuciones a la paz y a los derechos de las víctimas.

La fiscalía de la CPI ha sido favorable con marcos integrales de justicia transicional, máxime cuando una sociedad que ha padecido masivamente afectaciones a los DDHH soporta limitaciones jurídicas y fácticas para lograr someter todos los casos a procesos judiciales y sanciones punitivas (Uprimny, Sánchez & Sánchez, 2007). Así, ha establecido que las medidas adicionales a los procesos penales pueden jugar un papel en cerrar la brecha de impunidad en aquellos casos en los cuales existe una cantidad enorme de posibles responsables (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2007). En escrito reciente de *amicus curiae* de la fiscal de la CPI sobre la jurisdicción especial para la paz se ha reiterado esta posición (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2017).

Por otro lado, la Corte IDH, que en materia de procesos transicionales de dictadura a democracia se ha mostrado reacia a cualquier clase de disposición que implique una amnistía por afectaciones graves a los DDHH o disposición alguna que afecte la proporcionalidad entre la conducta y la pena, ha realizado una proposición discursiva distinta respecto a los casos de superación de conflicto armado derivados de un acuerdo de paz, como es el caso de

la Masacre de El Mozote vs. El Salvador. En el documento del voto concurrente esta proposición es evidente, pues se ha reconocido el deber que tienen los Estados en alcanzar la paz en sus territorios, preferentemente mediante un acuerdo político (Corte IDH, 2012). Así, ha dado lugar al argumento de que el deber de castigo que tienen los Estados puede ser relativizado para lograr un acuerdo que ponga fin a conflictos bélicos, siendo necesario un análisis holístico que vislumbre condicionantes para otorgar legitimidad a las amnistías, criterios de selección y estándares diferenciados de las sanciones penales (Gómez, 2015).

Por su parte, la Corte Constitucional en Colombia ha asentado en su jurisprudencia el concepto de *régimen de condicionalidad* para balancear la tensión entre justicia y paz. Desde la revisión del acto legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la Paz), ha reconocido medidas que flexibilicen el deber de investigar, juzgar y sancionar. Sin embargo, ha advertido que todo tratamiento diferenciado debe estar condicionado a requisitos especiales que garanticen los derechos de las víctimas y la no repetición de los hechos. La Corte estableció los siguientes requisitos: (i) dejación de armas; (ii) reconocimiento de responsabilidad; (iii) contribución al esclarecimiento de la verdad; (iv) reparación integral; (v) liberación de secuestrados; y (vi) desvinculación de menores (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013).

Así mismo, al revisar el Acto Legislativo 01 de 2017 mediante el cual se crea el SIVJRN, la Corte menciona de manera explícita el concepto de *régimen de condicionalidad* refiriéndose a los requisitos para acceder a los beneficios del sistema. Igualmente, reitera los requisitos establecidos en la sentencia del *Marco Jurídico para la Paz*, para el sometimiento a un trato diferenciado en materia de justicia para los combatientes (Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017).

El presupuesto dilemático señala que es necesario que la medida de *justicia transicional* que se adopte tenga una vocación efectiva o esté directamente involucrada con la consecución de la paz. La medida no debe eliminar, extinguir o ignorar en absoluto los derechos de las víctimas e incluso debe confirmarlos e involucrar fórmulas de implementación afirmativas de estos derechos. Desde esta perspectiva, es posible adoptar medidas que flexibilizan los estándares de justicia –formas alternativas a la prisión, criterios de selección–, respetando un régimen de condicionalidad.

2. Inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional

La renuncia de la persecución penal por parte del Estado ha sido la regla general en cuanto se trata de agentes del Estado. La argumentación que ha sustentado dicha tradición de auto amnistías e indultos está relacionada con los conceptos de *razón de estado*, *soberanía* y *presunción de legalidad* (Gómez, 2016). En el caso de las guerras civiles de Guatemala y el Salvador –antecedentes de guerras civiles latinoamericanas que concluyeron con acuerdos de paz–, aun existiendo recomendaciones por parte de las comisiones de verdad para el

juzgamiento de algunos crímenes graves cometidos por parte de la fuerza pública, se expedieron leyes de amnistías o *punto final* con las que se negó el derecho de las víctimas a la justicia y la verdad.

En 1996 se expidió la Ley de Reconciliación Nacional en Guatemala, que estableció la amnistía para los miembros de grupos armados, tanto irregulares como pertenecientes a fuerzas militares. En dicha ley se excluyeron las responsabilidades por genocidio, tortura y crímenes de lesa humanidad (Fajardo, 2016). Si bien en el artículo 8° se establecieron límites a la amnistía respecto a graves delitos, en la práctica los gobiernos han eludido la responsabilidad con relación a los agentes del Estado y extendieron las amnistías bajo el amparo de la constitucionalidad de la Ley decretada por la Corte Constitucional de Guatemala (Gómez, 2018).

En el Salvador el gobierno expidió el Decreto Legislativo N° 486 de 1993, una amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de las personas que participaron en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y comunes cometidos antes del 1 de enero de 1992 (Fajardo, 2016). A pesar de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad, los agentes del Estado gozaron de plena amnistía respecto a los crímenes cometidos durante el conflicto (1980-1992).

Las fórmulas de justicia transicional en Guatemala y Salvador son del tipo *perdones compensadores*, esto es, se otorgan amnistías generales acompañadas de algunas medidas de garantías de derechos de las víctimas como la comisión de la verdad y otras de carácter reparador (Uprimny, 2006). Aunque busca un equilibrio entre justicia y paz, implica serios límites en materia de justicia al desconocer la obligación internacional del castigo a crímenes atroces.

La inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional es una apuesta para consolidar la paz si no implica afectar los derechos de las víctimas. En Colombia pueden identificarse tres posiciones al respecto.

La primera es la oposición a la aplicación de mecanismos de justicia transicional para agentes del Estado, con el argumento de que sus actuaciones están protegidas por la soberanía territorial y la razón de Estado. Se considera que estos mecanismos afectarían la moral nacional al equiparar medidas sancionatorias entre agentes del estado y combatientes irregulares (Gómez, 2017).

Otra posición es la consideración de que se deben aplicar beneficios punitivos para los agentes del Estado por razones de igualdad. Se argumenta que si a los grupos irregulares se les aplica beneficios punitivos, en pro de la igualdad se debe otorgar beneficios a los agentes del Estado. También se afirma que si quienes han actuado fuera de la ley reciben

prerrogativas, también los agentes del Estado deben recibirla pues han actuado dentro de la legalidad, aunque la hayan violado (Ramírez, 2015).

Finalmente, está la posición de brindar atención a las problemáticas de la inserción pura y simple de los agentes del Estado en beneficios punitivos de justicia transicional, en tanto se plantea que debe evitarse que esta inserción no represente la configuración de las dos objeciones tradicionales planteadas a este fenómeno: la prohibición de auto amnistías y la confianza depositada por la entrega del monopolio de la fuerza (Uprimny, Sánchez & Sánchez, 2007).

La primera posición plantea una lógica de plena *justicia* y deriva en una parcialidad bélica que propone una transición punitiva basada en el sometimiento de una de las partes a partir de ciertas dádivas.

La segunda posición es sostenida por sectores que argumentan que se deben aplicar beneficios penales debido a la legalidad de la actuación de la fuerza pública y por razones de igualdad. Esta justificación ignora que las graves violaciones de DDHH o afectaciones graves al DIH tienen un escalafón conforme al origen del agresor. De hecho, ciertas posiciones en la doctrina internacional como la Corte IDH enfatizan la mayor responsabilidad a las fuerzas del Estado por el abuso del amparo de legalidad y por la traición de confianza legítima y al deber de garante que las personas le atribuyen (Corte IDH, Caso de la “masacre de Mapiripán” Vs Colombia, Sentencia 15 de septiembre de 2005).

Es importante tener presente las objeciones que se presentan en la tercera posición: la prohibición de auto-amnistías y la confianza depositada por la entrega del monopolio de la fuerza. Otra objeción refiere a que sin condición relevante que justifique los beneficios, se dan las condiciones establecidas por el artículo 17° del Estatuto de Roma para la intervención de la CPI (ONU, 1998).

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) son inadmisibles las disposiciones de amnistías unilaterales, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de DDHH, prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los DDHH (Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia 14 de marzo de 2001). Asimismo, los deberes de los agentes del Estado contravienen cualquier violación a los DDHH.

Para examinar la legitimidad de la inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional es importante tener presente que sus beneficios punitivos deriven de un proceso de paz democrático e incluyente, y el propósito y marco legítimo de actuación de la justicia transicional. Así, se debe observar cuál es la legitimidad de los beneficios punitivos para los

grupos combatientes irregulares, y, si es posible, extrapolarlos a los agentes del Estado en aras de observar sus posibles justificaciones, condicionamientos, proporcionalidad y viabilidad política y jurídica.

Como se observó en el primer apartado, la dejación de armas y la desmovilización son los elementos de los regímenes condicionales que balancean la tensión entre justicia y paz para la aplicación de los beneficios punitivos. Este punto es problemático en la incorporación de los agentes del Estado. No es posible, desde la concepción del Estado moderno, establecer el desarme de las estructuras de seguridad y defensa, en razón del necesario monopolio de la fuerza del Estado, por lo que la exigencia del desarme no es viable. En este sentido, estas no son condiciones posibles como medidas de garantías de no repetición.

3. Marco fáctico y normativo de los agentes del Estado en la justicia transicional en Colombia

En este apartado se busca determinar si existen contraprestaciones relevantes que suplan la imposibilidad de desarme en el marco normativo de justicia transicional para los agentes del Estado colombiano, como mecanismo para ajustar el desbalance esgrimido previamente. Para ello se realiza una aproximación al contexto fáctico y normativo colombiano en el que se aplica las medidas de justicia transicional.

3.1. Aproximación al contexto fáctico colombiano

La pertinencia de establecer una aproximación al contexto fáctico al cual están dirigidas las herramientas de justicia transicional en Colombia tiene que ver con las condiciones de una sociedad que apuesta por la búsqueda de la paz o la transición a la democracia. Sin desconocer las obligaciones internacionales, cada sociedad debe adoptar la fórmula de justicia transicional que se adecue mejor a sus características sociales, políticas y jurídicas, ya que cada contexto implica situaciones disimiles que desatan la violación sistemática de los DDHH.

Lo más importante es la identificación del estado de cosas que se pretende superar (Uprimny, 2007). En el caso colombiano lo que se pretende superar es una guerra interna, por lo tanto la dinámica de violación de DDHH a concluir tiene carácter horizontal y simétrico: la identificación de la víctima no es tan clara como en la represión dictatorial puesto que la distancia entre victimarios y victimas es de complejo discernimiento (Orozco, 2005). La transición en estos casos pretenderá adoptar medidas que propendan por la consecución de la paz a partir de diálogos, negociaciones, acuerdos, desarmes, reinserciones y garantías políticas posteriores. Los mandatos de consecución de la paz le dan sustento a mecanismos de justicia transicional en este contexto.

Otro elemento a tener en cuenta es la extinción del estado de cosas anterior. Si la transición obedece a un *colapso* del régimen anterior u obedece a un pacto entre los sectores que estaban en disputa (Uprimny, 2007). En Colombia lo que se pretendió superar fue una contienda armada de más de cincuenta años mediante una negociación entre el Estado colombiano y las FARC-EP, lo que derivó en un acuerdo de paz en 2016. Esto repercutió en cómo se atendieron las exigencias constitucionales de la paz y la relativización o flexibilización del deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los DDHH.

Estos aspectos son importantes debido a que la connotación axiológica de la justicia transicional se enmarca en la tensión entre búsqueda de paz y derechos de las víctimas. El balance necesario entre los valores implica, ante los beneficios de justicia, contribución a la paz mediante desarme, desmovilización o una medida compensatoria a ello.

Respecto de la degradación de la guerra, según el CNMH (2013) aproximadamente 220.000 personas murieron a causa del conflicto entre el 1958 y 2012. Todos los grupos armados que operan en este conflicto aplicaron lesiones letales y no letales a la población civil como estrategia de guerra. La fuerza pública violó sistemáticamente los DDHH y el DIH. Configuró una estructura criminal que provocó la participación de agentes en la comisión de crímenes de lesa humanidad, y contribuyó a la formación y protección de grupos paramilitares. Diferentes organizaciones han llamado la atención sobre la necesidad de construir memoria sobre estos crímenes (Márquez, 2016).

3.2. Marco normativo de justicia transicional para agentes del Estado

El acuerdo final entre el Gobierno y las FARC-EP dispuso que el SIVJRN será inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado. Esto implica la inclusión de los agentes del Estado, quienes tendrán un tratamiento jurídico diferenciado sin dejar de ser equitativo, equilibrado y simétrico a las demás partes. El carácter diferenciado hace referencia a la calidad de garante de los derechos con la que actúa el Estado a través de sus agentes, por lo cual se presume que ejerce legítimamente el monopolio de las armas.

El Acto Legislativo 01 de 2017 que creó el SIVJRN dispuso que tendría carácter transitorio y conocería las conductas cometidas antes del 16 de diciembre de 2016 relacionadas o con ocasión al conflicto armado, especialmente las graves infracciones al DIH y/o graves violaciones a los DDHH. Contempla la lógica de la justicia restauradora, que propugna satisfacer en la mayor medida posible los derechos de las víctimas, y contempla medidas retributivas con un alto grado de flexibilidad en el ejercicio del castigo.

Las medidas retributivas diseñadas en la JEP consisten en someter a los combatientes a un sistema especial que establezca formas especiales de cumplimiento de las penas para los

crímenes más graves y máximos responsables y confesos. Esto significa que, en este marco normativo se acogen criterios de selección para concentrar los esfuerzos de investigación, juzgamiento y sanción en los casos más graves y de máximos responsables. Asimismo, se contemplan formas especiales de cumplimiento de penas que, para crímenes confesos, consisten en medidas restrictivas de la libertad que se ejecutan en un territorio de dimensiones veredales.

El régimen de condicionalidad para el acceso a estos mecanismos especiales, reiterados por la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2017, es el siguiente:

1. Dejación de armas.
2. Contribución al proceso de reincorporación a la vida civil.
3. Aporte a la verdad.
4. Garantía de no repetición.
5. Contribución a la reparación de las víctimas.
6. Desvinculación de menores de edad.

En el artículo 17 del Acto Legislativo 01 se consagra la implementación del sistema a los agentes del Estado y la posibilidad de acceder a las medidas punitivas especiales mencionadas, siempre que cumplan el régimen de condicionalidad.

La condición principal del sistema para la aplicación de beneficios punitivos, la dejación de armas, no es aplicable para la fuerza pública por razones político-jurídicas. Sin embargo, en el marco normativo de la justicia transicional no existen contraprestaciones relevantes que la sustituyan. Como consecuencia habría una limitación a la justicia, ya que se estaría renunciando al juzgamiento, investigación y sanción de los agentes del Estado responsables de violaciones a los derechos humanos sin ninguna clase de justificación constitucional.

4. Relación del principio de garantías de no repetición y el régimen transicional de justicia para agentes del Estado en Colombia

A lo largo del presente artículo, se ha discernido sobre la imposibilidad de desarme de los agentes del Estado, siendo el desarme el requisito indispensable para efectos de propulsar beneficios punitivos a nivel estructural en el marco de la justicia transicional. Asimismo, se ha evidenciado cómo en el escenario transicional en Colombia no existen medidas condicionantes que suplan el desarme y aseguren la no repetición a las víctimas de violaciones cometidas por los agentes del Estado.

Esta problemática representa un desbalance significativo respecto a las exigencias derivadas de la tensión entre justicia y paz. En su dogmática, el principio de garantías de no repetición otorga elementos que permiten establecer los posibles mecanismos que funjan como condicionantes equivalentes al desarme. Este principio fue desarrollado originariamente por

la doctrina del derecho internacional de los DDHH y ubicado dentro del denominado *soft law*, revistiendo una progresiva importancia jurídica por la generalizada adopción de éste en las decisiones jurisdiccionales internacionales y locales. En el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se ha establecido que las *garantías de no repetición* están integradas por todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas que afectaron a las víctimas, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa (Corte Constitucional, Sentencia T-370 de 2013).

La ausencia de una condición y justificación relevante y significativa para la inserción de los agentes del Estado en los beneficios penales, que sea equivalente a la desmovilización de las guerrillas, significa un desconocimiento al principio de garantías de no repetición puesto que la desmovilización, inmersa en el régimen de condicionalidad, está asociada directamente con el principio. Siendo los beneficios punitivos un incentivo determinante para efectos que el actor armado desmonte su estructura agresora, ¿qué ocurre con los agentes del Estado a los cuales se les otorga los beneficios sin exigencia de no repetición como lo es el desarme?

Se evidencia un desbalance en detrimento del derecho de las víctimas y del aseguramiento de la paz y la reconciliación democrática. El no contar con medidas que exijan la garantía de no repetición pone en grave dificultad la legitimidad de la inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional, dicha situación corre el riesgo de identificarse con la autoamnistía, prohibida por el derecho internacional (Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia 14 de marzo de 2001), y de desconocer las obligaciones especiales de los agentes del Estado en materia de DDHH, además de eludir el deber de juzgamiento y sanción de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra establecido por el Estatuto de Roma de la CPI (Ramelli, 2009).

Sumado a lo anterior, en el marco del contenido de la obligación del principio de garantías de no repetición, se encuentra el reconocimiento a nivel interno de los derechos y ofrecimiento de los mismos con garantías de igualdad (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013), esto es, que las medidas de garantías de no repetición sean aplicadas de manera igualitarias a todas las víctimas del conflicto (Molinarés, 2013). Esta exigencia de igualdad es lesionada para un sector de las víctimas: que la fuerza pública se vea beneficiada penalmente sin la exigencia de desarme o desmovilización, implica tratamientos diferenciados a sus víctimas. Cabe preguntarse si existen medidas supletorias que garanticen la no repetición de los crímenes.

En la doctrina internacional el principio de garantías de no repetición se refiere a ciertos parámetros y orientaciones que deben tomarse en cuenta para diseñar las herramientas dirigidas a superar el conflicto. El principal instrumento internacional para la justicia transicional es el denominado *Conjunto de principios actualizado para la protección y la*

promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2005), en el que se recogen los principios derivados de los informes presentados ante la Organización de Naciones Unidas por Joinet y Orentlicher.

Según estos principios, las garantías de no repetición de vulneraciones graves de DDHH y DIH son de tres clases: (i) medidas encaminadas a disolver grupos armados paraestatales; (ii) medidas de derogación de disposiciones de excepción que favorezcan las violaciones; y (iii) medidas que deben adoptarse frente a agentes del Estado implicados en las violaciones. El documento Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones expedido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución del 16 de diciembre de 2005, establece una serie de garantías de no repetición y prevención, entre las que destacan (i) reducción de jurisdicción de tribunales militares, (ii) fortalecimiento de independencia de rama judicial, (iii) fortalecimiento de educación y capacitación de todos los sectores sociales en DDHH y (iv) revisión y anulación de leyes que permitan o contribuyan a la violación de derechos (Botero y Restrepo, 2005).

La doctrina internacional de manera tácita reconoce que la comisión sistemática de crímenes atroces es posibilitada por factores estructurales. Las orientaciones dogmáticas del principio sugieren la erradicación estricta de factores estructurales que contribuyeron a la catástrofe humanitaria promovida por agentes del Estado en el marco del conflicto armado. Al leer los mecanismos planteados se observa que es necesario neutralizar los factores estructurales que contribuyeron a que instituciones estatales cometieran crímenes atroces. Además de dar garantías de no repetición, esto también justificaría y legitimaría la inserción de agentes del Estado en la justicia transicional con sus respectivos beneficios penales.

La Corte Constitucional ha reconocido la exigencia del desmonte de la estructura agresora como componente esencial de las garantías de no repetición. En sentencia T-370 de 2013, revisando la conceptualización del derecho de las víctimas, estima que es necesario establecer medidas que garanticen que las organizaciones que perpetraron crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión sean removidas.

A continuación, se exponen algunas medidas que conforme a la dogmática del principio de garantías de no repetición y el contexto socio-jurídico en Colombia, permitirían desmontar el aparato criminal inmerso en la fuerza pública y que se consideran necesarias para que los beneficios penales otorgados a la fuerza pública en el marco de su inserción a la Justicia Especial para la Paz, tengan asidero ético y constitucional suficiente para no desembocar en una autoamnistía:

- Aceptaciones institucionales de responsabilidad en la comisión sistemática de crímenes ocurridos durante el conflicto armado
- Reducción del fuero penal militar y control civil de la fuerza pública
- Depuración interna de las fuerzas armadas
- Transformación de la doctrina militar: de la seguridad nacional a la seguridad ciudadana
- Prohibición de creación o apoyo de grupos paramilitares
- Eliminación del servicio militar obligatorio (Velásquez, 2002)

Estas medidas representan los condicionantes que podrían justificar la inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional atendiendo al balance entre justicia y paz. Deben ser vinculantes y no facultativas, toda vez que el substrato jurídico por medio del cual se establecen son las obligaciones constitucionales y los deberes de responsabilidad de los Estados para la salvaguarda de la paz sin afectar el deber de juzgar, investigar y sancionar a los responsables de crímenes atroces. El equilibrio se encuentra en las garantías de no repetición. No atender estas medidas representaría un desbalance injustificado al principio de justicia, equiparable a las autoamnistías, prohibidas por el derecho internacional (Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001). Esto podría provocar la intervención de la CPI.

5. Conclusiones

- La tensión entre justicia y paz debe adoptarse como enfoque analítico para la formulación de estrategias de *justicia transicional*, así como para su valoración y eventual modificación. Este enfoque permite reconocer el peso del contexto político en las negociaciones y limitar una desproporcionada anulación de justicia.
- El presupuesto dilemático de la justicia transicional permite adoptar medidas que flexibilicen los estándares de justicia, tales como criterios de selección y formas alternativas a la prisión para cumplimiento de penas, siempre y cuando se establezca un régimen de condicionalidad que permita balancear la tensión entre justicia y paz.
- El SIVJRNR establecido en El Acuerdo Final entre el Gobierno y las FARC-EP, reglamentado mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016, contempla figuras de amnistías y tratamientos especiales de justicia para los agentes del Estado, pero no cuenta con condicionamientos semejantes a la dejación de armas que es exigida a las guerrillas. En este sentido, la inclusión de agentes del Estado (a quienes por razones jurídicas y políticas no se les puede exigir el desarme y la desmovilización de sus estructuras) en mecanismos de *justicia transicional* representa un desbalance entre las exigencias de justicia y paz y carece de sustento axiológico y jurídico.

- Desde el principio de *garantías de no repetición* se evidencia un desbalance en detrimento del derecho de las víctimas, y del aseguramiento de la paz y la reconciliación democrática; que erosiona la legitimidad de la inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional. Dicha situación corre el riesgo de identificarse con la autoamnistía, prohibida por el derecho internacional, y de desconocer las obligaciones especiales que los agentes del Estado tienen en materia de DDHH.
- Las orientaciones dogmáticas del principio de *garantías de no repetición* sugieren la erradicación estricta de los factores estructurales que contribuyeron a la catástrofe humanitaria en la que participaron agentes del Estado. Por ello, si bien no es posible desmontar la estructura armada de los agentes del Estado, es necesario neutralizar los factores estructurales que contribuyeron a que estas instituciones cometieran crímenes atroces.
- En este artículo se sugieren algunas medidas que permitirían desmontar el aparato criminal inmerso en la fuerza pública y que se consideran necesarias para que los beneficios penales otorgados a la fuerza pública en el marco de JEP, tengan consistencia ética y constitucional suficiente: (i) Aceptaciones institucionales de responsabilidad en la comisión sistemática de crímenes cometidos durante el conflicto armado, (ii) Reducción del fuero penal militar, (iii) Depuración interna de las fuerzas armadas, (iv) Transformación de la doctrina militar, (v) Prohibición de creación o apoyo de grupos paramilitares, (vi) Eliminación del servicio militar obligatorio.

Referencias bibliográficas

Botero, C. & Restrepo, E. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia” En: Rettberg, A. (2005). *Entre el perdón y el paredón*. Bogotá D. C: Uniandes.

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

Fajardo, A. (2016). “Estándares Internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia” En: Bernal, C. Barbosa, G. y Ciro, A. (Ed.). (2016). *Justicia Transicional: el caso de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia.

Gómez Sánchez, G. (2014). *Justicia transicional en disputa: una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002-2012*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Gómez Sánchez, G. (2018). *Transición a la paz en contextos de conflicto armado. Perspectiva comparada sobre los casos de El Salvador y Guatemala para reflexionar sobre la experiencia colombiana*. En Ambos, K.; Cortes Rodas, F.; Zuluaga, J. (Coord.). *Justicia transicional y*

Derecho Penal Internacional. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung Foundation.

Olsen, T.; Payne, L. y Reiter, A. (2006). Justicia transicional en equilibrio. Comparación de procesos, sopeso de su eficacia. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

Orozco, I. (2005). Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina. Bogotá D.C.: Temis-Universidad de Los Andes.

Orozco, I. (2009). Justicia transicional en tiempos del deber de memoria. Bogotá D.C.: Temis-Universidad de los Andes.

Teitel, R. (2017). Justicia Transicional. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En: Uprimny, R.; Saffon, M. y Botero, C. ¿Justicia Transicional sin Transición? Bogotá D.C.: Dejusticia.

Uprimny, R.; Sánchez Duque, L. y Sánchez León, N. (2014). Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá D.C.: Dejusticia.

Cibergrafía

Acosta, D; Buchan, R & Ureña, R. (2015). “Beyond justice, beyond place? Colombia, the interest of justice, and the limits of international criminal law” *Criminal Law Forum*, Volume 26, Issue 2. Pág. 291-318. Doi: 10.1007/s10609-015-9248-1.

Bartel, R. (2018). “Confession an the Anthropology of Forgiveness: Reflections on Colombia’s Processes of Transitional Justice”, *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, Vol 24, N° 1. Pág. 145-161. Doi: 10.1111/jlca.12326.

Benítez, P. et al (2015). “Beneficios y garantías de los miembros de la fuerza pública en marcos de justicia transicional en perspectiva comparada: lecciones para el caso colombiano”. *Panorama*, Vol. 9 N° 16. Pág. 105-116. Doi: <http://dx.doi.org/10.15765/pnrm.v9i16.630>.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (8 de febrero de 2005). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1

Fiscalía de la Corte Penal Internacional Policy Paper on the Interests of Justice (2007). Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Escrito de amicus curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz (2017). Recuperado de: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

Gómez Sánchez, G. (2017). Entre el castigo y la reconciliación. Análisis sociojurídico del proceso de paz y la negociación del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto. Estudios Políticos. 50, pp. 236-256. DOI: 10.17533/udea.espo.n50a13.

Gómez Velásquez, A. (2016b). Las implicaciones del Acuerdo sobre Víctimas para los Agentes del Estado que participaron en el conflicto armado. Cuadernos de trabajo en Gobierno y Ciencias Políticas: La justicia transicional en los acuerdos de la Habana. N° 4, junio 2016, pp. 40-48. <http://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,697310,en.pdf>

Márquez, E. (2016). “Colombia’s Gallery of Memory”. Latin American Perspectives, Issue 210, Vol. 43, N° 5. Pág. 78-98. Doi: 10.1177/0094582X16655306.

Molinares, V. (2013). “Guerra irregular y constitución”. Cuestiones constitucionales, N° 29. Pág. 245-283. Doi: [https://doi.org/10.1016/S1405-9193\(13\)71295-2](https://doi.org/10.1016/S1405-9193(13)71295-2).

Olasolo, H; Mateus, A. & Contreras, A. (2016). “La naturaleza imperativa del principio ‘no hay paz sin justicia’ respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada ‘justicia de transición’”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 145. Pág. 145-170. Doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2016.145.4994>.

Organización de las Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998). Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Ramírez Torres, S. (2015). *Justicia transicional aplicable a la fuerza pública en el proceso de paz con las Farc. ¿Impunidad o reconciliación?* Artículo académico para optar al título de especialista en procedimiento penal constitucional y justicia militar. Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado en: <http://repository.unimilitar.edu.co:8080/bitstream/10654/6658/1/APROBADO%20SAMIR.pdf>

Uprimny, R. y Saffon, M. (2007). *Usos y abusos de la justicia transicional*. Bogotá D.C.: Dejusticia Recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_60.pdf?x54537

Velásquez Rivera, E. (2002). Historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional. *Convergencia*, 27, pp 11-39, Recuperado de: [file:///C:/Users/carlos.romo/Downloads/1723-1-4086-1-10-20140826%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/carlos.romo/Downloads/1723-1-4086-1-10-20140826%20(1).pdf)

Artículos de revista

Gómez Velásquez, A. (2016a). Perspectivas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en justicia transicional y su aplicabilidad a las actuales negociaciones de paz en Colombia. *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 147-160

Ramelli, A. (2009). “El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX. Pág. 35-68.

Teitel, R. (2003). “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring, Cambridge, MA. Pág. 69-94.

Sentencias y normas

Corte Constitucional. (Agosto 28 de 2013). Sentencia C-579, (M.P. Jorge Pretelt).

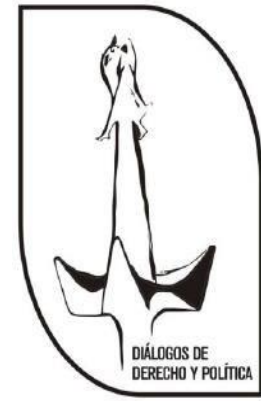
Corte Constitucional. (Junio 27 de 2013). Sentencia T-370 (M.P. Jorge Palacio).

Corte Constitucional. (Noviembre 14 de 2017). Sentencia C-674, (M.P. Luis Guerrero).

Corte IDH. (Sentencia 15 de septiembre de 2005). Caso de la “masacre de Mapiripán” Vs. Colombia.

Corte IDH. (Sentencia de 14 de marzo de 2001). Caso Barrios Altos Vs. Perú.

Corte IDH. (Sentencia de 25 de octubre de 2012). Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.



“Y usted, ¿prestaría sus hijos para la guerra?” Servicio militar obligatorio en el posacuerdo colombiano

Vanezza C. Escobar Behar ¹

Resumen

Una expectativa generada con las negociaciones de paz de La Habana entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC fue la eliminación del servicio militar obligatorio y con ello la implementación de un servicio social para la paz. Este texto explora, a partir de un análisis normativo y del discurso, la figura del servicio militar obligatorio en el escenario de la implementación de los acuerdos de paz en Colombia; haciendo especial énfasis en el tránsito legislativo sobre el reclutamiento militar. Se concluye a partir de ello que con la firma de los acuerdos y en el panorama de implementación de lo acordado, el servicio militar no se eliminó, sino que se modificó perpetuando desigualdades existentes y reafirmandose como una barrera de acceso a derechos de los ciudadanos.

Palabras clave: Colombia; Fuerzas armadas; Militarización; Posconflicto; Servicio militar obligatorio.

¹ Abogada de la Universidad de Antioquia, maestra en Ciencias Sociales de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO – México, Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia e Investigadora de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta, Grupo de investigación *Estudios constitucionales, medio ambiente y territorio*. Correo electrónico: vanezza.escobar@udea.edu.co

Artículo de investigación derivado del proyecto “Servicio militar obligatorio y posconflicto” adscrito al grupo de investigación *Estudios constitucionales, medio ambiente y territorio* de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta.



“Y usted, ¿prestaría sus hijos para la guerra?”

Servicio militar obligatorio en el posacuerdo colombiano

Introducción

Las investigaciones que han abordado la figura del Servicio Militar Obligatorio –en adelante SMO– en Colombia rara vez han desarrollado su relación con el conflicto armado. Generalmente, se ha estudiado esta figura desde la sociología e historia militar,¹ las funciones del servicio militar,² su regulación normativa³ y los análisis críticos.⁴ Asimismo, algunas investigaciones han analizado el papel de la Fuerza Pública en el posconflicto, sin que su eje de análisis sea el servicio militar obligatorio⁵.

Analizar el SMO en relación con el conflicto armado colombiano es importante puesto que la prestación del mismo en un contexto bélico ha implicado ir a la guerra, es decir, la posibilidad real de perder la vida en cumplimiento de una carga impuesta por el Estado.⁶ Si bien esta figura no se ha abordado ampliamente en esta perspectiva, su existencia en el posconflicto o posacuerdo –entendido como la fase de implementación de lo acordado en La Habana entre el Estado colombiano y la guerrilla de las Farc-Ep después de más de 50 años

¹ Adolfo Atehortúa y Humberto Vélez R. (1994). *Estado y fuerzas armadas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores; Eduardo Pizarro (1987). “La Profesionalización Militar en Colombia”. *Análisis Político*, 1: 20-39; Armando Martínez Garnica (2012a). Ideología y realidad de la Guardia Colombiana, 1863-1885. *Historia y sociedad*, 22: 25-50, y Armando Martínez Garnica (2012b). *Historia de la Guardia Colombiana* (pp. 44-78). Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

² Cristino Barroso (1990). “Funciones del Servicio militar obligatorio”. *Papeles para la paz*, 38: 51-66, y Claudia Henao Zapata (2010). *La formación de los soldados en el ejército como máquinas de guerra*. Tesis inédita de pregrado en Trabajo Social. Universidad de Antioquia, Medellín: Biblioteca Central Universitaria.

³ Defensoría del Pueblo (2014). *Servicio Militar Obligatorio en Colombia: Incorporación, reclutamiento y objeción de conciencia*. Informe de la Defensoría del Pueblo. Bogotá: Defensoría Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales.

