

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

ESTUDIOS DE DERECHO

Directora
Olga Lucía Lopera Quiroz

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA, SURAMÉRICA**

Año LXXIII – segunda época- julio - diciembre de 2016
Volumen LXXIII, N°. 162

ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Rector

Mauricio Alviar Ramírez

Decana

Clemencia Uribe Restrepo

Directora/Editora

Olga Lucía Lopera Quiroz

Comité Editorial

María Rocío Bedoya Bedoya	Doctora en Gobierno y Asuntos públicos, profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría	Magíster en Derecho, profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana.
Diego Eduardo López Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
Elena Larrauri Pijoan	Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.
Juan Antonio García Amado	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

Comité Científico

Guillermo Lariguet	Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina
Mauricio García Villegas	Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Colombia.
Núria Terribas	Directora del Institut Borja de Bioética. Universitat Ramon Llull. España.
Ricardo Hoyos Duque	Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario. Colombia.

Árbitros

Pierre-Henri Cialti	Lina Marcela Estrada Jaramillo
Guillermo Lariguett	Luisa Fernanda Cano Blandón
Gabriele Vestri	Jorge Eduardo Vásquez Santamaría
María Elisa Camacho López	Andrea Alarcón Peña
Andrés Botero Bernal	Max Yuri Gil
Luis Felipe Vivares	Rafael Eduardo Wilches Durán
Jhon Fernando Restrepo Tamayo	Natalia Eugenia Gómez Rúa
Ana Victoria Vásquez Cárdenas	Patricia González Sánchez
Dora Cecilia Saldarriaga Grisales	Natalia Eugenia Gómez Rúa
Diana María Restrepo Rodríguez	Rubén Darío Jaramillo Cardona
Miguel Ángel Montoya Sánchez	Clara María Mira González

Asistente Editorial

Nora Alba Cossio Acevedo

Revisor de textos en inglés y portugués

Jorge Alberto Cossio Acevedo

Estudiante en práctica académica

Jaiver Alemán Giraldo

Autor obras separatas

Marlon Alexis Monsalve Arias. Artista autodidacta, interesado en el color y la investigación de nuevas formas de plasmar el pasado y el presente. Administrador en servicios de salud de la Universidad de Antioquia. Estudiante del pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Sede Yarumal (Antioquia, Colombia). Profesor de dibujo, pintura y escultura en la Casa de la Cultura “Francisco Antonio Cano” del municipio de Yarumal, con el objetivo de fortalecer el Emprendimiento Artístico y el resurgimiento de nuevos talentos.

Estudios de Derecho se encuentra en los siguientes índices y bases bibliográficas: Categoría B Publindex, Colciencias, Colombia; Lexbase, Colombia; Sociological Abstracts (Soc-Abs), Estados Unidos; GALE-CENGAGE Learning, Estados Unidos; International Bibliography of the Social Sciences (IBSS), Inglaterra; Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE), México; Latindex, México; EBSCO Publishing, Estados Unidos; ProQuest Estados Unidos; SCIELO.

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y sea con fines académicos. Asimismo, se permite el acceso abierto a su contenido propendiendo por una mayor circulación del conocimiento.

Valor de la suscripción anual en el país: \$20.000

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

Valor de la suscripción en el exterior: US\$30

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Editorial L. Vieco S.A.S.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 106

Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

Teléfono: (574) 219 58 60

Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Editorial L. Vieco S.A.S. Teléfono (574) 448 96 10

Correo electrónico: comercial@lvieco.com

Política editorial

Estudios de Derecho es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Contribuye al debate de las ideas en torno al derecho y la política y fomenta el diálogo con otras disciplinas. Prioriza la publicación de artículos producto de investigación, escritos por autores nacionales y extranjeros. Está dirigida a politólogos, abogados y, en general, a profesionales interesados en las áreas sociales del conocimiento. La revista está numerada con el ISSN 0120-1867 y se encuentra en diversos índices y bases bibliográficas.

Los artículos deben ser originales y no haber sido remitidos a otra revista simultáneamente; recibidos y revisados los aspectos formales por la dirección de la revista y el Comité editorial, se designan los árbitros que evalúan el texto siguiendo el principio de anonimato tanto para el autor como para el evaluador; analizados los conceptos de los pares se decide sobre la publicación, publicación sujeta a modificaciones o no publicación del artículo. La dirección de la revista comunica la decisión a los autores; si el artículo es publicable, el autor envía a la dirección de la revista, la cesión de derechos patrimoniales en la que autoriza la reproducción del artículo, su distribución, comercialización y divulgación por cualquier medio, impreso o electrónico, incluida la internet. Los planteamientos expuestos por los autores, no comprometen a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

La revista Estudios de Derecho 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 propendiendo por una mayor circulación del conocimiento y puede ser consultada en <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza, invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia. Letra de Édgar Poe Restrepo)

Editorial policy

Estudios de Derecho is a biannual journal from the School of Law and Political Sciences of the University of Antioquia. It contributes to the debate of ideas on law and politics, and encourages dialog with other disciplines. The Journal prioritizes the publishing of papers resulting from research projects written by national or international authors. Its target audience includes political scientists, lawyers and, in general, any professionals interested in the social areas of knowledge. The journal's ISSN is 0120-1867. Estudios de Derecho appears in several bibliographical indexes and databases.

Manuscripts must be original and have not been submitted to another journal simultaneously. reviewers are assigned once the manuscripts have been received and the formal steps have been taken by the journal's director and editorial board. Reviewers review the text while following the principle of anonymity for both the author and the reviewer. After analyzing the reviewers' feedback, the Journal decides whether the manuscript is suitable for publication, not suitable for publication, or suitable for publication after modification. Then, authors are notified of the journal's decisions. Once the paper has been approved for publication, the author shall notify the Journal of the transfer of rights. In this document, the author authorizes the Journal to reproduce, distribute, market and disseminate the manuscript by any means, printed or electronic, including as an on-line resource. The views expressed here are those of the authors and do not necessarily reflect the positions of the School of Law and Political Sciences of the University of Antioquia.

The journal Estudios de Derecho authorizes the total or partial reproduction of papers published in it as long as the source is acknowledged and the reproduction is for academic purposes. Likewise, it allows open access to its content as it endorses better dissemination of knowledge. The Journal can be accessed from: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza, invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia. Letra de Édgar Poe Restrepo)

Política editorial

Estudios de Derecho é uma publicação semestral da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia. Contribui com o debate das ideias em torno do direito e da política e fomenta um diálogo com outras disciplinas. Prioriza a publicação de artigos decorrentes de pesquisas, escritos por autores nacionais e estrangeiros. Está voltada para cientistas políticos, advogados e, em geral, para profissionais interessados nas áreas sociais do conhecimento. A revista está numerada sob o ISSN 0120-1867 e é possível encontrá-la em diversos índices e bases bibliográficas.

Os artigos devem ser originais e não ter sido submetidos a outra revista simultaneamente; depois de recebidos e revisados os aspectos formais pela diretoria da revista e o Comitê editorial, são nomeados os árbitros que avaliam o texto seguindo o princípio de anonimato tanto para o autor quanto para o avaliador; após analisados os conceitos dos pares decide-se sobre a publicação, publicação sujeita a modificações ou não publicação do artigo. A diretoria da revista comunica a decisão aos autores. Após aprovação do artigo, o autor envia à diretoria da revista, a cessão dos direitos patrimoniais onde autoriza a reprodução do artigo, a sua distribuição, comercialização e divulgação por qualquer meio, impresso ou eletrônico, incluída a internet. As propostas apresentadas pelos autores não envolvem a Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia.

A revista Estudios de Derecho autoriza a reprodução total ou parcial dos artigos publicados nela, desde que seja citada a fonte e seja para fins acadêmicos. Igualmente, permite o acesso aberto ao seu conteúdo visando uma maior circulação do conhecimento e pode ser consultada em <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza, invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia. Letra de Édgar Poe Restrepo)

Contenido

Editorial	15-25
<i>Nora Alba Cossio Acevedo</i>	
Sobre el diseño de una propuesta didáctica para la popularización del derecho con comunidades rurales	27-49
On the design of a didactic proposal for the popularization of law within rural communities	
Sobre o desenho de uma proposta didática para a popularização do direito em comunidades rurais	
<i>Sandra Patricia Duque Quintero</i>	
<i>Marta Lucía Quintero Quintero</i>	
<i>Derfrey Antonio Duque Quintero</i>	
Propiedad intelectual en el sistema universitario de investigación	51-75
Intellectual property in the university research system	
Propriedade intelectual no sistema universitário de pesquisa	
<i>Maira Catalina Betancur Monsalve</i>	
<i>Flor Patricia González Sánchez</i>	
Revisión teórica de las políticas públicas para determinar componentes iniciales de un modelo para la planeación de la contratación del departamento de Antioquia	77-105
Theoretical revision of public policies to determine initial components of a model for planning contracting of the Antioquia department	
Revisão teórica das políticas públicas para determinar componentes iniciais de um modelo para o planejamento da contratação do Estado de Antioquia	
<i>Jorge Eduardo Vásquez Santamaría</i>	
Estudio del marco normativo de la fauna silvestre en Colombia	107-139
Study of the normative framework of the wildlife in Colombia	
Estudo do quadro normativo da fauna selvagem na Colômbia	
<i>Gloria Elena Estrada-Cely</i>	
<i>Alejandro Gaviria Henao</i>	
<i>Juan David Pacheco Murcia</i>	

Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública **141-172**

Public Private Partnerships: a manifestation of innovation and shared responsibility in public management

As parcerias público-privadas: uma manifestação de inovação e corresponsabilidade na gestão pública

Luz Astrid Álvarez Patiño

El oro como disputa: prácticas de resistencia en Marmato frente a la economía extractiva **173-195**

Gold as a dispute: practices of resistance to the extractive economy in Marmato (Caldas, Colombia)

O ouro como disputa: práticas de resistência diante da economia extrativista em Marmato (Caldas, Colômbia)

Lizeth Alejandra Parra Barbosa

Hernando Londoño Berrío

Importancia del Tratado de Marrakech para la Educación **197-210**

Importance of the Marrakech Treaty for Education

Importância do Tratado de Marraquexe para a educação

Carlos Parra Dussan

Carolina Herrera Nossa

Análisis normativo sobre medios alternos de resolución del conflicto comunitario en Venezuela **211-241**

Normative analysis on alternative means of resolving the community conflict in Venezuela

Análise normativa sobre meios alternativos de resolução do conflito comunitário na Venezuela

Jesús González Urdaneta

Impacto de la ampliación de los derechos de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral **243-267**

Impact of the extension of the rights of victims of sexual violence during the armed conflict in the exercise of the integral reparation incident

Impacto da ampliação dos direitos das vítimas de violência sexual por ocasião do conflito armado no exercício do incidente de reparação integral

Dubán Rincón Angarita

Simón Bolívar y Baldomero Sanín Cano. A propósito de los 200 años de la Carta de Jamaica (1815-2015) 269-287

Simón Bolívar and Baldomero Sanín Cano. With regard to the 200 years of the Charter of Jamaica (1815-2015)

Simón Bolívar e Baldomero Sanín Cano. Por ocasião dos 200 anos da Carta da Jamaica (1815-2015)

Rafael Rubiano Muñoz

Editorial

*Nora Alba Cossio Acevedo*¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a01

Los modelos dominantes en gestión y uso de la información se nos imponen en forma de prácticas o en forma de términos que nos invaden (*innovación, redes, marketing, tecnología, “capital cultural o científico”, civismo informacional, apropiación*) y cada vez más la gestión del conocimiento como acto humano, socio-cultural y ante todo político, se estudia en relación con la “producción”, es decir, a partir de la economía del conocimiento. En esta nueva economía el conocimiento debe generar valor estratégico y funcional.

Podemos afirmar que ahora el problema no es crear *conocimiento* sino tener la *plataforma tecnológica* y el *modelo de innovación* al que algunos le ponen el calificativo de “*social*”, y el *marketing* ayuda a construir ese modelo con sus técnicas y estrategias basadas en el uso de la información y que son empleadas para mejorar la distribución de un bien o servicio.

Uno de los principios básicos de la teoría de la mercadotecnia es la eficiencia, es decir, conseguir la respuesta deseada en el menor tiempo posible y al menor costo, por eso elabora “planes de acción” que faciliten intercambios satisfactorios. La relación significativa que debemos establecer es entre *marketing* y gestión del conocimiento y por eso me referiré al *marketing* del conocimiento, no sin antes aclarar que existe el *marketing* industrial (de empresa a empresa); de servicios, internacional, macromarketing, de información, editorial, digital, estratégico, relacional; integrado, experiencial (de sensaciones, de sentimientos, de pensamientos, de actuaciones), etc.

¹ Abogada, Magíster en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: nora.cossio@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

Citación de este artículo con el sistema APA: Cossio Acevedo, N. A. (2016). Editorial. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 15-27. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a01

¿Por qué hablar de *marketing* del conocimiento? i) porque el *marketing* es un modelo de interrelación entre instituciones y personas que intercambian ideas o saberes, bienes o capital, servicios o productos, y analiza cómo debe ser provocada y cautivada esa reciprocidad para que sea eficaz y eficiente y con beneficios para las organizaciones y también para los usuarios; ii) porque cada día se crean nuevas formas de comunicación, divulgación y distribución entre productores y consumidores del conocimiento; iii) porque es un entorno que usa la estética y otros saberes para generar ambientes que atraigan distintos tipos de usuarios; iv) porque el conocimiento: circula, se negocia, se comercializa, o se regala; v) porque el estudio, el trabajo, el ocio, o el entretenimiento encuentran muchas opciones nuevas y renovadas en la web y el *marketing* las articula; vi) porque se enmarca dentro de los medios para generar apropiación social del conocimiento.

Este lenguaje y esta idea pueden incomodar a quienes permanecen resistentes a los cambios, pero convivimos en entornos “competitivos por excelencia” y la academia no escapa a esta realidad, es necesario conocer este modelo para enfrentar el conflicto actual ¿cómo lograr que el sistema sea funcional a nuestra propia realidad y no que nosotros tengamos que ser funcionales para el sistema? Obviamente me refiero a Colciencias y a sus modelos de medición y estratificación de investigadores, y aunque es necesario que sospechemos de sus propuestas y las veamos como mecanismos de exclusión legitimados con la norma y los estándares internacionales, también es importante que asumamos una actitud propositiva, de manera que establezcamos nuestro propio modelo, de lo contrario vamos en caída como en la parábola de los ciegos de Pieter Brueghel el Viejo 1568 (Arte Flamenco del siglo XVI).

Claro que nos preocupa ser excluidos del sistema, porque perdemos competitividad y los incrementos salariales se estancan; por tanto, es menester decidirnos para cuál de los dos modelos vamos a trabajar: por un lado, está el modelo de apropiación social, nos exige preguntarnos ¿A qué público dirigimos nuestro conocimiento? ¿Qué debemos hacer para divulgar con más eficiencia el conocimiento creado? ¿Qué contenidos debemos publicar? ¿Qué impacto queremos producir? ¿Cuál es el estilo y la estética más apropiada? ¿Qué lenguaje es el más adecuado?, aquí el producto es una revista de divulgación, no comercial, con publicaciones de problemas locales y regionales; diseños para fortalecer la vía dorada, etc.

El otro modelo, nos exige mejorar el índice de impacto (factor h), es decir, trabajar más por la imagen y el prestigio del investigador (google Scholar; presencia en redes); velar por la calidad formal de la revista electrónica, por la calidad científica y editorial; por la difusión y visibilidad ante la comunidad científica – presencia en la web science

y relación con editores comerciales; la apertura geopolítica – autores, árbitros y comité científico con presencia de extranjeros-, diseños para fortalecer la vía verde, etc.

El *marketing* del conocimiento como proceso comunicacional nos propone aprovechar la web para que la divulgación tenga más valor social, en ese sentido nos propone pensar en: i) segmentación: producir conocimiento para distintos destinatarios y según sus necesidades-rama judicial; administración pública; comunidades; empresas; abogados litigantes; consultores; docentes; estudiantes-; ii) creación de nuevos flujos de comunicación, canales de distribución y visibilidad del conocimiento; iii) planeación para mejorar y aumentar la productividad y el control de calidad de las publicaciones a partir del cambio de prácticas y concepciones de lo que es la comunicación de los distintos saberes; iv) creación de macro y micro ambientes virtuales más accesibles a comunidades; v) diseño de estrategias de motivación para captar lectores asiduos o modos de inserción de las comunidades a las revistas.

La función política de esta propuesta, cualquiera sea el modelo al que le apostemos, es establecer una relación con diferentes públicos a partir de otra lógica relacional y cultural, que armonice los intereses económicos de la publicación con la apropiación social del conocimiento, ¿o quizá no debemos pensar en ninguno de estos modelos y formas y más bien pensar cómo dirigir nuestro esfuerzo en crear un ambiente agradable para producir conocimiento con más valor social?

Editorial

The dominant model in management and use of information is imposed in the form of practices or in the form of terms that invade us (*innovation, networks, marketing, technology, “cultural or scientific capital”, informational citizenship, appropriation*) and increasingly the management of knowledge as a human, socio-cultural and, above all, political act, is studied in relation to “production”, that is, from the knowledge economy. In this new economy knowledge must generate both strategical and functional value as well.

We can affirm that now the problem is not so much to create *knowledge* but to have the *technological platform* and the *innovation model* to which some call it “*social*”, and *marketing* helps to build that model with its techniques and strategies based on the use of information and are used to improve the distribution of a good or service.

One of the basic principles of marketing theory is efficiency, that is, to achieve the desired response in the shortest possible time and at the lowest cost, which is why it draws up “action plans” that facilitate satisfactory exchanges. The significant relationship that we must establish is between *marketing* and knowledge management and therefore we will refer to the *marketing* of knowledge, not without first clarifying that there is industrial *marketing* (from business to business); of services, international, macro marketing, of information, editorial, digital, strategic, relational; integrated, experiential (of emotions, of feelings, of thoughts, of actions), etc.

Why talk about knowledge *marketing*? i) because *marketing* is a model of interrelation between both institutions and people that exchange ideas or knowledge, good or capital, services or products, and analyze how this reciprocity should be provoked and captivated to be effective and efficient and with benefits for both organizations and the users as well; ii) because new forms of communication, dissemination and distribution are created every day between producers and consumers of knowledge; iii) because it is a surrounding that uses aesthetics and other knowledge to generate environments that attract different types of users; iv) because knowledge: circulates, is negotiated, is traded, or given away; v) because study, work, leisure, or entertainment find many new and renewed options on the web and *marketing* articulates them; vii) because it is framed within the means to generate social appropriation of knowledge.

This language and this idea can annoy those who remain resistant to change, but we live in surroundings “competitive for excellence” and academy does not escape this reality, it is necessary to know this model in order to address the current conflict. *How to make the system functional to our own reality and not that we have to be functional for the system?* Obviously we refer to Colciencias and its models of measurement and stratification of researchers, and although it is necessary that we suspect its proposals and regard them as mechanisms of exclusion legitimized with regulations and international standards, it is also important that we assume a proactive attitude, so that we establish our own model, otherwise we will go down as in the parable of the blind by Pieter Brueghel the Old 1568 (Flemish Art of XVI century).

Of course we are concerned about being excluded from the system, because we lose competitiveness and wage increases stagnate; therefore, it is necessary to decide for which of the two models we are going to work: on the one hand there is the model of social appropriation which demands to ask ourselves to which public we direct our knowledge? What should we do to more effectively disseminate the knowledge created? What content should we publish? What impact do we want to produce? What are the most appropriate style and aesthetics? Which language is the most appropriate? here the product is a journal of non-commercial dissemination, with publications of local and regional issues; designs to strengthen the golden way, etc.

The other model, requires us to improve the impact index (factor h), that is, to work more for the image and prestige of the researcher (google Scholar; presence in networks); to ensure the formal quality of the electronic journal, for its editorial and scientific quality; for the diffusion and visibility before the scientific community – presence in the web science and relationship with commercial publishers; the geopolitical opening – authors, referees and scientific committee with the presence of foreigners-, designs to strengthen the greenway, etc.