⁴ Fundación Seguridad y Democracia (2004) "El SMO en Colombia. Inequidad corrupción y propuestas para su reforma". Fundación Seguridad y Democracia. Documentos ocasionales. Bogotá, junio 22 de 2004. bit.ly/2K2Thn8

⁵ Edwin Cruz (2016). *Fuerza Pública, negociaciones de paz y posacuerdo en Colombia*. Bogotá: Desde abajo; Carlos Bernal Pulido y Magdalena Correa Henao (2016). Justicia, justicia transicional y Fuerzas armadas: un análisis desde la perspectiva del derecho constitucional. En Bernal, Carlos; Barbosa, Gerardo; Ciro Gómez, Andrés. *Justicia Transicional: el papel de las Fuerzas Armadas* (pp. 58-122). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Ejército de Colombia; Alejo Vargas (2012). Las fuerzas armadas en el conflicto colombiano: antecedentes y perspectivas. La Carreta Editores – Universidad Nacional de Colombia: Medellín, y Red de Seguridad y defensa de América Latina -Resdal (2018). Misiones militares y posconflicto: una mirada regional desde Colombia. Buenos Aires: Resdal, <http://bit.ly/2ZhEJFv>

⁶ Al respecto Vanezza C. Escobar Behar (2017) Servicio Militar Obligatorio y Conflicto armado en Colombia (2017) publicado en *A propósito del servicio militar y de la inversión de la carga de la prueba en desplazamiento forzado*. Colección Mejores trabajos de grado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

de guerra⁷ sí se ha discutido en la agenda pública, al menos desde los medios de comunicación; ya que una de las propuestas de campaña del expresidente Juan Manuel Santos para su reelección fue eliminar dicho servicio después de firmar los acuerdos de paz (El Tiempo, 2014).

El 14 de junio de 2017, después de la firma de acuerdos de paz entre el Estado colombiano y las Farc, el Congreso aprobó la ley 1861 de 2017 que buscaba –entre otras transformaciones– estandarizar el término de prestación del servicio militar, aunque finalmente mantuvo el período de 12 meses para los soldados bachilleres y 18 meses para los soldados que no han terminado su bachillerato o estudios de secundaria.⁸ Así, contrario a lo que muchos esperaban, el servicio militar no se abolió tras la firma de los acuerdos de paz sino que se mantuvo, reproduciendo las desigualdades que le son intrínsecas.

En el período de posacuerdo surgen los siguientes interrogantes: ¿es pertinente continuar con la obligatoriedad del SMO?, si la respuesta es afirmativa ¿cuáles serían las labores de los nuevos reclutas?, ¿se encargarían de “pacificar” las zonas que quedan sin el control territorial de las Farc ni del Estado?, ¿su labor será combatir las incipientes disidencias de las Farc?,⁹ ¿la obligatoriedad del servicio militar responde a que el territorio colombiano sigue disputado militarmente?

Las anteriores preguntas conducen a cuestionar la existencia del SMO en un contexto de pacificación y desmilitarización de la sociedad colombiana y del desarme del grupo armado irregular de más larga data en América Latina, que se presentaba como la principal amenaza militar del país. En ese sentido, el presente artículo tiene como objetivo analizar jurídica y políticamente la figura del SMO en Colombia en el marco del posconflicto a raíz de los acuerdos de paz de La Habana y del tránsito legislativo que le acontece.

La investigación base se desarrolló mediante una metodología cualitativa centrada en el análisis de discursos y de coyuntura política. Las fuentes de información utilizadas, aparte de la bibliografía secundaria, fueron: notas de prensa, comunicados institucionales, leyes y sentencias. Asimismo, se usaron estadísticas relativas al número de conscriptos y remisos que

⁷ En 2012 se anunció la fase pública de los Diálogos de paz entre la guerrilla de las Farc-Ep y el gobierno colombiano en La Habana, Cuba. Cerca de cuatro años después -26 de septiembre de 2016- el país conocía el texto final de los Acuerdos de La Habana que buscaban la “terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” (Mesa de conversaciones, 2016).

⁸ La ley 48 de 1993 que regulaba el reclutamiento y movilización diferenciaba los tiempos de prestación del SMO, según el tipo de persona. Los soldados bachilleres, habitantes de ciudades con la secundaria concluida, debían prestar el servicio por 12 meses; los soldados regulares, quienes no eran bachilleres y vivían en zonas urbanas, debían prestar el servicio por un período entre 18 y 24 meses; y los soldados campesinos, quienes no han concluido su bachillerato y vivían en el campo, debían prestar el servicio entre 18 y 24 meses

⁹ El rearme de un grupo minoritario de esa exguerrilla se anunció en la madrugada del 29 de agosto de 2019 (El Espectador, 2019). Por ser un fenómeno minoritario y reciente no se abordará en profundidad esta arista

ha habido en el país desde la Ley 48 de 1993 –primera reglamentación de dicho servicio–; así como la calidad en la que han ingresado (soldados bachilleres, campesinos o regulares).¹⁰ Ello para destacar que, en su mayoría, quienes presentan el SMO en Colombia hacen parte de sectores históricamente marginados y excluidos.

A continuación se presenta un recuento normativo e histórico de la figura del servicio militar obligatorio, posteriormente, se presenta una breve relación entre esa figura y el largo conflicto armado en Colombia; finalmente, se abordan los debates que han surgido en torno a la pertinencia del servicio militar obligatorio en el posacuerdo. El artículo cierra con las conclusiones de esta investigación.

1. Servicio militar obligatorio en Colombia

La Constitución Política de Colombia en el artículo 216 establece que “todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas” (Constitución Política de Colombia, 1991). El marco jurídico básico que desarrolló ese precepto constitucional estaba compuesto por la Ley 48 de 1993 y por el Decreto 2048 del mismo año, ambas normas derogadas por la actual ley 1861 de 2017 que reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización.

El servicio militar se ha entendido por varios autores como un espacio de socialización masculina, especialmente de sectores con menos recursos económicos, que resalta características como el honor, la civilidad e, incluso, la ciudadanía; espacio en el cual se le da prioridad al número de soldados más que a la especialización de los mismos (Cordero, 1989). Esta figura también se ha interpretado como un ritual de transición de la adolescencia a la adultez; si bien las instituciones militares han ido renunciando a los relatos de valentía y hombría, y transformándolos por narrativas cívicas y de defensa de la democracia en contra de la violencia (Atehortúa, 2005, p. 58).

Atehortúa & Vélez (1994) datan en 1896 la regulación legal del sistema de SMO en Colombia, consagrado en la Constitución de 1886, dirigido sobre todo a miembros de las clases populares rurales y urbanas quienes eran reclutados por la fuerza en chicherías, plazas y sitios de reunión pública; asimismo, a inicios de 1900, individuos considerados como “revoltosos y perniciosos” fueron incorporados al Ejército con fines moralizantes o regeneradores de la sociedad.

¹⁰ Entendido por conscriptos a aquellos ciudadanos reclutados obligatoriamente, y a los remisos como aquellos que no han definido su situación militar.

A partir de 1907, con la presencia de las misiones militares chilenas en Colombia,¹¹ el SMO adquirió, discursivamente al menos, un carácter educativo y de construcción de nación; aunque esta impopular figura se caracterizó por ser prohibida y reestablecida constantemente (Atehortúa y Vélez, 1994, p. 58-93).

La Constitución de 1991 –con un discurso liberal, democrático y pluralista– no eliminó la polémica figura del reclutamiento forzado; en virtud del artículo 216, la Ley 48 de 1993 reglamentó el sistema de movilización de la Fuerza Pública. Entendiendo que, así como los ciudadanos gozan de derechos, tienen deberes correlativos frente al Estado y la Nación, en virtud de los principios de primacía del interés general sobre el particular y de retribución social.

En la mencionada ley se establecía que los varones mayores de 18 y hasta los 28 años debían prestar el SMO (art. 20), incorporándose bajo 4 modalidades de servicio: bachiller, auxiliar de policía, campesino, y regular.¹² Como se señaló antes, esta clasificación implicaba diferencias temporales en la prestación del SMO según los soldados fueran o no bachilleres y pertenecieran al área urbana o rural, con la consecuencia de que quienes no tuvieran bachillerato debían prestar servicio por más tiempo y podían destinarse a actividades diferentes a las de los bachilleres; pues el artículo 13 pár. 1 de la ley 48 de 1993 establecía que los bachilleres debían ser instruidos para la realización de labores de bienestar social y la preservación del medio ambiente. Mientras que los soldados regulares al tener en teoría más tiempo de preparación en las filas de las Fuerzas Militares estarían en capacidad, después de los soldados voluntarios, de estar a cargo de las situaciones peligrosas y de alto riesgo, situaciones que solo en último lugar los soldados bachilleres y campesinos asumirían (Corte Constitucional, 1997a).

Asimismo, esa norma disponía que hasta los 50 años los ciudadanos debían definir su situación militar, bien sea prestando el servicio o pagando la correspondiente cuota de compensación militar en caso de no resultar apto para la prestación del servicio o estar bajo

¹¹ Encargadas de aportar el entrenamiento y profesionalización de las Fuerzas armadas.

¹² El tratamiento temporal diferenciado que implicaba esta clasificación ha sido impugnado ante la Corte Constitucional por considerarse que violenta el principio de igualdad material y de no discriminación, ya que quienes no son bachilleres son obligados a soportar cargas más pesadas que quienes tuvieron la oportunidad de terminar el bachillerato (educación media). Sin embargo en la sentencia C-511 de 1994 se declaró constitucional dicha discriminación que atiende a factores geográficos y sociales, aduciendo que una distinción así, basada en el “grado de capacitación intelectual” es constitucionalmente admisible y se fundamentaría en razones económicas como las disposiciones laborales y las tareas de la vida social de los bachilleres (Corte Constitucional, 1994).

una causal de exoneración para su prestación, de lo contrario serían declarados infractores o remisos en los términos del artículo 41 de la, hoy derogada, ley 48.¹³

Por su parte, la ley 1861 de 2017 modificó algunas reglas de la Ley 48, por ejemplo, las edades de prestación del SMO que pasaron de un tope máximo de 28 años a los 24 (art. 23); eliminó la distinción temporal para los soldados bachilleres y campesinos al establecer que, salvo los bachilleres, todos prestarían su servicio por un período de 18 meses que comprenderían etapas de formación militar básica, laboral productiva, aplicación práctica de formación militar y descansos (art. 13). Esta ley contempló transformaciones en la liquidación de la cuota de compensación militar (art. 26) y, condicionado a disponibilidad presupuestal (art. 44), incrementó las bonificaciones mensuales a las que tienen derecho los conscriptos.

Por otra parte, las exenciones a la prestación del servicio militar incluidas en la Ley 48 de 1993 preveían dos situaciones: las exenciones en todo tiempo y en tiempos de paz, reguladas en los artículos 27 y 28, respectivamente. Las primeras regían para los “limitados físicos y sensoriales permanentes”, para los integrantes de pueblos indígenas y, por el artículo 140 de la ley 1448 de 2011, para las víctimas del conflicto armado; mientras que las exenciones en tiempos de paz, contempladas en el artículo 28 eran más amplias. Las causales de exención al SMO que contemplaba la Ley 48 de 1993 fueron recogidas por la ley 1861 de 2017 con algunas modificaciones, norma que añadió las causales para personas transgénero, los inscritos en el sistema de protección de víctimas y testigos de la fiscalía, los objetores de conciencia, los desmovilizados y los padres de familia.

Si bien la nueva regulación parece ampliar las exenciones de prestación del SMO, en la práctica restringe causales anteriores al establecer requisitos como, por ejemplo, la necesidad de una certificación del Ministerio del Interior que acredite como indígenas a quienes así se consideren; ello contraviniendo disposiciones como el principio de “maximización de la autonomía indígena” con el que bastan los documentos de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas para certificar dicha condición (Corte Constitucional, 1994a; Defensoría, 2014, p. 29 y ss.)

En el mismo sentido, el numeral *h* del artículo 12 de la ley 1861 establece como requisito para exonerarse del SMO por estar conviviendo en unión marital de hecho, que esta unión sea declarada legalmente; pese a que la Corte Constitucional había manifestado que al ser la unión permanente una situación fáctica exigir la declaración legal de la misma para fines de

¹³ Definir la situación militar, en la ley 48 de 1993, comprende la inscripción ante un distrito militar, la presentación de exámenes psicofísicos, la posterior incorporación al servicio militar, o la clasificación de las personas exentas o no aptas para prestar el SMO.

exoneración del servicio militar violentaba los derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad probatoria (Corte constitucional, 2012b; Defensoría, 2014, p. 41 y ss.). Por su parte, las causales de aplazamiento se mantienen comunes en ambas leyes, con la salvedad de que quienes tengan suspendidos sus derechos políticos pasarán de estar exentos de prestar el SMO a estar aplazados.

La Defensoría del Pueblo ha documentado casos problemáticos de aplicación de las exenciones legales del SMO y ha resaltado que los ciudadanos desconocen los procedimientos para definir su situación militar, ello aunado a la falta de celeridad y claridad en los trámites que, probablemente, van a continuar con las cargas probatorias que incluye la ley 1861 de 2017 (Defensoría, 2014, p. 64).¹⁴

Finalmente, sobre la objeción por conciencia al servicio militar, debe señalarse que la ley 48 de 1993 no la contemplaba de manera expresa, por lo que habían sido los jueces en sede de tutela los encargados de definir el contenido y alcance de este derecho/garantía constitucional. La Corte Constitucional reconoció este derecho fundamental a partir de la sentencia C-728 de 2009, que analizó la constitucionalidad de las exenciones en todo tiempo al servicio militar que no incluían a quienes objetaran conciencia; allí se consagró que al ser un derecho fundamental no requería legislación expresa para su aplicación,¹⁵ y que las convicciones que la sustentan deben ser profundas, fijas y sinceras. Múltiples decisiones han reiterado esta posición de reconocimiento a la objeción de conciencia (Corte Constitucional, 2009; 2012; 2012a; 2013; 2016).

En cambio, la ley 1861 sí contempla la figura y dispuso en el artículo 12 que los objetores de conciencia están eximidos de prestar el servicio militar. Asimismo, la ley creó la Comisión Interdisciplinaria de Objeción de conciencia y regula la materia en los artículos 77 a 80. Si bien, dicha regulación se realizó mediando vicios de trámite en la legislación ya que se aprobó como ley ordinaria cuando, por ser la objeción de conciencia un derecho fundamental,

¹⁴ Específicamente en temas complejos como la objeción de conciencia cuya aprobación se dejó en manos de una comisión interdisciplinaria -conformada por autoridades militares, un médico, un psicólogo, un representante del Ministerio Público y un asesor jurídico del Distrito militar- (art. 77). La objeción de o por conciencia es una garantía fundamental amparada en el artículo 18 de la constitución de 1991 que establece que “Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.” Esta objeción opera no solo frente a la prestación del servicio militar obligatorio sino sobre cualquier deber u actuación que vaya en contra de las convicciones o creencias de los individuos.

¹⁵ Los derechos fundamentales son una categoría especial de derechos que poseen eficacia directa (no requieren desarrollo legislativo) y aplicación inmediata (tienen un mecanismo judicial de protección que debe resolverse en 10 días: la acción de tutela).

debió regularse mediante ley estatutaria en los términos de los artículos 153 y 154 constitucionales.¹⁶

Sintetizando, puede concluirse que tras los acuerdos de paz no se eliminó el SMO, sino que se transformó convirtiendo, en ciertos aspectos, incluso más gravosa la imposición. Destacar esto es importante porque la no definición de la situación jurídica relativa a la prestación del SMO se ha constituido históricamente en una barrera para el goce efectivo de derechos como la educación y el trabajo, pues entre las consecuencias civiles de no “definir la situación militar” se encontraba hasta hace poco (art. 36, Ley 48 de 1993) la imposibilidad de celebrar contratos con entidades públicas, ingresar a carrera administrativa y posesionarse en cargos públicos.¹⁷

La ley 1861 ratificó expresamente la eliminación de la libreta militar para obtener títulos educativos (art. 34, par. 3), pero estableció que, para ejercer cargos públicos, trabajar en el sector privado y celebrar contratos de prestación de servicios con entidades públicas, la situación militar debía acreditarse. Aunque no puede exigirse la libreta militar para acceder a un empleo, se establece que a partir de la vinculación el ciudadano contará con 18 meses para definir su situación militar (art. 42), con lo que el SMO continúa siendo una barrera de acceso para el trabajo formal.

2. Servicio militar obligatorio y conflicto armado

Desde junio de 2000 con los recursos del Plan Colombia otorgados por Estados Unidos, las Fuerzas Armadas experimentaron un fortalecimiento técnico y operativo para combatir a las guerrillas y al narcotráfico (Cruz, 2016, p. 39). En 2003 continuó este fortalecimiento con el Plan Patriota, bajo la política de Seguridad Democrática del expresidente Álvaro Uribe, cuyo discurso marcadamente contrainsurgente tenía en su centro la seguridad militar (Bedoya, 2008).

¹⁶ Este tipo de leyes requieren, por regular temas tan importantes para la Constitución como los derechos fundamentales, de aprobación mediante mayorías absolutas y ser aprobadas en una sola legislatura (período que va desde el 20 de julio de un año hasta el 16 de diciembre del mismo, y del 16 de marzo al 20 de junio del año siguiente); sin embargo, el proyecto de ley aprobado por el Congreso fue radicado el 01 de septiembre de 2015 y se aprobó en cuarto debate el 14 de junio de 2017, excediendo la legislatura en la que debía tramitarse (máximo hasta el 01 de junio de 2016).

¹⁷ Así mismo hasta 1995 (con el decreto 2150), además de las anteriores restricciones, quienes no tuvieran libreta militar no podían vincularse laboralmente con empresas privadas, no podían solicitar la expedición del pasaporte, otorgar instrumentos ante notario, servir de perito, registrar títulos profesionales ni ejercer la profesión, cobrar deudas del Tesoro Público, obtener pases de conducción, matricularse en centros de educación superior, ni obtener salvoconductos de armas de fuego. Es decir, no tener la libreta militar se constituía en una muerte civil.

De igual manera, en el segundo mandato de Uribe Vélez se implementó el Plan de Consolidación que proclamaba la necesidad de llevar las instituciones civiles a los lugares controlados por el Ejército y la Policía Nacional (estabilización); en teoría, así continuaba la política de Seguridad Democrática centrada en la seguridad militar, pero reivindicaba la importancia de garantizar derechos y servicios básicos a la población de esos territorios (Ministerio de Defensa, 2007, p.33).¹⁸

Los mandatos de Álvaro Uribe se caracterizaron por los importantes incrementos en las Fuerzas Militares y un protagonismo inusitado de sus actuaciones en la vida política del país (Cruz, 2016, p. 44 y ss.). A partir de 2010, con el primer mandato de Juan Manuel Santos cambió el foco de la política al instalarse una narrativa en torno a la “prosperidad democrática” y la paz, más que en la guerra y la seguridad militar (Cruz, 2016, p. 50).

A pesar de que Colombia continuó destinando un porcentaje importante de su Producto Interno Bruto a gastos de defensa, con 245.089 militares y 184.000 policías activos a 2017 (Resdal, 2018, p. 3, 10) el eje de la narrativa oficial cambió para centrarse en la paz.

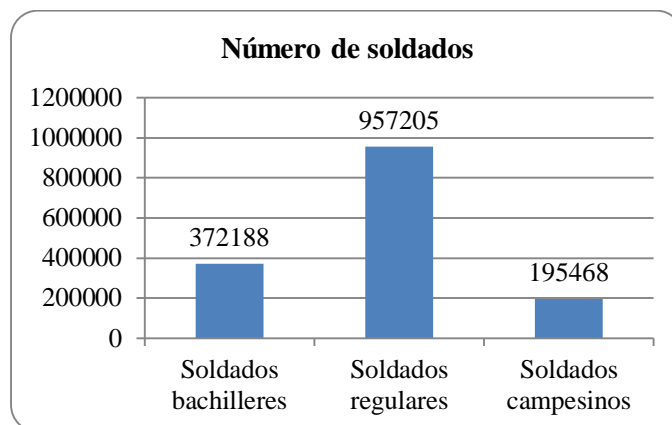
Según el Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe de la Red de Seguridad y Defensa de América Latina –Resdal–, la cantidad de miembros activos de las Fuerzas Armadas (sin contar con la Policía) en 2016 para Colombia era de 265.050, cifra superada por Brasil (366.614), Venezuela (365.315) y México (267.656), respectivamente (Resdal, 2016, p. 42 y 43).

A enero 31 de 2017, según la Dirección de personal del Comando General de las Fuerzas Militares, los soldados que estaban prestando SMO eran 70.950; es decir, más del 26% del total de los miembros activos de las Fuerzas Militares a 2016 (Ministerio de Defensa, 2017). De acuerdo con datos de la misma entidad, de 1993 a enero de 2017, 1.521.861 ciudadanos prestaron el servicio militar en Colombia, su mayoría en la modalidad predominante de soldado regular, es decir, quienes viviendo en áreas urbanas no han podido culminar sus estudios de bachillerato.

Ello coincide con el análisis hecho por la Defensoría: las personas de estratos más bajos son las que tienen más riesgos de ser reclutadas. Así, para el período 2008 a 2012 el informe muestra cómo los soldados de los estratos socioeconómicos 0, 1 y 2 constituyen un alto porcentaje del total de los reclutados, cifra retomada por la Corte Constitucional en la sentencia T-455 de 2014 que reiteró la ilegalidad de las detenciones arbitrarias realizadas por el Ejército (Corte Constitucional, 2014; Defensoría, 2014, p. 127).

¹⁸ Sobre la política de seguridad democrática y la militarización puede verse Moreno (2012).

Gráfico 1. Soldados que han prestado SMO de 1993 a enero de 2017, según modalidad



Fuente: Elaboración propia con base en datos Ministerio de Defensa, 2017.

Asimismo, a mediados de 2016 se calculó que 1.294 jóvenes murieron prestando su servicio militar, mientras que, en el período 2009-2015, 7.552 soldados resultaron con daños físicos o mentales (Semana, 2016). Por su parte, el número de remisos es calculado por el Comando de Reclutamiento y Control de reservas del Ministerio de Defensa (2017a) en 941.507 personas al 9 de mayo de 2017.

Lo anterior, muestra la alta dependencia que las Fuerzas Militares tienen de los soldados reclutados de manera obligatoria; de hecho, este fue uno de los principales argumentos presentado por los altos mandos militares en junio de 2014 cuando el entonces presidente y candidato Juan Manuel Santos prometió eliminar el SMO si era reelegido y se firmaban los acuerdos de paz con las Farc.

3. “Y usted ¿prestaría sus hijos para la guerra?”: Promesas incumplidas en el posacuerdo

Las Fuerzas Militares en Colombia se caracterizan por haber adoptado desde 1957 una doctrina de Defensa Nacional de mentalidad contrainsurgente y represiva que tenía como eje de acción el combate a las guerrillas activas (Atehortúa y Vélez, 1994; Leal, 2015; Cruz, 2016). Sin embargo, con la firma de los acuerdos de paz este panorama probablemente cambiará, pues se espera su reestructuración de cara al posconflicto o posacuerdo.

Más allá de las denuncias de los intentos de un sector político del país de politizar las Fuerzas Armadas a raíz de la firma de los acuerdos de paz, parece haber consenso en cuanto a que la Fuerza Pública necesita ser reformada y reestructurada de cara a la implementación de lo acordado en La Habana (Leal, 2014; 2015; Cruz, 2016, p. 61 y ss.; Bernal y Correa, 2016; Borrero, 2017).

Uno de los cambios que se anunciaron desde 2014 fue la eliminación del SMO porque parecía innecesario para la implementación de los acuerdos y porque se reconoció que recaía sobre la población más pobre del país (El Tiempo, 2014; El Universal, 2014). Adicionalmente el SMO ha sido cuestionado no solo por la obligatoriedad de realizar acciones indeseadas, sino porque el Ejército llegó a reclutar a los ciudadanos mediante actuaciones irregulares como detenciones arbitrarias, imprecisamente denominadas “batidas” o “redadas” (El Espectador, 2015c).

Así el expresidente Juan Manuel Santos, candidato a la reelección presidencial, adoptó como una bandera de campaña un discurso en contra del Servicio Militar Obligatorio en el que afirmaba que los opositores al proceso de paz hacían la guerra con “hijos ajenos”. Muestra de este discurso puede verse en el vídeo propagandístico denominado “*Y usted, ¿prestaría sus hijos para la guerra?*” en el que aparecía preguntando a madres y padres si ellos *prestarían sus hijos para la guerra*, el vídeo finalizaba invitando a las votaciones en contra de la guerra, y con repetidas exclamaciones del presidente que decían “¡no más guerra!” (Santos, 2014).

No obstante, el ministro de Defensa de entonces, Juan Carlos Pinzón, afirmó que la eliminación del SMO sería un asunto de mediano o largo plazo. Igualmente, militares retirados como Jaime Ruiz Barrera, presidente nacional de la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares (Acore), aseguraron que esto implicaría perder casi 100.000 soldados (El País, 2014); y miembros activos del Ejército se manifestaron en contra arguyendo nuevos desafíos en el posconflicto que harían necesario el pie de fuerza.

Asimismo, en declaraciones dadas al senado el general Alberto José Mejía, comandante del Ejército, manifestó la oposición institucional a desmontar el SMO puesto que la fase de implementación, los próximos 10 años, sería de las más difíciles para el país, y en ese sentido los soldados constituirían “la esencia fundamental del mismo Ejército” (El Espectador, 2015a).

Sin embargo, a inicios de 2015 existían manifestaciones a favor de la creación de un servicio social para la paz (El Espectador, 2015a). Por ejemplo, el general retirado Óscar Naranjo, exvicepresidente, planteó la posibilidad de que se instaurara un servicio social para la paz con actividades sociales, culturales y educativas, puesto que “es necesario que desde ya empecemos a crear condiciones para la paz”, y las comisiones de paz del Congreso estaban llevando a cabo esa tarea (El Espectador, 2015)

En el marco de la polarización que generó la posible eliminación de SMO ese mismo año el entonces ministro de defensa Luis Carlos Villegas presentó un proyecto de ley que buscaba

estandarizar en 18 meses el servicio militar para todos los conscriptos, proyecto que inició con ponencia negativa a cargo del representante Alirio Uribe Muñoz que encontraba sin fundamento la extensión del SMO en el marco del posconflicto, y más tras las promesas de campaña del presidente Santos (Semana, 2016a).¹⁹ Sin embargo, dicho proyecto de ley fue aprobado por el Congreso de la República.

Con todo, se pasó de la promesa de eliminar el SMO a la modificación del estatuto de reclutamiento y movilización, que mejoró algunos aspectos para los reclutados (edad máxima de servicio 24 años, aumento en bonificaciones recibidas, tiempo para soldados regulares disminuido a 18 meses e inclusión expresa de causales de exención fijadas antes por la Corte Constitucional), pero mantiene su carácter de obligatorio y un tratamiento diferenciado para bachilleres y no bachilleres.

La libreta militar continúa siendo una barrera para acceder a derechos, ya que si bien no se exige al momento de ingresar a laborar, debe presentarse dentro de los 18 meses siguientes a la vinculación e impone multas a quienes vinculen laboralmente a los mayores de edad “aptos” no exentos, y menores de 24 años (art.42, ley 1861 de 2017).²⁰

Lo que está en juego en estas dos concepciones sobre el SMO, es un largo debate aún no resuelto en Colombia sobre la profesionalización de la Fuerza Pública, es decir, sobre la cualificación versus la cantidad (Fundación Seguridad y Democracia, 2004, p. 7). Es importante entender que el SMO se enmarca en un contexto de militarización de la sociedad civil que asume que la militar es la única seguridad posible, y que la sociedad se divide en amigos y enemigos del Estado; y sería a partir de allí que se construirían sentidos sobre lo nacional (Blair, 1999). Ya que: “En esta línea, el servicio militar también es un instrumento ideológico para inculcar a la sociedad civil el espíritu de defensa nacional; el militarismo [...] va impregnando la sociedad civil, donde se va introduciendo más fácilmente” (Molina, 1996, p. 22)

Puede afirmarse entonces que el SMO cumple una función política autónoma, además de aumentar las filas de la Fuerza Pública, mediante la cual los ciudadanos se convierten en defensores del Estado “uniéndose así el pueblo y el Estado” (Molina, 1996, p. 22) e

¹⁹ Dicho proyecto de ley tuvo además concepto negativo del Ministerio de Hacienda en el segundo debate en la Cámara debido a que los recursos necesarios para establecer prerrogativas y estímulos para la prestación del SMO no estarían garantizados ni a mediano ni a largo plazo (Congreso, 2016).

²⁰ El artículo 46 impone una multa a “Las entidades nacionales o extranjeras, oficiales y privadas, radicadas en Colombia que vinculen laboralmente a personas mayores de 18 años sin haber solucionado la situación militar de manera definitiva o provisional, tendrán una sanción de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada trabajador en esta condición. Salvo que se trate de lo dispuesto en el artículo 42 de la presente ley”. Es decir, esta sanción operaría para los denominados “remisos”.

involucrándose activamente a los ciudadanos en las políticas de seguridad y defensa. Un claro ejemplo de ello puede verse con la figura de soldados campesinos, quienes prestan su SMO en zonas cercanas a sus pueblos; pero, de igual forma, este tipo de reclutas han sido declarados objetivo militar por grupos irregulares como el ELN (BBC Mundo, 2003).

Otro aspecto que se pone en debate respecto a las Fuerzas Armadas y el posconflicto es el presupuesto que estas tienen. El crecimiento del gasto de defensa en el período presidencial de Uribe Vélez documentó un paso de 313.406 integrantes de la Fuerza Pública en 2002 a 426.014 en 2010 (Leal, 2014; Borrero, 2017). Este legado de un inflado gasto militar se pone en tela de juicio, pues este puede dirigirse a solucionar problemas sociales más acuciantes (Leal, 2012; 2014).

Sin embargo, subsiste el debate sobre las capacidades del Estado colombiano y las necesidades del país en la fase de implementación de los acuerdos, especialmente ante el muy probable escenario de actores armados nuevos y viejos que se disputaran territorios que antes eran de las Farc (Borrero, 2017; Bernal y Correa, 2016, p. 113).

Adicionalmente, está en la agenda pública el tema de la desmilitarización de la Policía, esto es, la necesidad de reconvertir sus funciones al logro de una seguridad ciudadana y convivencia pacífica, por encima de la lucha contrainsurgente y la lógica militar que ha predominado (Atehortúa y Vélez, 1994, p. 2011; Leal, 2012; Cruz, 2016, p. 73 y 74).

Los debates sobre los alcances de las reformas y la reestructuración de la Fuerza Pública que abordan discusiones sobre desmilitarizar la seguridad, reducir el presupuesto, separar las funciones policiales y militares, entre otras, pasan también por la consideración de que subsisten grupos irregulares que presentan desafíos en la fase de implementación de los acuerdos que prolongarían el protagonismo de la Fuerza Pública (Bernal y Correa, 2016, p. 112).

4. Conclusiones

Como puede verse a partir de la presentación del tránsito legislativo de la regulación sobre el SMO la figura no se eliminó para la fase de implementación de los acuerdos de paz con las Farc, su regulación se actualizó con el objetivo de hacerla más efectiva y de disminuir el número de remisos. De las cifras aportadas por las dependencias adscritas al Ministerio de Defensa puede deducirse la alta dependencia que las Fuerzas Militares tienen de los soldados reclutados obligatoriamente; ello hace que este sector sea reacio a la eliminación o reducción del SMO.

Asimismo, en el marco del posconflicto la Fuerza Pública tiene el reto de mantener la seguridad frente a grupos armados irregulares que disputan el monopolio de la fuerza del

Estado; pero el alto número de efectivos y el alto presupuesto que tienen estas instituciones son temas que están en la agenda pública y que deberán resolverse próximamente, ojalá, como lo señala Edwin Cruz (2016), bajo una lógica democrática que permita la fiscalización y la veeduría ciudadana.

Es importante destacar el activo papel de denuncia que organizaciones de la sociedad civil han llevado a cabo frente a los procesos de reclutamiento militar, especialmente frente a los irregulares, como las denominadas redadas o batidas. Igualmente, cabe destacar las inconformidades que está generando el tránsito de la legislación sobre el SMO después de promesas de campaña presidencial que aseguraban la eliminación de esta figura.

Vale la pena además plantear una reflexión sobre el papel de la sociedad civil frente a la implementación de los acuerdos de paz, tras los cuales carece de sentido continuar con la lógica dual de amistad/enemistad que ha implicado a largo plazo la estigmatización de sectores sociales, la exclusión política y una visión militarista de la seguridad. En ese sentido, insistir en la abolición del Servicio Militar Obligatorio se hace necesario, de lo contrario miles de reclutas seguirán combatiendo en nuevas guerras.

Referencias bibliográficas

Atehortúa C., Adolfo; Vélez R., Humberto (1994). *Estado y fuerzas armadas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.

Atehortúa C., Adolfo (2005) *Militares: otra visión, otros estudios*. Bogotá: Nomos.

Barroso, Cristino (1990) *Funciones del Servicio militar obligatorio*. *Papeles para la paz*, 38: 51-66.

Bernal Pulido, Carlos; Correa Henao, Magdalena (2016). *Justicia, justicia transicional y Fuerzas armadas: un análisis desde la perspectiva del derecho constitucional*. En Bernal, Carlos; Barbosa, Gerardo; Ciro Gómez, Andrés. *Justicia Transicional: el papel de las Fuerzas Armadas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Ejército de Colombia.

Bedoya L., Jineth. (2008). *En las trincheras del Plan Patriota*. Bogotá: Intermedio editores.

Blair T., Elsa. (1999). *Conflicto armado y militares en Colombia. Cultos, símbolos e imaginarios*. Medellín. Universidad de Antioquia.

Defensoría del Pueblo (2014). *Servicio Militar Obligatorio en Colombia: Incorporación, reclutamiento y objeción de conciencia*. Informe de la Defensoría del Pueblo. Bogotá: Defensoría Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales.

Leyes y Sentencias

Congreso de la República (02 de noviembre 2016). Comentarios al Proyecto de ley 101 de 2015 Cámara. *Gaceta del Congreso*, <http://bit.ly/2O58M23>

_____ (14 de junio de 2017). Informe de conciliación al Proyecto de ley 101 de 2015 Cámara, 189 de 2016 Senado. *Gaceta del Congreso* 494. Bogotá: Imprenta Nacional, <http://bit.ly/32FtJE8>

Cordero, Fernando. (1989). Servicio Militar Obligatorio y relaciones cívico-militares en América Latina. *Nueva Sociedad*, 104: 51-61.

Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia 511 de 1994. MP. Fabio Morón Díaz.

_____ (1994a). Sentencia C-058 de 1994. MP. Alejandro Martínez.

_____ (1997). Sentencia T-227 de 1997. M.P. Carlos Gaviria D. y José Gregorio Hernández.

_____ (1997a). Sentencia SU- 200 de 2007. M.P. Alejandro Martínez

_____ (2009). Sentencia C-728 de 2009. MP. Gabriel Eduardo Mendoza.

_____ (2012). Sentencia T-018 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas.

_____ (2012a). Sentencia T-357 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas.

_____ (2012b). Sentencia T-667 de 2012. MP. Adriana M. Guillén.

_____ (2013). Sentencia T-430 de 2013. MP. María Victoria Calle.

_____ (2014) Sentencia T-455 de 2014. MP Luis Ernesto Vargas.

_____ (2016). Sentencia SU-108 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

Escobar Behar, Vanezza C. (2018) Servicio Militar Obligatorio y Conflicto armado en Colombia (2017) publicado en *A propósito del servicio militar y de la inversión de la carga de la prueba en desplazamiento forzado*. Colección Mejores trabajos de grado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/10051>

Internacional de Resistentes a la guerra (2009). Reclutamiento Militar y Objeción de Conciencia en Colombia. Londres: Informe al Comité de Derechos Humanos, 97ª Sesión.

Molina Luque., Fidel. (1996). Quintas y servicio militar: Aspectos sociológicos y antropológicos de la conscripción (Lleida, 1878-1960). Lleida: Pagés Editors.

Martínez Garnica, Armando (2012b) Historia de la Guardia Colombiana. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

Schultze-Kraft, Markus. (2012) 'La cuestión militar en Colombia: la fuerza pública y los retos de la construcción de la paz', in Angelika Rettberg (ed.) Construcción de paz en Colombia. Colombia: Universidad de los Andes, pp. 405- 433.

Vargas, Alejo (2012). Las fuerzas armadas en el conflicto colombiano: antecedentes y perspectivas. La Carreta Editores – Universidad Nacional de Colombia: Medellín.

Artículos de revista

Moreno Torres, Aurora (2012). "Seguridad democrática y militarización en Colombia: más allá del conflicto armado". URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana 12(2012): 41-56.

Martínez Garnica, Armando (2012a) Ideología y realidad de la Guardia Colombiana, 1863-1885. Historia y sociedad, 22: 25-50.

Pizarro Leongómez, Eduardo. (1987). "La Profesionalización Militar en Colombia". Análisis Político, 1: 20-39.

Cibergrafía

Borrero, Armando (07 de mayo de 2017). La Fuerza Pública en el posconflicto: ¿cuáles serán sus misiones? Razón Pública, <http://bit.ly/2XXwXUL>

Fundación Seguridad y Democracia (2004) "El SMO en Colombia. Inequidad corrupción y propuestas para su reforma". Fundación Seguridad y Democracia. Documentos ocasionales. Bogotá, junio 22 de 2004. bit.ly/2K2Thn8

Leal Buitrago, Francisco. (14 de junio de 2015). Las Fuerzas Armadas en el Posconflicto. Razón Pública, <http://bit.ly/2JG8CtA>

_____ (11 de mayo de 2014). Reducir el gasto militar, ¿quién le pone el cascabel al gato? Razón Pública, <http://bit.ly/2Gnpg1>

Mesa de conversaciones de La Habana con las FARC-EP (2016, 24 de noviembre) Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Alto Comisionado para la Paz, <http://bit.ly/2JG4F8g>

Ministerio de Defensa (2007). Política de Consolidación de la Seguridad Democrática – PCSD, <http://bit.ly/2M1zlm1>

_____ (31 de enero de 2017). Respuesta a derecho de petición presentado por la autora con radicado número 20173130370443: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMFG-COPER-DIPER-1.10 del Comando de Personal, Dirección de personal, Comando General de las FFMM, Ejército Nacional, Ministerio de Defensa, <http://bit.ly/2YjRcuU>

_____ (09 de mayo de 2017a). Respuesta a derecho de petición con radicado número 20173800746691: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COREC-JUR-1-10 del Comando de Reclutamiento y Control de reservas, Comando General de las FFMM, Ejército Nacional, Ministerio de Defensa. Disponible en <http://bit.ly/2YjRcuU>

Red de Seguridad y defensa de América Latina -Resdal (2016) Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe. Buenos Aires: Resdal, <http://bit.ly/2O7KDrP>

_____ (2018). Misiones militares y posconflicto: una mirada regional desde Colombia. Buenos Aires: Resdal, <http://bit.ly/2ZhEJFv>

Santos, Juan Manuel. (29 de mayo de 2014). Y usted ¿prestaría sus hijos para la guerra?, <http://bit.ly/2GiGwCz>

Semana (07 de junio de 2016). Radiografía del Servicio Militar en Colombia. Semana, <https://bit.ly/2XQqNFM>

_____ (14 de noviembre de 2016a). Gobierno se la juega por servicio militar de 18 meses. Semana, <http://bit.ly/2M49vxQ>

Prensa

BBC Mundo (15 de marzo de 2003). ELN amenaza a soldados campesinos. *BBC Mundo*, <https://bbc.in/2JSOq6V>

Colombia Informa (16 de noviembre de 2016). Las contradicciones de Santos: tras acuerdo de paz, Cámara aprobó amplía Servicio Militar Obligatorio. Colombia Informa. Recuperado de <http://www.colombiainforma.info/las-contradicciones-de-santos-tras-acuerdo-de-paz-camara-aprobo-ley-que-amplia-servicio-militar-obligatorio/>

Cruz, Edwin (2016). Fuerza Pública, negociaciones de paz y posacuerdo en Colombia. Bogotá: Desde abajo.

El Espectador (27 de marzo de 2015). General (r) Naranjo propone servicio voluntario para la paz. *El Espectador*, <http://bit.ly/2YicJnV>

_____ (30 de noviembre de 2015a). El álgido debate sobre servicio militar que Santos prometió resolver. *El Espectador*, <http://bit.ly/2Sqszrl>

_____ (17 de noviembre de 2015b). Mindefensa, a responder por objeción de conciencia para servicio militar. Es Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/mindefensa-responder-objecion-de-conciencia-servicio-mi-articulo-599673>

_____ (30 de noviembre de 2015c). El álgido debate sobre servicio militar que Santos prometió resolver. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/servicio-militar-obligatorio-debate-sigue-abierto/451717-3>

_____ (29 de agosto 2019) Realizados en armas: los coletazos del anuncio de "Iván Márquez". *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/colombia2020/pais/realizados-en-armas-los-coletazos-del-anuncio-de-ivan-marquez-articulo-878469>

El Heraldo (05 de junio de junio). Santos promete acabar servicio militar obligatorio si firma la paz. *El Heraldo*. Recuperado de <https://www.elheraldo.co/politica/santos-promete-acabar-servicio-militar-obligatorio-si-firma-la-paz-154855>

El País (junio 05 de 2014). Propuesta de eliminar el servicio militar obligatorio genera debate en Colombia. *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/colombia/propuesta-de-eliminar-servicio-militar-obligatorio-genera-debate-en.html>

El Tiempo. (04 de junio de 2014). “De firmar la paz, eliminaré el servicio militar obligatorio”: Santos. *El Tiempo*, <http://bit.ly/2JIPYS7>

El Universal (04 de junio de 2014). Eliminación del Servicio militar obligatorio divide opiniones. *El Universal*, <http://bit.ly/2YfUiAg>

Tesis de grado

Henao Zapata, Claudia (2010). *La formación de los soldados en el ejército como máquinas de guerra*. Tesis inédita de pregrado en Trabajo Social. Universidad de Antioquia, Medellín: Biblioteca Central Universitaria.

Rincón J., B. et al. (2005). *El Servicio Militar Obligatorio y el Soldado Bachiller en la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1992-2001* (pp.). Monografía para optar por el título de abogadas. Universidad de la Sabana. Chía.



Globalización, emprendimiento e innovación en la ciudad de Medellín: Un dispositivo para la construcción de sujetos en el marco de la ciudad capitalista

José Alejandro Sanín Eastman ¹

Resumen

En este texto se reflexiona sobre cómo la globalización neoliberal se ha insertado en las construcciones políticas en la ciudad de Medellín-Colombia. Se trata de comprender las políticas de emprendimiento e innovación, posicionadas en la última década por parte de las últimas administraciones municipales, como la ruta de un nuevo proyecto de ciudad. En un primer momento, se describe el Proyecto de Medellín Ciudad innovadora (y/o emprendedora) haciendo un recorrido por fenómenos como la globalización y la economía de mercado en las ciudades. En un segundo momento -dividido en dos-, se hace un recorrido por los elementos contextuales que respaldaron la legitimación del proyecto neoliberal de ciudad, principalmente aquellos asociados a la reconversión del modelo productivo, la violencia y la situación de desempleo. Finalmente, se presentan algunas reflexiones en torno a lo que se planteará como la gubernamentalidad, que no es más que una forma de gobierno que contemporáneamente orienta las ciudades bajo la lógica del mercado global, asunto que requiere el equipamiento de los espacios urbanos y la instalación de todo un dispositivo compuesto por discursos, instituciones, espacios y políticas, encaminados a la construcción de sujetos emprendedores que se insertan en las lógicas de la ciudad innovadora.

Palabras clave: Ciudad; emprendimiento; globalización; neoliberalismo; política urbana; Medellín.

¹ Politólogo de la Universidad de Antioquia. Magíster (c) en Estudios Urbanos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador. Integrante del Semillero ECP y del Grupo de Investigación en Gobierno y Asuntos Públicos de la UdeA. Correo electrónico: jose.sanin@udea.edu.co. Medellín – Colombia.

Este artículo fue construido en el marco del proyecto de investigación “*Espacios diferentes, contra-espacios y no-espacios de la política en la ciudad de Medellín (2010-2013). Un análisis desde la gubernamentalidad urbana*”, financiado por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y desarrollado por el Semillero de Investigación en Estudios Contemporáneos de la Política (ECP) del pregrado en Ciencia Política, adscrito al Grupo de Investigación en Gobierno y Asuntos Públicos de la misma Universidad. Una versión anterior del escrito fue preparada para su presentación en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 22 al 24 de julio de 2015.

El autor agradece los aportes de la Politóloga Alejandra Alvarado, en la preparación de este escrito para el Congreso de ALACIP en Perú, de la Socióloga Carolina Giraldo en la descripción de la informalidad en el mundo del trabajo que en versiones anteriores de este escrito quedó plasmada de manera más concreta y de la Bibliotecóloga Ana Tangarife en la contextualización de la globalización y la identificación de los dispositivos innovadores en la ciudad de Medellín.



Globalización, emprendimiento e innovación en la ciudad de Medellín: Un dispositivo para la construcción de sujetos en el marco de la ciudad capitalista

1. El proceso de globalización implementado en la ciudad de Medellín

La urbanización neoliberal se asienta en las principales ciudades para conformar los espacios necesarios para la circulación del capital (Pradilla, 2009). El espacio urbano se constituye como una forma eficiente de fijación de capital, ya que posee estabilidad, en comparación a otros sectores económicos (Hidalgo y Janoshka, 2014, pp. 14-15).

La globalización contemporánea está marcada por un intercambio económico amplio, el desarrollo de medios de transporte, la influencia de las tecnologías y la cultura de masas. Aspectos que alteran de distintos modos los asuntos sociales, culturales, políticos y económicos de la vida de las ciudades: los espacios, las relaciones sociales, los “valores” culturales.

Hablar de lo global lleva a plantearse necesariamente la pregunta por lo local y por los vínculos que se dan en los distintos niveles. Esta relación global/local afecta a las ciudades desde distintos escenarios que van desde la disposición espacial del hábitat y el trabajo para la implementación de nuevas formas de producción, hasta el auge y el cambio en la comunicación y las diversas formas de relación entre los sujetos tanto local como globalmente.

Esos cambios, motivados por prácticas globales de producción y que alteran la estructura física de las ciudades (nuevos modos de urbanización, establecimiento de zonas de investigación y conocimiento, obras de infraestructura comerciales y de movilidad); obedecen a ciertos momentos de ruptura en la cotidianidad y la cultura (Kingman, 1998, p. 72). Para Borja y Castells, la globalización “y la informacIALIZACIÓN de los procesos de producción, distribución y gestión, modifican profundamente la estructura espacial y social de las ciudades en todo el planeta. Éste es el sentido más directo de la articulación entre lo global y lo local” (1998, p. 35).

Teniendo presente lo anterior, estos procesos de globalización –tal como lo advierte Saskia Sassen– por medio de la proliferación de las tecnologías de la información y el incremento asociado de la movilidad del capital, ha hecho de las ciudades los puntos y nodos claves para la actuación de las prácticas de globalización. La globalización, así, ha generado el escenario propicio para el desarrollo del neoliberalismo, como un “proceso territorialmente arraigado y realizado mediante la acción política y la recreación institucional” (Hidalgo y Janoshka, 2014, p. 8).

Los procesos de “urbanización planetaria”, concentrada principalmente en las grandes ciudades y megaciudades, obedece a una tendencia que se ve “acrecentada contemporáneamente debido a la ampliación del intercambio, el desarrollo de los medios de transporte, la influencia creciente de las tecnologías de la información y la cultura de masas” (Kingman, 1998, p. 72). Se ve en este punto cómo la dinámica de urbanización (local) estaría influenciada por la globalización, y en ese proceso de (neo) urbanización, de consumo generalizado y de acceso más abierto a los mercados, se redefinen ciertas relaciones y valores culturales; entre otros, el de la información como factor de concentración de poder en la ciudad, así como la incorporación de la ciudad a redes de relación transnacionalizadas.

Las iniciativas de urbanización en el escenario global, en aras de lograr una centralidad, se ven materializadas en acciones que conducen a la expulsión de una parte de los usuarios y a la privatización de los espacios, entre otras. Kingman plantea que “existe una especie de obsesión decimonónica por ordenar y ‘rescatar los espacios’, impidiendo la libre presencia al interior de ellos” (1998, p. 78). Ejemplo de esto en Medellín, podría ser la intervención urbana en la Zona Norte para la construcción de parques de investigación e innovación, iniciativas que hacen parte de todo el proceso de inserción del modelo de innovación en la ciudad.

Para entender este fenómeno y describir cómo ha influido particularmente en la ciudad de Medellín se consideran los siguientes elementos generales: la relación de lo global y lo local y la manera cómo ésta determina diversos aspectos en la ciudad que van desde la disposición y afectación de los espacios hasta los modos de producción y de relación económica en las ciudades; el impacto que tiene la globalización en las actividades económicas, lo que lleva a la conformación de las ciudades de servicios en la apuesta por internacionalizarse tanto económica como culturalmente y, por último, el interés de impulsar en Medellín el emprendimiento y la innovación en las empresas y particularmente en los ciudadanos como una manera de proyectar una ciudad de servicios, lo cual configura nuevos órdenes sociales, relaciones económicas y cambios en el campo del trabajo.

En este sentido, el modelo de desarrollo impuesto en la ciudad de Medellín –que se plantea sobre la idea de innovación y emprendimiento–, obedece a un proyecto de gubernamentalidad que incide en la configuración de espacios que instituyen y constituyen las formas y proyectos políticos de ciudad. Dicho modelo de ciudad es impulsado por fenómenos como la globalización y la relación que esta tiene con lo local, determinando en diversos modos la disposición y afectación de los espacios urbanos, así como los modos de producción y de relación económica en ellos.

Desde finales del Siglo XX, las ciudades se han convertido en los sitios preferidos de producción de servicios para las empresas de todas las industrias. Esta demanda de servicios

es justamente lo que lleva a mutar a las ciudades hacia modelos de ciudad servicios, lo que se constituye como insumo estratégico para todo tipo de relaciones transnacionales, principalmente financieras y de servicios especializados (Sassen, 1998, p. 6). Este cambio hacia ciudades de servicios, de lo cual no será ajena Medellín, está atravesado por la organización de la economía y las repercusiones espaciales, así como cambios en niveles y modos de vida y en las formas de articulación local a la economía global (Borja y Castells, 1998, p. 183).

La globalización económica plantea diversos desafíos a las ciudades para poder posicionarse en el orden global, para lo cual deberán formular políticas urbanas que puedan hacer competitivas a las ciudades. Borja y Castells describen algunos aspectos de los cuales dependerá el alcance de esa ciudad competitiva:

- a) Funcionamiento eficiente del sistema urbano-regional especialmente en cuanto a movilidad y servicios básicos.
- b) Inserción en los sistemas de comunicaciones de carácter global y buena información de los agentes sociales y económicos de los procesos mundiales.
- c) Cualificación de los recursos humanos (no únicamente de los estratos superiores).
- d) Apoyo público a los agentes económicos y sociales por medio de políticas de “proteccionismo exportador”, favoreciendo las sinergias y la innovación continuada.
- e) Instituciones políticas representativas, eficaces y transparentes que actúen según normas claras y estables en sus relaciones con los agentes privados.
- f) Definición de un proyecto de ciudad (o de región) y márketing del mismo.
- g) Gobernabilidad del territorio basada en la cohesión social y la participación cívica” (1998, p. 183).

Igualmente, y de acuerdo con lo anterior, es de reconocer que “en el último tercio del siglo XX las orientaciones hegemónicas han tenido que ver con la globalización, con el consumo de masas espectacularizado, con las nuevas tecnologías y con una concepción de la ciudad como objeto de técnicas comerciales” (Delgado, 2012, p. 76). La globalización económica que ha marcado nuevos rumbos y escenarios en el plano cultural y financiero, y a la cual se van adaptando las ciudades principalmente, es el contexto en el cual surgen iniciativas como el emprendimiento o la innovación, que se plantean como algunas de las estrategias de los gobiernos en el marco del progreso de mercado para hacer frente a problemas políticos y sociales (Valencia, 2012, p. 105).

De esta manera, la innovación en las ciudades es entendida como la capacidad instalada para poder generar nuevo conocimiento que deberá ser aplicado a actividades económicas. Este conocimiento y esta disposición de los ciudadanos hacia una “cultura de la innovación” implica la disposición de recursos humanos adecuados, lo que necesariamente demanda un sistema educativo de calidad, así como la construcción de “instituciones de investigación aplicada, y espíritu empresarial para incorporar en el sistema productivo de la ciudad las innovaciones tecnológicas globales” (Borja y Castells, 1998, p. 32).

Para comprender la instalación de la cultura de la innovación en distintas esferas de la ciudad que van desde la disposición de los espacios hasta cambios en los imaginarios y subjetividades, así como en las formas de habitar la ciudad, se hace un breve recuento histórico de algunos hitos en la conformación de esa cultura en la ciudad de Medellín, partiendo de una serie de antecedentes sociales, políticos y económicos que configuraron el modelo de ciudad actual, que fue denominada primero como emprendimiento, y más recientemente como innovación.

2. La ciudad de Medellín 1970-1990: modelo económico, modelo de ciudad y políticas urbanas

El período 1975-1995 representa para Medellín quizás la época más crítica de toda su historia como ciudad. La irrupción de un nuevo ciclo de violencias, regidas por el incremento en la mortalidad por homicidios a niveles no vistos desde el ciclo de mediados de siglo conocido como período “de la Violencia”; la crisis industrial, básicamente textil, que dejó por fuera de las fábricas a miles de trabajadores y trabajadoras; el surgimiento, expansión y explosión del negocio de narcóticos liderado por el denominado cartel de Medellín, y la agudización de la confrontación armada de grupos en los barrios, destacan este período como uno de los más aciagos de su historia (Bedoya, 2010, p. 89).

Los años setenta marcan una serie de transformaciones económicas a nivel mundial, que tienen repercusiones en la configuración de Medellín en materia de políticas urbanas y vocación económica, de las que se ha venido hablando en el marco de la globalización. Igualmente, otros fenómenos como el migratorio –común también a otras ciudades latinoamericanas– que desde mediados del siglo XX ya se venía notando. Por lo menos en el caso colombiano, una significativa oleada de población que huía de la violencia que azotaba al campo y que, “atraída también por el proceso de industrialización que hasta los años sesenta siguió captando nueva mano de obra, se dirigió hacia los centros urbanos, ocupó nuevos territorios e introdujo cambios significativos en el modo de vida urbana” (Villa, 2007, p. 106). Muestra de ello fue que para 1973 ya se había consolidado la colonización del Valle de Aburrá, puesto que el crecimiento de Medellín se había transferido a algunos de los nueve municipios vecinos como “Bello, Envigado, Itagüí; iniciando todos con su conurbación con la vecina capital” (Aprile, 2007, p. 95).

Valga decir que en materia de política urbana, el proceso de urbanización entre los años cincuenta y parte de los setenta, estuvo asociado “a la modernización física y urbanística y a la masificación con la llegada de migrantes. Y aunque la ciudad pareció estallar, finalmente se alcanzó la ampliación de servicios públicos y otras adecuaciones urbanísticas” (Naranjo y Villa, 1997, p. 136). Sin embargo, aunque pervivía “la idea de Medellín como ciudad industrial, desde mediados de la década del 70, comenzó un proceso de crisis de la industria

que tiene, como uno de sus efectos inmediatos, su incapacidad de absorción de nueva mano de obra” (Villa, 2007, p. 109). Por lo que “se produce un aumento de la economía informal ante la imposibilidad de obtener un empleo en los sectores tradicionales de la economía [...] y ofrecer alternativas de ascenso económico y social” (Jaramillo, Ceballos y Villa, 1998, p. 36). Y por su parte, “el desempleo empezó a hacer carrera hasta llegar a las cifras alcanzadas en la década del 80 que es cuando alcanzó toda su visibilidad como un problema social de grandes magnitudes” (Villa, 2007, p. 109).

Por otro lado, “la expansión urbana de la ciudad por migración y conurbación que rebasaba los dispositivos locales de poder, [...] planteó [...] la necesidad de emprender un proceso de re-organización del espacio urbano-regional” (Franco, 2006, p. 288) y frente a ello, la respuesta fue asumir la tarea del diseño de un proyecto metropolitano (Franco, 2006, p. 288). Dicho proyecto se materializa en

la gestión político-administrativa del proceso de metropolización por conurbación; en la gestión política de los proyectos infraestructurales de adecuación del área metropolitana del Valle de Aburrá y el Oriente cercano; la orientación de un proceso de descentralización y relocalización de la actividad industrial; la exigencia por una reforma descentralista que involucrara la adecuación funcional y territorial del Estado y su reestructuración jerárquica; la planeación del desarrollo urbano-regional de cara a las nuevas condiciones que impone la globalización; y la formulación de estrategias de seguridad para la protección de la vida y la seguridad” (Franco, 2006, p. 375).

En ese sentido, es claro que la transformación de los modelos de urbanización de la ciudad ha estado de la mano de las necesidades de los grupos económicos y el poder político asentados en la misma. Ejemplo de ello es la creación del Área Metropolitana del Valle de Aburrá en 1980,¹ promovida inicialmente, desde la década de 1970, por las élites económicas de la ciudad (Franco, 2006, p. 299). Este proceso fue útil, entre otras cosas, para la desconcentración de la actividad económica en la ciudad de Medellín; lo que generó la dispersión de las industrias a lo largo del conurbano y el vecino Valle de San Nicolás en el oriente antioqueño.

Ahora, hacia los años ochenta el eje estructurante del proceso de urbanización en Medellín estuvo motivado por “el carácter conflictivo de la construcción del espacio urbano y la acentuación de la segregación socioeconómica, [que] dejó traslucir una dinámica conflictiva ya no sobre el suelo sino sobre la adecuación y la provisión de medios de consumo colectivo” (Franco, 2006, p. 293). Además, “se produjo un afianzamiento de la demanda de seguridad

¹ “El Área Metropolitana del Valle de Aburrá fue creada mediante Ordenanza Departamental N° 34 de noviembre 27 de 1980, para la promoción, planificación y coordinación del desarrollo conjunto y la prestación de servicios de los municipios que la conformaron.” Información recuperada de: <http://www.metropol.gov.co/institucional/Paginas/Presentaci%C3%B3n.aspx>

ciudadana ante el incremento de la delincuencia organizada” (Franco, 2006, p. 293). Toda vez que las violencias y la delincuencia marcaron algunas de las rutas de la vida urbana desde esta época (Naranjo y Villa, 1997, p. 136).

Ya en la década de los noventa, Colombia redefinió² la relación Estado-economía e inició políticas de privatización, liberalización y desregulación. “A partir de allí, la tarea del aparato de Estado [...] se centró en promover el sistema de libre competencia y en garantizar la descontractualización de la relación salarial, por medio de políticas de flexibilización laboral” (Franco, 2006, pp. 301-302). Además, “parte de ese cambio se tradujo en una estrategia de desindustrialización definitiva por la vía de la cancelación gradual de la inversión en sectores no competitivos y focalización de la misma en los sectores clave” (Franco, 2006, p. 303). En este sentido: “se parte del supuesto que una inserción en la economía global a través de la reactivación del sector productivo no es posible por la carencia de ventajas competitivas; y como alternativa se reconoce que esa articulación sólo es factible mediante un viraje hacia el sector servicios” (Franco, 2006, p. 310).

En fin, por causa de la internacionalización de la economía y el cambio del patrón de acumulación desde finales de la década de 1980 y durante la década de 1990 (Franco, 2006, p. 308), las reformas neoliberales encontraron eco en las políticas urbanas con la promoción del emprendimiento y la innovación, lo que se ha venido consolidando desde la primera década del nuevo milenio. A continuación se presenta la apuesta de la ciudad en este sentido.

3. Apuesta por la innovación y el emprendimiento en la ciudad de Medellín

Existe en la literatura una gran variedad de trabajos que enfatizan en uno o varios factores que contribuyen al impulso del emprendimiento. Por ejemplo, en el proceso de globalización, en las reformas a los mercados de la década de 1990, en las políticas intervencionistas del Estado en la economía, en los procesos de flexibilización laboral, en la tercerizaciones de la producción, en la innovación tecnológica y en la transformación de los asalariados en empresarios; incluso, como se ha visto, resaltando las precarias condiciones socioeconómicas de pobreza y la sobrevivencia de la población latinoamericana como explicación de su aparición y desarrollo (Valencia, 2012, p. 116).

Desde lo que fue llamado Cultura del Emprendimiento, hasta iniciativas y programas como: Medellín Mi empresa, Medellinnovation, Ciudad E, Medellín ciudad clúster, y lo que

² “En el marco de dicha redefinición y teniendo en cuenta que las ciudades dependen de su forma de articulación a la economía global, aparece la reorientación de la función económica de ésta y dentro de ello la focalización estratégica en sectores como servicios financieros, diseño y moda, cadenas de comercio, telecomunicaciones y servicios médicos avanzados. Asimismo, como parte de esa transición se acogieron como ejes de reorganización del espacio urbano: conectividad, adecuación infraestructural del espacio urbano-regional, transformación de las cadenas productivas, reconversión industrial y renovación urbana” (Franco, 2006, p. 309).

recientemente se llamó como Medellín ciudad para la vida, puede evidenciarse cómo se actualiza lo señalado por David Harvey a propósito de que:

Los gobiernos locales se han visto obligados en diverso grado a asumir iniciativas más propias de empresas privadas –en particular, por lo que toca a la creación de un entorno favorable para el capital privado a toda costa, si es necesario, de la población urbana–, un proceso que fomenta la competencia entre las regiones metropolitanas (Harvey, 2009, p. 110).

Todas estas iniciativas van encaminadas hacia un “tipo de marketing que convierte la ciudad en una marca comercial” (Harvey, 2009, p. 113). De igual forma, problemáticas como la pobreza, la situación de violencia y el desempleo en la ciudad, han sido abordadas en la planeación de Medellín desde una perspectiva neoliberal que prioriza las ideas de competitividad, emprendimiento, inversión de capital, creación de clústeres, innovación, entre otras, que se empiezan a plantear con mayor fuerza en la ciudad desde la alcaldía de Sergio Fajardo (2004–2007), y que continuaron, con sus diferencias vale aclarar, en las administraciones de Alonso Salazar (2008–2011) y el gobierno de Aníbal Gaviria (2012–2015).

Cabe destacar, que estos planteamientos tienen origen en un discurso global de finales de la década de 1980 liderado por el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Esto es así, toda vez que en 1989, el Banco Mundial presentó un informe que resultó decisivo para motivar la necesidad del emprendimiento en el país. Este informe sobre la economía colombiana “motivaba la necesidad de una nueva política económica, que pudiera convertir el sector externo en el factor dinámico del crecimiento, a partir de liberar el comercio y procurar así una mayor inserción del país en los mercados globales” (Macías, 2012, p. 59).

De esta manera se introduce el tema del emprendimiento a la agenda pública en el país, toda vez que,

según Ararat (2010) las primeras estrategias consistieron en fortalecer las empresas ya existentes en los diferentes sectores económicos del país e impulsar la creación de empresas de modo que pudieran competir en los mercados internacionales, contribuir al incremento de las exportaciones y equilibrar la balanza de pagos del país (Macías, 2012, p. 59).

Como primer referente jurídico de esta nueva forma de gestión económica se promulga la Ley de Ciencia y Tecnología de 1990 que dinamizó el emprendimiento a través de programas que lo promovieron por todo el país (Macías, 2012, p. 60). Además, en 1991 con la nueva Constitución Política, se determinaron “los aspectos concernientes a la libertad económica, los derechos de propiedad privada y propiedad intelectual a partir de varios de sus artículos” (Macías, 2012, p. 59).

Posterior a esto, vienen una serie de desarrollos normativos que contribuyeron a la construcción de una cultura del emprendimiento en el país:

- La ley 344 de 1996 que vigorizó el Programa Nacional de Apoyo y Fortalecimiento de Incubadoras de Empresas creado por la Ley de Ciencia y Tecnología.
- La ley 590 de 2000 llamada Ley Mipyme.
- La ley 789 de 2002 (artículo 40) que crea el Fondo Emprender con el objetivo de financiar iniciativas empresariales provenientes de universitarios.
- La ley 1014 de 2006 en la cual de manera explícita se estipulan los lineamientos para el fomento de una Cultura Emprendedora en todo el país.
- La Política Pública de Emprendimiento del Ministerio de Comercio en el año 2009.
- El CONPES 3582 que establece la Política Pública de Ciencia, Tecnología e Innovación (CTeI) donde se contempla el emprendimiento de tipo innovador como una meta deseable para el Estado colombiano (Macías, 2012, pp. 60-61).

Igualmente, para finales de la década de 1990 y comienzos del nuevo milenio en Medellín surgen distintas iniciativas que pretendían fomentar una cultura del emprendimiento en alianza entre el sector público con entidades de educación superior. En el 2001 se realiza el “Primer Encuentro Empresa Universidad Estado” organizado en alianza con la Universidad de Antioquia:

con el objetivo de lograr un espacio de reflexión e intercambio de experiencias, que permitieran a la universidad el fortalecimiento de las relaciones de cooperación de largo plazo con el sector productivo, para asegurar la pertinencia de su actividad académica. De allí en adelante se realizaron otros encuentros como el del año 2003, el cual tuvo el lema “Las Empresas, base de la Competitividad regional en un mundo globalizado” (Alcaldía de Medellín, 2010, p. 32).

Para el 2002, Medellín cuenta con algunas Unidades de Emprendimiento en distintas universidades de la ciudad que tienen el apoyo de la Administración Municipal. Estas unidades de emprendimiento llevan a cabo concursos para la creación de empresas, así como distintas actividades de formación y promoción de la cultura emprendedora. Esto ocurre así toda vez que:

durante la administración pública local de 2001–2003 se comenzaron a gestar experiencias como Medellín Emprende y RUEDA (Red Unificada de Emprendimiento de Antioquia) [...] En el año 2004 se recogieron las experiencias que traía la ciudad en los temas de fomento del desarrollo empresarial y se concretó el programa Cultura E (Macías, 2012, p. 67).

Ahora, una muestra de la manera como dichas ideas sobre la economía urbana han sido materializadas desde la puesta en marcha de iniciativas del gobierno municipal a partir de 2004, se presenta a continuación:

- Cultura E, que surge en 2004, “se propuso promover la cultura del emprendimiento desde las generaciones de jóvenes, aprovechando los activos de conocimiento que en esta materia han construido diversas organizaciones y universidades locales” (Alcaldía de Medellín, 2010, p. 32).
- Para el 2009 surge la iniciativa denominada Manzana del Emprendimiento, que se concreta con la construcción del centro de innovación y negocios Ruta N (Alcaldía de Medellín, 2010, p. 151).
- En 2014 surge la estrategia integral Medellín ciudad para la vida (con un fondo presupuestal derivado de la venta a Millicom del 51 % de UNE Telecomunicaciones) que pretende construir “una ciudad más humana, más libre, más justa y más feliz, tocada por la verdadera transformación cultural que significa la equidad” (Alcaldía de Medellín, 2014, p. 28). Esta propuesta está fundamentada en cinco ejes: educación y cultura; institucionalidad y justicia; hábitat sostenible; inclusión y bienestar; y desarrollo económico con equidad³. Dichos ejes son materializados en proyectos como el Sistema de Protección para la Vida y el Jardín Circunvalar de los cuales será interesante hacer una lectura crítica desde el análisis de dispositivos de gubernamentalidad.