The *marketing* of knowledge as communicational process proposes to take advantage of the web so that the dissemination has more social value, in that sense it proposes to think of: i) segmentation: to produce knowledge for different recipients and according to their needs –judicial branch; public administration; communities; enterprises; trial lawyers; consultants; teachers; students-; ii) creation of new communication flows, channels of distribution and knowledge visibility; iii) planning to improve and increase productivity and quality control of the publications from the change of practices and conceptions of what the communication of different types of knowledge is; iv) creation of virtual micro and macro environments more accessible to communities; v) design of motivation strategies to attract frequent readers or modes of inserting the communities in the journals.

The political function of this proposal, regardless of the model we are betting on, is to establish a relationship with different audiences based on another relational and cultural logic that harmonizes the economic interests of the publication with the social appropriation of knowledge, or perhaps we should not think of any of these models and ways and rather think of how to direct our effort in creating a pleasant environment to produce knowledge with more social value?

Editorial

Os modelos dominantes em gestão e uso da informação nos são impostos na forma de práticas ou na forma de termos que nos invadem (*inovação, redes, marketing, tecnologia, “capital cultural ou científico”, civismo informacional, apropriação*) e cada vez mais a gestão do conhecimento como ato humano, sociocultural e sobretudo político, é estudado em relação com a “produção”, isto é, a partir da economia do conhecimento. Nesta nova economia o conhecimento deve gerar valor estratégico e funcional.

É possível afirmar que agora o problema não é criar *conhecimento*, mas ter a *plataforma tecnológica* e o *modelo de inovação* ao qual alguns colocam o qualificativo de “*social*”, e *omarketing* ajuda a construir esse modelo com as suas técnicas e estratégias baseadas no uso da informação e que são utilizadas para melhorar a distribuição de um bem ou serviço.

Um dos princípios básicos da teoria do marketing é a eficiência, isto é, conseguir a resposta desejada no menor tempo possível e ao menor custo, por isso elabora “planos de ação” que facilitem intercâmbios satisfatórios. A relação significativa que devemos estabelecer é *entremarketing* e gestão do conhecimento e por isso vou referir-me ao *marketing* do conhecimento, não sem antes esclarecer que existe o *marketing* industrial (de empresa a empresa); de serviços, internacional, macromarketing, de informação, editorial, digital, estratégico, relacional; integrado, experiencial (de sensações, de sentimentos, de pensamentos, de atuações), etc.

Por que falar de *marketing* do conhecimento? i) porque o *marketing* é um modelo de inter-relação entre instituições e pessoas que trocam ideias ou saberes, bens ou capital, serviços ou produtos, e analisa como deve ser provocada e cativada essa reciprocidade para que seja eficaz e eficiente e com benefícios para as organizações e também para os usuários; ii) porque cada dia são criadas novas formas de comunicação, divulgação e distribuição entre produtores e consumidores do conhecimento; iii) porque é um entorno que usa a estética e outros saberes para gerar ambientes que atraiam diferentes tipos de usuários; iv) porque o conhecimento: circula, negocia-se, comercializa-se, ou se presenteia; v) porque o estudo, o trabalho, o lazer, ou o entretenimento encontram muitas opções novas e renovadas na web e *omarketing* as articula; vii) porque se enquadra dentro dos meios para gerar apropriação social do conhecimento.

Esta linguagem e esta ideia podem constranger aqueles que permanecem resistentes às mudanças, porém, convivemos em entornos “competitivos por excelência” e a academia não é poupada desta realidade, é necessário conhecer este modelo para enfrentar o conflito atual *como conseguir que o sistema seja funcional à nossa própria realidade ao invés de nós termos de ser funcionais para o sistema?* Obviamente refiro-me a Colciencias e a seus modelos de medição e estratificação de pesquisadores, e embora seja necessário suspeitar de suas propostas e as vejamos como mecanismos de exclusão legitimados com a norma e os padrões internacionais, também é importante assumir uma atitude propositiva, de forma que estabeleçamos o nosso próprio modelo, caso contrário estaremos em queda como na parábola dos cegos de Pieter Bruegel, o Velho 1568 (Arte Flamenga do século XVI).

É claro que nos preocupa sermos excluídos do sistema, porque perdemos competitividade e os aumentos salariais estagnam; assim, é preciso decidirmos em qual dos dois modelos vamos trabalhar: por um lado está o modelo de apropriação social, ele nos exige perguntar-nos Qual o público alvo do nosso conhecimento? O que devemos fazer para difundir de maneira mais eficiente o conhecimento criado? Que conteúdos devem ser publicados? Que impacto desejamos produzir? Qual é o estilo e a estética mais apropriada? Que linguagem é a mais adequada? Aqui o produto é uma revista de divulgação, não comercial, com publicações de problemas locais e regionais; desenhos para fortalecer a via dourada, etc.

O outro modelo, exige melhorarmos o índice de impacto (fator h), isto é, trabalhar mais pela imagem e o prestígio do pesquisador (Google Scholar; presença em redes); zelar pela qualidade formal da revista eletrônica, pela qualidade científica e editorial; pela difusão e visibilidade perante a comunidade científica - presença na Web Science e relação com editores comerciais; a abertura geopolítica - autores, árbitros e comitê científico com presença de estrangeiros-, desenhos para fortalecer a via verde, etc.

O *marketing* do conhecimento como processo comunicacional nos propõe aproveitarmos a web para que a divulgação tenha mais valor social, nesse sentido ele nos propõe refletirmos em: i) segmentação: produzir conhecimento para diferentes destinatários e segundo as suas necessidades -ramo judiciário; administração pública; comunidades; empresas; advogados litigantes; consultores; docentes; estudantes-; ii) criação de novos fluxos de comunicação, canais de distribuição e visibilidade do conhecimento; iii) planejamento para melhorar e aumentar a produtividade e o controle de qualidade das publicações a partir da mudança de práticas e concepções do que é a comunicação dos diferentes saberes; iv) criação de macro e micro ambientes virtuais mais acessíveis a comunidades; v) desenho de estratégias de motivação para conquistar leitores assíduos ou modos de inserção das comunidades às revistas.

A função política desta proposta, seja qual for o modelo no qual apostarmos, é estabelecer uma relação com diferentes públicos a partir de outra lógica relacional e cultural, que harmonize os interesses econômicos da publicação com a apropriação social do conhecimento, ou talvez não devemos pensar em nenhum destes modelos e formas e melhor pensar em como dirigir o nosso esforço em criar um ambiente agradável para produzir conhecimento com mais valor social?



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: Dame una ínsula para gobernar
Técnica: óleo sobre lienzo
Año: 2011

Sobre el diseño de una propuesta didáctica para la popularización del derecho con comunidades rurales¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a02

¹ Este artículo es producto de la investigación *Sobre una propuesta didáctica para la popularización del derecho a la seguridad social en entornos rurales*, inscrita en el Sistema Universitario de Investigación sin financiación del Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- y con cofinanciación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Citación de este artículo con el sistema APA: Duque Quintero, S. P., Quintero Quintero, M. L. & Duque Quintero, D. (2016). Sobre el diseño de una propuesta didáctica para la popularización del derecho con comunidades rurales. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 27-49. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a02.

Fecha de recepción: 5 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 24 de febrero de 2016

Sobre el diseño de una propuesta didáctica para la popularización del derecho con comunidades rurales

*Sandra Patricia Duque Quintero*²

*Marta Lucía Quintero Quintero*³

*Derfrey Antonio Duque Quintero*⁴

Resumen

En este artículo de investigación, pensar en recrear la enseñanza, nos ubicó como profesores investigadores en la pregunta: ¿Cómo popularizar el derecho desde la educación superior en entornos rurales? De ahí que, el objetivo de la investigación fue fundamentar una propuesta didáctica para la popularización del derecho en entornos rurales. En ese sentido, se partió de los postulados de la didáctica universitaria y de la pedagogía crítica, los cuales se enfocan hacia una formación ligada a las realidades sociales, donde se incluye a la comunidad, como otro participante del proceso docente educativo y en la generación de conocimiento útil a la sociedad. De la misma manera, se conceptualizó y fundamentó una propuesta didáctica para la popularización del derecho, concebida desde la educación superior. Así, desde una investigación cualitativa con enfoque hermenéutico, se develó la importancia de formar al estudiante para que popularice el saber jurídico, desarrolle un proceso intencional y motivador, asuma su rol en la sociedad y concrete el papel que el saber jurídico tiene en relación con la solución de problemas reales y sentidos de las comunidades rurales.

Palabras clave: educación, didáctica universitaria, derecho, popularización, comunidades rurales.

On the design of a didactic proposal for the popularization of law within rural communities

Abstract

In this research article, thinking of recreating teaching, placed us as research professors in the question: How to popularize law from higher education in rural settings? Hence, the objective of the research was to base a didactic proposal for the popularization of law in rural environments. In that sense it was based on the postulates of university didactics and critical pedagogy, which focus on a formation linked to social realities, where the community is included as another participant in the educational process and in the generation of useful knowledge to the community. In the same way, it was conceptualized and based around the design of a didactic proposal for the popularization of law, conceived from higher education. Thus, from qualitative research with a hermeneutical approach, the importance of training the student to popularize legal knowledge, develop an intentional and motivational process, assume his role in society and concretize the role that legal knowledge has in relation to the solution of real and urgent problems the rural communities face, was revealed.

Key words: education, university didactics, law, popularization, rural communities.