Para exponer en extenso dichas iniciativas municipales, es necesario resaltar que el programa Cultura E hizo parte del Plan de Desarrollo “Medellín Compromiso de toda la ciudadanía” en el periodo 2004-2007 bajo la administración de Sergio Fajardo. Esta estrategia se vincula a la Línea “Medellín productiva, competitiva y solidaria” que tenía dentro de sus estrategias el “desarrollo de nodos de incubación para nuevas empresas de baja, mediana y alta tecnología, en sectores estratégicos de la economía, por medio de diferentes mecanismos como las incubadoras, Centros de Desarrollo Zonal en las zonas con menores oportunidades, entre otros” (Alcaldía de Medellín, 2004, p. 137).

Por lo tanto, y atado a esa estrategia, surgen los Centros de Desarrollo Empresarial Zonal (CEDEZO) que están orientados a “fortalecer el desarrollo económico de la ciudad, mediante el emprendimiento, el desarrollo y la consolidación de micro y fami-empresas en función de

³ Esta estrategia entiende que las “Ciudades para la vida son tejidos urbanos que construyen, enriquecen y hacen amena la vida de todo ciudadano; son elevadas metas para toda la humanidad” (Alcaldía de Medellín, 2014, p. 143). Además, que las “Ciudades para la vida nutren la posibilidad de un mundo más equitativo, incluyente y con seguridad integral para todos” (Alcaldía de Medellín, 2014, p. 144).

los clústeres estratégicos de la región. Y a la vez buscan la mejora de ingresos para los emprendedores” (Alcaldía de Medellín, 2010, p. 101).

En cuanto a la iniciativa Manzana del Emprendimiento que emana del Plan de Desarrollo 2008-2011 “Medellín es solidaria y competitiva” del alcalde Alonso Salazar y que se inserta en el Programa Cultura E,⁴ se tiene que se concreta con la construcción de su centro de innovación y negocios: Ruta N, el cual hace referencia:

a los caminos que vamos a recorrer para acortar las brechas que hoy tenemos con el mundo desarrollado, los caminos que nos van a permitir hacer proyectos más grandes, más poderosos y nos van a llevar a un nuevo norte, potenciando el desarrollo de la ciudad (Alcaldía de Medellín, 2010, p. 151).

Finalmente, aparte de la estrategia Medellín ciudad para la vida, la Alcaldía de Aníbal Gaviria (2012-2015) en su Plan de Desarrollo “«Medellín, un Hogar para la Vida» ha seguido fortaleciendo el emprendimiento. La línea 3 del Plan contempla la implementación de programas de desarrollo económico para la competitividad y tiene como objetivo consolidar la economía de la ciudad–región” (Macías, 2012, p. 69). Además, este plan de desarrollo plantea que la oferta y la estructura institucional de Medellín frente al emprendimiento, el fortalecimiento empresarial, la innovación y la economía barrial, social y solidaria es bastante amplia (Alcaldía de Medellín, 2012, p. 216).

Por otro lado, este último gobierno entiende que la apuesta por el emprendimiento hasta el momento había concentrado sus esfuerzos en las primeras etapas del desarrollo empresarial:

dotando de condiciones básicas de competitividad a las mipymes de la ciudad. [Ahora], con el ánimo de desarrollar el potencial de estas empresas, se requiere impulsarlas a través de la apropiación de las capacidades de innovación y cobertura de mercados nacionales e internacionales, elementos [...] determinantes para su sostenibilidad y consolidación (Alcaldía de Medellín, 2012, p. 216).

De acuerdo con lo anterior, puede señalarse que en Medellín se han desarrollado simultáneamente por lo menos dos perspectivas de la planificación urbana: la primera, del lado del ordenamiento urbano racional y la segunda del lado de la idea de competitividad neoliberal (Cf. Harvey, 2009). Dentro de la primera, se encuentran los esfuerzos de las alcaldías de Sergio Fajardo y Alonso Salazar –incluso de Aníbal Gaviria– por “pagar la deuda social” por medio de la aplicación del urbanismo contextual que pretende partir del respeto

⁴ Esto es así toda vez que de acuerdo con el plan de Desarrollo 2008-2011 “se seguirá consolidando el programa Cultura E como la estrategia para el desarrollo empresarial de Medellín y el Valle de Aburrá, buscando transformar en la población valores, actitudes y competencias, mediante acciones integrales, que incidan en todos los procesos de emprendimiento, desde el más sencillo hasta el más sofisticado” (Alcaldía de Medellín, 2008, p. 83).

de las particularidades físicas y sociales para intervenir el territorio (Martin, 2012, p. 472), lo que en Medellín se llamó –y aun se llama– urbanismo social. Con ello se emprendió la construcción de equipamientos urbanos en lugares tradicionalmente excluidos de la planificación de la ciudad.⁵

Igualmente, estos equipamientos iban acompañados de nuevos servicios públicos que propendían por incorporar urbanística, social e institucionalmente a aquellos sectores históricamente excluidos de la planeación de la ciudad con servicios orientados a la educación, la cultura, la recreación, la protección social y el fomento del empleo (Martin, 2012, p. 477). Este último punto relacionado con las estrategias desarrolladas por la segunda forma de planeación que se expondrá a continuación.

Respecto de la segunda forma de planeación centrada en la competitividad, se puede mencionar la estrategia emprendida desde la alcaldía de Sergio Fajardo para convertir a Medellín en la capital latinoamericana de la innovación y el emprendimiento con Programas como Cultura E (Cf. Fajardo, 2007) y otros, que procuran la transformación de la ciudad “a través de la actuación urbanística con el fin de atraer la inversión de capitales privados” (Harvey, 2009, p. 109). Además, en concordancia con este proyecto, es evidente el desarrollo acelerado de “la infraestructura necesaria para garantizar los procesos de acumulación de capital en una economía de especulación y primacía comercial y financiera” (Periferia, 2014, p. 2). Esto ocurre en el marco de la apertura económica signada por la presión del neoliberalismo, donde los gobiernos locales se vieron en la obligación de asumir este tipo de iniciativas productivas propias de las empresas privadas (Harvey, 2009, p. 110).

En Medellín esta situación ocurrió a causa de por lo menos dos factores: el primero, tiene que ver con el cambio de vocación y estructura económica que sufrió la ciudad desde la década de 1990,⁶ puesto que Medellín abandonó su vocación industrial para convertirse en

⁵ Grandes obras públicas como los Parques Biblioteca, los Cedezo, los Proyectos Urbanos Integrales, los Colegios de Calidad, entre otros, hacen parte de esa idea de estos gobiernos de transformar las formas espaciales del entorno con el objetivo de solucionar los problemas sociales, constituyendo lo que Harvey llama “utopías de la forma espacial” (Harvey, 2009, p. 111) que en últimas no traen ninguna transformación de las condiciones de existencia de los pobladores de estos sectores. Dichas obras están orientadas, por lo menos, desde alguna de estas dos motivaciones: “en primer lugar la convicción que una intervención en el espacio urbano tiene efectos inmediatos en el mejoramiento de la calidad de vida de la población y en su capacidad competitiva; y segundo, la idea que políticamente es mucho más rentable una obra de infraestructura que una inversión social.” (Villa, 2007, p. 116).

⁶ De acuerdo con Medellín Cómo Vamos (2008), la estructura económica de la ciudad cuenta con las siguientes características: “En cuanto al tamaño, el 98 % eran microempresas en 1997, y en 2007 ese porcentaje se mantenía, la mediana empresa era 0.16 % en 1997 y pasó a 0.14 %, mientras la pequeña empresa pasó de 1.7 % a 1.4 %. Por sectores, el comercio ha perdido participación, la industria manufacturera ha ganado algún punto, el que más se ha multiplicado es la industria hotelera y restaurantes, particularmente, al igual que ganó dos puntos la actividad inmobiliaria formal, el resto mantiene una participación muy similar” Medellín Como Vamos. (2008). Mesa de trabajo sobre empleo. Recuperado de: <http://medellincomovamos.org/memorias-mesa-de-trabajo-sobre-empleo-2008>

un centro financiero y de negocios (Periferia, 2014, p. 2). Y segundo, como respuesta a la necesidad de ejercer algún tipo de control social sobre una cantidad considerable de personas en edad de trabajar que no contaban con un empleo por causa de la exclusión económica y social (Valencia, 2012, p. 105).⁷

Dentro del primer factor, se encuentra, como ya se nombró, el agotamiento del modelo industrial que estimuló un proceso de recomposición del capital que fue evidente a partir de los años noventa cuando entró a operar un nuevo patrón de acumulación (Franco, 2006, p. 362). Este nuevo patrón de acumulación capitalista “condujo al fortalecimiento del sector servicios [...], en tanto se partía del supuesto que, en el marco de las políticas de desregulación, liberalización y privatización, los bienes no transables son campo de mayor rentabilidad y velocidad de rotación del capital” (Franco, 2006, p. 372).

Además, algo que permitió afianzar mucho más este proyecto neoliberal en la ciudad de Medellín fue el fraccionamiento de los procesos productivos de sectores tradicionales, los cuales empezaron a descentralizarse desde grandes compañías a pequeñas unidades de producción. De esta manera se inició un proceso de reestructuración del tejido empresarial, que hizo que tanto las microempresas como las Pequeñas y Medianas Empresas –PYMES– se convirtieran en las mayores generadoras de empleo, aunque muchas de ellas no lograron consolidarse ni dinamizar de manera suficiente el crecimiento de la economía. Según Tabera, Ruiz y Osorno (2003) el bajo nivel de crecimiento económico y la limitada capacidad de generar empleo de buena calidad, estimularon en la ciudad prácticas de economía informal como una forma alternativa de subsistencia o de reducción de costos (Macías, 2012, p. 64).

Ahora, en cuanto al segundo factor, de acuerdo con el gobierno de Fajardo:

el auge del narcotráfico y la profunda crisis económica hacia finales de la década de 1980, afectaron el crecimiento económico. Con ello, el desempleo alcanzó niveles superiores al 20 % y la violencia y la falta de oportunidades para los más humildes, agravaron el problema y menoscabaron drásticamente la autoestima del medellinense. Por ello, vieron necesario que el gobierno local trabajara como promotor del desarrollo productivo y empresarial y como generador de condiciones para el desarrollo (Fajardo, 2007, p. 96).

⁷ Esta lectura y justificación para el ingreso de Medellín en la cultura del emprendimiento está en parte apoyada en los niveles de pobreza y desempleo en la ciudad, puesto que para el año 2003 –año anterior al inicio de la alcaldía de Sergio Fajardo– la tasa de desempleo de la ciudad se ubicaba en un 16 % según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y para el 2004 según la Encuesta de Calidad de Vida de Medellín en un 14 % (Robbins y Salinas, 2006, pp. 98 - 99). Igualmente, para 2004 el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas NBI era del 18 % y la cantidad de personas bajo la línea de pobreza estaba en cerca del 60 % (Flórez, Arenas y Mesa, 2009, p. 198).

Para ello, tuvieron como foco de su estrategia “ofrecer espacios de trabajo a población excluida del mercado laboral como es el caso de exreclusos, discapacitados, jóvenes estigmatizados, desplazados, mujeres cabeza de familia, entre otros” (Fajardo, 2007, p. 108). Igualmente, se trataba de un contexto en el que “el sector industrial declinaba en la participación del PIB regional, pasando de un 42,89% en la década del ochenta a un 29 % en este año” (Alcaldía de Medellín, 2001, 51). Los factores asociados a esta situación fueron, además de la apertura económica y los impactos en la disminución de la capacidad productiva de las pequeñas y medianas empresas, especialmente del sector textil y confección, “la migración desde otras ciudades y municipios, la falta de ajuste en formación para el empleo según las demandas locales, la poca coordinación entre la educación formal y el desarrollo económico local, el contrabando, entre otros” (ENS, 2012, p. 31).

La presión que esto ejercía en los gobernantes llevó que estos dirigieran propuestas de recuperación de la economía local acordes al modelo neoliberal de crecimiento institucionalizado en los planes nacionales, las mismas que en cuestiones de empleo implicaban modelar una nueva fuerza de trabajo, constituida a partir de nuevos saberes y conocimientos técnicos. De esta manera, se configuraron “dos modalidades de emprendimiento, uno orientado a la innovación y a la tecnología, para promover la proyección internacional de la ciudad, llamado emprendimiento de innovación; y otro que atendiera las situaciones de precariedad económica y pobreza, denominado emprendimiento barrial (Alcaldía de Medellín, 2010)” (Macías, 2012, pp. 65-66).

El emprendimiento de innovación está orientado a negocios y proyectos productivos con alto valor agregado centrados en la investigación y el desarrollo de tecnología de punta, mientras que el emprendimiento barrial está enfocado en ideas de negocio, principalmente de sobrevivencia que no involucran grados de escolaridad avanzados. “Así, mientras el gran esfuerzo de la Alcaldía [de Sergio Fajardo] en educación debería a largo plazo permitir mejorar los ingresos, los programas de estimulación, emprendimiento y competitividad apuntaron a mejorar, a corto plazo, las oportunidades en el mercado laboral” (Martin, 2012, p. 485).

Por otro lado, es necesario señalar que este conjunto de políticas económicas y sociales asumen a los emprendimientos barriales como formas de creación de empleo, pero por razones centradas en el mantenimiento del orden social. Ello, en atención a la necesidad de dar respuesta a las demandas sociales, políticas y económicas⁸ toda vez que, no atender estas

⁸ De acuerdo con Germán Valencia “los gobiernos locales [...] han tenido que asumir el reto de mantener la gobernabilidad desde lo local, dando respuesta a las demandas sociales, políticas y económicas. Muchos de los gobiernos locales utilizan como estrategia para dar respuesta a estas demandas, la gobernanza o gobernación del desarrollo, que consiste en un proceso de cooperación y coordinación que integre las estrategias de los actores públicos y privados, sus decisiones de invertir y los intercambios que se establecen entre ellos. Uno de

demandas ciudadanas tendría una incidencia negativa en la gobernabilidad y en el mantenimiento del orden social, pues se tendría una cantidad importante de personas desocupadas que podrían estar dispuestas a ingresar en economías ilegales. Por ello, los gobiernos locales consideraron necesario mantener a los ciudadanos ocupados y ayudar a recortar la brecha entre pobres y ricos y así reducir la exclusión económica y social a través de las nombradas políticas (Valencia, 2012, p. 105).

La idea de crear empresa pareció haber calado en la praxis económica del ciudadano medellinense, pues como lo muestra la Comisión Regional de Competitividad de Antioquia para el año 2010 la Tasa Total de Nueva Actividad Emprendedora - TEA fue de 245.203 personas, correspondiente a 131.181 emprendedores nacientes y 114.023 nuevos empresarios.

Sin embargo, reconociendo que el emprendimiento no es una idea que surge exclusivamente en Medellín y que ha estado presente desde la teoría económica clásica (Cf. Valencia, 2012), y teniendo en cuenta que su desarrollo –tanto en Medellín como– en los países andinos ha sido amplio en las últimas dos décadas; es necesario anotar que la aplicación de estas premisas no se ha traducido en importantes tasas de crecimiento para las economías, pues la actividad emprendedora a través del autoempleo⁹ se entiende como de subsistencia, ante la ausencia de oportunidades de empleo dependiente (Valencia, 2012, p. 119). En el caso de Medellín, por ejemplo:

La cultura del emprendimiento se ha caracterizado más por promover empresas individuales que por propiciar la articulación de las existentes, ese amplio universo ya constituido en la ciudad que hoy requiere salir de la fase de subsistencia y situarse en una ruta de sostenibilidad que genere calidad de vida para las personas comprometidas en los proyectos (Betancur, 2008, p. 2).

Si estos emprendimientos dejan de ser vistos como subsistencia y se empiezan a crear empresas a través de la oportunidad antes que de la necesidad,¹⁰ se podría lograr mayor

los programas más utilizados y más funcionales, por parte de los gobiernos locales para dinamizar la producción, mantener o mejorar el nivel de empleo y remediar la exclusión económica ha sido el fomento de la cultura del emprendimiento” (Valencia, 2012, p. 117).

⁹ El autoempleo se define como la puesta en marcha de una actividad económica con el objetivo de conseguir una ocupación, siendo el trabajo el principal interés y aportación a la empresa (Valencia, 2012, p. 111). Por otro lado, “El trabajo autónomo o autoempleo viene convirtiéndose en la principal característica del mercado laboral, a pesar de que aun contribuye poco a la creación de empleo y renta”. Según Guzmán y Romero (2005, p. 80), el trabajo autónomo se difunde tanto en el mundo que comienza a ser tomado como la “forma primigenia de empresa y al trabajador autónomo como forma elemental de empresario”. (Valencia, 2012, p. 111)

¹⁰ “La alta mortalidad [de las empresas] está explicada en parte porque el perfil emprendedor es muy bajo. [...] Lo anterior puede equipararse a la división que realiza el Global Entrepreneurship Monitor -GEM-, de acuerdo al cual en los países de bajo y mediano ingreso la motivación para iniciar una empresa por parte de un emprendedor son en su mayoría por necesidad, mientras en los países de altos ingresos en su mayoría la

crecimiento económico y una mejoría en las condiciones de vida de los emprendedores. En ese punto de la subsistencia y la sostenibilidad es donde está precisamente uno de los grandes retos de los gobiernos (Valencia, 2012, p. 122).

Esta tendencia hace destacables diagnósticos como los elaborados por la Escuela Nacional Sindical a propósito de la formulación de la política pública de trabajo decente en Medellín, en el cual plantea que:

el tipo de programas de empleo que se han emprendido en la ciudad han girado en torno a planes de choque y han tenido la característica de gestarse como reacción ante una realidad. El hecho de que la ciudad aún no cuente con una política de empleo de largo plazo, estructurada mediante un diálogo social, es un hecho suficiente para decir que lo que se ha hecho son esfuerzos locales pero desarticulados (ENS, 2012, p. 28).

Además, la cifras de desempleo y ocupación laboral que continúa reportando el DANE¹¹ muestra que las variaciones cuantitativas de las tasas de empleo son leves (no supera los dos puntos por año) y, como lo diagnostica la Veeduría a los Planes de Desarrollo 1995-2011, “no se compadecen con la inversión que en materia de programas de capacitación y microcrédito han realizado las últimas administraciones” (Veeduría, 2012, p. 23).

4. Dispositivos que promueven la cultura emprendedora-innovadora de la ciudad

Lo que trato de indicar con este nombre es, en primer lugar, un conjunto resueltamente heterogéneo que incluye discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas, brevemente, lo dicho y también lo no-dicho, éstos son los elementos del dispositivo. El dispositivo mismo es la red que se establece entre estos elementos (Foucault en Agamben, 2011, p.250)

La instalación de esta cultura del emprendimiento y la innovación, como se dijo, se produce en distintas estrategias en la ciudad que van desde la disposición, uso y apropiación de los espacios (Centro de innovación y negocios Ruta N, Centros de desarrollo zonal, Parques biblioteca, entre otros), hasta los cambios en los imaginarios y subjetividades, así como en

motivación es la oportunidad” Medellín Como Vamos (2008). Mesa de trabajo sobre empleo. Recuperado de: <http://medellincomovamos.org/memorias-mesa-de-trabajo-sobre-empleo-2008>

¹¹ Según el DANE, la tasa de desempleo (TD) y la tasa de ocupación (TO) en Medellín entre los años 2000-2013 son las siguientes: TD/ 2010:20,0; 2001:16,5; 2002:15,2; 2003:14,0; 2004:15,1; 2005:13,8; 2006:13,4; 2007: 12,1; 2008:13,6; 2009:15,7; 2010:13,9; 2011:11,8; 2012:12,0; 2013:10,3. TO/ TD/ 2010:48,1; 2001:49,9; 2002:51,10; 2003:52,30; 2004:52,00; 2005:50,90; 2006:49,10; 2007: 54,34; 2008:52,75; 2009:55,58; 2010:56,46; 2011:56,60; 2012:57,9; 2013:57,6.

las formas de habitar la ciudad que originan la emergencia de espacios de representación¹² y/o espacios diferentes, que se resisten al modelo de ciudad y que cohabitan en algunos de los espacios construidos por el mismo.

Ahora, para hablar sobre esos cambios en los imaginarios y subjetividades de los ciudadanos y esa preocupación por el uso y apropiación del espacio y las reglas que se tejen en torno a él desde la planeación urbana emprendida por los gobiernos y por medio de los acuerdos tácitos que se dan entre los ciudadanos, es necesario remitirse al gobierno de las personas. Ese gobierno de las personas que aquí interesa se configura a través de la gubernamentalidad¹³ y los dispositivos que de esta se desprenden.

Pues bien, para hablar de ese gobierno de las personas, de acuerdo con Álvaro Sevilla (2010), la gubernamentalidad se configuró como la técnica para la producción de ciudadanos gobernables desde la primera industrialización hasta mediados del siglo XX, teniendo como objetivo el apaciguamiento del conflicto obrero de dichas épocas (Sevilla, 2010, p. 44). Además, junto al conjunto de políticas urbanas del capitalismo industrial en las postrimerías de la década de 1970, la gubernamentalidad desempeñó un papel fundamental en la gestión de las fuerzas de trabajo “a través de la formación de un nuevo hábitat y una nueva forma de habitar en la que nuevos usos y concepciones del espacio y de la ciudad fueran escritos en el cuerpo social del trabajo” (Sevilla, 2010, p. 45).

Es así como este cambio de paradigma ha conformado, desde la década de 1980, un renovado discurso:

caracterizado por la atención a escalas –la ciudad-región, los clusters nacionales y transnacionales de innovación productiva, la red de ciudades globales... procesos– competitividad y liderazgo de áreas metropolitanas, mejora en las condiciones de acceso y movilidad de las mismas gracias al esfuerzo sostenido en el incremento de infraestructuras de todo tipo, sofisticación de los mecanismos de gobernanza/gubernamentalidad urbana... –y técnicas– despliegue de una planificación estratégica estrechamente concebida desde lo económico, programas de regeneración urbana en áreas deprimidas o en espacios de oportunidad como los centros históricos, promoción de operaciones de urbanización masiva... – que han borrado de su horizonte

¹² De acuerdo con Edward Soja citado por Delgado: “los espacios de representación son espacios vividos por los habitantes y usuarios del espacio; son espacios de resistencia, espacios simbólicos y contraespacios que contienen simultáneamente a los otros espacios (Delgado, 2003, p. 95).

¹³ Respecto de la definición de gubernamentalidad es preciso rescatar su condición de neologismo respecto de la acción gubernamental pues “[...] retiene la noción de “mentalidad”, matiz que ubica a estas actividades dentro de una lógica práctica o, en las palabras de Rose, llama la atención sobre cuánto la actividad de gobierno está ligada a la actividad del pensamiento. Pero este pensamiento nunca es una especulación por encima de los “gobernados” sino que se plasma en recursos, dispositivos, argumentos y medios que modelan la conducta de los sujetos” (Papalini, Córdoba y Marengo, 2012, p. 197).

la atención a los patrones locales de socialización en el espacio, de uso de la ciudad y de vida cotidiana (Sevilla, 2010, p. 45).

Además, esta serie de políticas de planificación urbana se fueron transformando simultáneamente con una nueva forma de ejercer el gobierno y entender la sociedad donde la economía se sacralizó (Papalini, Córdoba y Marengo, 2012, p. 202) y de esta manera, particularmente en el marco de la racionalidad política del liberalismo “avanzado”¹⁴, gobernar no involucra ahora solo al ordenamiento de actividades y procesos. El gobierno, además, “opera a través de los sujetos.” (Papalini, Córdoba y Marengo, 2012, p. 203).

Esta nueva forma de gobernar se materializó en *procesos de subjetificación*¹⁵ que articulan las nociones foucaultianas de subjetivación y sujeción como parte de una misma dinámica y que a su vez crea dos tipos de sujetos: un “homo prudens”, que se vigila a sí mismo, en su faz represiva y un “empresario de sí”, en su faz proactiva (Papalini, Córdoba y Marengo, 2012, pp. 194 y 199). Este tipo de subjetividades se configuran a través de los ya nombrados dispositivos que no son más que “un conjunto de praxis, de saberes, de medidas y de instituciones cuya meta es gestionar, gobernar, controlar y orientar –en un sentido que se quiere útil– los comportamientos, los gestos y los pensamientos de los hombres” (Agamben, 2011, p. 256).

Estos dispositivos se materializan en una serie de líneas que se entrecruzan, entretejen, colisionan y articulan (Cf. Deleuze, 1999). Dentro de esas líneas se resaltan las de fuerza y las de subjetivación. Las primeras se destacan por ser las correspondientes a la dimensión del poder (Deleuze, 1999, p. 156) y se componen de estrategias, acciones y prácticas de gubernamentalidad dirigidas a la gestión de la vida de la población. Igualmente, tienen por propósito “imponer contornos definitivos” al comportamiento de las personas en aras de su productividad (Cf. Deleuze, 1999). Ahora, las segundas son aquellas líneas que permiten plantear alternativas a esas líneas de fuerza infranqueables que se imponen como contornos definitivos, son un proceso, son “la producción de subjetividad en un dispositivo: una línea

¹⁴ “Rose y Miller delimitan, en este sentido, tres distintas “familias de gubernamentalidad” constitutivas del ejercicio del poder político en las democracias liberales de occidente, a saber: el liberalismo clásico, el gobierno social y el liberalismo avanzado (Rose y Miller, 2008: 17-18). [...] En este sentido, el liberalismo clásico, en tanto conjunto más o menos consistente de programas políticos, está en la base del ciudadano entendido como individuo activo y autocentrado. El gobierno a través de lo social, por su parte, explica la ciudadanía como el ejercicio cívico de un individuo solidario. Y el liberalismo “avanzado” de las últimas décadas, en fin, representa el trasfondo del *individuo autónomo y emprendedor*, cuya identidad se inserta en un denso entramado de lealtades comunitarias (Rose, 1996)” (Papalini, Córdoba y Marengo, 2012, pp. 204 - 205). [El énfasis es nuestro]

¹⁵ “Usamos el término ‘subjetificación’ para designar todos esos procesos y prácticas heterogéneos por medio de los cuales los seres humanos llegan a relacionarse consigo mismos y los otros como sujetos de cierto tipo”. (Rose, 2003, pp. 218 - 219 Citado en Papalini, Córdoba y Marengo, 2012, p. 195)

de subjetivación debe hacerse en la medida en que el dispositivo lo deje o lo haga posible. Es hasta una línea de fuga. Escapa a las líneas anteriores” (Deleuze, 1999, p. 157).

Esto implica que en el marco del liberalismo avanzado en el que se vive en las sociedades contemporáneas, el “homo prudens” o “empresario de sí” constituye el prototipo de sujeto de la ciudad capitalista. Es decir, alrededor del dispositivo de gubernamentalidad que se configura con el discurso del emprendimiento y la innovación, se crea un sujeto por medio de un proceso de subjetivación o subjetificación –útil para materializar este dispositivo de gobierno–. Esto es así porque los dispositivos necesitan de “un proceso de subjetivación sin el cual no podría funcionar como dispositivo de gobierno [...]. De esta manera, el dispositivo, antes que todo, es una máquina que produce subjetivaciones y, por ello, también es una máquina de gobierno” (Agamben, 2011, pp. 260–261).

“Es por esto que los dispositivos deben siempre implicar un proceso de subjetivación, deben producir su sujeto” (Agamben, 2011, p. 256) que, para este caso, es el ciudadano emprendedor, ese “homo prudens” o ese “empresario de sí” del que se habló más arriba. Sin embargo, estos dispositivos que se entienden hegemónicos, producen la emergencia de formas de apropiación diferentes que se resisten al modelo de ciudad imperante y que podrían ser nombrados como contradispositivos por su intención de profanar el dispositivo gubernamental (Agamben, 2011, pp. 260-261), que se supone sacro.

Estas formas de apropiación diferentes o identidades disidentes –que en otro lugar convendrá definir mejor¹⁶ que se apropian de ese tercer espacio, para decirlo con Soja (1996, citado por Delgado, 2003)¹⁷ o el espacio vivido por dichos sujetos portadores de otras identidades, viajan hasta el borde extremo del dispositivo como líneas de fuga y se convierten al final en líneas de fractura que dan el paso de un dispositivo a otro (Deleuze, 1999, p. 157), configurándose como el contradispositivo profano y profanador de las ideas de urbanismo social, competitividad, emprendimiento, inversión de capital, creación de clústeres, innovación, entre otras, que se despliegan en la ciudad de Medellín desde la alcaldía de Sergio Fajardo y que perviven hasta hoy.

¹⁶ Que, sin embargo, es bueno reseñar acá que parten del concepto de heterotopía, entendido como espacio diferente de acuerdo con Foucault y como contraespacio de la política si atendemos a la definición de Defert. (Rojas y Ospina, 2015).

¹⁷ El tercer espacio se refiere a “los espacios de representación relacionados con el lado clandestino de la vida social. Estos espacios están llenos de política e ideología, y se fundamentan en las prácticas materiales que concretan las relaciones sociales de producción, explotación y sometimiento. Deberán hacer énfasis en los espacios dominados, en los espacios de las periferias, en los márgenes y en los marginados, en los espacios de la oposición radical y de la lucha social, en los espacios de la diferencia y de la diferenciación.” (Delgado, 2003, pp. 96 – 97).

“Es en este escenario, donde se manifiesta la gubernamentalidad urbana,¹⁸ la consonancia de los saberes de los dispositivos de la gubernamentalidad neoliberal y los saberes construidos desde la resistencia, en la autogestión, característica de la gubernamentalidad desde abajo” (Rojas y Ospina, 2015). Aquí se pretende una articulación entre las gubernamentalidades y el urbanismo que, orientada por el estudio de lo que nombramos como gubernamentalidad urbana, permite un análisis como el que Sevilla (2010) formula en su agenda para un estudio biopolítico de la producción del espacio contemporáneo (Rojas y Ospina, 2015).

Referencias bibliográficas

Agamben, Giorgio. (2011) ¿Qué es un dispositivo? *Sociológica*, 26, (73), pp. 249 – 264.

Alcaldía de Medellín. (2001) Plan de Desarrollo Municipal 2001 – 2003 “Hacia una revolución de la cultura ciudadana” Medellín: Alcaldía de Medellín.

Alcaldía de Medellín. (2004) Plan de Desarrollo Municipal 2004 – 2007 “Medellín, compromiso de toda la ciudadanía” Medellín: Alcaldía de Medellín.

Alcaldía de Medellín. (2008) Plan de Desarrollo Municipal 2008 – 2011 “Medellín es solidaria y competitiva” Medellín: Alcaldía de Medellín.

Alcaldía de Medellín. (2012) Plan de Desarrollo Municipal 2012 – 2015 “Medellín, un hogar para la vida” Medellín: Alcaldía de Medellín.

Alcaldía de Medellín. (2014) Carta Medellín. Sobre el porvenir humano de las urbes del mundo. Medellín: Alcaldía de Medellín.

Aprile – Gniset, Jacques (2007) Historia de la Ciudad colombiana. En: Moncada, Ramón. (Coord). Historia de las ciudades e historia de Medellín como ciudad (pp. 69 – 97). Medellín: Corporación Región.

Bedoya, Jairo (2010) La protección violenta en Colombia. El caso de Medellín desde los años noventa Medellín: IPC.

Betancur, María Soledad (2008) ¿Desarrollo e innovación para quién? (Una mirada crítico-propositiva a la línea tres del plan de desarrollo de Medellín 2008-2011). Medellín: IPC.

¹⁸ “gubernamentalidad urbana entendida como el conjunto de dispositivos orientados al control productivo de la población en el marco de un orden neoliberal que incluye también el espacio político –de ahí que pensamos en la adjetivación a partir de lo urbano- como receptor y a la vez generador de prácticas políticas que construyen y deconstruyen la ciudad.” (Rojas y Ospina, 2015).

Borja, Jordi; Castells, Manuel. (1998). Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información. Madrid: Taurus.

Deleuze, Gilles (1999) ¿Qué es un dispositivo? En: E. Balbier et al. (Eds.). *Michel Foucault, filósofo* (pp. 155–163). Barcelona: Gedisa.

Delgado, Manuel (2012) El mito del espacio público: retórica ciudadanista y control social en Barcelona. En: Salcedo, María Teresa y Salcedo, Andrés. (Comp). *Fricciones sociales en ciudades contemporáneas* (pp. 61 – 82). Bogotá: ICANH

Escuela Nacional Sindical (2012) *Medellín Construye Trabajos Decentes. Proceso de Investigación para la formulación de la política pública de trabajo decente de Medellín*. Editores: Juan Bernardo Rosado y Luz María Tobón Vallejo. Medellín: Alcaldía de Medellín - Organización Internacional del Trabajo-OIT.

Fajardo, Sergio. (2007) Hacia la capital latinoamericana de la innovación y el emprendimiento. En: *Del miedo a la esperanza* (pp. 94 - 112). Medellín: Alcaldía de Medellín

Franco, Vilma Liliana (2006) Dilemas estructurales y selectividad estratégica de la coalición políticamente dominante. En: *Poder regional y proyecto hegemónico: el caso de la ciudad metropolitana de Medellín y su entorno regional 1970 – 2000*. Medellín: IPC.

Franco, Vilma Liliana. (2006). Epilogo: el gobierno de la coalición política dominante en un periodo de transiciones. En: *Poder regional y proyecto hegemónico: el caso de la ciudad metropolitana de Medellín y su entorno regional 1970 – 2000*. Medellín: IPC.