2 Doctora en Educación, Magíster en Derecho, Especialista en Gestión Ambiental y Abogada de la Universidad de Antioquia, profesora vinculada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Coordinadora de la Línea de investigación Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Grupo Derecho y Sociedad. Investigadora Grupo Estudios de Derecho y Política. Correo electrónico: spatricia.duque@udea.edu.co

3 Doctora en Ciencias Pedagógicas, Magíster en Sociología de la Educación, Especialista en Educación Personalizada, Licenciada en Geografía e Historia. Profesora vinculada a la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Coordinadora de la Línea de Maestría: Didáctica de la Geografía. Grupo de investigación DIDES. Correo electrónico: marta.quintero@udea.edu.co

4 Doctor en Ingeniería, Ingeniero electrónico, Diploma en docencia e investigación para Posgrado en Educación, Diploma en Pedagogía. Profesor Universidad de Antioquia, Universidad Pontificia Bolivariana, Institución Universitaria Pascual Bravo, Medellín, Colombia. Grupo de investigación Estudios de Derecho y Política y GICEL. Experto en popularización de la ciencia. Correo electrónico: d.duquequ@pascualbravo.edu.co

Sobre o desenho de uma proposta didática para a popularização do direito em comunidades rurais

Resumo

Neste artigo de pesquisa, pensar em recriar o ensino, nos posicionou como professores pesquisadores na pergunta: Como popularizar o direito desde a educação superior em ambientes rurais? Razão pela qual o objetivo da pesquisa foi fundamentar uma proposta didática para a popularização do direito em ambientes rurais. Nesse sentido, partiu-se das premissas da didática universitária e da pedagogia crítica, as quais estão voltadas para uma formação ligada às realidades sociais, onde se inclui a comunidade, como outro participante do processo docente educativo e na geração de conhecimento útil para a comunidade. Da mesma forma, conceitualizou-se e fundamentou-se em torno do desenho de uma proposta didática para a popularização do direito, concebida desde a educação superior. Assim, desde uma pesquisa qualitativa com abordagem hermenêutica, desvendou-se a importância de formar o estudante para que popularize o saber jurídico, desenvolva um processo intencional e motivador, assuma o seu papel na sociedade e concretize o papel que o saber jurídico desempenha em relação com a solução de problemas reais e sentidos das comunidades rurais.

Palavras-chave: educação, didática universitária, direito, popularização, comunidades rurais.

Sobre el diseño de una propuesta didáctica para la popularización del derecho con comunidades rurales

Introducción

La popularización es un escenario en el que se construye sentido para transformar las realidades que están estrechamente ligadas con la idea de diálogo, como fundamento epistemológico. La popularización es pensada no como un proceso aislado e inaugural, sino como una dinámica colectiva que funciona intersubjetivamente, tanto en el plano de lo biográfico, como en los escenarios locales y globales. Es a través del diálogo que se construye y subvierte el sentido de los conocimientos establecidos; es, en esta dimensión dialéctica, donde se produce el reconocimiento de las relaciones de poder, que son propias de estos saberes, y es allí donde estas son dimensionadas y problematizadas, como vía para tejer su transformación en el plano de las experiencias (Huerdo, 2001, p. 8). Se rescata entonces la visión dialógica de saberes que implica la popularización de la ciencia.

Ahora bien, ¿qué entender por popularización del derecho en entornos rurales?, se define la popularización del derecho en entornos rurales como un proceso dialógico que se articula a partir de la relación entre instituciones formales -universidad- facultades universitarias - y las comunidades rurales, que posibilita la socialización de conocimientos jurídicos en función de intereses y expectativas sociales. En este sentido, se establece una conversación en un lenguaje común sobre lo jurídico, entre profesores-estudiantes y la comunidad. Esta labor educativa tiene el propósito de ayudar a las personas a mejorar la relación con el entorno que los rodea, posibilitar conocimientos en áreas del derecho poco entendibles para los ciudadanos y abrir caminos de comprensión que logren transformar y empoderar las comunidades (Duque et. al., 2012).

Valga anotar que la popularización del derecho, responde a uno de los desafíos de la investigación que tiene que ver con la construcción de nuevas perspectivas sobre la educación jurídica, consistente en pensar el derecho como un saber que se está construyendo y que podemos transformar. El acto educativo en una facultad de derecho, no debe consistir solo en transmisión de conocimientos, debe ser también, la construcción de un mundo común posible, a partir del diálogo que puede crearse entre profesores-estudiantes y comunidad, porque esta última no es ajena a lo jurídico. La popularización del derecho se configura en una contribución al proceso

educativo en las facultades de derecho en cuanto evidencia una ruptura del modo clásico de la educación jurídica, en el sentido de debatir el discurso instruccional en el aprendizaje de los estudiantes, para posibilitar una formación orientada a considerar “lo popularizable” en el derecho.

De esta manera, se pretende desde la universidad, contribuir a transformar un mundo marcado por las desigualdades e injusticias sociales y llegar a la población rural. El acercamiento a las problemáticas rurales, se justifica en tanto Colombia, es uno de los países de América Latina, que cuenta con un alto porcentaje de población conformada por campesinos, pescadores, artesanos, mineros, indígenas y gran parte de los miembros de las comunidades negras que viven en extrema pobreza. Situación que se agudiza ante el actual modelo de desarrollo económico, que en los últimos años ha contribuido a profundizar la brecha entre ricos y pobres.

Según el informe de la Contraloría General de la República (2012), la pobreza rural, asociada a la variable ingreso, muestra que cerca del 79,7% de la población rural no recibe ingresos suficientes para una canasta de satisfactores mínimos, por lo cual, se localiza por debajo de la línea de pobreza. Pero más grave aún, el 45,9% de la población pobre rural se ubica en la categoría de indigente, esto es, en pobreza extrema. Es importante anotar que la pobreza rural se manifiesta principalmente en la falta de acceso a servicios de salud, educación, seguridad social y servicios públicos eficientes; es muy limitado el número de trabajadores rurales pobres que están vinculados a la seguridad social, principalmente en fondos pensionales. Al no ser cotizantes del sistema tampoco tienen derecho a pensión y es por ello que en el sector rural no hay edad de retiro.

Ante esta situación de desconocimiento y desprotección, la Universidad, como parte de su compromiso con la sociedad, en especial con los sectores vulnerables de la población, debe promover propuestas educativas que posibiliten el cumplimiento de los derechos, para que no sean de carácter retórico, sino de acceso universal. Desde esta perspectiva, la popularización del derecho en entornos rurales, esto es llevar el lenguaje jurídico a un lenguaje común o cotidiano, para que pueda ser comprendido, se configura en una propuesta educativa desde la Universidad, que puede posibilitar la transformación social y el empoderamiento de las comunidades.

Metodología: La investigación es cualitativa con enfoque hermenéutico. El enfoque hermenéutico, busca una creación, un aporte al saber jurídico. Se partió de la vivencia como profesores universitarios, en cuanto tal, como lo dice González (2011), las vivencias producen en el ser, el deseo de emprender una investigación. Así, la experiencia hermenéutica, al interior de un paradigma de investigación cualitativo, implica en primera instancia un proceso de formación del ser que investiga y simultáneamente un proceso de traducción de las estructuras de sentido.

Dicha experiencia hermenéutica se vive mediante el proceso y la estructura. El proceso, como un continuo en el tiempo, el que se desarrolló a través de los prejuicios, la reflexión, el análisis, la comprensión, la interpretación y la síntesis de las estructuras de sentido. Y, la estructura hermenéutica se manifestó en el círculo de la comprensión que creció concéntricamente en tanto fue relacionando el todo con sus partes en la fusión de horizontes.

Esta investigación mantuvo una estructura hermenéutica que se caracterizó por ser circular y dialógica entre el todo y las partes, donde el diseño de la propuesta didáctica constituyó el todo, y las partes estuvieron representadas en popularización, derecho, educación y comunidades rurales. Así, la concurrencia de las partes en el todo se alcanzó mediante el diálogo constante con los textos, esto es, el material bibliográfico-literatura especializada nacional e internacional- y las vivencias.

Como instrumentos para el análisis de la información se utilizaron fichas textuales, de síntesis y de análisis y se desarrollaron los siguientes momentos hermenéuticos en la investigación:

Contextualización: en el cual se comprendió el reconocimiento de problemáticas asociadas a la formación de abogados, las comunidades rurales, el mejoramiento de la calidad de vida de las poblaciones más vulnerables y la reflexión en torno a cómo el conocimiento que se produce en la universidad, también puede llegar al entorno rural y ser socialmente pertinente.

Conceptualización: este momento comprendió la identificación de los referentes teóricos que apoyaron la investigación, principalmente en temáticas como los conceptos de Didáctica, entorno rural y educación jurídica; se conceptualizó la popularización del derecho en entornos rurales y se analizó cómo la didáctica es posibilitadora del encargo social que se le demanda a la universidad. Todo a través del rastreo bibliográfico en artículos de revistas, libros producto de investigación, tesis, monografías e informes de investigación, en el Sistema de Bibliotecas de la Universidad de Antioquia y de la Universidad Nacional de Colombia (sede Medellín), Centros de documentación de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia, Biblioteca digital de la Organización de Estados Iberoamericanos, en las bases de datos, Latindex, Google Académico, Redalyc (Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), AERA (American Educational Research Association), - Academic OneFile, Blackwell Synergy, DialNet, DOAJ (Directorio de revistas de acceso libre), EBSCO Host, ERIC (The Education Resources Information Center), HAPI Online (The Hispanic American Periodical Index), Informe Académico, SciELO, Science Direct, SpringerLink, Web of Science (ISI Web of knowledge) y WilsonWeb; así mismo de asistencia a eventos científicos.

Significación: se definieron los componentes del sistema didáctico que se relacionan en la propuesta didáctica para la popularización del derecho en entornos rurales y se puntualizaron como momentos de la propuesta: la motivación, la creación, la vivencia y la evaluación. Esto se planteó a partir del análisis de textos y vivencias, para ello, se observó y reflexionó sistemáticamente sobre realidades educativas en los entornos rurales y su relación con lo jurídico.

Socialización: se socializaron los resultados que sirvieron para ubicarnos dentro del mundo académico, validar nuestros argumentos y tener en cuenta algunos comentarios y sugerencias. Esto mediante ponencias y socialización de avances de la investigación.

Así, en esta pesquisa, acorde con el enfoque hermenéutico que la permea, se pretendió solucionar provisionalmente un problema consistente en una enseñanza del derecho más comprometida con el encargo social y las realidades de las comunidades rurales.

Resultados

1. Conceptualización sobre la popularización del derecho en la educación superior

La popularización del derecho se caracteriza por: aportar al concepto de responsabilidad social en la Universidad; ser un proceso dialógico donde es posible aprender a través de la conversación; articular tres aspectos fundamentales: los saberes jurídicos, los sujetos popularizadores y los usuarios-comunidad con su universo vocabular y la prealimentación y; renovar el concepto de extensión universitaria. Dichas características se fundamentan de la siguiente manera:

1.1 La popularización del derecho aporta al concepto de responsabilidad social de la Universidad

En la perspectiva de la popularización del derecho, enseñar derecho significa una formación que hace énfasis en la autorreflexión, retomando a Habermas (1971):

Ya no se trata sólo de incorporar al poder de disposición de los hombres dedicados a la manipulación técnica de un saber preñado de consecuencias en la perspectiva práctica, sino también de recuperar dicho saber para el patrimonio lingüístico de la comunicación en la sociedad. Esta es la tarea de una formación académica, que ha de ser asumida por una ciencia capaz de la autorreflexión. Solo si las ciencias aprenden a reflexionar podrán

recuperar la energía necesaria para la formación académica en un sentido acorde con la transformación social (p.348).

Precisamente, la transformación social y el empoderamiento en el contexto de la popularización del derecho, tienen como propósito la igualdad de oportunidades entre los diferentes actores sociales. La idea central es la de la concientización⁵, esto es, que comunidades excluidas se vuelvan actores y transformadores de su realidad. Ahora bien, entendemos por empoderamiento y responsabilidad social “un proceso de acción social por medio del cual los individuos, las comunidades y las organizaciones obtienen dominio sobre sus vidas en el contexto del cambio de su ambiente social y político para mejorar la calidad de vida y la igualdad” (Wallerstein, 1992, p.199). El empoderamiento es el reconocimiento de la existencia de derechos básicos y de la necesidad de retar a las hegemonías establecidas para hacerlos valer (De Vos Pol, et al, 2009). La transformación social, es el reconocimiento de la necesidad de apoyar la capacidad de cambiar las relaciones de poder en una sociedad (Mayo & Craig, 1995). Esta reflexión sobre la cual se llama la atención, permite pensar en formar un abogado activo, inmerso en la comunidad, observador, investigador y con capacidad crítica para analizar problemas e interactuar con otros.

La Conferencia Mundial sobre la Educación Superior en el siglo XXI señala que, las instituciones de educación superior deberían brindar a los estudiantes la posibilidad de desarrollar plenamente sus propias capacidades con sentido de la responsabilidad social, educándolos para que tengan una participación activa en la sociedad democrática y promuevan los cambios que propiciarán la igualdad y la justicia. Las instituciones de educación superior deben formar a los estudiantes para que se conviertan en ciudadanos bien informados y profundamente motivados, provistos de un sentido crítico, y capaces de analizar los problemas, buscar soluciones, aplicarlas y asumir responsabilidades sociales (Unesco, 2008).

Y en este sentido, se retoma a Álvarez de Zayas (1999), en lo atinente al principio didáctico de la vinculación de la educación con la vida, es decir, “la relación entre el proceso docente-educativo y el contexto social. La institución docente y el proceso que en ella se desarrolla existe para satisfacer la necesidad de formación de los ciudadanos de una sociedad, ello configura el encargo social” (p.94). Así, este principio se basa en la articulación de la educación con la vida como acción que educa al hombre, al aplicar sus conocimientos para resolver los problemas que demanda la sociedad.

5 La concientización según Freire (1973) es la mirada más crítica posible de la realidad, comprende tres fases: la mágica, la ingenua y la crítica. En cada una de ellas el hombre o mujer define sus problemas, luego reflexiona sobre las causas y finalmente, actúa; es decir, cumple con las tareas concretas que supone la realización de los objetivos liberadores y de toma de conciencia (pp.13-14).

1.2 La popularización del derecho es un proceso dialógico donde es posible aprender a través de la conversación

Una de las tareas del profesor es dirigir el acto educativo bajo un sistema de comunicación que supere la transmisión de la información. Este sistema involucra al discente en el proceso de comunicación al comprender e interpretar los contenidos, para generar el desarrollo de las habilidades (Álvarez, 1999). Desde esta postura la enseñanza universitaria se configura, en principio, como un acto comunicativo: “el acto educativo es eminentemente un acto comunicativo donde convergen múltiples lenguajes” (González, 2006, p.62). En este mismo sentido Freire (1985) señala:

La educación es comunicación, es diálogo, en la medida en que no es la transferencia del saber, sino un encuentro de sujetos interlocutores, que buscan la significación de los significados. Sólo así podrá ser verdaderamente humanista y, por lo tanto, liberadora y no domesticadora. El diálogo es el encuentro amoroso de los hombres que, mediatizados por el mundo lo pronuncian, esto es, lo transforman y transformándolo, lo humanizan, para la humanización de todos, el mundo humano, humanizado, es comunicación. En la relación dialógica, ambos términos de la relación actúan como sujetos, ambos se expresan y pronuncian su palabra (p. 107).

Ahora bien, el diálogo es la forma de comunicación en la escuela, pero también entre los hombres y su mundo, entre los líderes y su pueblo, entre los estudiantes y la comunidad, y es a través de él, que se van encontrando los elementos que van a configurar el contenido de la popularización del derecho. Así, debe existir un proceso dialógico en toda experiencia de popularización, que se inicia a partir del descubrimiento del otro (comunidad) como un interlocutor válido, significando que la universidad, cuando implementa sus prácticas, entiende que el saber científico que lleva a las comunidades no es el único, son conocimientos a poner en conversación con los otros (la comunidad), que tiene unos saberes cotidianos, tan importantes como los de la ciencia, posibilitando en el estudiante distintas perspectivas y visiones del mundo de lo jurídico.

Por medio del diálogo se alcanza la comprensión y el acuerdo con el otro, y se realiza de modo efectivo la vida social, que se construye como una comunidad de diálogo. Al conversar sobre el mundo unos con otros, y hacer de él una tarea común, los hombres están creando el mundo y haciendo de él su punto de encuentro y de unión (Gadamer, 1992). La popularización del derecho como un proceso dialógico, considera que un estudiante de derecho, debe ser una persona que sabe conversar con el otro y que sabe escuchar a los demás. La popularización del derecho precisa de un acercamiento a las otras personas, a la comunidad, a partir de actos creativos

que tienen la propiedad de generar nuevas ideas, con potencialidad transformadora y condiciones que aseguran una relación de confianza y respeto.

Otro elemento significativo, se concentra en el valor de la conversación. “Téngase en cuenta que una conversación no se limita a intercambiar información, sino que sirve también para aproximarse al otro. Allí donde se logra realmente una conversación, los interlocutores ya no son exactamente los mismos cuando se separan. Están más cerca el uno del otro” (Gadamer, 1993, p.232). En esta medida cuando se habla de popularizar el derecho, se piensa desde el humanismo de Gadamer, quien invita a aprender a escuchar y a hablar, buscando volvernos comprensibles al otro, ya que es lo que forma parte de un auténtico diálogo. La palabra empieza a ser palabra viva cuando es respuesta concreta a alguien concreto. Gadamer (1992) cree que “la verdadera humanidad del hombre reside en el poder hacerse capaz de diálogo” (p.209) y es a partir de conversar con el otro, donde podrían generarse verdaderos procesos de popularización con las comunidades rurales.

1.3 Todo proceso de popularización del derecho articula tres aspectos: los saberes jurídicos, los sujetos popularizadores y las comunidades rurales con su universo vocabular y la prealimentación

Los saberes jurídicos, son los conocimientos objetos de popularización, los aspectos que se tomarán para ser popularizados, teniendo en cuenta que el saber jurídico es producto de un proceso social, que obedece a un contexto histórico-cultural en el cual ha sido producido y desde el cual es posible comprenderlo. Los sujetos popularizadores, son el profesor y el estudiante, que conversan con la comunidad.

Es importante anotar que el entorno rural es un espacio geográfico con cuatro componentes básicos: un territorio que funciona como fuente de recursos naturales y materias primas, receptor de residuos y soporte de actividades económicas; una población que, con base en un cierto modelo cultural, practica actividades muy diversas de producción, consumo y relación social, formando un entramado socioeconómico complejo; un conjunto de asentamientos que se relacionan entre sí y con el exterior mediante el intercambio de personas, mercancías e información, a través de canales de relación y; un conjunto de instituciones públicas y privadas que vertebran y articulan el funcionamiento del sistema, operando dentro de un marco jurídico determinado (Ramos & Romero, 1993). Respecto a lo rural, es importante resaltar que el modelo de desarrollo construido es altamente inequitativo y excluyente, propicia innumerables conflictos, no reconoce las diferencias entre

los actores sociales, y conduce a un uso inadecuado y a la destrucción de los recursos naturales. Acentúa la vulnerabilidad de los municipios más rurales en relación con los más urbanos. El Estado poco se ha hecho presente para ordenar el uso del territorio, regular los asentamientos humanos y emprender programas de desarrollo rural que ayuden a mejorar las condiciones de vida de las comunidades rurales (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2011). Por tanto, la necesidad que desde la academia se soporten encuentros con las comunidades.

Atendiendo estas particularidades, se considera que con las comunidades rurales deben establecerse procesos dialógicos, pero partiendo del reconocimiento de su universo vocabular y realizando la prealimentación. Estos aspectos son importantes en tanto, el primer proceso, el estudio del universo vocabular “recoge los vocablos típicos del pueblo: sus expresiones particulares, vocablos ligados a la experiencia de los grupos. En este sentido, las palabras generadoras del diálogo pueden entenderse, en sentido amplio, como aquellos núcleos problemáticos que dan origen a todo proceso de comunicación” (Freire, 1990, p.69). El segundo proceso, la prealimentación, “es una forma de puesta en práctica del reconocimiento del universo vocabular. En este sentido, un enfoque comunicacional supone incluir, para la producción de todo material, una intensa etapa de prealimentación, encaminada a captar las percepciones, ideas, experiencias y expectativas de los potenciales interlocutores” (Kaplún, 1992, p.19). La idea entonces, es partir de la realidad de las comunidades y sus problemas jurídicos, económicos, sociales, entre otros que se identifiquen, de manera que lo que se popularice adquiera sentido en ese contexto, y no quede como algo superpuesto y aislado de su contexto.