Hidalgo, Rodrigo; Janoshka, Michael. (2014). La ciudad neoliberal: estímulos de reflexión crítica. En: Hidalgo, Rodrigo; Janoshka, Michael. (Eds.). *La ciudad neoliberal. Gentrificación y exclusión en Santiago de Chile, Buenos Aires, Ciudad de México y Madrid*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.

Jaramillo, Ana María; Ceballos, Ramiro de Jesús; Villa, Marta Inés. (1998). Medellín: encrucijadas de su historia social y política. En: *En la encrucijada. Conflicto y cultura política en el Medellín de los noventa*. Medellín: Corporación Región.

Martin, Gerard (2012). *Urbanismo social (2004 – 2011)*. En: Medellín. *Tragedia y resurrección. Mafia, ciudad y Estado* (pp.472 – 493). Bogotá: Planeta.

Naranjo, Gloria; Villa, Marta. (1997). Epilogo: hacia la construcción de un proyecto colectivo de ciudad. En: *Entre luces y sombras*. Medellín: espacio y políticas urbanas. Medellín: Corporación Región.

Veeduría Ciudadana al Plan de Desarrollo de Medellín. (2012). *Balance de la Gestión de los Planes de desarrollo de Medellín 1995-2011*. Medellín.

Villa, Marta. (2007). Medellín: De aldea a metrópoli. Una mirada al siglo XX desde el espacio urbano. En: Moncada, Ramón. (Coord). Historia de las ciudades e historia de Medellín como ciudad. Medellín: Corporación Región.

Artículos de revista

Delgado, Ovidio. (2003). La geografía radical: la producción social del espacio social. En: *Debates sobre el espacio en la geografía contemporánea* (pp. 79 - 101). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

Flórez, Jorge, Arenas, Cristina y Mesa, Emiro (2009) Análisis de la situación de pobreza en Medellín a partir de la encuesta de calidad de vida, 2004 – 2005. *Lecturas de economía*, (70), pp. 191 - 222

Grinberg, Silvia; Gutiérrez, Ricardo; Mantiñán, Luciano. (2012). La comunidad fragmentada: gubernamentalidad y empoderamiento en territorios urbanos hiperdegradados. Espacios nueva serie. Estudios de Biopolítica, 7, pp. 154-172.

Papalini, Vanina; Córdoba, Marcelo; Marengo, Leonardo. (2012). Estudios de la gubernamentalidad: la subjetividad como categoría de la política. *Astrolabio*, (8), pp. 190 – 208.

Sevilla, Álvaro. (2010). Urbanismo, biopolítica, gubernamentalidad: vida y espacio en la renovación de los estudios urbanos. *Boletín CF+S*, (44), pp. 41 – 49.

Valencia, Germán. (2012). Autoempleo y emprendimiento: una hipótesis de trabajo para explicar una de las estrategias adoptadas por los gobiernos para hacer frente al progreso del mercado. *Semestre económico*, 15, (32), pp. 103-128.

Cibergrafía

Alcaldía de Medellín. (2010). De la cultura del emprendimiento a la cultura de la innovación. La experiencia de Medellín – Colombia. Medellín: Alcaldía de Medellín. Disponible en: http://www.culturaemedellin.gov.co/sites/CulturaE/PublishingImages/LIBRO_CULTURA_E.pdf

Harvey, David. (2009). Las grietas de la ciudad capitalista. *Revista Geográfica*, 2 (43), pp. 109-117. Disponible en: <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/geografica/article/download/219/176>

Kingman Garcés, Eduardo. (1998). La compleja relación de lo local y lo global: ¿qué hace pequeñas a nuestras ciudades? *Revista Íconos*, (4), pp. 68-79. Disponible en: <http://flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1361/4/RFLACSO-I04-08-Kingman.pdf>

Sassen, Saskia. (1998). Ciudades en la economía global: enfoques teóricos y metodológicos. *Revista Eure*, 24 (71); pp. 5-25. Disponible en: <http://www.eure.cl/wpcontent/uploads/1998/03/Doc0001.pdf>

Prensa

Periferia. (2014, 03). Presentación: miseria y exclusión en la ciudad innovadora. *Periferia*, p. 2.

Ponencias y trabajos de grado

Rojas, Didiher; Ospina, Viviana. (Julio, 2015). Gubernamentalidad y Heterotopías Urbanas: Una lectura sobre los contraespacios del poder ciudadano. Ponencia presentada en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política (ALACIP), Lima, Perú.

Macías, John Fernando. (2012). El emprendimiento y la ciudadanía en Medellín. En: *Ciudadanos emprendedores en Medellín. La formación de ciudadanos orientados al mercado en un escenario neoliberal* (pp. 57 - 81). Tesis inédita de posgrado para optar al título de Magíster en Ciencia Política, Universidad de Antioquia.



Desarrollo y actualidad normativa de los contratos de interés público derivados del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia de 1991

Ana María Perdomo Hernández¹

Resumen

El artículo 355 de la Constitución de 1991 prohíbe al Estado decretar auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado por las prácticas de corrupción que se presentaron en vigencia de los denominados *auxilios parlamentarios*. Sin embargo, establece la posibilidad para los entes territoriales de celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro que tienen como finalidad promover programas y actividades de interés público en favor de la comunidad, de acuerdo con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. En el marco de esta posibilidad de contratación, el Gobierno Nacional expide recientemente el Decreto 092 de 2017, que deroga en su totalidad la regulación contenida en los decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993 con el fin de frenar prácticas de corrupción generadas alrededor de esta figura y de establecer criterios y procedimientos objetivos de selección. En el presente escrito se realizará un análisis de los antecedentes normativos de la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de su desarrollo actual en el Decreto 092 de 2017.

Palabras clave: Contratación pública; Entidades sin ánimo de lucro; Constitución Política de Colombia.

¹ Artículo realizado para optar por el título de Abogada, producto del curso de profundización en derecho administrativo denominado “Contratación Estatal 2”. Asesorado por el profesor Cristian Díaz Díez. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: amaria.perdomo.h@gmail.com. Medellín - Colombia



Desarrollo y actualidad normativa de los contratos de interés público derivados del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia de 1991

Introducción

El 23 de enero del año 2017, el Gobierno colombiano expidió el Decreto 092 de 2017 que reglamenta directamente el artículo 355 de la Constitución con respecto a la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro y deroga expresamente, y en su totalidad, los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993 que se encargaban de esta regulación.

A través de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro derivada del artículo 355 de la Constitución, se destinan recursos públicos para el desarrollo de finalidades sociales debidamente consignadas en los planes nacionales y seccionales de desarrollo del país. Es por ello que su estudio resulta pertinente, pues si bien no se trata de una figura contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra directamente establecida desde la Constitución de 1991 por la importancia social que reviste. La contratación pública con entidades sin ánimo de lucro hace parte de los *medios asociativos* a través de los cuales la administración:

(...) busca la colaboración de los particulares en contextos que pueden definirse en forma genérica como de participación, de administración concertada, de descentralización por colaboración o de fomento de actividades cuya realización interesa tanto al sector privado como al propio Estado (Chávez Marín, 2012, pág. 21)

El objetivo de este estudio es comprender a profundidad la figura de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro, su evolución normativa y realizar un análisis sobre la regulación que establece el Decreto 092 de 2017 a la luz de la finalidad con la que fue expedido.

En este sentido, el escrito se desarrollará fundamentalmente en tres partes: (i) una revisión de los antecedentes de la figura de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, (ii) un estudio de los elementos esenciales de la figura y de su desarrollo normativo y (iii) finalmente las conclusiones sobre el análisis de la idoneidad de este desarrollo y, particularmente del Decreto 092 de 2017, para materializar la finalidad de esta institución.

1. Antecedentes de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro derivada del artículo 355 de la Constitución. Los auxilios parlamentarios

Antes de la Constitución de 1991, en Colombia existía una figura denominada “auxilios parlamentarios”, que tenía como finalidad destinar determinadas partidas presupuestales para apoyar a las comunidades en el logro de programas sociales y en la mejoría de su calidad de vida, a través de la satisfacción de sus necesidades básicas. Esta figura tenía como

fundamento el numeral 18 del artículo 76 de la Constitución de 1886; “Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...) 18. Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo” (Constitución Política de Colombia, 1886, artículo 76).

De acuerdo con la Asamblea Nacional Constituyente, la finalidad específica de esta figura fue “brindarle [a las comunidades] las ayudas que nunca son tenidas en cuenta en el presupuesto nacional y de esta manera satisfacer apremiantes necesidades en materia educativa, de salud y de otros servicios esenciales” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Como se encontraba establecido en la Constitución, estos auxilios parlamentarios eran canalizados a través de los miembros del Congreso. Su funcionamiento, de acuerdo con Duque Daza, era el siguiente:

El monto global de auxilios es acordado en la ley del presupuesto que pasa por plenarias en la Cámara y en el Senado, la cual debe ser firmada por el Presidente. El monto total se divide por el número de departamentos y, dentro de cada uno de estos, por el número de Congresistas. Cada congresista elabora una lista por ministerios y la envía a la Comisión IV de la Cámara y el Senado. El número de los auxilios depende de la voluntad del Congresista, si prefiere una mayor división en instituciones u obras más grandes en sus respectivos departamentos. Mediante esta gestión los congresistas atienden sus zonas de influencia electoral. En muchos casos los congresistas crean sus propias fundaciones u organizaciones que canalizan y distribuyen los recursos, o son apropiados para las campañas electorales. Según los cálculos de Jonathan Hartlyn (1993), en 1970 los auxilios representaron el 1.98% del presupuesto inicial del sector central de la nación. (Ver al respecto Díaz, 1986; Leal y Dávila, 1990)” (Duque Daza, 2005, págs. 35-36 pie de página número 7)

(...)

[Estos auxilios, en compañía de la burocracia estatal] son manejados por la dirigencia política regional y local. Los Congresistas cuentan con cuotas burocráticas y partidas de los auxilios, a nivel departamental y municipal los Diputados y Concejales entran en el reparto paritario de la burocracia. En esta dinámica, se estructura “desde arriba” una lógica del reparto de incentivos selectivos a partir de la cual se crea una red de aliados-subordinados cada uno de los cuales posee su propia clientela, cuya suma produce un caudal de electorado “amarrado” que permite la reproducción en el poder de los jefes, subjefes e intermediarios. (Duque Daza, 2005, pág. 36).

Como lo evidencia Duque Daza, el manejo de estos auxilios generó un nido de corrupción que cambió la destinación de los auxilios parlamentarios y los convirtió en fuentes de financiamiento de campañas políticas o de intereses particulares de cada congresista, situación que fue evidenciada en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente en

donde la ponencia sobre comisiones al exterior y auxilios parlamentarios indicaba, con respecto a estos auxilios parlamentarios, lo siguiente:

las destinaciones tuvieron que ver más con la financiación de las actividades partidistas y aún con intereses de tipo exclusivamente personal, que con las inquietudes comunitarias. Así se desprestigió notablemente este procedimiento, con perjuicio de la confiabilidad pública en el Congreso Nacional (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De igual manera, en la Gaceta Constitucional No. 77 del 20 de mayo de 1991 se encuentra lo siguiente:

En la exposición de motivos se recoge el criterio de los Constituyentes sobre el particular, pudiéndose evidenciar sobre su total rechazo a la desnaturalización que, respecto de los fines y manejo, se generó sobre las partidas decretadas en la reforma constitucional de 1968, para el fomento de empresas útiles y benéficas de desarrollo regional lo cual allí se afirma se convirtió en una de las más importantes razones del desprestigio del Congreso Nacional (Como se cita en Corte Constitucional, Sentencia C 025, 1993).

En este contexto, la Constitución Política de 1991, en su artículo 355, prohíbe expresamente los auxilios parlamentarios y “todas aquellas prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 1168 de 2001) Sin embargo, en pro de mantener el apoyo de la Nación a actividades para el beneficio de la comunidad, estableció en el segundo inciso del artículo 355 la figura de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro:

Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

En el precitado artículo, el constituyente plasmó su intención de mantener una figura contractual que fuese utilizada por determinadas entidades estatales pertenecientes al poder ejecutivo¹ para apoyar, a través de recursos públicos, “actividades de interés público”, y que éstas actividades fueran canalizadas, exclusivamente, a través de entidades sin ánimo de lucro con sujeción al Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

¹ La facultad para celebrar estos contratos se traslada del poder legislativo al poder ejecutivo con la Constitución de 1991 por la falta de transparencia que el legislativo había fomentado en el uso de la figura de los auxilios parlamentarios (Colombia Compra Eficiente, Subdirección de Gestión Contractual, Consulta 4201714000000425 citado en Rodríguez Tamayo, 2017, p. 3).

Sobre la finalidad de la figura, la Corte Constitucional a través de la sentencia C 324 de 2009, indicó lo siguiente:

Por último, la asamblea se empeñó en prohibir a las ramas y a los órganos del poder público decretar auxilios y donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. No obstante, y luego de un continuo forcejeo, a manera de excepción se aprobó un artículo de mi cosecha, el 355, para que, ayudadas por el fisco instituciones de reconocida idoneidad puedan seguir desarrollando sus tareas humanitarias en beneficio de los sectores más desprotegidos de la sociedad. Para acceder a tales recursos oficiales las instituciones deben pasar los controles y filtros que la norma impone, con el fin de evitar eventuales abusos y corruptelas. De allí que se exige la celebración de un contrato previo de las entidades privadas con el Gobierno en cualquiera de los niveles nacional, departamental, distrital o municipal. Además, deberán acreditar que se trata de entidades sin ánimo de lucro, probar su idoneidad y que realizan programas y actividades de interés público en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. A la luz de esos términos de referencia, la norma citada autoriza al Gobierno para reglamentar la materia, en el entendimiento de que, a esas solicitudes, cuando procedan, se les dará satisfacción con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso”.

Los contratos públicos con entidades sin ánimo de lucro fueron regulados, inicialmente, por el Decreto 777 de 1992, que establecía los parámetros para el desarrollo de los mismos. Esta regulación se encuentra contenida en decretos del Gobierno Nacional por autorización expresa de la Constitución. Sin embargo, desde sus antecedentes, su creación en 1991 y su primera regulación en 1992, la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro ha estado inmersa en un contexto de corrupción que ha llevado al abuso de esta figura desviándola de su finalidad. En este contexto, el entonces presidente Juan Manuel Santos suscribió el Decreto 092 de 2017 afirmando que con éste “frenamos en seco los abusos en la contratación directa con estas entidades sin ánimo de lucro, que han causado la pérdida y desviación de billones de pesos anuales que debían ir a la población, sobre todo a la más vulnerable” (Presidencia de la República, 2017).

A continuación, se estudiarán los principales elementos de esta figura y la regulación normativa contenida en los decretos precitados a la luz de su idoneidad para atacar el problema de corrupción y para materializar la finalidad plasmada por el constituyente en su artículo 355.

2. Regulación normativa de los contratos de interés público derivados del artículo 355 de la Constitución

Como se indicó en el acápite anterior, los contratos de interés público con entidades sin ánimo de lucro derivados del artículo 355 de la Constitución Política son aquellos que celebra el gobierno en sus niveles nacional, departamental, municipal y distrital con entidades sin

ánimo de lucro (ESAL) para el logro de finalidades de interés público contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo.

Chávez Marín (2012) y parte de la doctrina nacional considera que los contratos estatales y los convenios de la administración son dos categorías independientes y que la denominación correcta para los contratos celebrados en virtud del artículo 355 de la constitución es la de *convenios de la administración*.² Lo anterior a partir de la distinción que él denomina *causal, finalista o sustancial* entre los contratos y los convenios, reconociendo que en el ámbito formal ambas figuras se asemejan por ser acuerdos de voluntades. Dicha distinción se sintetiza de la siguiente manera:

(...) el contrato es aquel acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, en el cual los sujetos que intervienen lo hacen guiados por intereses disímiles y contrapuestos; mientras que el convenio es un negocio jurídico que participa también del carácter formal de la condición contractual, es decir, consiste en un acuerdo de voluntades, pero vincula a las personas con el ánimo de obtener la realización de fines de interés de ambas partes (Chávez Marín, 2012, pág. 81).

Además de la distinción anterior, Chávez Marín asegura que:

(...) la expresión de la gestión administrativa a través del convenio se ha visto sustentada por una práctica reiterada de la utilización de esta figura con unos fines que superan el puro interés patrimonial o contraprestacional atribuido tradicionalmente al contrato administrativo (2012, pág. 31).

Esta última afirmación no se comparte en la medida en que el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece como finalidad de la contratación estatal y, específicamente de los contratos estatales, el cumplimiento de los fines estatales con la colaboración de los particulares y no únicamente una finalidad patrimonial para las partes.³ En ese sentido, las finalidades brindadas a la contratación estatal en la Ley 80 de 1993 y las finalidades constitucionales de los contratos de la administración con entidades sin ánimo de lucro son asimilables en la

² De acuerdo con Chávez Marín, los convenios de la administración son el género dentro del cual se encuentran los *convenios interadministrativos*, celebrados entre entidades estatales; y los *convenios administrativos*, dentro de los cuales se encuentran los convenios del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia (2012, p. 24).

³ Ley 80 de 1993. Artículo 3. ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

medida en que en ambas figuras confluyen el Estado y los particulares para el desarrollo de una finalidad de interés público.

Inclusive, el aparte que indicaba que una de las finalidades del particular era la obtención de utilidades fue derogado por el artículo 32 la Ley 1150 de 2007 teniendo en cuenta que la finalidad del contrato estatal no es garantizar utilidades al particular, sino cumplir con los cometidos estatales.

De acuerdo con Chávez Marín, la definición de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro es la siguiente:

(...) son convenios administrativos de interés público aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios o algunas de sus entidades descentralizadas, con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, con el objeto de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo, sometidos a la reglamentación especial expedida por el gobierno nacional (cursiva en el texto original) (2012, pág. 401).

Teniendo en cuenta que no es del resorte del presente escrito profundizar en la discusión conceptual planteada por Chávez Marín,⁴ para efectos de este texto se utilizará el concepto de *contrato* atendiendo a la literalidad del texto constitucional y de los instrumentos normativos que se han encargado de estos contratos, así como a la posición esbozada por Rodríguez Tamayo según la cual “del propio texto del precitado artículo [artículo 355 de la Constitución] se deriva que el Constituyente se refirió a la celebración de contratos y no convenios” (2017, pág. 1).

Así mismo, la definición de contrato contenida en el artículo 1495 de Código Civil no se compagina con la definición asumida por Chávez Marín, pues no hace referencia a la contraposición de intereses. La definición del Código Civil sobre contrato es la siguiente: “Artículo 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

La definición anterior da cuenta de que un contrato no necesariamente presupone la existencia de intereses contrapuestos, pues basta que exista un acuerdo de voluntades en el que ambas partes se obliguen a alguna prestación específica de dar, hacer o no hacer. En el contrato de interés público derivado del artículo 355 de la Constitución existen dos partes que se obligan a unas prestaciones con una finalidad específica de cooperación en beneficio de la comunidad, lo cual cumple con los requisitos del artículo 1495 para considerarse un contrato. De igual manera, la existencia de contratos unilaterales y gratuitos (artículos 1496

⁴ Chávez Marín, A.R. (2012) *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Segunda edición*. Primera parte. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Para profundizar sobre la tesis según la cual los convenios de la administración y los contratos administrativos son figuras jurídicas distintas y autónomas.

y 1497 del Código Civil respectivamente) nos indica que existen ciertos contratos en los que una de las partes no ve ninguna utilidad o no contrae ninguna obligación por lo que no existe contradicción de intereses en el sentido descrito por Chávez Marín.

Retomando la figura de los contratos de la administración con entidades sin ánimo de lucro, de manera general, Rodríguez Tamayo discrimina los tres elementos principales de este tipo de contratación de la siguiente manera:

- **Entidad contratante.** Se trata de “entidades estatales que integran el Gobierno Nacional, departamental, distrital o municipal” (Rodríguez Tamayo, 2017, pág. 3). El Decreto 777 de 1992 establecía que también podrían ser celebrados por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta de los órdenes nacional, seccional y local (Chávez Marín, 2012, pág. 402) con la autorización expresa del representante legal de la Nación o la entidad territorial correspondiente.

El Decreto 092 de 2017 guarda silencio frente a estas entidades e indica que las entidades contratantes son el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal. Sin embargo, la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (en adelante la Guía) enumera las entidades estatales a las cuales se refiere el Decreto 092 de 2017 para efectos de la contratación pública del artículo 355 de la Constitución. Al respecto indica lo siguiente:

Entidad estatal: Los ministerios, departamentos administrativos, y demás instituciones que hacen parte del gobierno nacional, los departamentos, el distrito capital, los distritos y municipios, las demás entidades territoriales creadas por la ley que hacen parte de los gobiernos departamentales, distritales y municipales (Colombia Compra Eficiente, 2016, pág. 6).

De acuerdo con el artículo 115 de la Constitución Política de 1991, las instituciones que hacen parte del Gobierno Nacional son las siguientes: Presidente de la República, ministros de despacho y directores de departamento administrativo.

El artículo 286 de la Constitución Política de 1991 indica que las entidades territoriales son los “departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas” y que la ley puede establecer como entidades territoriales “a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”. Como complemento de esta definición se encuentran las entidades contenidas en la Ley 1454 de 2011 y la Ley 1625 de 2013, a saber, regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, y las asociaciones de municipios.

Con respecto a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, si bien no es objeto del presente artículo profundizar sobre este tema puntual, teniendo en cuenta que actualmente no existe una norma que las autorice expresamente, no podrían celebrar los contratos derivados el artículo 355 de la Constitución.

- **Contratista.** Deben ser entidades sin ánimo de lucro de “reconocida idoneidad” (ESAL). Por lo tanto, no se pueden celebrar este tipo de contratos con personas naturales ni con personas jurídicas con ánimo de lucro. De acuerdo con la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, son entidades sin ánimo de lucro:

[...] aquellas personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de una o más personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de asociados, terceras personas o comunidad en general. Este tipo de entidades no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros. Dentro de la clasificación de las entidades sin ánimo de lucro se encuentran cuatro (4) grupos: Asociaciones, corporaciones y fundaciones, Entidades de la Economía solidaria, Veedurías ciudadanas, Entidades extranjeras de derecho privado, con domicilio en el exterior (2017, pág. 8).

Chávez Marín expone un concepto que se considera lo suficientemente claro para definir a las entidades sin ánimo de lucro:

(...) personas jurídicas que trabajan por el beneficio o utilidad común y que como su nombre lo indica a través de una expresión negativa, no buscan la satisfacción de intereses lucrativos a su favor o a favor de quienes las integran y, como consecuencia, no implican el reparto de utilidades entre sus miembros con ocasión de su liquidación o en los periodos contables, sino que sus utilidades deben revertir o acrecer el objeto social respectivo (2012, p. 403).

De lo anterior se colige que la expresión “sin ánimo de lucro” hace referencia a la destinación final de las utilidades, la cual no puede ser el acrecimiento patrimonial de la persona jurídica o de las personas naturales vinculadas a ésta, sino la reinversión hacia el desarrollo del objeto social de la ESAL.

De acuerdo con el artículo 633 del Código Civil, las personas jurídicas sin ánimo de lucro pueden dividirse en corporaciones y fundaciones. Sin embargo, Gaitán Sánchez (2014, pág. 10), a través de la Cámara de Comercio, publicó la Guía práctica de las Entidades sin Ánimo de Lucro en la que establece cuáles son las principales clases de entidades sin ánimo de lucro, a saber:

- a. Fundaciones.
- b. Asociaciones y corporaciones.
- c. Entidades del sector solidario.

- d. Veedurías ciudadanas.
- e. Entidades extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro con domicilio en el exterior que establezca negocios permanentes en Colombia.

La tipología anterior concuerda con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por lo que, en resumen, las entidades sin ánimo de lucro presentadas por la Guía Práctica de las Entidades Sin Ánimo de Lucro y del Sector Solidario son quienes podrían celebrar los contratos del artículo 355 de la Constitución Política.

- **Finalidad.** Su finalidad debe ser el impulso de actividades que sean útiles a la comunidad, que materialicen el interés público en programas de alto impacto y trascendencia en la vida social. Según Rodríguez Tamayo, “las actividades que formen parte de un contrato de interés público deben alcanzar dimensiones amplias que se proyecten e impacten social y colectivamente a una comunidad con la búsqueda y el logro de propósitos generales e impersonales” (Rodríguez Tamayo, 2017, pág. 4).

Estos programas deben estar previstos en los planes de desarrollo. El Plan Nacional de Desarrollo, de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Ley 152 de 1994, es el documento que brinda los lineamientos estratégicos de las políticas públicas del Presidente de la República, cuya elaboración y seguimiento corresponde al DNP. Se compone por una parte general en la cual se definen los objetivos y prioridades a mediano y largo plazo, así como los lineamientos generales de política económica, social y ambiental. Así mismo, contiene un plan de inversiones que establece “los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución y, sus fuentes de financiación” (Departamento Nacional de Planeación de Colombia, s.f.)

Por otra parte, los planes seccionales de desarrollo, que corresponden a las entidades territoriales, se encuentran regulados en los artículos 36 y siguientes de la Ley 152 de 1994. Allí se indica que estos planes deben seguir las mismas reglas del Plan Nacional de Desarrollo y, específicamente en el artículo 38, se establece que su finalidad es “garantizar el uso eficiente de los recursos y el desempeño adecuado de sus funciones” (Congreso de Colombia, 1994).

Esta finalidad de impulsar programas y actividades útiles a la comunidad es denominada por Chávez Marín, con fundamento en Vidal Perdomo, como una forma de materialización del principio de participación a través de actividades de fomento que buscan el “estímulo o persuasión de la actividad de los particulares con el fin de conducirlos a la obtención de fines que se ajustan a los intereses de la colectividad”

(Chávez Marín, 2012, pág. 335), intereses que para el caso en concreto se corresponden con los contenidos en el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

Simultáneamente, los contratos celebrados en virtud del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia pueden enmarcarse dentro de la materialización del principio de participación en forma de “colaboración convencional de los particulares” que tiene como finalidad la intervención de los particulares, en armonía con las entidades estatales, para el desarrollo de actividades de interés público. A este respecto se ha manifestado Tafur Galvis:

(...) [Se consideran] como supuestos principales de la intervención convencional de los particulares en actividades estatales, los siguientes: convenios para la prestación de servicios públicos; contratación para el cumplimiento de actividades significativas de funciones administrativas típicas, contratos o convenios para el desarrollo de actividades de interés público incluidas en el Plan General de Desarrollo o en los planes sectoriales (Cursiva en el texto original)”. (1993, citado en Chávez Marín, 2012, p. 342).

Los elementos de los contratos públicos con entidades sin ánimo de lucro fueron desarrollados inicialmente por el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992, el Decreto 2459 de 1993 y, posteriormente, por el Decreto 092 de 2017. Por lo tanto, a continuación, se realizará una revisión de cada una de estas normas para analizar las diferencias entre la regulación del año 1992 y la del año 2017.

3. Decreto 777 de 1992 modificado por el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993

Como se explicó en los acápites anteriores, el artículo 355 de la Constitución de 1991 autorizó expresamente al Gobierno Nacional para expedir directamente, sin necesidad de una ley previa⁵, la regulación referente a los contratos de apoyo con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y proyectos de interés público y beneficencia. En virtud de lo anterior, este tipo de contratos posee una regulación específica, una normativa especial que, en principio, es ajena al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007).

Sin embargo, es importante señalar que el Decreto 777 de 1992 realizaba una remisión al Estatuto General en lo referente a la aplicación de cláusulas exorbitantes⁶, pero en lo demás se remitía al derecho privado. En la actualidad, el Decreto 092 de 2017 realiza una remisión expresa al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en temas como el

⁵ “El reglamento autónomo constitucional se diferencia entonces del reglamento que desarrolla una ley, simplemente en que aquél no requiere ley previa, pues la propia Constitución ha establecido un ámbito especial que puede ser desarrollado directamente por el Gobierno” (Corte Constitucional, Sentencia C021 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón).

⁶ Cláusulas excepcionales en el actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la aplicación de los principios de la contratación estatal, temas que serán revisados en acápite posteriores.

De la misma manera, el Consejo de Estado ya había señalado que, si bien la contratación con entidades sin ánimo de lucro tiene una regulación especial, a ésta deben aplicarse las normas del Estatuto General de Contratación en lo relativo, especialmente, al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y a los principios de la contratación estatal (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2016).

El Decreto 777 de 1992 iniciaba su articulado indicando que los contratos celebrados en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución son solemnes, lo que quiere decir que debían ser elevados a escrito, y que se someterían a las normas de derecho privado con excepción a lo regulado en el decreto y en lo referente a las cláusulas exorbitantes que consagraba el antiguo estatuto de contratación, Decreto 222 de 1983, y que actualmente se encuentran reguladas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011.

El Decreto 1403 de 1992 agregó que los contratos cuya cuantía supere los 100 SMMLV debían ser publicados “en el Diario Oficial o en lo[s] respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial”, así como el requisito de aprobación del Consejo de Ministros para los contratos superiores a 5.000 SMLMV. Este último requisito fue eliminado para los contratos celebrados por la Nación y por los establecimientos públicos a través del artículo 2 del Decreto 2459 de 1993.

En el artículo 1 del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1402 de 1992, se encontraba definida la **reconocida idoneidad** como “la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato” y se indicaba que la reconocida idoneidad debía ser debidamente motivada a través de acto administrativo. Esta definición se complementaba, para efectos de la contratación en el sector salud, en el artículo 18 del decreto que indicaba lo siguiente:

Las instituciones privadas sin ánimo de lucro del sector salud demostrarán su reconocida idoneidad para el cumplimiento del objeto contractual de que trata el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Política, mediante la certificación de que las mismas se encuentran inscritas en el Registro Especial de personas que prestan servicios de salud debidamente clasificadas y calificadas, conforme a las normas pertinentes. El respectivo contrato sólo podrá versar sobre las actividades que puede desarrollar la entidad de acuerdo con la clasificación y calificación correspondiente.

Luego de definir los requisitos de la contratación con entidades sin ánimo de lucro, hacía referencia a aquellos contratos a los cuales no se les aplica su regulación, a saber: (i) contratos que implicaran una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas con ánimo de lucro, (ii) las transferencias que realizaran las

entidades territoriales a personas de derecho privado para el desarrollo de una función pública o la prestación de un servicio público por mandato legal o constitucional,⁷ (iii) contratos con personas jurídicas creadas por entidades públicas o en cuya dirección exista representación de la entidad pública contratante y (iv) subsidios o asistencias a personas naturales.

En vigencia del Decreto 777 de 1992, las ESAL que celebraban este tipo de contratos, tenían la obligación de constituir garantías de manejo y cumplimiento cuya cuantía se encontraba a discreción de la entidad contratante. Esta obligación tenía como excepción el artículo 19 del Decreto 777 de 1992 relativo a la contratación con ESAL del sector salud cuando existiera concepto favorable de la Dirección Nacional, Seccional o Local del Sistema de Salud en virtud del tipo de servicios que prestaran, su situación financiera y su incidencia social. También se establecía la presencia de un interventor que podía ser designado por la entidad contratante o por la comunidad, asociaciones cívicas, profesionales, comunitarias o juveniles.

Teniendo en cuenta que en la contratación con ESAL las entidades contratantes solo podían destinar recursos dinerarios⁸ y de ninguna manera bienes muebles o inmuebles o algún otro tipo de activo patrimonial del Estado, el Decreto 777 de 1992 estableció como requisito para su celebración la expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) que aseguraba la existencia de apropiación presupuestal disponible para los respectivos contratos.

Se aclaraba que no existía relación laboral entre la entidad contratante y las personas que la ESAL contratara para el desarrollo de la actividad. Además, se establecía un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades⁹ que, como se indicó, se sumaba al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación, se imponía la obligación de las ESAL de destinar los recursos que recibían por parte de la entidad

⁷ Las transferencias, las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas de carácter público o de participación mixta y los subsidios no requieren de la celebración de un contrato ni están sujetas al cumplimiento de la normatividad que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Nacional (Chávez Marín, 2012, p. 412-413).

⁸ La Sala concluye que, tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión “recursos de los respectivos presupuestos” no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que sólo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria pues a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad: 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957) de 2009, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo).

⁹ El artículo 9 del decreto 777 de 1992 establece las siguientes incompatibilidades especiales: (i) Tener la calidad de servidores públicos que ejerzan autoridad civil o política en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante, (ii) Ser miembros de corporaciones públicas con competencia en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante, (iii) Ser cónyuge, compañero permanente o parientes de las personas que ejerzan cargos de nivel directivo en la entidad pública contratante.

contratante exclusivamente al desarrollo del objeto del contrato, y se exigía que las ESAL debían estar constituidas con seis meses de antelación a la celebración del contrato y su duración no podría ser inferior al término del contrato y un año adicional.

Finalmente, se indicaba que este tipo de contratos estaba sujeto a control fiscal y que la entidad contratante podía terminarlos de manera unilateral cuando existiera incumplimiento y podía exigir la indemnización de perjuicios que se hayan causado.

4. Decreto 092 de 2017

Como se indicó al inicio de este capítulo, el 23 de enero del año 2017, el Gobierno colombiano expidió el Decreto 092 de 2017, nueva reglamentación para el artículo 355 de la Constitución con respecto a la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro, que derogó expresamente, y en su totalidad, el Decreto 777 de 1992 y sus decretos complementarios.