1.4 La popularización del derecho renueva el concepto de extensión universitaria

Tratando de renovar esta visión clásica de la extensión universitaria⁶, la popularización del derecho en entornos rurales, pretende que la extensión llamada solidaria, se despoje de su carácter asistencialista, procura la dialogicidad entre

6 El concepto de extensión universitaria que por varias décadas predominó en los medios universitarios latinoamericanos y que determinó el contenido de los programas emprendidos se caracterizó, por incorporar las tareas de extensión y difusión al quehacer normal de la universidad, pero consideradas como una proyección a la comunidad de ese quehacer, como una extensión de su radio de acción susceptible de permitir la participación en la cultura universitaria de sectores más amplios. Es obvio, que predominó un criterio de “entrega” y hasta podría decirse de “dádiva cultural” o, en todo caso, un marcado acento “paternalista” o “asistencial” en las labores que se realizaban. La Universidad, consciente de su condición de institución superior del saber, trataba de remediar un poco su situación privilegiada y procuraba que algo de su quehacer se proyectara a los sectores menos favorecidos. Pero es ella, la que decide sobre el contenido y el alcance de su proyección. Además, en esa proyección, es la Universidad la que da, y la colectividad la que recibe. La extensión se realiza así, mediante un canal de una sola vía, que va de la Universidad, depositaria del saber

profesores, estudiantes y comunidad, en un sentido horizontal e integrador. El ideal no es que la universidad sea educadora de la comunidad, sino, que la comunidad sea educadora con la universidad. La popularización del derecho es entonces una propuesta que aspira trascender las miradas clásicas de la extensión universitaria y busca abrir caminos de comprensión entre la universidad y la sociedad.

1.5 Análisis sobre la didáctica como posibilitadora del encargo social que se le demanda a la universidad

Se asume la didáctica universitaria como “una disciplina teórica que estudia las prácticas de enseñanza universitaria con el propósito de describirlas, explicarlas y enunciar normas fundamentadas para la mejor resolución de los problemas que estas prácticas plantean a los profesores” (Camilloni, 2008, p.22). A la didáctica universitaria se le reconoce como una didáctica especial porque estudia las prácticas de enseñanza del nivel superior universitario, y aspira que las mismas posibiliten el aprendizaje significativo de un alumnado constituido por jóvenes adultos y/o adultos en sentido estricto. Además, más allá de la centralidad propia de la acción educativa que tiene lugar en las aulas, las prácticas de enseñanza, al estar encuadradas dentro de los marcos políticos-académicos reguladores del nivel superior universitario, lejos de circunscribirse a la visión tradicional de una docencia encapsulada en el aula, deben resignificarse en torno a la aspirada articulación con las funciones de investigación y extensión, lo que les confiere una cierta particularidad como objeto de análisis didáctico (Lucarelli, 2000).

Es importante anotar, que contribuciones como las de Tomaschewsky (1966), Danilov (1968), Álvarez de Zayas (1999) y González (2006), también aportan elementos significativos para la comprensión de la didáctica universitaria y que fundamentan esta propuesta:

Con Tomaschewsky (1966) el concepto didáctica trasciende el problema del método y del contenido además se consideran otros elementos como los fines y objetivos de la enseñanza, las leyes y principios del proceso y los contenidos, la organización y los medios que deben ser utilizados en clase. Estos elementos relacionados de manera sistemática le imprimen entonces a la didáctica el sentido de proceso, es decir, hacen pensar la enseñanza como algo progresivo, secuencial y dinámico. Danilov (1968), enfatiza en que el encargo de la didáctica, es descubrir las condiciones y leyes del proceso didáctico, para darle un orden a la enseñanza, y de esta forma organizar certeramente la labor del maestro en la clase.

y la cultura, al pueblo, simple destinatario de esa proyección y al cual se supone incapaz de aportar nada valioso (Tünnermann, 1990, p. 4).

Es a partir de estos conceptos, como se define que en el contexto de la enseñanza superior, el concepto didáctica universitaria no se agota en la teoría y la práctica de los procesos educativos, sino, que se asume como un proceso de naturaleza sistémica donde se relacionan principios, objetivos, contenidos, métodos, formas y medios, que posibilitan el tratamiento didáctico de los conocimientos. En este sentido, Álvarez de Zayas (1999), expone que mientras la pedagogía estudia todo tipo de proceso educativo, en sus distintas manifestaciones, lo más general, la didáctica atiende solo al proceso docente educativo, un proceso en particular, más sistémico, organizado y eficiente, que se ejecuta sobre fundamentos teóricos, por personal especializado: los docentes y en un espacio determinado: la institución docente.

El proceso docente educativo se define entonces, como una sucesión de momentos, como resultado de las relaciones sociales que se dan entre los sujetos que participan. Está dirigido de un modo sistémico y eficiente a la formación de las nuevas generaciones, en el plano educativo. Con vista a la solución de problemas sociales, para dar respuesta al encargo social, a través de la participación activa y consciente de los estudiantes, planificada esta participación en el tiempo y observando ciertas estructuras organizativas estudiantiles, con ayuda de ciertos medios, y cuyo movimiento está determinado por las relaciones causales entre esos componentes, y de ellos con la sociedad que constituye su esencia (Álvarez de Zayas, 1993).

En esta investigación, se asume la didáctica como aquella que tiene por objeto de estudio el proceso docente educativo y que está determinada por un problema específico, la necesidad social de formar a las nuevas generaciones y de educar, en general, a la población: preparar al hombre para la vida.

Desde esta perspectiva, González (2006b), define que la didáctica en la enseñanza superior necesita traducir el discurso bien sea científico, técnico, tecnológico o artístico, sobre los cuales están diseñados los currículos para educar las nuevas generaciones. Fundamentada en el proceso hermenéutico, la didáctica posibilita la traducción del saber sabio al saber por enseñar. Así, la didáctica universitaria posibilita la comunicación de los saberes, a partir de los componentes que articulan el proceso docente educativo, esto es, el problema, el objeto, el objetivo, los conocimientos, el método, los medios, la forma, producto y evaluación, veamos:

El *problema*, la situación de un objeto que genera una necesidad en un sujeto que desarrolla un proceso para su transformación. *El objetivo* que el sujeto se propone alcanzar en el objeto para que, una vez transformado, satisfaga su necesidad y resuelva el problema. *Los conocimientos*, o sea, los diferentes saberes de las ciencias, las artes, la técnica o la tecnología que ha construido la humanidad en el transcurso de su historia. *El método*, los procedimientos con los cuales los diferentes saberes han construido sus

conocimientos. *La forma*, organización que se adopta desde los puntos de vista temporal y espacial en la relación docente-discente para desarrollar el proceso. *El producto o resultado* académico del aprendizaje. *La evaluación*, constatación periódica del desarrollo del proceso (González & Díaz, 2008, pp.88-89).

Una propuesta articulada desde una concepción de didáctica universitaria que posibilita a partir del diálogo, la comunicación de los saberes, será entonces la manera de permitir que un estudiante, además de formarse en los saberes jurídicos propios de la disciplina, pueda llevar el lenguaje jurídico a un lenguaje común o cotidiano, de forma tal, que se popularice el derecho.

Es importante anotar que una propuesta didáctica, es la organización secuenciada de la acción, comporta una actividad consciente previsor y planificada, una secuenciación y ordenación de pasos a desarrollar, además es la fundamentación y diseño de acciones y procedimientos seleccionados y organizados, que posibilitan la transformación del proceso de enseñanza aprendizaje, condicionan su dirección y permiten el logro de los objetivos propuestos a mediano y largo plazo (Addine, 1999, p. 26).

Comprender la popularización del derecho como un proceso dialógico que permite conversar en un lenguaje común sobre lo jurídico, fue abriendo entonces el camino para comprenderlo desde la lógica de los componentes del sistema didáctico, en tanto, es posibilidad para formar un estudiante traductor del lenguaje jurídico en un lenguaje común o cotidiano, comprensible también por la comunidad, enfocándonos en este proyecto en las comunidades rurales.

2. Definición de los componentes del sistema didáctico que se relacionan en la propuesta para popularizar el derecho en entornos rurales

Los componentes del sistema didáctico se articularon a la propuesta didáctica a partir de las siguientes triadas: problema-contenido-método y objetivo-medio-forma:

2.1 La relación problema-contenido-método

El vínculo entre la sociedad y los objetivos de la educación, en especial de la educación superior, se puede concretar mediante la incorporación del problema al proceso docente, como la vía fundamental para desarrollarlo, hacerlo vivo, inherente a la realidad del alumno (Álvarez de Zayas, 1994). Es así como esta propuesta de popularización del derecho en la educación superior, partió de dos problemas relevantes a resolver:

El primero, el problema de *integración de la facultad de derecho con el medio social*: el papel de la universidad, y específicamente el de una facultad de derecho no es solo instruir sino también educar, o sea, dirigir el proceso educativo a la formación de convicciones, valores e intereses sociales. Toda sociedad aspira a formar personas capaces de generar procesos de transformación, sin embargo, no siempre se está consciente del fin que se aspira con la formación del profesional. Al faltar este vínculo de la institución educativa con la sociedad, el proceso docente educativo que allí se efectúa carece del valor que este tipo de instituciones debe tener, de hecho, se rompe la misión y el objeto de las mismas. Y ante el desconocimiento de este tipo de relación básica, los profesores se mantienen impartiendo una docencia aún tradicional (Díaz Barriga, 1992).

Se plantea entonces que, lo educativo debe darse a través de la apropiación del saber jurídico, pero también en el desarrollo de habilidades, entre las que se plantea popularizar el derecho, es decir, llevar el lenguaje jurídico a un lenguaje común comprensible por la comunidad, en una relación más estrecha entre el estudiante y la comunidad, entre la universidad y la sociedad.

Y el segundo, el problema de *direccinamiento del proceso docente-educativo*: se considera que la dirección del proceso docente educativo en una facultad de derecho, debe partir de un proceso de planificación y organización, en aras de un papel significativo en la formación del futuro abogado. Es necesario establecer a partir de las necesidades actuales y perspectivas de la misión de la Universidad, las bases del proceso de formación de los profesionales a través de la enseñanza y el aprendizaje.

En cuanto a la relación del componente contenido, Álvarez de Zayas (1998) lo define como aquella parte de la cultura que se traslada de esta a la disciplina docente, para el logro de los objetivos programados. Acorde con esta definición, en esta propuesta didáctica para la popularización del derecho en entornos rurales, lo que se plantea es ampliar el concepto de contenido a todo aquello que el alumno aprende, en una acepción de aprendizaje que tiene que ver con el crecimiento integral de la personalidad; es decir, el conocimiento del saber jurídico, pero además el de la sociedad, el de las comunidades rurales. Así las cosas, el contenido es la parte de la cultura seleccionada, con sentido pedagógico, para la formación integral del educando.

Y el método, como componente didáctico en la tríada, se refiere al orden de las distintas técnicas y procedimientos que en el transcurso de las acciones (aprendizaje y enseñanza), se ejecutarán por el profesor y los estudiantes (Álvarez de Zayas, 1993). Es importante tener en cuenta que el método tiene como esencia la acción. El método es el modo de ejecutar el proceso educativo.

En el método cobran vida los contenidos que dan respuesta a un problema de formación, para el cumplimiento de los objetivos. Las acciones propias del proceso docente son las que ejecutan fundamentalmente los estudiantes y el profesor, pero en esta propuesta la extendemos también a las comunidades rurales. El proceso de enseñanza-aprendizaje-popularización es, por eso, un proceso de diálogo, de conversación, de socialización.

2.2 La relación objetivo-forma-evaluación

Los objetivos como categoría didáctica, significan los fines, aspiraciones y propósitos a lograr en el proceso docente. Ellos encierran una intención, definida y orientada a un fin, que influirá sobre todo el proceso en su conjunto (Álvarez de Zayas, 1998). Los objetivos resultan un elemento mediador entre la sociedad y la enseñanza (Álvarez de Zayas, 1998). El objetivo en esta propuesta didáctica es formar un estudiante popularizador del derecho que pueda conversar a través de un lenguaje común sobre lo jurídico con las comunidades rurales.

La forma en la tríada, es la organización, el orden que adopta el proceso docente educativo para alcanzar el objetivo, y se determinan aspectos relevantes como el grupo. En cuanto al grupo, se asume que el acto educativo no es otra cosa que un acto comunicativo donde convergen lenguajes ordinarios, científicos y estéticos, para generar acciones de la escuela hacia la vida y de la vida hacia la escuela. El proceso de comunicación generalmente, en las instituciones educativas lo integran: el docente, quien se constituye en el emisor; el discente, que es el receptor y el mensaje, que es el discurso de la ciencia (González, 1998), sin embargo, se plantea en esta investigación, considerar a las comunidades rurales como otro integrante del acto educativo. Así, en la popularización del derecho, se propone como grupo, en el componente didáctico forma, al profesor-estudiante-comunidad, asumiendo una posición dialógica y sistémica en el proceso formativo.

Y en cuanto a la evaluación, si se entiende la educación como un proceso intencional, orientado a finalidades determinadas, para cuya consecución definen objetivos y se deciden formas de organizar el proceso educativo, la evaluación es la vía mediante la cual se valora el logro de los propósitos. Así, para el proceso docente educativo que posibilitará la popularización del derecho en entornos rurales, se propone una evaluación cualitativa-formativa, que promueva un proceso educativo integral, activo y participativo.

3. Definición de los momentos de la propuesta didáctica para la popularización del derecho en entornos rurales

La concreción de la propuesta didáctica para la popularización del derecho en entornos rurales, se diseñó a partir del planteamiento y caracterización de los momentos o etapas en la que se desarrolla la propuesta, esto es, la motivación, la creación, la vivencia y la evaluación:

3.1 La motivación: el acercamiento de los estudiantes a la popularización del derecho desde una visión didáctica

El término motivación se deriva del verbo latino *movere*, cuyo significado es moverse, poner en movimiento o estar listo para la acción. El mismo término, según la Real Academia de la Lengua Española, significa poner algo en movimiento o estimular una acción. De esta manera, un motivo es un elemento de conciencia que entra en la determinación de un acto volitivo; es lo que induce a una persona a llevar a la práctica una acción. En el acto educativo, se evidencia la presencia del profesor y del estudiante, que bajo el influjo de alcanzar metas comunes logran una interacción racional-afectiva, donde cobra sentido la motivación, puesto que proporciona motivos, es decir, moviliza la voluntad de enseñar y de aprender. Se logra una acción dialógica entre los actores del proceso docente-educativo.

Ahora bien, el rol del profesor, teniendo en cuenta la motivación, consistirá en presentar motivos a sus estudiantes para que ejecuten voluntariamente los rituales inherentes a los aprendizajes y comportamientos específicos, tanto en la construcción del conocimiento como en el desarrollo de las actitudes coherentes que puedan proporcionar significado y aplicabilidad a lo aprendido, el papel de la motivación en el logro del aprendizaje significativo, se relaciona con la necesidad de inducir en el alumno, el interés y esfuerzo necesario, y es labor del profesor ofrecer la dirección y guía pertinente en cada situación (Díaz Barriga, 1992).

Así, en esta propuesta, el momento de la motivación o acercamiento de los estudiantes al concepto de popularización del derecho en entornos rurales desde una visión didáctica, es diseñado por el profesor, desde una postura dialógica, para insertar el tema de la popularización del derecho como un problema del mundo de la vida rural a resolver desde la universidad.

Se pretende entonces que los estudiantes motivados desde sus afectos, desde sus propios sentidos, desde sus propios valores, sean conscientes del papel que como popularizadores del derecho pueden desempeñar en las comunidades, para el caso de estudio, las rurales. Si esto se logra, "(...) los alumnos han decidido vivir

una vida despiertos para no habituarse al mundo, para no integrarse al orbe de los indolentes, de los indiferentes” (González, 1998, p. 52). Retomando a Antoine De Saint-Exupery (1976, p. 25) “si quieres construir un barco, no empieces por buscar madera, cortar tablas o distribuir el trabajo (...) lo primero que has de evocar en los hombres, es el anhelo del mar libre y ancho”, en una palabra, motivar el ser para hacer.

3.2 La creación: la traducción del lenguaje jurídico a un lenguaje común o cotidiano

La traducción del lenguaje jurídico a un lenguaje común, será una mediación didáctica producida por el estudiante para popularizar el derecho en entornos rurales. Es una creación del estudiante para llevar el saber jurídico a un lenguaje cotidiano, comprensible para la comunidad. Esta mediación didáctica, la elabora el estudiante con apoyo del profesor, a partir de la construcción de una propuesta donde relaciona el contenido jurídico que va a popularizar, con una problemática sentida, propia de las comunidades rurales, algo a transformar en el mundo de la vida. En esta creación didáctica, el estudiante mostrará sus capacidades para la construcción y organización de metodologías innovadoras que permitan conversar en un lenguaje común sobre lo jurídico, podrá seleccionar y combinar los temas a popularizar en beneficio de su comunidad. El estudiante ya no será solo quien aprenda el saber jurídico, sino que será quien acerque a estos conocimientos a la comunidad, teniendo claro que su papel no será el de un informador, sino el de un interlocutor en la comunicación del derecho y la sociedad, de forma tal que sus acciones popularizadoras respondan al encargo social que le ha sido dado a la Universidad.

3.3 La vivencia: de lo ideal a lo real

Los estudiantes están motivados, desde el lenguaje jurídico para penetrar en el lenguaje común. La incursión en este lenguaje está precedida por un reconocimiento del universo vocabular (Freire, 1973), y una retroalimentación (Kaplún, 1992), que tienen por objetivo relacionar el saber jurídico con el saber cotidiano. Así, en un primer nivel para la aplicación de la mediación didáctica creada, el estudiante deberá recoger los vocablos típicos de la comunidad rural con la cual va a interactuar, sus expresiones particulares, ya que las palabras generadoras del diálogo, deberán salir de este estudio y no de una selección hecha a partir de tecnicismos y de la lectura textual de doctrina o normas jurídicas.

Un segundo nivel tiene que ver con la prealimentación (Kaplún, 1992), que es la puesta en práctica del reconocimiento del universo vocabular. Es decir, permite

comprender el pensamiento de la comunidad en torno a determinada problemática jurídica, acceder a su universo simbólico, descubrir sus códigos experienciales, ideológicos, culturales, sus vivencias cotidianas, sus preocupaciones; sus preguntas y sus expectativas; sus conocimientos y sus desconocimientos, para incorporarlas al desarrollo de mediación didáctica.

Y en un tercer nivel, la aplicación de la mediación didáctica diseñada, teniendo en cuenta cada uno de los componentes del proceso docente educativo, esto es, el grupo de trabajo definirá: la comunidad rural con la que conversará, el tema a popularizar, el problema o por qué popularizar ese tema, el objetivo que pretende lograr, el cómo acercar el lenguaje jurídico a un lenguaje común, la forma y la evaluación del proceso de popularización con la comunidad, de forma tal que los participantes vayan recreando conocimientos que enriquezcan la posibilidad de decir lo jurídico desde su mundo.

3.4 La evaluación del proceso formativo: ¿es posible un estudiante popularizador del derecho?

En este punto el estudiante llega nuevamente a entablar un diálogo con su profesor y compañeros, pero desde su experiencia. En este nuevo diálogo se reflexionará sobre las respuestas del otro para asimilar, debatir, ponderar, acumular e integrar al “sí mismo”, las posiciones y experiencias de lo jurídico. Retomando a González (2006a), se teje entonces un círculo virtuoso, aquel cuyo punto de inicio es confuso, pero en el cual penetra un sujeto desde un acto de intelección, para producir otro texto a partir de sus conocimientos, a partir de su reflexión, de sus lecturas, del diálogo con los otros; descifrando señas, huellas que se dejan para ser continuadas, para ser interpretadas, pues un texto es siempre la interpretación de otra interpretación que la renueva, como dice Gadamer (2000), pensar lo pensado. Así, el estudiante aprende significativamente.