Con este decreto, en el marco de la pretendida lucha contra la corrupción, el entonces Presidente Juan Manuel Santos buscaba “frena[r] los abusos en materia de contratación directa con las entidades sin ánimo de lucro” (Colombia Compra Eficiente, SF) que se venían presentando con la regulación del Decreto 777 de 1992, pues este decreto permitía la contratación directa con entidades sin ánimo de lucro, lo que promovió que se revivieran prácticas clientelistas con estas entidades, relacionadas con los dirigentes de las entidades territoriales o, incluso, fundadas por ellos mismos o por sus familiares para su beneficio particular. De acuerdo con las declaraciones del entonces Presidente Santos el 27 de enero de 2017, en el país:

[...] fundaciones creadas o manipuladas por personas corruptas eran y todavía son usadas para contratar y robarle al Estado, a los ciudadanos, los recursos públicos. También se usaban para financiar supuestas actividades de beneficencia, cuando en realidad era para otros fines (Presidencia de la República, 2017).

Sin embargo, es importante señalar que algunas ONG estuvieron en desacuerdo con la firma de este decreto, pues aseguraban que no fueron consultadas y que, si bien existían prácticas de corrupción con el uso de esta figura, no todas las entidades sin ánimo de lucro eran utilizadas para fines distintos a los consagrados en la Constitución (Redacción de Análisis, 2016).

Esto sumado a la expedición del Decreto 2150 de 2017¹⁰ que le imponía cargas excesivas a las pequeñas ESAL bajo la premisa de que la mayoría presentaban problemas de corrupción, implementó barreras adicionales a las pequeñas ESAL que no eran utilizadas como instrumentos de desviación de recursos públicos. Sobre este último decreto, distintas

¹⁰ Régimen tributario especial para Entidades sin ánimo de lucro.

organizaciones manifestaron su inconformidad a través de una carta al Ministerio de Hacienda en la cual expresaron:

la norma desconoce la naturaleza de múltiples ESAL, las cuales seguramente no podrán mantenerse dentro del régimen especial y pueden incluso desaparecer. Esta posibilidad incrementaría la informalidad en el sector, lo cual es desafortunado e inconveniente si se pretende fortalecer el sector social, solidario y comunitario (Eje 21, SF).

Retomando lo establecido por el Decreto 092 de 2017, se encuentra en el primer artículo que esta norma regula los contratos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional y, además, establece que:

[P]ara la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúsculas inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto.

Este inciso actualmente se encuentra demandado de nulidad ante el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2017), pues Colombia Compra Eficiente no es una institución que haga parte del Gobierno Nacional y, en este inciso, se está delegando la competencia de regulación que fue expresamente establecida por el constituyente a una entidad que no fue autorizada por la Constitución. Sin embargo, en la actualidad se cuenta con la Guía de Colombia Compra Eficiente para la Contratación con Entidades Sin Ánimo de Lucro expedida en el marco de la regulación del referido decreto.

Se mantiene el requisito según el cual el objeto de la contratación debe ser el impulso de programas y proyectos de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo. Rodríguez Tamayo (2017, p. 4) expone que “las actividades que formen parte de un contrato de interés público deben alcanzar dimensiones amplias que se proyecten e impacten social y colectivamente a una comunidad con la búsqueda y el logro de propósitos generales e impersonales”. Sin embargo, existe un cambio con respecto a las entidades contratantes que fue expuesto en el acápite II (ver supra pág. 12).

En el artículo 2 del decreto se establecen las condiciones para acudir a este tipo de contratación, a saber:

a. Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;

b. Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y

c. Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.

En virtud de lo anterior, si un departamento o municipio desea realizar un programa de atención en salud para los niños y niñas menores de 10 años en una zona rural golpeada por el conflicto armado, tendrá que verificar que este programa pueda enmarcarse en el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo y, además, que cumpla con uno de los requisitos del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, los cuales serían para este caso la promoción de derechos para las personas en situación de debilidad manifiesta y el derecho a la paz, por ejemplo.

De igual manera, si un departamento o municipio pretende realizar una actividad de promoción cultural de las comunidades indígenas de su territorio, podría realizarla de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, siempre y cuando este tipo de programas se encuentren previstas en el Plan Nacional o en los planes seccionales de desarrollo.

Se puede observar que se mantienen algunas condiciones del Decreto 777 de 1992 en lo relativo a la finalidad de la contratación, que emana directamente de la Constitución, que no debe existir una contraprestación directa a favor de la entidad y además agrega que la entidad no debe brindar instrucciones al contratista para desarrollar el objeto, pues se trata de un contrato de apoyo a una actividad en la que el contratista tiene experiencia. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado que:

[S]i lo que quiere [la entidad pública] es fomentar un programa o una actividad de interés general en alianza con un particular sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con aportes mutuos de cualquier naturaleza, se estará en la posibilidad contemplada en el artículo 355 de la Carta (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2008, pág. 5).

Finalmente, agrega que los bienes, “obras” y servicios no deben existir en el mercado de las sociedades comerciales o que las ofertas realizadas por la ESAL representen mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos. Una incorrecta interpretación de este último inciso puede dar lugar al uso de la figura de contratación pública con entidades sin ánimo de lucro del artículo 355 con la finalidad de desviar un contrato de obra que tendría que ser celebrado

bajo las condiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por lo tanto, la aplicación del presente inciso debe realizarse de forma cuidadosa, pues la posibilidad de celebrar contratos de obra a través de esta modalidad se encuentra sujeta a los requisitos del artículo 355 de la Constitución (concordancia con el PND y los planes seccionales de desarrollo) y los requisitos del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

En ese sentido, si un municipio o un departamento desea realizar un proyecto escolar para la promoción del deporte en niños y niñas víctimas del conflicto armado o para niños y niñas pertenecientes a una comunidad afrodescendiente, para lo cual requiere la construcción de una cancha que se entregaría a la comunidad para la práctica del deporte específico, podría realizarse esta contratación con una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad a través del artículo 355 de la Constitución, después de verificar el cumplimiento de todos los requisitos mencionados y prestando especial atención a que este contrato no implique ninguna contraprestación directa a favor de la entidad estatal.

Al respecto resulta pertinente el concepto con radicado No. 1626 del 24 de febrero de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual, el Ministerio de Interior y Justicia a solicitud de la Directora del Departamento Jurídico y de Contratación de la Gobernación del Quindío, eleva consulta a la Sala, en relación con la viabilidad jurídica de celebrar convenios entre el Departamento del Quindío y el Comité de Cafetero con fundamento en el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución con el fin de realizar un proyecto de construcción y mejoramiento de vías. En virtud de esta consulta, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado manifiesta que no es posible realizar este tipo de contratos con fundamento en el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución, teniendo en cuenta que

la apropiación de dineros para inversiones públicas, tales como, construcción, mantenimiento y reparación de la infraestructura vial departamental, se enmarca dentro de las funciones de la entidad pública, las cuales debe cumplir de conformidad con las disposiciones presupuestales y de contratación vigentes (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2005, pág. 9).

Así mismo, manifiesta que este tipo de obras implican una contraprestación directa a favor de la entidad estatal

De otro lado, como se trata de convenios que implican "*una contraprestación directa a favor de la entidad pública*", cual es la ejecución de las obras públicas contratadas, contravendrían lo previsto en el numeral 1o. del artículo 2o. del decreto 777 de 1.992, en razón a que los contratos del artículo 355 se rigen por las disposiciones reglamentarias expedidas por el Gobierno Nacional (cursiva en el texto original) (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2005, pág. 10).

Por lo anterior, es importante que si se trata de un contrato de obra se verifique de manera cuidadosa si éste cumpliría los requisitos para ser celebrado en virtud del artículo 355 de la Constitución. De lo contrario, tendrá que seguirse la contratación indicada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de acuerdo con la cuantía y los demás criterios previstos en dicho estatuto.

Por otra parte, el Decreto 092 de 2017 crea la figura de “Documentos del Proceso” en los que se debe dejar registro de todo el proceso de contratación y justificar la selección que se realice del contratista. De acuerdo con la Guía de Colombia Compra Eficiente (2016, pág. 5), los Documentos del Proceso son:

(a) los estudios y documentos elaborados en la etapa de planeación; (b) los documentos en los cuales la Entidad Estatal establece los términos y condiciones para seleccionar la entidad privada sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (c) la explicación que contenga la correspondencia entre las Entidades Estatales y las entidades privadas sin ánimo de lucro interesadas en el Proceso de Contratación sobre el mismo; (d) las ofertas presentadas por las entidades privadas sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (e) los informes de evaluación de las ofertas cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (f) el contrato y sus modificaciones; (g) los subcontratos que suscriba la entidad privada sin ánimo de lucro para ejecutar el objeto del contrato que desarrolla el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo; (h) los documentos que recojan información sobre la ejecución del programa o actividad del plan de desarrollo por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro; e (i) cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.

Así mismo, el inciso 3 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017 establece, como condición para la celebración de estos contratos la autorización expresa del representante legal de la entidad, competencia que no podría ser delegada. Este último aspecto también se encuentra demandado ante el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2017), pero no se encuentra el motivo específico, por lo que se puede suponer que la demanda se debe, entre otros, a que el Gobierno Nacional no tiene la competencia para establecer o restringir la delegación de competencias, pues la facultad de regular el ejercicio de la función pública compete al legislador de acuerdo con el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Nacional. En el artículo 3° se define la reconocida idoneidad, así:

Artículo 3. Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le debe permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.

La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que deben acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para tal efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.

La definición citada se complementa con los criterios establecidos por la Guía de Colombia Compra Eficiente, a saber:

- (i) Correspondencia del objeto de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo. Se resalta la importancia de que el objeto social de la ESAL guarde correspondencia con el objeto del contrato, pues de esta manera se podría evitar que a través de una ESAL se canalicen todos los recursos y contratos de una entidad pública.
- (ii) Capacidad del personal de la entidad privada sin ánimo de lucro. De acuerdo con la Guía de Colombia Compra Eficiente:

[L]a Entidad Estatal puede pedir evidencia de que la entidad privada sin ánimo de lucro cuenta con el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el programa o actividad del plan de desarrollo y de adaptarse rápidamente, vinculando y entrenando nuevas personas (2016, pág. 13).
- (iii) Experiencia. Al respecto se debe observar que las entidades sin ánimo de lucro tengan una trayectoria en la ejecución de proyectos relacionados con el objeto del contrato. De acuerdo con la Guía de Colombia Compra Eficiente, esta experiencia debe corresponderse con la complejidad del objeto del contrato (2016, pág. 13).
- (iv) Estructura organizacional. Con este criterio, se busca determinar “la madurez de la organización en sus procedimientos, el manejo de la información y en general su gobierno corporativo” (2017, pág. 14). En este punto se verifica la existencia de un gobierno corporativo, estados financieros auditados, política documentada de conflictos de interés, política de manejo de riesgos operativos y archivo de documentos y política documentada de compensación de administradores y miembros de junta.
- (v) Indicadores de la eficiencia de la organización a partir de los estados financieros en los cuales se demuestre que la ESAL tiene un mayor porcentaje de gasto en proyectos que en su propio funcionamiento. Este punto llama la atención, pues en principio evitaría la inflación de salarios de los funcionarios de las ESAL o la inflación de los costos de funcionamiento como canal de desviación de recursos públicos.

- (vi) Reputación. De acuerdo con la Guía (2017, pág. 16) “la reputación es un elemento subjetivo que consiste en la representación mental colectiva sobre las acciones y resultados obtenidos en el pasado por una persona u organización que describe su habilidad para entregar los resultados deseados”. Este instrumento recomienda medir la reputación de la ESAL a partir de grupos focales aplicados a las comunidades en las cuales tendría impacto el proyecto a desarrollar.

Los criterios establecidos por la Guía de Colombia Compra Eficiente, que deberían ser aplicados durante los procesos de selección permeados por los principios y la regulación subsidiaria del Estatuto General De Contratación de la Administración Pública por remisión expresa del artículo 8 del Decreto 092 de 2017, evidencian una intención de establecer criterios unificados y exigentes para los procesos de selección aplicables a todas las entidades que contraten a través de este tipo de modalidad evitando discrecionalidad en la definición de los componentes de la reconocida idoneidad.

Sin embargo, la estandarización, rigidez y elevación de requisitos de tipo organizacional como la capacidad de personal, estructura organizacional e indicadores de eficiencia para acceder a la contratación con el Estado, podría afectar a pequeñas entidades sin ánimo de lucro que no hayan tenido prácticas de corrupción y que no cuentan con los recursos para satisfacer todos los requerimientos establecidos por Colombia Compra Eficiente y por los procesos de selección, a la vez que favorecería a entidades sin ánimo de lucro alimentadas y fortalecidas a través de las prácticas de corrupción y que cuentan con toda la estructura financiera y organizacional para continuar accediendo con ventajas a la contratación con entidades públicas. Así mismo, procesos estandarizados a nivel nacional podrían no ser aplicables en municipios de quinta o sexta categoría por no responder a sus necesidades y a sus particularidades.

Un avance significativo en busca de la transparencia es que el artículo 4 del Decreto 092 de 2017 establece un proceso competitivo entre entidades sin ánimo de lucro que puedan desarrollar el objeto propuesto en el plan de desarrollo. Este proceso competitivo será determinado por cada entidad, lo que representa una dificultad práctica para las entidades sin ánimo de lucro que deben ceñirse a variados procesos de selección dependiendo de la entidad estatal, lo que se añade a la dificultad que pueden tener las pequeñas entidades sin ánimo de lucro para concurrir a estos procesos, asumir sus costos y competir con entidades sin ánimo de lucro de un músculo financiero fuerte y, por lo tanto, algunos sectores de la población podrían quedar desprotegidos, pues si bien el decreto pretende acabar con prácticas de corrupción, la realidad es que también existen entidades sin ánimo de lucro pequeñas que no incurren en prácticas de corrupción y que se verían afectadas con estas nuevas modalidades y requisitos para la contratación.

El último inciso del artículo 4 del Decreto 092 de 2017 incurre en una posible nulidad por violación directa de la Constitución, pues establece que:

las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos.

En este punto, como ya se indicó, la Constitución prohíbe expresamente decretar auxilios en favor de personas naturales y solo establece la posibilidad de celebrar los contratos del artículo 355 con entidades sin ánimo de lucro que, por definición, se constituyen como personas jurídicas, por lo que no sería posible un contrato de interés público derivado del artículo 355 de la Constitución con una persona natural debido a que no existe habilitación constitucional para hacerlo.

Finalmente, el Decreto 092 de 2017 establece que será aplicable a los contratos celebrados en virtud del artículo 355 de la Constitución el régimen de inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como sus principios y sus normas. De igual manera, establece la obligación de las entidades de publicar los documentos del proceso en el SECOP como garantía de transparencia, lo que constituye un avance en la búsqueda de transparencia para este tipo de contratación.

Cabe señalar que, si bien no se dice nada acerca de las garantías, en aplicación de la normatividad del estatuto general de contratación estatal, éstas deberán ser exigidas en los términos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En ese sentido, es importante revisar la Guía de garantías en los procesos de contratación de Colombia Compra Eficiente (Colombia Compra Eficiente, 2014).

De acuerdo con los artículos 2.2.1.2.1.4.5 y 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, los contratos en las modalidades de contratación directa, mínima cuantía y adquisición en Grandes Superficies, la exigencia de garantías es opcional y debe justificarse. En los demás tipos de contratos, dentro de los cuales estarían también los contratos del artículo 355 de la Constitución, las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento son obligatorias.

La Guía de garantías en procesos de contratación (Colombia Compra Eficiente, 2014, pág. 5), con fundamento en el artículo 2.2.1.2.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015, indica que los riesgos que se deben cubrir mediante garantías en los procesos de contratación son los siguientes:

1. Selección.
2. Contratación y ejecución.
3. Obligaciones posteriores a la ejecución.

Finalmente, el artículo 2.2.1.2.3.1.2 indica tres tipos de garantía que pueden ser otorgadas para el cumplimiento de las obligaciones del contratista, a saber: (i) contrato de seguro, (ii) patrimonio autónomo y (iii) garantía bancaria.

Sobre la exigencia de garantías, existe la necesidad de una regulación especial con respecto a los contratos con entidades sin ánimo de lucro en virtud del artículo 355 de la Constitución que esté acorde a la finalidad de los mismos. Lo anterior teniendo en cuenta que no parece idóneo aplicar las garantías de la misma manera en la cual se aplican en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por la especialidad de la contratación y por la calidad de los contratistas que, se reitera, en ocasiones son fundaciones o corporaciones pequeñas que no cuentan con la capacidad económica para celebrar contratos en los estrictos términos establecidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

5. Conclusiones

Como se vio, los contratos estatales con entidades sin ánimo de lucro establecidos en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991, tienen como finalidad promover actividades benéficas para la comunidad a través de ejecución de proyectos por parte de dichas entidades con el apoyo del Estado. Sin embargo, la desviación de recursos a través de este tipo de contratación, desvirtuando la institución y sus finalidades, ha llevado a que el Gobierno Nacional busque, a través de la regulación normativa, frenar los abusos y la corrupción en este campo. En este contexto, se expide el Decreto 092 de 2017 que tiene como finalidad imprimir transparencia a la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro.

Dentro de los principales cambios que trae este Decreto, está la ampliación del concepto de reconocida idoneidad a través de la Guía de Colombia Compra Eficiente, la creación de la figura de “Documentos del Proceso” para plasmar todo el proceso de contratación con entidades sin ánimo de lucro, la creación de un proceso competitivo, cuyas etapas y parámetros estarían a cargo de cada entidad pública, la remisión a los principios y las normas generales del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y la obligación para las entidades sin ánimo de lucro de registrarse en el SECOP con el fin de acreditar su reconocida idoneidad.

Si bien no hace referencia expresa a las garantías, por remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017 se debe aplicar la normatividad contenida en el Estatuto General de Contratación, la cual podría generar una dificultad adicional para fundaciones o corporaciones pequeñas que no cuentan con la capacidad económica para celebrar contratos en los estrictos términos establecidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Se evidencia la necesidad de regular las garantías de este tipo de contratación de una manera especial que se adecúe al objetivo y las condiciones particulares de la misma.

Con respecto a sus finalidades, si bien el Decreto 092 de 2017 representa un esfuerzo del Gobierno Nacional para frenar la corrupción de esta figura, aunado a la parametrización establecida por Colombia Compra Eficiente y a las disposiciones relacionadas en el presente escrito que representarían un avance en la garantía de la selección objetiva, sus planteamientos normativos pueden generar dudas en la prácticas y no parecen ser la solución para garantizar procesos de selección más transparentes y que cumplan con las finalidades que les ha asignado el constituyente.

Lo anterior teniendo en cuenta que los procesos para contratar con entidades sin ánimo de lucro se complejizan, lo cual en principio parecería acabar con la selección discrecional de contratistas y la desviación de recursos, pero también limita el acceso a esta contratación a pequeñas entidades sin ánimo de lucro que no cuentan con el músculo financiero y organizacional para competir bajo los criterios del Decreto 092 de 2017.

Por su parte, la existencia de múltiples procesos competitivos determinados por cada entidad representa una dificultad práctica para las entidades sin ánimo de lucro que deben ceñirse a variados procesos de selección dependiendo de la entidad estatal, lo que se añade a la dificultad que pueden tener las pequeñas entidades sin ánimo de lucro para concurrir a estos procesos, asumir sus costos y competir con entidades sin ánimo de lucro con mayor poder financiero.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente, S. (1991). Trámite de proyectos. Comisiones al exterior y auxilios parlamentarios. Trámite de proyectos. Comisiones al exterior y auxilios parlamentarios. Bogotá: Banco de la República.

Chávez Marín, A. R. (2012). Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Segunda edición. Primera parte. Bogotá: Universidad del Rosario.

Gaitán Sánchez, Ó. M. (2014). Guía práctica de las Entidades sin Ánimo de Lucro. Bogotá: Cámara de Comercio.

Rodríguez Tamayo, M. (2017). Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro. Primera edición. Bogotá: LEGIS.

Cibergrafía

Colombia Compra Eficiente. (15 de diciembre de 2014). Guía de garantías en los procesos de contratación. Obtenido de <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-de-garantias-en-procesos-de-contratacion>

Colombia Compra Eficiente. (16 de enero de 2016). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Obtenido de

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf

Colombia Compra Eficiente. (SF). Firmado decreto que frena abusos por contratación con entidades sin ánimo de lucro. Obtenido de Sala de Prensa, Colombia Compra Eficiente: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/firmado-decreto-que-frena-abusos-por-contratacion-con-entidades-sin-animo>

Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). Qué es el Plan Nacional de Desarrollo. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Qu-es-el-PND.aspx>

Duque Daza, J. (Abril de 2005). La circulación de la clase política en Colombia: El congreso de la república durante el frente nacional. Revista Sociedad y Economía [en línea]. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99616178002>

Eje 21. (SF). El Decreto 2150 de 2017 amenaza la supervivencia de las entidades sin ánimo de lucro: Manizales en Común. Eje 21. Obtenido de <http://www.eje21.com.co/2018/04/el-decreto-2150-de-2017-amenaza-la-supervivencia-de-las-entidades-sin-animo-de-lucro-manizales-en-comun/>

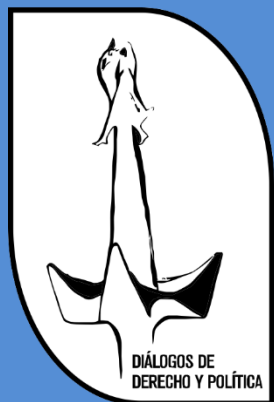
Presidencia de la República. (23 de enero de 2017). Declaración del Presidente Juan Manuel Santos luego de las reuniones de la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción y la Comisión Nacional de Moralización. Obtenido de Sistema Informativo del Gobierno - SIG: <http://es.presidencia.gov.co/discursos/170123-Declaracion-del-Presidente-Juan-Manuel-Santos-luego-de-las-reuniones-de-la-Comision-Ciudadana-de-Lucha-contra-la-Corrupcion-y-la-Comision-Nacional-de-Moralizacion>

Presidencia de la República. (Enero de 2017). Firmado decreto que frena abusos por contratación con entidades sin ánimo de lucro. Obtenido de Sistema Informativo del Gobierno - SIG: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/170123-Firmado-decreto-que-frena-abusos-por-contratacion-con-entidades-sin-animo-de-lucro>

Redacción de Análisis. (31 de octubre de 2016). Polémica por final de contratos con fundaciones. El nuevo siglo. Obtenido de <https://elnuevosiglo.com.co/index.php/articulos/10-2016-polemica-por-final-de-contratos-directos-con-fundaciones>

Normas y Sentencias

Congreso de la República. (19 de julio de 1994). Ley 152 de 1994. Diario Oficial No. 41.450. Bogotá.



Mejor trabajo de grado

Modalidad artículo





El estatus de los animales no humanos en el ordenamiento jurídico colombiano: Una visión prospectiva de su reconocimiento a partir del ejercicio hermenéutico de los operadores jurídicos de las altas cortes

Santiago Tamayo Pemberthy¹

Resumen

El artículo presenta el estatus otorgado a los animales no humanos dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Ello, a través de las diferentes líneas de pensamiento que fundamentan las labores hermenéuticas y argumentativas de los operadores de las Altas Cortes, tomando como punto de partida el paradigma antropocéntrico y llegando al giro dado en el mismo hacia un modelo ecocéntrico. Además, se propone brindar una serie de argumentos filosóficos y jurídicos que permiten vislumbrar cómo, a través de un ejercicio interpretativo sistemático y una reconfiguración de las estructuras ideológicas de los operadores, se podría lograr, prospectivamente, un reconocimiento expreso de los derechos de los animales.

Palabras clave: Derechos de los animales; Sujetos de derechos; Estatus jurídico de los animales; Protección animal.

¹ Egresado del programa de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: santiago.tamayop@udea.edu.co. Medellín – Colombia.

Artículo derivado del Programa Sociojurídico de Protección Jurídica a los Animales, adscrito al Departamento de Prácticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, para optar al título de abogado. Trabajo asesorado por el profesor Gabriel Chica Castaño y distinguido por el Consejo de Facultad como Mejor trabajo de grado.



El estatus de los animales no humanos en el ordenamiento jurídico colombiano: Una visión prospectiva de su reconocimiento a partir del ejercicio hermenéutico de los operadores jurídicos de las altas cortes

Llegará el día, en que el resto de la creación animal podrá adquirir aquellos derechos que nunca pudieron haber sido alejados de ellos más que por la mano de la tiranía.

Jeremy Bentham

Introducción

El medio ambiente, entendido en su complejidad, por estar compuesto de múltiples elementos, ha tenido un lugar dentro de los diversos ordenamientos jurídicos, desde la edad media hasta la actualidad. Es decir, la lucha por el reconocimiento de sus derechos y su protección desde el ámbito jurídico –que se ha venido dando en el presente siglo– no es un tema cuyo surgimiento derive de un auge ideológico coyuntural, sino que cuenta con antecedentes históricos e ideológicos que cimientan muchas de las discusiones dadas en la actualidad y que se construyen en los pensamientos políticos contemporáneos.

En este sentido, al vislumbrar el medio ambiente desde una óptica omnicompreensiva, se infiere que, como elemento integrante del mismo se encuentra la fauna, la cual, de manera específica, ha sido objeto de debate en la ciencia jurídica desde finales de siglo pasado. De esta manera se ha presentado una de las discusiones modernas que fundamentan la preocupación por el tema desde el marco legal, pues a lo largo de la historia se le ha otorgado a los animales no humanos multiplicidad de estatus según las condiciones –tanto históricas como jurídicas– de los pensamientos políticos vigentes.

Se puede observar entonces cómo el Derecho les ha otorgado un lugar a los animales, de manera precedente a las discusiones modernas, desde la edad antigua, –con reconocimientos divinos desde sus teologías–, y la edad media –con los juicios criminales adelantados en su contra–, avanzando hasta la época moderna en territorios como Alemania, en donde la legislación impartida con fundamento en los pensamientos del régimen nacionalsocialista implementados bajo la dirección del *Tercer Reich*, dio lugar a la expedición de cuerpos normativos de alto contenido ecológico. Tal es el caso de la Ley de Protección Animal promulgada en 1933 (*Tierschutzgesetz*) en la que se prescribía la crueldad, tanto pública como privada contra los animales, así como su protección sin distinción alguna entre las categorías de domésticos o salvajes; y la Ley de Protección de la Naturaleza en 1935 (*Reichsnaturschutzgesetz*) en la cual se amplía el espectro proteccionista respecto al medio ambiente en su complejidad.

No obstante, cabe resaltar que, dentro del pensamiento jurídico occidental moderno, la protección de los animales no humanos como elementos integrantes del medio ambiente se ha fundamentado desde una perspectiva antropocéntrica, haciendo que el estatus de los mismos dentro de los ordenamientos jurídicos no sea más que a título de <objetos> en diferenciación a la persona humana. Sin embargo, con el surgimiento de diversos movimientos ecológicos y la aparición de las denominadas *políticas verdes*, e incluso los “*Green States*”, se ha retomado el debate jurídico, reviviendo la preocupación del derecho por los temas medioambientales desde una perspectiva distinta.

Con el auge de estas nuevas ideologías verdes en Latinoamérica ha surgido el denominado *constitucionalismo ambiental*, en el que se considera a la naturaleza como un sujeto de especial protección constitucional. Esto ha generado un cambio de paradigma en el pensamiento jurídico de la región, trayendo consigo importantes reformas como las implementadas por Bolivia y Ecuador, en las cuales se incorporaron las cosmovisiones de los pueblos indígenas y anexaron de manera expresa, en sus constituciones, los derechos de la naturaleza y de los animales, en tanto se les reconoce subjetividad. En consecuencia, se establecieron como marco de referencia para las diferentes políticas ambientales de toda la comunidad internacional y dieron lugar a ese cambio en la perspectiva jurídica.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano se han venido constituyendo una serie de reformas en políticas ambientales que concuerdan con este cambio de paradigma del pensamiento jurídico occidental y que convergen con las preocupaciones medioambientales de carácter internacional. De igual forma ha ocurrido con el estatus otorgado a los animales no humanos en tanto elementos integrantes de la naturaleza, pues han pasado de ser calificados como meros objetos –*cosas*–, a ser considerados seres sintientes amparados por una especial protección constitucional.

Por lo tanto, lo que se pretende es precisamente dar cuenta del cambio de paradigma que se viene presentando en el ordenamiento jurídico colombiano, partiendo de las legislaciones que han surgido frente al estatus de los animales dentro de este, incluyendo allí la promulgación de la Constitución de 1991, la cual ha sido considerada como una constitución ecológica –incluso por el Alto Tribunal Constitucional–, exponiendo a la misma como una de las bases que fundamentan una visión prospectiva para la concesión de los derechos de los animales dentro del ordenamiento, dado el reconocimiento jurídico que se ha venido realizando a partir de la jurisprudencia nacional.

De esta manera se procederá, en primera instancia, a exponer algunas de las principales normativas referentes al estatus de los animales dentro de la legislación colombiana, para que, de manera consecuente, se aborden los principales argumentos de reconocimiento a

partir de la jurisprudencia de las Altas Cortes, dando cuenta del lugar de los animales en el derecho. Se finalizará entonces con unas breves conclusiones sobre la posibilidad del reconocimiento, en forma prospectiva, de los animales como sujetos de derecho desde la perspectiva de algunas corrientes filosóficas y jurídicas que fundamentan dicha premisa.

1. El lugar de los animales en la legislación temprana y el paradigma planteado desde la Constitución ecológica de 1991.

Mucho recorrido ha tenido la relación establecida entre los humanos y los demás seres pertenecientes al reino animal.¹ No obstante, una concepción tradicional desde la óptica del pensamiento jurídico occidental ha sido la de considerar a los animales no humanos como *cosas*; ya que tal corte antropocéntrico del pensamiento se encuentra altamente influenciado por el Derecho Romano, pues éste situaba a los animales en dicha categoría en distinción a la persona humana, lo cual los dotó de la calidad jurídica² de meros *objetos* proscribiendo *per se* la posibilidad de los mismos de ser sujetos de derechos, en tanto dichas prerrogativas les son propias a los humanos en cuanto poseedores de la calidad de personas. (Restrepo; 2011, p.60).

Esta concepción tradicional fue recogida en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Código Civil en 1873, el cual aún se encuentra vigente en gran medida. Este código se observa entonces como una de las primeras normativas en cuyo cuerpo se consideraba a la fauna del territorio como objetos del derecho mismo, en tanto incorporó algunas regulaciones del ámbito privado, referentes a los animales, al sistema jurídico.

Así pues, en el artículo 655 del mencionado código se consagraba a los animales como objetos y se categorizaban dentro de los bienes, *–objetos de propiedad–*, de la siguiente manera:

¹ Históricamente puede hablarse de una relación teológica, simbólica e incluso ritualista entre los humanos y los animales no humanos. Puesto que, desde la antigüedad relacionaban a los animales con divinidades y se les otorgaba cierto misticismo y compaginidad con las cualidades humanas, pasando a considerarlos, desde una visión teológica cristiana como seres *iguales* en tanto creaciones de dios; además de realizar juicios penales a los animales en la edad media, ya que entendían a los mismos como seres racionales de sus actos toda vez que gozaban de capacidad para cometerlos. Asimismo y en esta línea histórica, Molina Roa (2014) muestra como en el régimen nacionalsocialista se implementaron fuertes políticas de protección tanto ambiental como animal, dado el pensamiento político imperante.

² Se habla de calidad jurídica, en tanto *calificador*, pues mediante estas categorías se fijan las consecuencias jurídicas determinadas legislativamente para quien ostenta las mismas. Diferenciada del estatus jurídico, toda vez que este último hace alusión a la situación específica ante la ley, independiente de la calidad que se ostente.

ARTÍCULO 655. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.

Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658.

Asimismo, realizando una interpretación sistemática de la norma, se puede ver cómo estos pueden ser adquiridos por los diferentes modos tal y como lo es la ocupación. De ello da cuenta Ana María Vesga Gaviria (1998) al evidenciar cómo se puede adquirir por ocupación la fauna a través de la pesca y caza, y cómo en efecto esto da cuenta de la relación de propiedad que se ejerce sobre la misma, pues precisamente todas estas normas convergen en dicha premisa, toda vez que se entienden los animales como objetos.

Lo anterior, no solo deja en evidencia la perspectiva tradicional del derecho respecto de los animales no humanos, sino que además reafirma la concepción antropocéntrica en su inclusión al sistema normativo, pues observa a la fauna en una relación de dominio respecto del humano en la que se reafirma a este último como ser superior. Precisamente este paradigma, es decir, el antropocentrismo “refiere a la idea que los humanos son el centro del universo y que el ambiente debe ser protegido por su valor en el mantenimiento o la mejora de la calidad de vida humana.”³ (Toca Torres, 2011, p.202).

Posteriormente surgieron diferentes normativas encaminadas –según los cambios en el pensamiento político de cada una de las épocas–⁴ a otorgar una protección legal a los animales, previniendo así que sean maltratados y buscando un bienestar para los mismos. Por tal razón, surgieron leyes tales como la Ley 5 de 1972, por la que se regulan las juntas defensoras de los animales,⁵ así como la Ley 84 de 1989, mediante la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Protección de los Animales, que buscó erradicar el sufrimiento y el dolor causado a estos por el ser humano. Estatuto que, aun siendo una normativa preconstitucional,⁶ muestra el primer paso para el reconocimiento de los animales en del

³ Dicho en otras palabras, la visión antropocéntrica hace hincapié en la dominación del humano sobre las demás especies, haciendo de estos un mero instrumento para la satisfacción de sus necesidades, pues así también lo referencia, entre otros, Andrew Dobson (1997).

⁴ Estos cambios hacen referencia al paradigma predominante en la ideología y voluntad política de cada uno de los momentos en que fueron promulgadas las distintas normativas.

⁵ Respecto del alcance material de esta normativa cabe anotar que para su aplicación se requiere una verdadera voluntad política, la cual, se ha evidenciado -dada la inexistencia de estas juntas en gran parte del territorio nacional- es displicente frente al tema. Al respecto puede observarse el informe preventivo sobre las juntas defensoras de animales de la Procuraduría General de la Nación (2016).

⁶ Respecto de la Constitución de 1991.

ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto es a partir de este, según lo preceptuado en su Artículo 1º,⁷ que se les otorga el estatus de seres de especial protección.

En este precepto, además, se delimita cuáles animales se encuentran protegidos por la legislación nacional, abarcando el concepto de manera universal y sin realizar una diferenciación funcional de estos como se hacía en otras disposiciones.⁸ Al respecto, el párrafo del artículo 2º, del mismo Estatuto, prescribe que:

Parágrafo.- La expresión “animal” utilizada genéricamente en este Estatuto, comprende los silvestres, bravíos o salvajes y los domésticos o domesticados, cualquiera que sea el medio físico en que se encuentren o vivan, en libertad o en cautividad.⁹

Así pues, esta norma se divide en dos partes, a saber, una sustantiva y otra procedimental,¹⁰ estableciendo en la primera no solo las nociones anteriormente enunciadas, sino, además, bajo los principios rectores de protección especial y bienestar animal, una serie de deberes de los humanos para con los animales *no* humanos; los cuales bajo la noción de abstención de producir daño, se traducen, tal como lo expone Samuel José Ramírez (2001), en unos derechos de los animales de los cuales destacan

[...] los de no sufrir dolor, maltrato o ser víctimas de actos de crueldad –entendiéndose como tales los que se describen en el art. 6º. o en normas concordantes–; los de salud, bienestar, higiene; la preservación de la fauna silvestre; los de recibir alimento y bebida, abrigo, luminosidad, aireación, aseo, medicinas y permanecer en condiciones locativas apropiadas, esto último, especialmente con énfasis en los cautivos.¹¹ (p.160)

⁷ El texto literal del art. 1º es el siguiente:.- A partir de la promulgación de la presente ley, los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre.

⁸ En algunos de los cuerpos normativos referentes al tema ambiental, se habla de la fauna desde su acepción de recurso. A propósito, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1874) y el Código Sanitario Nacional (Ley 9 de 1979).

⁹ La definición de estos animales se puede dilucidar según lo preceptuado en el Artículo 687 del Código Civil, el cual los describe de la siguiente manera: “Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas, y domesticados los que, sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.”

¹⁰ En esta parte se describen los procedimientos investigativos y sancionatorios de las conductas que atentan contra los animales según lo preceptuado en la parte sustantiva, así como se enuncian las autoridades competentes para ello. También se determinan las penas y sus respectivos agravantes para quien cometa actos crueles contra los animales, se regulan las actividades de transporte, caza y pesca, el uso de los animales en experimentación y se establece todo el procedimiento punitivo que deberá llevarse a cabo para la imposición de la pena.

¹¹ Este argumento es una interpretación sugerente frente al reconocimiento de los derechos de los animales, pues el autor, muestra cómo por oposición a los deberes puestos en cabeza de los humanos para con los

No obstante, estas siguen la línea tradicional de la ciencia jurídica porque pese a mostrar esa preocupación por generar una protección legal a los animales, lo hacen desde una configuración normativa antropocéntrica; ya que, más que establecer unos derechos en cabeza de la fauna, establece unos deberes y obligaciones en cabeza de las personas y del Estado mismo.

De manera ulterior surge la denominada *Constitución Ecológica*. Esta, según Javier Alfredo Molina (2014) citando a Angarita Barón (1996), marca una ruptura en el pensamiento tradicional respecto del medio ambiente, toda vez que esta carta constitucional promulgada en 1991 cuenta con –aproximadamente– cincuenta artículos relativos a la protección medioambiental.

Aunado a ello, puede decirse que:

[E]l tema ambiental se constitucionalizó, en la medida en que la Constitución Política de un país es la vía primaria de expresión del cuadro de valores vigentes en la sociedad y el marco general en el que obligatoriamente debe desarrollarse la vida colectiva. La mención del medio ambiente en las normas de mayor rango obliga, además, a considerarlo como interés jurídico merecedor de la mayor protección, al que ya no se puede considerar, bajo ninguna circunstancia, como periférico ni secundario. (Amaya, 2002, p.25).

Sin embargo, la Carta Política denominada ecológica por su incorporación de la protección del medio ambiente, sigue teniendo un fundamento epistemológico de corte antropocéntrico, lo cual se evidencia en diferentes providencias emanadas por el Alto Tribunal Constitucional, tales como la Sentencia T-411 de 1992, en la cual se afirma fehacientemente que:

Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 1º, 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos, así como la defensa del ambiente, en tanto que éste es el entorno vital del hombre.

Asimismo, en Sentencia T-092 de 1993, con magistrado ponente Simón Rodríguez Rodríguez, se expresó que:

[E]l derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho

animales, se desprenden los derechos de estos últimos, lo cual es coherente con la teoría de los derechos reflejo propuesta por Kelsen en su teoría pura del derecho.

fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas (sic), se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental.

Así pues, puede observarse cómo desde la promulgación de la Constitución de 1991, y en la misma Carta Política –en etapas tempranas de su aplicación– siguió preponderando la noción antropocéntrica tradicional del pensamiento jurídico occidental, puesto que, aun considerando el ambiente en su complejidad, tiene una visión utilitarista del mismo.

En igual sentido cabe resaltar que aun cuando la legislación temprana, como lo es la Ley 84 de 1989, le otorgó un estatus de protección especial a los animales, esta se encontraba en un rango legislativo que, aun después de promulgada la constitución ecológica, no poseía igual jerarquía que los derechos consagrados en la Carta, y que, a su vez, la calidad jurídica de los animales no humanos no trascendió y los mantuvo como meros objetos o cosas.

2. El reconocimiento de una nueva calidad de los animales a partir de una posición antropocéntrica de las Altas Cortes.

Los tribunales de cierre en cada una de las jurisdicciones del poder judicial, han sido considerados como los intérpretes últimos de los diferentes cuerpos normativos que integran el ordenamiento, puesto que, en principio, son estos quienes dotan –a través del ejercicio hermenéutico– de significado concreto las disposiciones jurídicas.¹² En este sentido, cabe recalcar que de manera expresa se le ha otorgado la salvaguarda de la integridad y la supremacía de la Carta a la Corte Constitucional, lo cual le otorga a este alto tribunal la calidad de máximo intérprete de las disposiciones constitucionales, determinando el alcance material de las mismas a través de los lineamientos jurisprudenciales producto de su interpretación.¹³

Así pues, en este apartado, se expondrán algunas de las providencias de mayor trascendencia en lo respectivo al tema de la calidad de los animales no humanos dentro del aparataje jurídico nacional, siendo estas el producto del trayecto hermenéutico de los operadores jurídicos que conforman el cuerpo de los órganos colegiados de cierre, dando cuenta precisamente de ese

¹² Aquí se hace alusión a la jurisprudencia en tanto fuente formal de derecho y, de manera consecuente, a la vinculatoriedad del precedente judicial con las reglas aplicables al mismo. Al respecto puede observarse vasta jurisprudencia frente al tema, en especial las providencias proferidas por la Corte Constitucional, entre las cuales destaca la Sentencia C-634 de 2011 y la Sentencia C-539 de 2011 con M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Esto se encuentra de manera expresa en el Artículo 241 constitucional, así como de la interpretación sistemática de las funciones delegadas a dicha Corporación.

cambio en el pensamiento de quienes crean¹⁴ derecho. Es decir, se presentarán los principales argumentos esgrimidos por los juristas que integran los cuerpos colegiados, pues lo que se pretende, más que determinar la vinculatoriedad de dichas interpretaciones, es dar fe del cambio de paradigma en el pensamiento jurídico nacional que determina, de manera prospectiva, la posibilidad de un reconocimiento expreso de los derechos de los animales elevando su estatus dentro del ordenamiento.

En primer lugar, se tiene como hito la Sentencia C-666 de 2010; providencia en la que se promovió la discusión sobre los actos que se instituían en sí mismos como actividades humanas que conllevan maltrato animal explícito, pues la demanda se erigía sobre la constitucionalidad del artículo 7° del Estatuto Nacional de Protección de los Animales (Ley 84 de 1989), el cual prescribe como excepciones a las sanciones por maltrato algunas actividades tales como el rejoneo, corralejas, corridas de toros, entre otras; pues a ojos de quien incoó la demanda, dicha disposición normativa

[V]ulnera el principio de diversidad étnica y cultural, la prohibición de torturas y penas crueles, inhumanas o degradantes, la función social de la propiedad, la obligación de protección a la diversidad y al medio ambiente y el principio de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

De este modo, en un primer momento –luego de explicar el alcance de la norma *sub examine*– la Corte comenzó sus consideraciones y fundamentos aduciendo a modo de primer capítulo “el deber de protección para con los animales que se deriva de la Constitución”. Este deber lo estipula luego de realizar una interpretación afianzada en el sistema de fuentes determinado por la misma Norma Superior, aduciendo la concreción de los deberes estatales a través de los valores intrínsecos al sistema constitucional.

En tal sentido adujo la Corporación que:

Es claro, que el concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera

¹⁴ Se habla de creación, en cuanto se considera la jurisprudencia como fuente formal de derecho, pues esta misma se establece, en términos de Kelsen, como producto de una función constitutiva de derecho.

que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas. (Subrayas y negrita fuera de texto).

Lo anterior evidencia una visión omnicomprendiva del ambiente y de la protección constitucional de la que goza el mismo, en tanto se erige como deber y derecho consagrado en la norma superior; lo cual denota, además, que los animales como parte integrante del ambiente gozan, de manera consecuente, de dicha protección en una relación empática para con los mismos, dejando prever una noción que supera las visiones antropocéntricas que venían rigiendo el pensamiento jurídico.

Aunado a ello, esgrimiendo de manera continuada argumentos diversos sobre este deber de protección, el cual dicha corporación ascendió a rango constitucional, procede este alto tribunal a reconocerle a los animales, de manera expresa, una nueva calidad dentro del ordenamiento jurídico exponiendo que:

[...] la protección que se deriva de la Constitución supera la anacrónica visión de los animales como cosas animadas, para reconocer la importancia que éstos tienen dentro del entorno en que habitan las personas, no simplemente como fuentes de recursos útiles al hombre, sino en cuanto seres sintientes que forman parte del contexto en que se desarrolla la vida de los principales sujetos del ordenamiento jurídico: los seres humanos. (Subrayas fuera del texto).

Así pues, los animales, más que meros objetos, son formas de vida merecedoras de una protección reforzada constitucionalmente, en tanto seres sintientes. Prerrogativa que tiene como fundamento, además de la protección de los recursos naturales –existente en el ordenamiento jurídico vigente– la dignidad humana, pues entiende el Alto Tribunal que es a partir de esta, y en tanto seres morales, que las personas tienen la obligación para con los animales de no maltratarlos ni ocasionarles dolor, pues al ser seres dignos, –condición que no se otorga sino que se reconoce–, deberán actuar –e incluso se les podrá exigir que lo hagan– conforme a dichos parámetros.

De ahí que, aun cuando esta sentencia se establece como un hito en lo respectivo al reconocimiento de una nueva calidad para los animales y la elevación de su estatus dentro del ordenamiento jurídico, la misma se enmarca en el paradigma antropocéntrico, puesto que se les reconoce estas prerrogativas en una correlación de deber desde la dignidad humana, cuyos principios exigen que el comportamiento de los humanos este guiado por conductas dignas y, de manera consecuente, encaminadas a proteger a los animales.¹⁵

¹⁵ La Corte, en esta providencia, establece esta relación a partir del reconocimiento de la nueva calidad de los animales como seres sintientes pertenecientes al mismo entorno que el ser humano, pero la establece aduciendo

Esta línea argumentativa, cimentada en el pensamiento jurídico tradicional, se ha observado en diferentes providencias del Alto Tribunal Constitucional, buscando proteger algunos aspectos ambientales desde la óptica del ser humano como centro del ordenamiento jurídico.

A propósito, en Sentencia T-760 de 2007, se establece el debate en torno a los animales en tanto recursos naturales y –por consiguiente– como integrantes del medio ambiente, el cual se instituye como derecho, dada su relación con la dignidad humana; ya que al realizar una elucidación de diferentes instrumentos Internacionales,¹⁶ la Corporación adujo que “se reconoció la existencia de un lazo entre la verdadera realización global de la dignidad humana y un medio ambiente de calidad”.

Aunado a ello, en Sentencia C-150 de 2005 la Corte expuso que el medio ambiente:

[E]s uno de los mecanismos mínimos de existencia del ser humano. Es por intermedio de este que los seres humanos desarrollan su vida en condiciones dignas (Art. 11 C.P.) Así entonces, surge de nuestra Constitución el bien jurídico ambiental como derecho protegido por el Estado Colombiano, también llamado Constitución Ecológica (...)

Puede decirse entonces que la Corte, para elevar a rango constitucional el deber de protección animal bajo los argumentos anteriores, relacionó, de manera expresa, a la fauna como un integrante del medio ambiente, lo cual se deriva de la Constitución ecológica, que enmarca el deber desde una visión empática, dando por superada la mera utilidad, debido a la relación intrínseca de dicho deber con la dignidad humana y, en consecuencia, otorgándoles una nueva calidad dentro del ordenamiento a los animales como seres sintientes. Finalmente, este tribunal elevó a nivel constitucional el estatus de sujetos de especial protección, propio de los animales.

Por esta misma línea antropocéntrica –y ya reconocida su calidad de seres sintientes– el Tribunal Constitucional profirió la Sentencia C-889 de 2012, en la cual se retomó el debate

la protección que merecen como un deber moral de los humanos en cuanto seres superiores y dignos; dejando claro, de manera expresa, que los animales no humanos no son dignos por si mismos pues no tienen una entidad moral y por lo tanto lo que los erige como acreedores de un amparo constitucional es la dignidad de la persona humana que, en tanto digna, debe comportarse bajo dichos parámetros, evitando ocasionar dolor y sufrimiento a los seres con los que comparte su entorno.

¹⁶ Los instrumentos que se citan en dicha providencia son la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río y la resolución 45/94 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Instrumentos que, en términos de la Sentencia C-245 de 2004, se constituyen en fuentespreciadas de *gestión ambiental*.

frente al Reglamento Nacional Taurino (Ley 916 de 2004)¹⁷ y, sin ir más allá de lo ya planteado por la Sentencia C-666 de 2010, se mantuvo en su postura frente a los animales; es decir, hizo una ponderación entre el deber constitucional de protección a los animales, y los derechos culturales propios de los humanos; de manera que establece límites al deber constitucional dando primacía a los derechos de las personas, lo cual denota de manera fehaciente la línea argumentativa de carácter antropocéntrico en el discurso principal del Alto Tribunal.

En similar sentido la Corte Constitucional, a través de Sentencia C-283 de 2014, retomó el debate de la posición de los animales dentro del ordenamiento jurídico. En esta oportunidad se demandó la constitucionalidad de la prohibición respecto al uso de animales silvestres en los espectáculos circenses (Ley 1638 de 2013), y esta corporación, continuando con lo plasmado en la Sentencia C-666 de 2010, adujo que la protección de los animales se cimienta en los deberes morales y la solidaridad que el ser humano se encuentra obligado –en tanto ser digno– a propugnar frente a las demás especies del entorno natural, pues “[s]iempre podrá exigirse de los seres humanos un actuar conforme a parámetros dignos y, en este sentido, coherente con su condición de ser moral”.

Con todo ello aduce la Corte Constitucional que la norma que prohíbe el uso de los animales en los espectáculos de circo es totalmente ajustada al orden constitucional, toda vez que dentro de la libertad configurativa del órgano legislador se encuentra esta potestad y más cuando se halla vigorizada y respaldada por el deber de protección animal, que dota de una finalidad constitucionalmente válida a la norma examinada, ya que:

el interés superior del medio ambiente implica también la protección de la fauna ante el padecimiento, el maltrato y la crueldad, lo cual refleja un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sintientes. (Corte Constitucional, 2014).

En definitiva, bajo este paradigma antropocéntrico, se tiene entonces que, a través del ejercicio interpretativo realizado por la Corte Constitucional, se les ha otorgado la calidad de seres sintientes a los animales dentro del ordenamiento constitucional vigente y se ha elevado a rango constitucional su estatus de sujetos de especial protección. Ello, partiendo de las relaciones que entablan los humanos con aquellos no humanos, en tanto los primeros son seres dignos y este deber de protección se deriva de dicha condición. Empero, si bien esto es lo que se encuentra vigente y evidencia –desde la óptica del antropocentrismo– un reconocimiento de los animales dentro del ordenamiento jurídico, lo que permitirá vislumbrar

¹⁷ Este debate se había instaurado previamente en Sentencia C-1192 de 2005 con M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

un cambio de paradigma en el pensamiento jurídico son los argumentos esgrimidos, en algunas de estas providencias, por aquellos magistrados disidentes que proponen, y además dan muestra de ese cambio en la óptica de los juristas, un reconocimiento sin timidez de un estatus superior para los animales.

3. Un giro en el paradigma. El reconocimiento de un nuevo estatus desde la interpretación sistemática de la hermenéutica de los operadores jurídicos de las Altas Cortes.

En este punto, puede decirse que el pensamiento de los juristas de manera latente ha ido trastocándose y, en tal sentido, ha permitido un avance en el engranaje jurídico colombiano, lo cual se ha logrado a través de la introducción de nuevos argumentos al debate en la jurisprudencia, que han permitido de manera directa e indirecta un reconocimiento de los animales más allá de la noción antropocéntrica, otorgando a los mismos una posición jurídica relevante.

Pueden observarse entonces estos cambios latentes, un tanto tímidos al inicio, desde providencias como la sentencia C-595 de 2010, en la cual quedó expuesto de manera clara que, para el prócer interprete de la Carta, la naturaleza tiene un valor intrínseco toda vez que la “Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra”. Argumento que se aúna a lo denominado en esta misma providencia como “internacionalización de las relaciones ecológicas”¹⁸, pues en ella se menciona la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982, como uno de los instrumentos de los cuales se derivan los principios esenciales para la protección del medio ambiente, en tanto es un deber de carácter universal y en ella se consagra de manera expresa que:

[T]oda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral.

Asimismo, citando la sentencia C-339 de 2002, la Corte hace alusión a la dimensión ética que tiene la consideración del medio ambiente bajo la cual se considera al ser humano como parte de la naturaleza y, en consecuencia, ambos tienen valor *per se*. De lo que se puede inferir que los animales, en tanto integrantes de la naturaleza, también tienen un valor intrínseco.

¹⁸ Este concepto se desprende de lo preceptuado en el artículo 226 constitucional en el que se establece: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”

Inferencia lógica que se ratifica de manera expresa en la Sentencia T-608 de 2011 con Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, en cuanto:

[...] la protección de la naturaleza no sólo debe hacerse en aras de proteger al ser humano. El medio ambiente no debe ser concebido solamente desde una perspectiva antropocéntrica, entendiendo que el único fin de preservación es que en un futuro la naturaleza tenga alguna utilidad para el ser humano y no sea aliciente en el progreso de la humanidad, sino que la postura frente a éste bien debe ser de respeto y de cuidado. Teniendo en cuenta que debe haber un desarrollo armónico en donde el actuar de los seres humanos en relación al medio ambiente debe responder a la visión en donde los demás integrantes del medio ambiente son entes dignos que no se encuentran a disposición absoluta e ilimitada del ser humano. De tal forma que debe ser vista y entendida bajo el supuesto de que el ser humano es un elemento más de la naturaleza y no un superior que tiene a su disposición el medio ambiente. (Subrayas fuera de texto).

Argumento que evidencia tanto la mutabilidad de la ciencia jurídica,¹⁹ como el avance paulatino en el pensamiento jurídico dominante, en cuanto, a través de este viraje en el paradigma, se le reconoce a los animales no solo como seres sintientes, sino además como seres dignos.

Por otro lado, la Corte Constitucional arguyó, de manera denodada, en Sentencia C-449 de 2015, con Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, que:

[l]a preocupación por salvaguardar los elementos de la naturaleza fueran estos bosques, atmósfera, ríos, montañas, ecosistemas, etc., no por el papel que representan para la supervivencia del ser humano, sino principalmente como sujetos de derechos individualizables al tratarse de seres vivos, constituye un imperativo para los Estados y la comunidad. Solo a partir de una actitud de profundo respeto con la naturaleza y sus integrantes es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, abandonando todo concepto que se limite a lo utilitario o eficientista. (Subrayas y negrita fuera del texto).

Premisa que coligió de lo preceptuado con anterioridad en reiterada jurisprudencia en la cual se retoma lo aducido en la providencia hito, C-666 de 2010, en la que de manera expresa se argumenta que el concepto de medio ambiente es complejo en tanto a él pertenecen también la flora y la fauna, y dichos “elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden

¹⁹ La mutabilidad hace referencia a ese carácter dinámico de los sistemas jurídicos adscrito a la temporalidad de las normas en tanto producto social e histórico, desarrollado principalmente por las corrientes sociológicas del derecho, con exponentes como Ehrlich y Von Ihering. En igual sentido, Bobbio (2007) hace referencia al derecho como fenómeno social en tanto este es el reflejo de la sociedad que lo crea, al aludir a las teorías institucionalistas fundadas por Santi Romano, teoría con la cual está de acuerdo, toda vez que abarca una concepción del derecho no restrictiva.

protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana”²⁰. (Subrayas y negrita fuera del texto).

Asimismo, continuando con lo expuesto en Sentencia C- 449 de 2015, el alto tribunal dejó sentado que el medio ambiente se cimienta en el interés superior que de este se predica desde la misma Constitución dada su triple dimensionalidad, bajo la cual es entendido i) como *principio rector* del ordenamiento jurídico en tanto Estado Social de Derecho regido por la constitución ecológica; ii) como *derecho*, tanto fundamental como colectivo, y por último, es concebido iii) como *obligación*, en tanto el Estado y sus asociados tienen deberes constitucionales de protección.

Además, incluye, dentro del derecho ambiental, el principio de *in dubio pro Natura* consistente en:

[Q]ue ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja.

Pues para la Corte, la consagración de esta primicia permite apropiarse, a su vez, del principio de progresividad de los derechos, así como el reconocimiento del ser humano en una relación de interdependencia con los demás seres vivos que habitan la tierra. En este sentido:

[E]s claro para la Corte que el humano es un ser más en el planeta y depende del mundo natural, debiendo asumir las consecuencias de sus acciones. No se trata de un ejercicio ecológico a ultranza, sino de atender la realidad sociopolítica en la propensión por una transformación respetuosa con la naturaleza y sus componentes. Hay que aprender a tratar con ella de un modo respetuoso. La relación medio ambiente y ser humano acogen significación por el vínculo de interdependencia que se predica de ellos. (Corte Constitucional, 2015).

Se vislumbra entonces cómo la Corte ha introducido al debate, ya de manera más contundente, argumentos enmarcados en un paradigma ecocéntrico, el cual, en palabras de Claudia Toca Torres (2011), “predispone a los individuos a valorar la naturaleza por su propio bien, considerando que merece protección dado su valor intrínseco sin tener en cuenta su utilidad para los humanos.” (p.199).

²⁰ Este argumento hace alusión a la Sentencia C-123 de 2014 en la cual se debatió la constitucionalidad de la prohibición legal de establecer zonas del territorio que queden permanentemente o transitoriamente excluidas de la minería, según el Artículo 37 del Código de Minas. Para ello la Corte hizo alusión a la constitución ecológica y consecuentemente al concepto del medio ambiente en su acepción compleja citando el apartado de la providencia C-666 de 2010 al que se hace referencia.

Así pues, la labor interpretativa y dialéctica de la Carta cobra mayor relevancia e incluso una mayor fundamentación dentro de este paradigma cuando, de manera expresa se eleva el estatus jurídico de la naturaleza a sujeto de derechos con la promulgación de la Sentencia T-622 de 2016, en la cual se reconoció al Río Atrato como una entidad *sujeto* de derechos.

Reconocimiento que se fundamentó en los denominados derechos bioculturales (biocultural rights), ya que bajo esta óptica se logró analizar los problemas jurídicos sub iudice, puesto que se relacionaban derechos de las comunidades étnicas y culturales con derechos fundamentales y ambientales. En efecto, para la Corte, todos estos derechos conjugan de manera armónica con el paradigma ecocéntrico.

Esto denota un imperativo constitucional de protección integral desde una mirada holística del medio ambiente, en cuanto todos los elementos que lo componen están correlacionados desde las nociones culturales, y a su vez, de manera paradójica, para poder ser amparados integralmente, deben protegerse cada uno de estos elementos por sí mismos, pues la naturaleza “al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, **son sujetos de derechos individualizables** (...)”.²¹ (Subrayas y negrita fuera del texto).

Así pues, en la decisión de esta Corporación se enunciaron los derechos atribuidos²² a este ente natural una vez es reconocido expresamente como sujeto de derechos. En igual sentido cabe deducir que en la *ratio decidendi* de la providencia, tal y como se evidenció, se habla del medio ambiente en su conjunto, es decir, omnicomprendivamente en tanto ente complejo, lo que conlleva a entender que todas las formas de vida que lo componen son sujetos de derecho individualizables.

Por último, cabe destacar que con posterioridad a esta providencia y con fundamento en la misma, al ser un hito frente a los derechos de la naturaleza dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia STC4360 del 5 de abril de 2018, con Magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona, reconoció a la Amazonía colombiana como entidad sujeta de derechos, otorgándole los mismos derechos que al Río Atrato.

De todo lo anterior, puede concluirse entonces que los magistrados –en principio constitucionales– al introducir nuevos argumentos al debate, los cuales tienen una fundamentación ideológica y hermenéutica en el paradigma ecocéntrico, han logrado un

²¹Argumento similar se esboza en la Sentencia T-080 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² Derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas.

reconocimiento de nuevas calidades y estatus para los animales dentro del ordenamiento jurídico, bien sea de manera directa y expresa, o tácita e indirecta, pues de la interpretación sistemática de estas líneas hermenéuticas adoptadas por estos juristas, se concluye que del cuerpo normativo constitucional se desprende un reconocimiento jurídico de los animales no humanos como sujetos de derechos –en tanto seres sintientes– con un valor intrínseco y pertenecientes a la naturaleza misma en un sentido holístico.

4. Visión prospectiva. ¿Se puede hablar de derechos de los animales?

El reconocimiento de los derechos de los animales parte de una consideración igualitaria sustentada en el cuestionamiento expresado, en un inicio, por Jeremy Bentham (1780), la cual formuló de la siguiente manera: “la pregunta no es, ¿pueden razonar? ni ¿pueden hablar?, sino, ¿pueden sufrir?”²³ (p. 309).

El anterior cuestionamiento hace referencia a la ecuación igualitaria del sufrimiento como punto en común entre los seres humanos y los demás animales; supuesto que puede observarse incluso desde el pensamiento de Jean Jacques Rousseau (2013), para quien los animales pueden participar del derecho natural en tanto se asimilan a la naturaleza humana dada la sensibilidad con la que se encuentran dotados y, por lo tanto, el ser humano se encuentra sujeto, respecto a ellos, a una serie de deberes, pues:

[p]arece, en efecto, que si estoy obligado a no hacer ningún daño a mi semejante, ello no es tanto por su condición de ser racional como por la de que es un ser sensible; cualidad que siendo común al animal y al hombre, debe dar al primero por lo menos el derecho de no ser maltratado inútilmente por el otro. (p.12).

Estas premisas fueron retomadas y reformuladas por Henry Salt (1892), en tanto aducía que los animales poseen una individualidad no solo *sensible* sino, además, diferenciada. Esto les permitía gozar de una libertad *restringida*, y, por lo tanto, gozar de unos *derechos*, toda vez que comparten un gran número de puntos de parentesco con los seres humanos, pues, respecto de los animales, argumentó que “[t]ienen individualidad, carácter, razón; y tener esas cualidades es tener el derecho de ejercerlas, en la medida en que las circunstancias que los rodean lo permitan.” (p. 6).

²³ Este principio de igualdad moral es planteado por Bentham desde la óptica de su filosofía utilitarista, en tanto este, una vez establece los sujetos que ven afectada su *felicidad* por el actuar del *hombre*, determina que los animales son, también, sujetos morales, en tanto pueden sentir dolor *-sufrir-*, y que sólo fueron degradados al *estatus* de cosas por la insensibilidad de los antiguos juristas.

Además, para este autor, los derechos de los animales no son antagónicos a los derechos humanos,²⁴ en cuanto la defensa de los primeros conlleva indefectiblemente a la defensa de la humanidad misma, puesto que para reconocer esta última en su condición de dignidad, debería comportarse bajo parámetros dignos con los demás seres integrantes de la naturaleza. Reiterando así que los animales tienen derecho a una vida natural desde una libertad restringida, lo cual conlleva a que tengan un valor propio.

Una vez más, los animales tienen derechos, y estos derechos consisten en la ‘libertad restringida’ para vivir una vida natural, es decir, una vida que permite el desarrollo individual, sujeto a las limitaciones impuestas por las necesidades e intereses permanentes de la comunidad. No hay nada quijotesco o visionario en esta afirmación; es perfectamente compatible con una disposición a mirar las leyes más severas de la existencia de manera plena y honesta a la cara. (Salt, 1892; p.9).

Estos dos autores son, entonces, el cimiento del pensamiento de Peter Singer (1999) quien, siguiendo las corrientes filosóficas de la moral del valor y la utilidad, establece unas premisas a partir del principio de la *igualdad*, el cual, según su criterio, “no exige un tratamiento igual o idéntico, sino una misma consideración. Considerar de la misma manera a seres diferentes puede llevar a diferentes tratamientos y derechos” (pág.38).²⁵ Su teoría se fundamenta así en la igualdad diferenciada entre especies cuyo punto de convergencia es la capacidad de sufrir; supuesto que, al atribuírsele a toda forma de vida, permite a los animales no humanos ser considerados en sí mismos y, en consecuencia, ser considerados en su condición de sujetos de derechos.

Aunado a esta línea argumentativa, Tom Regan (1984) expone que el sustento mismo de este principio igualitario es el valor inherente que poseen todos los seres vivos, toda vez que tienen la capacidad de satisfacer sus deseos y, por contera, son sujetos de una vida; valor inherente que conlleva a un reconocimiento de individualidad en cada uno de los integrantes de las diversas especies y que desde la óptica de los derechos permitiría establecer relaciones fundamentadas en el respeto, pues tal como lo aduce el autor “todos los que tienen un valor inherente lo tienen por igual, sean animales humanos o no” (p.343).

²⁴ Premisa que fundamenta en el pensamiento filosófico de Porfirio, quien aducía que aquel que ama a toda la naturaleza animada, no encontrará razones para odiar una tribu de seres inocentes, buscando así desmentir los presupuestos del especismo.

²⁵ Esta concepción del principio de igualdad como consideración diferenciada se compagina con la interpretación que ha realizado el Alto Tribunal Constitucional de dicho principio dentro del ordenamiento jurídico vigente, pues en reiterada jurisprudencia, la Corte ha decantado el mismo estableciendo que en su dimensión material lo que se prohíbe en el ordenamiento no es el trato desigual sino discriminatorio, pues incluso, a veces, es imperativo el trato diferenciado. Al respecto las Sentencias C-862 de 2008, C-586 de 2016, entre otras que aluden a este principio.

Como puede observarse entonces, sólo una parte de esta argumentación ha sido utilizada por los operadores jurídicos de las Altas Cortes colombianas, incluso en las consideraciones disidentes²⁶ tendientes al reconocimiento de los animales dentro del aparato jurídico, pues ha primado la argumentación basada en esta *igualdad* filogenética de percepción sensorial del dolor, ya que “este fenómeno es contemplado como un modo de reacción emocional que presentan el hombre y los animales, integrado en las estructuras nerviosas más básicas, anteriores al desarrollo de los primeros homínidos, y retenidas por su valor adaptativo”.(León Olea, 2002, p.19).

Dicho intento de reconocimiento, más allá del ejercicio hermenéutico de la jurisprudencia nacional, se ha dado desde el poder legislativo,²⁷ ya que con la promulgación de la Ley 1774 de 2016 se reconoció a los animales, desde las prerrogativas formales legales, como seres sintientes y no como cosas, adicionando al artículo 655 del Código Civil, citado en el primer acápite, un parágrafo en el que se le reconoce la calidad de seres sintientes.

Dicha normativa consagra, además, en clave de principios, una lista taxativa de un mínimo de garantías que le deben ser otorgadas a los animales. Estos principios se encuentran consagrados en su artículo 3º, donde junto a la protección animal y a la solidaridad social se encuentra el principio de bienestar, el cual contiene, a su vez, las cinco *libertades* que le permiten a los no humanos desarrollar su existencia de vida. Estas garantías son: i) que no sufran hambre ni sed; ii) que no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor; iii) que no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido; iv) que no sean sometidos a condiciones de miedo o estrés; y v) que puedan manifestar su comportamiento natural.

De este modo se observa cómo la hermenéutica jurídica de los tribunales de cierre se ha valido de las corrientes filosóficas utilitaristas y de las teorías del valor inherente para otorgar nuevas calidades a los animales no humanos dentro del ordenamiento jurídico e, incluso, para elevar su estatus vigente a rangos legales y constitucionales.

Así, de manera expresa, se han presentado algunos fallos un tanto controversiales, dada su discrepancia con el pensamiento dominante, y su insurrecta forma de establecer, fehacientemente, una subjetividad jurídica en cabeza de estos seres sintientes. Entre tales fallos se encuentra la Sentencia del 23 de mayo de 2012 con expediente 17001-23-3-1000-

²⁶ Al hablar de pensamientos disidentes se hace referencia a los salvamentos de voto presentados por los diferentes magistrados en las providencias examinadas en los acápite anteriores pues si bien se reconocían nuevos estatus y calidades jurídicas a estos seres, nunca se habló de manera expresa del reconocimiento de sus derechos, pues siempre se expuso el debate en clave de deberes y derechos del humano, por lo menos desde las líneas antropocéntricas de la jurisprudencia.

²⁷ Pues, siguiendo con los postulados planteados por Salt, es mediante la educación y la legislación que se logra la materialización efectiva de estos derechos más allá de su reconocimiento formal.

1999-0909-01, cuyo Magistrado Ponente fue Enrique Gil Botero, en la cual, si bien el problema jurídico consistía en la declaración de responsabilidad del municipio de Anserma por los daños causados por un animal, la Corporación va más allá y establece que la responsabilidad derivada de los hechos de los animales no puede enmarcarse dentro de las cosas pues estos son seres dignos en sí mismos y, por lo tanto, sujetos de derecho, así:

[P]orque al margen de que no manifiesten su voluntad en el denominado contrato social, sí son sujetos que tienen un propósito vital y finalidad en la existencia, tanto así que entran en relación directa y permanente con el ser humano. Sin esta fundamentación estructurada en la noción de “capacidades”, no sería posible, por ejemplo, reconocer derechos fundamentales en cabeza de las personas jurídicas, tales como la garantía constitucional al debido proceso. De allí que, según la mencionada postura teórica, la dignidad ínsita al animal no permite asimilarlo a una cosa u objeto; por tal motivo, la responsabilidad derivada de los animales domésticos, domesticados o fieros no podría ser entendida como una especie de aquella que se refiere al hecho de las cosas. A [sic] contrario sensu, el principio de dignidad implícito en estos seres vivos haría que toda institución jurídica –incluida la responsabilidad extracontractual civil o del Estado– tuviera en cuenta esta condición, que serían fines en sí mismos, y que, por lo tanto, son susceptibles de ser titulares de derechos (v.gr. el derecho a no ser maltratado, el derecho a una muerte digna sin sufrimiento, entre otros (...)) es pertinente reconocer valor propio en los animales y otros seres vivos, y si bien resulta válido que el hombre en ocasiones emplee aquéllos para garantizar o mejorar su bienestar, o realizar actividades laborales o de recreación, lo cierto es que esta circunstancia no impide ni supone la negación de esa fundamentación filosófica que permite que la interpretación y hermenéutica del ordenamiento jurídico se efectúe bajo el reconocimiento de que son seres vivos dotados de valor propio y, por lo tanto, titulares de algunos derechos.

Posteriormente, y siguiendo esta línea argumentativa, el Consejo de Estado, en fallo del 26 de noviembre de 2013 con expediente 25000-23-24-000-2011-00227-01, con Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero, hace una interpretación incluso un poco más intrépida al aducir que es evidente que para el legislador los animales son sujetos de derecho con valor en sí mismos, pues ello se desprende de cuerpos normativos tales como el literal c) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”; y la promulgación de la Ley 1638 de 2013 “por medio de la cual se prohíbe el uso de animales silvestres, ya sean nativos o exóticos, en circos fijos e itinerantes”, se desprende “un reconocimiento expreso por parte del legislador de derechos directos y autónomos a favor de los animales y las especies vegetales en nuestro territorio nacional”.

Además, establece que no es necesario dotar de personalidad jurídica a los animales para que estos hagan valer sus derechos, pues para eso están los mecanismos establecidos en el mismo

ordenamiento jurídico y pueden ser accionados en tanto se les reconoce a los animales como sujetos de derechos.²⁸

En otros términos, no es necesario que los animales o las especies vegetales sean consideradas personas jurídicas o morales para que puedan comparecer a la administración de justicia en busca de que se protejan sus derechos reconocidos por la propia comunidad, ya que existen los mecanismos procesales constitucionales idóneos para garantizar el amparo de los respectivos derechos (Consejo de Estado, 2011).

Siguiendo esta línea argumentativa se tiene la Sentencia del 26 de julio de 2017 (AHC4806-2017) dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se le concedió Habeas Corpus a un oso de anteojos, bajo la consideración que de una interpretación integral del sistema normativo, se desprenden unos derechos de los animales, consagrados, en esencia, en la Ley 1774 de 2016. Esto, haciendo alusión a los principios de bienestar animal y estableciendo su carácter de sujetos de derecho desde una visión ecocéntrico-antrópica “en la cual el hombre es el responsable principal de la conservación del universo y del medio ambiente, que aboga por una ciudadanía universal y biótica”.

Asimismo, en Sentencia C-041 de 2017 con magistrados ponentes Jorge Iván Palacio Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la que se debatió sobre la constitucionalidad de los actos exentos de las penas constituidas para los delitos contra los animales, se hizo alusión, de manera expresa a un reconocimiento de derechos de los animales partiendo de unos elementos históricos y filosóficos fundamentados en teorías como las de Bentham, Salt y Reagan. Y con base en dichas consideraciones se decidió declarar inexecutable la norma examinada, (párrafo 3° previsto en el artículo 5° de la Ley 1774 de 2016, que adicionó el artículo 339B al Código Penal), en cuanto se consideró que actividades como el rejoneo y las corridas de toros, no se adecuan al orden constitucional.²⁹

Además, es de enfatizar, tal como lo hacen los magistrados en estas ponencias que, si bien los animales son sujetos de derechos dada su condición moral y jurídica de seres sintientes, los derechos que se les reconocen no son equiparables en un todo a los de los humanos, pues deberán ser otorgados de manera diferenciada según sus condiciones propias, lo cual compagina con el principio igualitario expuesto por Singer (1999).

²⁸ Estas providencias son analizadas desde el paradigma biocéntrico por Molina Roa (2016), con el fin de establecer los retos de dicho paradigma en la región latinoamericana respecto de los derechos de la naturaleza.

²⁹ Es de anotar que esta providencia fue declarada nula en lo que respecta al numeral referente a las actividades exentas de las penas establecidas para los delitos contra los animales, y por ende dejada sin efecto alguno mediante Auto 547 de 2018 toda vez que para la Corporación existe violación de la Cosa Juzgada Constitucional al desconocer lo resuelto en la Sentencia C-666 de 2010.

No obstante, algunas de las providencias que reconocen este estatus de manera expresa, –como la del oso chucho–,³⁰ han sido dejadas sin efectos y otras, como las del Consejo de Estado no son más que consideraciones *Obiter dicta*, por tanto, no son vinculantes *strictu sensu*. Sin embargo, como ya se había aducido con antelación, lo relevante aquí es la interpretación que, a través de un ejercicio hermenéutico juicioso, los operadores han realizado respecto al debate suscitado frente al lugar de los animales en el derecho.

Aun así, esto permite dar cuenta que el pensamiento de los juristas ha ido transmutándose desde hace bastante tiempo, puliéndose a partir de concepciones multidisciplinares más allá del mero positivismo jurídico; lo que ha permitido lograr fallos desde el orden constitucional, que reconocen a la naturaleza y sus integrantes como entes con un valor inherente y sujetos de derechos propios, otorgados de manera diferenciada según sus condiciones materiales de existencia y sus vidas propias.

De esta manera, no solo puede decirse que se ha hecho un reconocimiento expreso de un estatus de mayor categoría de estos seres en el ordenamiento; sino, también, un reconocimiento indirecto de los animales como sujetos de derechos en tanto integrantes de la naturaleza a la cual ya se le ha otorgado dicha calidad de forma expresa.

Por último, pueden retomarse algunas teorías de los derechos para aducir que, según el cambio de paradigma que se ha dado en la hermenéutica de las Altas Cortes y, en consecuencia, en el pensamiento jurídico dominante, se puede evidenciar, desde una visión prospectiva del derecho, que el reconocimiento de los animales en un estatus de *sujetos de derechos*, más que latente es algo inminente.

De este modo, si se parte de la noción de deberes para con los animales, se puede hablar –de manera consecuencial– de derechos de los animales, ya que desde la óptica de Simone Weil (1996) son los primeros los que dan lugar a los segundos, en tanto estos últimos se fundan en los primeros. Así, bajo esta consideración, un derecho solo se efectiviza, en términos materiales, en cuanto existe un deber correlativo en cabeza de los demás sujetos, toda vez que es bajo este supuesto que existe una obligación reconocida para con los demás. Pues los derechos siempre estarán, bajo esta perspectiva, condicionados a los deberes.

Esta teoría tiene una mayor fundamentación jurídica en los postulados expuestos por Kelsen (1982) en su *Teoría Pura del Derecho*, en la cual establece que, contrario a lo que se piensa de los derechos subjetivos, son las obligaciones las que permiten el surgimiento de los

³⁰ Dejada sin efectos por la Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia del 16 de agosto de 2017. (STL12651-2017). Ello, aduciendo que la figura del *habeas corpus* es un derecho fundamental que a su vez garantiza el debido proceso, y que esta instituida para la persona humana en sí misma, en tanto individuo.

derechos en cuanto las primeras imponen una norma de conducta en los individuos frente a otros que, de no ser cumplida, acarrea una sanción, reflejando en aquellos, además, unos derechos. Así, bajo esta premisa, se tiene que, frente a la conducta dictaminada, sujeto es aquel que está obligado y por lo tanto aquel respecto del cual ha de cumplirse la conducta es el objeto de la misma. En consecuencia, puede concluirse que el individuo del cual se pregona el derecho subjetivo en tanto reflejo de la obligación se constituye en *sujeto de derecho* en sí mismo. (p.139-140).

Esta noción permite entonces desligarse de la entelequia de la personalidad jurídica como característica necesaria al reconocimiento de una subjetividad, bajo el entendimiento tradicional del sistema binario de correlatividad entre derechos y deberes, en el cual quien posee la capacidad de ser titular de derechos –y exigirlos– así como de contraer obligaciones, es entendido como *persona* y, por ende, *sujeto de derechos*; razón por la cual solo es considerado sujeto, en primera instancia,³¹ la persona misma en tanto ser humano.³² Empero, siguiendo los postulados de Kelsen,

[l]a tesis de que los animales, plantas y objetos inanimados no son sujetos de los derechos reflejos, por no ser ‘personas’, es equivocada, puesto que ‘persona’ significa, como hemos de ver, sujeto de derecho; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados en cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido ‘sujetos’ de un derecho con relación a esas conductas, como el acreedor es sujeto del derecho consistente en la obligación que el deudor tiene en su respecto. (p.143).

Así pues, desde la noción Kelseniana de persona,³³ es decir, en tanto concepto jurídico, no se alude a un *ser* específico, ni mucho menos a las características antropológicas del ser

³¹ Pues cabe resaltar que, tal como se desprende del artículo 633 del código civil, también son sujetos de derecho las denominadas “*personas jurídicas*”, las cuales se configuran a partir de la asociación de personas naturales (los seres humanos) y que son definidas por la misma normativa como personas ficticias, con capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones. Ello permite dar cuenta que la figura jurídica de la personalidad es un concepto abstracto netamente jurídico.

³² Aquí puede hablarse de una tendencia del pensamiento occidental tradicional a confundir los términos humano y persona y por ende con sujeto, pues tal y como se adujo se relaciona la personalidad jurídica con la capacidad de derecho y de hecho y por lo tanto con la atribución de derechos subjetivos, los cuales son solo predicables del hombre

³³ Para el autor, el concepto de persona en el ámbito jurídico hace alusión a una característica de portador bien sea de derechos o de obligaciones jurídicas, que se desliga de la humanidad misma en tanto se constituye como una ficción jurídica para dar sustento a la antropomorfización del derecho. Pues para este autor la personalidad jurídica se crea en una unidad portadora de estas prerrogativas, desligando de toda noción *física de lo humano* a esta figura, haciéndola un concepto puramente normativo, pretendiendo con ello subsumir el derecho subjetivo en el derecho objetivo, pues para la teoría pura es la norma (carácter objetivo) la que otorga derechos en tanto protección jurídica de un interés (carácter subjetivo).

humano, sino más bien a “un concepto abstracto que sirve para indicar que a determinados seres se les atribuye capacidad para ser titulares (o sujetos) de derechos subjetivos” (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2010, p.330).

Con lo anterior se puede proceder a dar respuesta a uno de los interrogantes que surgen cuando se contrapone a la teoría dominante de la subjetividad, pues se aduce que para ser sujeto se debe ser capaz, tanto de obligarse como de reclamar para sí sus derechos, sin embargo, esta condición facultativa no es necesaria para hacerse acreedor de un derecho en tanto producto de obligación, pues, como afirma Kelsen (1982), el derecho subjetivo se constituye en la protección jurídica de un interés y no un interés que debe ser protegido jurídicamente y, por lo tanto, se puede hablar, si así se prefiere, de una capacidad para ser titular de derechos.³⁴

Igualmente, si se hace referencia a la capacidad de hacer valer estos derechos,³⁵ es decir que el otro sujeto cumpla su obligación; al realizar una interpretación sistemática tanto del ordenamiento jurídico como de la hermenéutica de las Altas Cortes, se desprende que en efecto los animales cuentan con mecanismos idóneos para la salvaguarda de sus derechos, como son las acciones populares³⁶ e incluso el sistema penal al imponerse sanciones desde la legislación; además, desde una posible interpretación del literal c) del artículo 3° de la Ley 1774 de 2016, se puede desprender que los ciudadanos eventualmente, dentro de las diferentes posibilidades jurídicas, pueden actuar como representantes de los animales bien sea en su calidad de accionantes, o agentes oficiosos; además de estar el Estado como garante frente a ese deber de protección especial. Asimismo, Riechmann (2005), frente a esta capacidad aduce que:

Lo característico de un derecho no es que su mismo titular pueda reclamarlo (aunque ello sin duda suceda así en muchos casos), sino que algún sujeto jurídico con capacidad de obrar (que sin duda puede ser el mismo titular, pero no lo es necesariamente) pueda reclamarlo en beneficio del titular. (p.228).

³⁴ Esto se asimila a las teorías que sustentan el reconocimiento de subjetividad sin personalidad, -en términos de capacidad-, a algunos *sujetos* dentro del ordenamiento jurídico; los denominados sujetos sin personalidad. Pues, tal como lo exponen diversos autores entre los cuales destaca Alejandro Olvera (2005), son considerados entes que, si bien no tienen esa capacidad de obligarse ni de hacer valer sus intereses, el ordenamiento jurídico les ha otorgado una especial protección jurídica.

³⁵ Pues en teorías como las de Borowski (2003) y Alexy (2014), e incluso en autores como Tulio Chinchilla (1999), se entiende que algo característico de los derechos subjetivos, mejor dicho, del titular de estos, es la posibilidad que tiene de reclamar su obligación recíproca a otros y hacerlos valer, en primera instancia, ante la jurisdicción.

³⁶ Pues así lo interpretó el Consejo de Estado en las providencias examinadas en acápites anteriores.

Así pues, bajo esta óptica se puede aducir que los animales no solo tienen derechos *reflejados* los deberes de bienestar consagrados para con ellos en cabeza de los humanos,³⁷ sino que puede decirse que se desprenden de la protección misma del sistema penal unos derechos determinados a su condición y especie, dado que este sistema protege, jurídicamente, intereses propios de los animales como son la vida y la integridad física y emocional, puesto que “la esencia de los derechos subjetivos para ser titular de ellos no está en la condición de ser humano sino en las obligaciones que emanan del ordenamiento jurídico.” (Jaramillo, 2013, p. 83).

Se reitera así la condición diferenciada de los animales no humanos, y se recalca que el reconocimiento de los mismos como titulares de derechos, no los hace acreedores de las mismas prerrogativas de los humanos, pues como plantea Juan Camilo Rúa (2016) es un desatino cavilar que los animales necesitan ejercer el derecho democrático al voto o de casarse, pues “los gozos del trato social con miembros de su propia especie se satisfacen de acuerdo con sus hábitos naturales”³⁸ (p.218); dicho en otras palabras, se les reconocería derechos conforme a sus condiciones de existencia propias que responden a unos intereses de bienestar básico, aflorados en últimas en esos bienes tutelados por el derecho penal aducidos con anterioridad.³⁹

Por otro lado, se puede deducir que, a su vez, existen estos derechos de manera implícita, pues como lo expone Coral Pabón (2018), aludiendo a la teoría de Guastini y a una interpretación aunada de lo dicho por Alexy, sí puede hablarse de unos derechos implícitos, en tanto los altos tribunales, en especial el Consejo de Estado,⁴⁰ realizan un ejercicio interpretativo en el cual se encuentran una serie de derechos derivados de normas implícitas, ya que, según considera el autor, el tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo apeló a las “reglas que se obtienen a partir de enunciados de principios y valores”. (Laporta pp.140-16, 2002 citado por Coral; 2018).

Para entender mejor esta premisa, se debe partir de lo postulado por Guastini (2014) en su teoría de los derechos implícitos. Para él, los derechos implícitos surgen de normas implícitas en tanto, de forma análoga, los derechos subjetivos surgen de normas expresas. Así pues, por

³⁷ Deberes aludidos como las cinco libertades consagradas en la Ley 1774 de 2016, que representan deberes.

³⁸ Estas consideraciones son abordadas por el autor desde las teorías abolicionistas de las cuales el principal exponente es Gary Francione.

³⁹ En un sentido similar, Francisco Lara y Olga Campos (2015), aducen que los derechos deben ser entendidos en fórmula de interés y que común a todos los seres sintientes está el interés de no sufrir, tal como se predica en las corrientes utilitaristas de las posturas de la filosofía moral.

⁴⁰ Aquí este autor se refiere en forma genérica a las sentencias promulgadas por esta entidad que también fueron objeto de análisis en el presente acápite.

norma implícita entiende toda aquella norma carente de formulación en un texto normativo y, por lo tanto, es inexpresa; lo que denota que estas normas son fruto, no de la legislación –puesto que no se encuentran positivizadas– sino del razonamiento propio del interprete (p.493). Esto otorga un sustento teórico a lo que se ha manifestado en este escrito, pues es precisamente ese ejercicio hermenéutico de las Altas Cortes el que permite, según esta fórmula de los derechos implícitos, observar el reconocimiento del estatus de sujetos de derechos de los animales dentro del ordenamiento jurídico colombiano y, de manera prospectiva, esperar un reconocimiento expreso a través de la legislación, pues tal como lo expone Alejandro Castaño (2005) en su *teoría dinámica del derecho*, el verdadero derecho, el derecho vivo, es aquel que emana de la misma proyección del que hacer del hombre, y no de estipulaciones abstractas; en tanto este es un producto social y por lo tanto cambiante.⁴¹

Se está presentando, por tanto, una visión prospectiva, casi inminente, toda vez que, desde el constitucionalismo ambiental latinoamericano, desarrollado de forma principal por países como Bolivia y Ecuador, ya se ha generado dicho reconocimiento expreso incluyendo a la Naturaleza y a sus integrantes como *sujetos de derechos* dentro de la Constitución misma. Lo cual es posible dada esa mutabilidad del derecho en términos progresivos,⁴² de avance, de mutación favorable que se conjuga con el criterio filosófico de percepción del mundo desde una visión ecocéntrica que poco a poco ha adquirido mayor trascendencia en el ejercicio hermenéutico de las Cortes, tal como pudo observarse.

Sin embargo, aún quedan muchos obstáculos por superar, dado el sesgo en el pensamiento jurídico de los operadores dentro del ordenamiento colombiano, pues aún se viene aduciendo, frente a los animales, que si bien son seres sintientes esto no los hace acreedores de derechos *per se*, pues siguen encontrándose subyugados por el régimen civilista de los bienes y por lo tanto son '*objeto*' del tránsito jurídico y no *sujetos de derechos*. Ello se observa, desde un punto de vista epistemológico, en la antinomia creada desde la misma legislación pues por una parte se reconocen los animales como seres sintientes y no cosas (Art.1 Ley 1774 de 2016) y por otra se mantienen dentro del régimen de los bienes muebles como semovientes (Art.665 C.Civil), y lo sostiene la Corte Constitucional, al interpretar de manera restrictiva dicha situación en la Sentencia C-467 de 2016, aduciendo, desde una noción antropocéntrica, que estas dos condiciones no se contraponen en tanto aun cuando son objetos del tránsito

⁴¹ Así mismo aducen la dinamicidad del derecho en tanto producto social, como lo evidencia el autor, entre otros, Ehrlich, Krause y Von Ihering.

⁴² Aquí la progresividad del Derecho se puede observar no solo como el deber de no regresividad desarrollado por la jurisprudencia nacional en materia de derechos sociales, sino que también puede verse como una aplicación del principio *del in dubio pro iusticia socialis*, desarrollado por Courtis, pues este se conjuga con la no regresividad normativa, en una búsqueda por la extensión de los derechos.

jurídico, los animales tienen la prerrogativa de especial protección que sigue pregonándose para con ellos en tanto deberes de los humanos para conservar su bienestar.

Aun así, la posibilidad de que la *subjetividad* de los animales sea reconocida a futuro se conserva, pues aun en providencias que demuestran un estancamiento en el pensamiento de los operadores jurídicos como lo es esta última,⁴³ la labor hermenéutica de aquellos magistrados disidentes en los salvamentos de voto de la misma da cuenta que de manera inminente, se deberá presentar, de forma expresa, el tema de los derechos de los animales en estricto sentido, pues tal como lo expone el Magistrado Jorge Iván Palacio en su salvamento de voto:

la Corte redujo el debate que planteaba el demandante a una simple concepción de naturaleza lingüística y de vigencia de la ley, y a la necesidad de proteger el comercio de animales, cuando el debate de fondo era otro: los derechos de estos.

Derivando ello en una perpetuación del *statu quo*, y por ende, mantiene de manera perdurable, las condiciones de indignidad y maltrato para con los animales.

Por último, se puede decir que esta visión prospectiva tiene un apoyo en la noción de consenso democrático ya que, tal como lo plantea Rúa (2016), “cambios de esta magnitud en el sistema jurídico requieren de una modificación radical de nuestro sistema mismo de valores” (p. 221), es decir, que determinadas concepciones pueden cruzarse en un consenso, con el devenir del tiempo, para dar cabida a consideraciones ético políticas específicas que se cimientan en unas bases democráticas de legitimidad.

Así pues, el proceso de asimilación y de resistencia civil propiciado desde los movimientos animalistas y de crítica jurídica, ha ido trastocando y reconfigurando los ideales sociales frente al estatus de los animales dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, para lograr este consenso debe pensarse en la educación como una herramienta necesaria, pues es a través de esta que se logrará a futuro un reconocimiento en términos morales de los animales como *iguales* a los seres humanos,⁴⁴ y por consiguiente el reconocimiento como sujetos titulares

⁴³ Aunada a la providencia mencionada, se tiene la Sentencia C-133 de 2019 con M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en la cual, según el comunicado N°10 de marzo 27 y 28 de 2019 de la Corte Constitucional, se aduce que una vez invalidada la Sentencia C-041 de 2017, corresponde a la Corporación determinar si la exclusión de penalización de actividades como las corridas de toros desconocen el deber de protección del medio ambiente en cabeza del Estado. Así pues, dicha Corporación, resuelve bajo los mismos lineamientos y consideraciones ya aducidos en la Sentencia C-666 de 2010 estándose a lo resuelto en la misma, lo cual permite ver no solo un retroceso en cuanto al reconocimiento progresivo de los animales dentro del ordenamiento jurídico como sujetos de derechos, sino además una perpetuación manifiesta del pensamiento jurídico dominante.

⁴⁴ No sólo dada la afinidad filogenética existente interespecies, sino a partir del principio igualitario que considera y reconoce las diferencias entre los intereses de los diferentes seres vivos.

de derechos dentro del ordenamiento jurídico nacional, ya que como lo expone Salt (1892), la educación como instrumento de reforma es indispensable toda vez que la misma siempre es condición del progreso humanitario.

Y no solo se deberá educar a los niños y jóvenes, sino que deberá replantearse cada una de las estructuras sociales: se deberá educar al filósofo, al científico, al religioso, al moralista y, en el caso examinado, al jurista, que siendo ilustrados carecen del espíritu de hermandad simpática, característico de aquello que se ha llamado humanismo, pues se ha concebido que todo sentimentalismo, que el amor en sí mismo, debe estar guiado por la sabiduría, la razón, cuando en realidad lo que se hace necesario es que esta última sea informada y vitalizada por el amor (Salt, 1892, p. 37).

Este proceso educativo, de la mano del Derecho, permitirá un avance en relación al reconocimiento de los derechos de los animales, pues si se observa el ámbito jurisdiccional *sub examine* desde la perspectiva dinámica de la ciencia jurídica ya también aducida, se ha tenido al derecho como un espacio y no como un objeto en sí mismo, pues aquel ha sido más un campo de batalla hermenéutico moldeado por las ideologías dominantes y disidentes, que han permitido de manera paulatina pensarse el lugar de los animales en este espacio llamado Derecho, en cuanto el mismo, en palabras de Trazegnies “es la batalla misma” (1981, p. 60); batalla que, de forma prospectiva y luego de unas cuantas escaramuzas más, dará lugar al reconocimiento de un estatus más elevado a los no humanos dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Conclusiones

El texto desarrollado permite construir unas consideraciones finales que se presentan a la manera de conclusiones. En general, se evidenció que el ordenamiento jurídico colombiano está permeado por un paradigma antropocéntrico que irradia cada uno de sus sistemas, erigiendo al ser humano como epicentro de todo el aparataje. De esta manera, se ha creado una sacralización jurídica en la que todo lo regulado por el derecho se determina en función de lo humano, conllevando a que la totalidad de las relaciones *–jurídicas–* se fundamenten en el carácter de éste como ser superior.

En la parte inicial se expuso cómo los animales han sido considerados como *objetos* susceptibles del tránsito jurídico, pues han estado enmarcados en el régimen *–civilista–* de los bienes, entendiendo a los mismos como meras cosas. Esta noción, a través del ejercicio hermenéutico de las Altas Cortes, fue trastocándose y reconfigurándose, elevando a rango constitucional el deber de protección especial predicado para con estos desde el Estatuto Nacional de Protección de los Animales; legislación previa a la Carta Política de 1991.

No obstante lo anterior, en el ordenamiento jurídico sigue primando esa concepción antropocéntrica del derecho, pues en ese mismo ejercicio hermenéutico el Tribunal Constitucional en algunos de sus pronunciamientos se ha sostenido en el reconocimiento de la mera calidad de seres sintientes de los animales, sin presentar un avance estructural al respecto. De esta manera la Corporación ha dejado a un lado el debate directo que propugna por el reconocimiento de los derechos de los no humanos, y por contera, el de la necesidad de conceder un estatus de *sujetos* a los mismos dentro del aparataje jurídico colombiano.

Posteriormente, se evidenció la resistencia frente a este pensamiento jurídico tradicional llevada a cabo por los pensamientos disidentes: los magistrados de las diferentes Cortes han aludido y se han valido de las corrientes filosóficas ecocéntricas para extender, de manera progresiva, el reconocimiento de derechos a entidades diferentes al ser humano, en tanto sujetos. De esta manera se ha logrado un desarrollo paulatino y un viraje en el paradigma predominante, lo que ha permitido reconocer un estatus jurídico relevante a los animales.

El texto presenta los argumentos filosóficos desarrollados en las teorías propuestas por autores como Bentham, Singer, Salt, entre otros; las cuales conceden un valor intrínseco a los animales en tanto seres sintientes capaces de sufrir. Finaliza el escrito exponiendo las teorías jurídicas presentadas por doctrinantes como Kelsen y Guastini, y realizando un análisis conjunto con el ejercicio hermenéutico de las corporaciones jurisdiccionales, tomando como base las Sentencias hito C-666 de 2010 y T-622 de 2016, que permiten auspiciar, en términos prospectivos, el reconocimiento de los animales como sujetos de derechos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Referencias bibliográficas

Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Amaya Navas, O.D. (2002). *La constitución ecológica de Colombia*. Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, N. (2007). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, Tercera Edición.

Borowski, M., & Universidad Externado de Colombia (Bogotá). (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Castaño Bedoya, A. (2005). *Teoría dinámica del derecho*. Medellín: Comlibros.

Chinchilla Herrera, T. E. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Santafé de Bogotá: Editorial Temis.

De Trazegnies, F. (1981). Ciriaco de Urtecho. Litigante por Amor. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dobson, A. (1997). Pensamiento político verde: una nueva ideología para el siglo XXI. Barcelona: Ediciones Paidós.

Ferry, L. (1994). El nuevo orden ecológico: el árbol, el animal y el hombre. Barcelona: Tusquets.

Francione, G.L. (2007). Introduction to Animal Rights. Your Child or the Dog?. Philadelphia: Temple University Press.

Guastini, R. (2014). Otras distinciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jaramillo Palacio, M.C. (2013). La revolución de los animales no-humanos: su lugar en el Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Universidad de Antioquia.

Jaquenod de Zsögön, S. (1997). *El Derecho ambiental y sus principios rectores. España: Dykinson.*

Kelsen, H. (2009). El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Editorial Reus. Zaragoza.

Kelsen, H. (1982). Teoría Pura del Derecho. México: UNAM.

Lara, F & Campos, O. (2015). Sufre, luego importa. Reflexiones éticas sobre los animales. Madrid: Plaza y Valdés Editores.

Molina Roa, J. A. (2014). Derechos de la Naturaleza. Historia y tendencias actuales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ramírez Poveda, S.J. (2001). El hombre y el animal. Su relación en una concepción legal y filosófica. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Regan, T. (1984). The Case for Animal Rights. Londres. Disponible en: <http://rintintin.colorado.edu/~vancecd/phil3140/Regan.pdf>

Riechmann, J. (2005). Todos los animales somos hermanos. Ensayos sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas. Madrid: Ed. Catarata.

Rousseau, J.J. (2013). Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Rúa Serna, J.C. (2016). De garras y guerras. Reflexiones sobre el uso de los animales en el ejercicio legal de la seguridad armada desde una visión abolicionista. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Singer, P. (1999). Liberación animal. Madrid: Editorial Trotta

Valencia Zea, A & Ortiz Monsalve, A. (2010). Derecho Civil Tomo I: Parte general y Personas. Bogotá: Temis

Artículos de revista

Angarita Barón, C. (1996). La protección del derecho a un ambiente sano. Análisis jurisprudencial. En: Acciones populares y de grupo. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Coral Pabón, M. A. (2018). Los derechos de los animales: Un problema de mutación constitucional o reconocimiento de derechos implícitos. Revista Verba Iuris, Volumen 13, N°40, Julio-Diciembre; pp. 65-82. ISSN: 0121-3474.

Restrepo Gaviria, C. (2011). Problemáticas y reflexiones frente a la protección de los animales: ¿derechos de los animales u obligaciones de los humanos para con los animales? En: Fragua (Medellín) Vol.4 Edición Especial, noviembre. Pp.57-68.

Rúa Serna, J.C. (2016). Liberar un ruiseñor: Una teoría de los derechos de los animales desde el enfoque abolicionista. Revista Opinión Jurídica, Vol. 15, N° 30, (pp. 205-226).

Vesga Gaviria, A.M. (1998). El derecho de los animales. En: Revista de Derecho Privado (Bogotá) Vol. 12, No. 21, febrero. Pp. 97-171.

Cibergrafía

Bentham, J. (1780). An introduction to the principles of morals and legislation. London: T.Payne and Son. Disponible en: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BenthamJeremyMoralsandLegislation1789.pdf>

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En: Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales Buenos Aires: Editores del Puerto. (pp. 3-52). Disponible en: <https://nuevatribuna.opennemas.com/media/nuevatribuna/files/2015/06/26/ni-un-paso-atras-la-prohibicion-de-regresividad-en-materia-de-derechos-sociales.pdf>

León-Olea, M. (2002). Evolución filogenética del dolor. En: Elementos (46). Pp. 19-23. Disponible en: <https://elementos.buap.mx/num46/pdf/19.pdf>

Molina Roa, J. A. (2016). La irrupción del Biocentrismo Jurídico. Los derechos de la naturaleza en América Latina y sus desafíos. En: Ambiente y Sostenibilidad 2016 (6): 64-79. Revista del Doctorado Interinstitucional en Ciencias Ambientales. Disponible en: revistas.univalle.edu.co/index.php/ays/article/download/4291/6511/

Olvera Acevedo, A. (2005). Sujetos de derecho con personalidad y sin personalidad. Una perspectiva histórica: del Código de Napoleón a nuestros días. En: Código de Napoleón.

Bicentenario. Estudios jurídicos. México: UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4592/4.pdf>

Procuraduría General de la Nación. (2016). Juntas Defensoras de Animales – Informe Preventivo. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/INFORME%20LEY%205A.pdf>

Toca Torres, C. E. (2011). Las versiones del desarrollo sostenible. En: *Sociedade e Cultura*, 14 (1), 195-204. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70320084019>

Salt, H. S. (1892). *Animals' Rights: Considered in Relation to Social Progress*. New York: Macmillan & Co. Disponible en: <http://www.animal-rights-library.com/texts-c/salt01.pdf>

Weil, S. (1996). *Echar raíces*. Madrid: Editorial Trotta. Disponible en: https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2017/09/weil-simone-echar-raices_.pdf

Leyes y Sentencias

Congreso de la República. Ley 5 de 1972. Por la cual se provee a la fundación y funcionamiento de juntas defensoras de animales.

Congreso de la República. Ley 84 de 1873. Código Civil Colombiano.

Congreso de la República. Ley 89 de 1989. Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia.

Congreso de la República. Ley 1774 de 2016. Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones.

Consejo de Estado. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Expediente 17001-23-3-1000-1999-0909-01. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. Expediente 25000-23-24-000-2011-00227-01. M.P. Enrique Gil Botero.

Corte Constitucional colombiana. Comunicado N°10 de marzo 27 y 28 de 2019. Expediente D-11443 AC – Sentencia C-133 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-339 de 2002. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-150 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-1192 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-666 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-889 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-283 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-449 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-467 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-041 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-411 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-092 de 1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-760 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-608 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-080 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-622 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia AHC4806 de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia STL12651 de 2017. M.P. Fernando Castillo Cadena.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC-4360 de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.