En este punto del proceso, la evaluación tiene la función fundamental de comunicación con los demás, de entablar un diálogo a partir de las experiencias de popularización individuales, a fin de volver sobre los argumentos cognoscitivos, lo que pudo haberse explicado y no se hizo; la forma en que se planteó la mediación didáctica y su ejecución real, interpretando los resultados y evaluando lo logrado, todo ello con el fin de tomar futuras decisiones, es decir, ¿qué mantener?, ¿qué cambiar?, ¿qué dirección tomar?, ¿qué actitud tiene que asumir el popularizador del derecho?

A modo de síntesis, los momentos o etapas del proceso, se estructuran a partir de la motivación por aprender un saber jurídico y didáctico de los estudiantes

como sujetos y objetos del acto educativo; pero al mismo tiempo de la capacidad de creación para traducir un contenido jurídico a un lenguaje común o cotidiano. Se parte de trasladar lo jurídico a la cotidianidad para iniciar un acercamiento dialógico entre el estudiante y las comunidades rurales. Luego de la creación de los estudiantes, se aplica la mediación didáctica, a partir del reconocimiento del universo vocabular y la retroalimentación con la comunidad, para que desde un diálogo de las experiencias, nuevamente en el aula de clase, se reflexione sobre el quehacer de un abogado y su rol para generar acciones que trasciendan. Así se forma un popularizador del derecho, que se transforme y construya su propia imagen de lo jurídico y del mundo que le rodea; una imagen diferente, noble, sensible; una imagen propia que lo vaya constituyendo en un profesional más humano.

Conclusiones

Siendo la investigación el campo privilegiado de la producción y transformación del saber de las distintas disciplinas científicas y humanísticas, es fundamental que en el ámbito de la educación jurídica se produzcan estudios que impulsen la conformación de un cuerpo teórico, conceptual y metodológico apto para enfrentar los retos que la transformación social y política de Colombia y el mundo le demandan a la universidad y, en el caso especial, a una facultad de derecho. De esta manera, uno de los desafíos en la construcción de nuevas perspectivas respecto del derecho consiste en impulsar propuestas didácticas que contribuyan a apropiarse los saberes de lo jurídico y generar estrategias que contribuyan a instalar a la comunidad destinataria de las normas como sujetos activos que puedan transformar su realidad a través de instrumentos que da el derecho a todos. Por tanto, la popularización del derecho en entornos rurales es prioritaria, ya que es imprescindible que las comunidades se movilizan para exigir la solución a las problemáticas que las aquejan, las cuales no son competencia exclusiva de los órganos del Estado. La participación de las comunidades garantiza a su vez, el ejercicio de sus derechos y se identifican y proponen las prioridades, que en esta investigación tienen que ver con el mejoramiento de vida de la población rural.

Así, se concluye que hablar de la popularización del derecho en entornos rurales es hablar de una forma de traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje común o cotidiano, que puede lograrse con mediaciones didácticas a través de la cual este proceso se desarrolle. Se debe partir siempre de lo que la gente sabe, vive y siente; las diferentes situaciones y problemas que enfrentan en su vida, y que en esta propuesta didáctica se plantean como reconocimiento del universo vocabular. Igualmente, desarrollar la retroalimentación con las comunidades, como un proceso sistemático,

ordenado, progresivo y al ritmo de los participantes, que permita ir recreando los conceptos jurídicos e ir profundizando de acuerdo al nivel de avance del grupo.

Se resalta, además, la importancia de propuestas didácticas para la popularización del derecho que posibiliten la participación activa de las comunidades rurales, y que permitan generar verdaderos procesos educativos, en donde la conversación y la reflexión en torno a lo jurídico, permitan colectivizar el conocimiento. Así las cosas, la propuesta diseñada procura posibilitar en las comunidades rurales, una interpretación de sus realidades, de sus problemas cotidianos y sus relaciones con lo jurídico. Partiendo de la necesidad de traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje común o cotidiano, para que pueda ser comprendido por la comunidad, es importante la formación de abogados que respondan a este encargo social y contribuyan a hacer del derecho un instrumento de justicia y de convivencia pacífica.

Referencias

- Addine, F. (1999). *Didáctica: teoría y práctica*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.
- Álvarez de Zayas, C. (1999). *La escuela en la vida: didáctica* (3° ed.). La Habana: Pueblo y Educación.
- Álvarez de Zayas, R. (1998). *Didáctica y Curriculum del Docente*. La Habana: Ediciones CIFPOE-Varona.
- Álvarez de Zayas, R. (1994). *La formación del profesor contemporáneo. Curriculum y Sociedad*. La Habana: Pueblo y Educación.
- Álvarez de Zayas C. M. (1993). *Epistemología Educativa*. Sucre: Universidad de Sucre.
- Camilloni, A. (2008). *Didáctica general y didácticas específicas*. De Camilloni, Alicia (Comp.) El saber didáctico (pp. 23-39). Buenos Aires: Paidós.
- Ceña, F. (1993). *El desarrollo rural en sentido amplio*, en El Desarrollo Rural Andaluz a las Puertas del siglo XXI. Congresos y Jornadas (Andalucía, España) N° 32.
- Contraloría General de la República (2012). *Modelo, política e institucionalidad agropecuaria y rural. Análisis y perspectiva desde la Contraloría General de la República, Contraloría Delegada Sector Agropecuario*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- Danilov, M. A. (1968). *El proceso de enseñanza en la escuela*. México: Grijalbo.
- De Vos, P., Malaise, G., De Ceukelaire, W., Perez, D., Lefèvre, P. & Van der Stuyft, P. (2009). Participación y empoderamiento en la atención primaria en salud: desde Alma Ata hasta la era de la globalización. *Medicina Social*, 4(2), p127-134.
- Díaz Barriga, A. (1992). *Didáctica: aportes para una polémica* (2° ed.). Argentina: Rei Argentina S.A.

- Duque, S, González, E., y Quintero, M. (2012). La popularización del derecho en el consultorio jurídico: una apuesta por una educación jurídica con relevancia social. *Revista Estudios de Derecho*, 69(153), 287-300.
- Saint-Exupéry, A. (1976). *El principito*. Santiago: Santiago.
- Freire, P. (1990). *Pedagogía del oprimido*. México: Siglo XXI editores.
- Freire, P. (1985). *La educación como práctica de la libertad*. México: Siglo XXI editores.
- Freire, P. (1973). ¿Extensión o comunicación? La concientización en el medio rural. México: Siglo XXI editores.
- Gadamer, H. (2000). *Educar es educarse*. Barcelona: Paidós.
- Gadamer, H. (1993). *Arte y verdad de la palabra*. Barcelona: Paidós.
- Gadamer, H. (1992). *Verdad y método*, vol. I y vol. II. Salamanca: Sígueme.
- González, E. (2011). Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento. *Discusiones Filosóficas*. 18,125 – 143.
- González, E. (2006). Los Modelos Pedagógicos, las estrategias didácticas y los enfoques curriculares. *Revista Cintex*. Instituto Tecnológico Pascual Bravo. (7).
- González, E. (2006a). *Sobre la hermenéutica o acerca de las múltiples lecturas de lo real*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- González, E. (2006b). *¿Cómo la didáctica puede traducir los saberes? Universidad de Antioquia (Comp.)*, Diploma en fundamentación pedagógica y didáctica universitaria (pp. 94-97). 2ª ed. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia.
- González, E. (1998). *Corrientes pedagógicas contemporáneas*. Medellín: Aula Abierta. Colección Educativa. Universidad de Antioquia.
- González, E. & Díaz, D. (2008). Desde el currículo hasta la didáctica o sobre la circulación de los saberes y sus controles en la universidad: un ejemplo en la enseñanza de la Medicina. *Iatreia*, 1 (21), 83-93.
- Habermas, J. (1971). *Knowledge and Human Interests*. Boston: Beacon Press.
- Huergo, J. (2001). *El sentido político de la comunicación comunitaria. Comunicación comunitaria y participación ciudadana*. Montevideo: Universidad de la República.
- Kaplún, M. (1992). Repensar la educación a distancia desde la comunicación. *Cuadernos de Diálogos*, Cuad. 3, 4-23.
- Lucarelli, E. (2000). *La programación curricular en el aula universitaria*. Buenos Aires: Biblos-Ars.
- Mayo, M. & Craig, G. (1995). *Community Participation and Empowerment: The Human Face of Structural Adjustment or Tools for Democratic Transformation?* In: Craig, G. and Mayo M. (Eds). *Community Empowerment: A Reader in Participation and Development*. London: Zed Books.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2011). *Colombia rural. Razones para la esperanza*. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011. Bogotá: INDH-PNUD, septiembre.
- Ramos, E. & Romero, J. (1993). La crisis del modelo de crecimiento y las nuevas funciones del medio rural. *El Desarrollo Rural Andaluz a las Puertas del siglo XXI*. Congresos y Jornadas (Andalucía, España).
- Tomaschewsky, K. (1966). *Didáctica General*. México: Grijalbo.
- Tünnermann, C. (1990). *Ensayos sobre la Teoría de la Universidad*. Managua: Editorial Vanguardia.
- Unesco (2008). *Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el siglo XXI Visión y Acción*. Conferencia Mundial sobre la Educación Superior. París: Organización de las Naciones Unidas.
- Wallerstein, N. (1992). Powerlessness, empowerment, and health: implications for health promotion programs. *American Journal of Health Promotion*; 6, 197–205.



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: Yo trinitario
Técnica: acrílico sobre lienzo
Año: 2010

Propiedad intelectual en el sistema universitario de investigación¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a03

1 Artículo producto de la investigación *El papel de la universidad en las políticas públicas de emprendimiento e innovación. Estudio de caso: participación de la Universidad de Antioquia en las políticas públicas de emprendimiento e innovación en el Municipio de Medellín, 2004-2011*, terminada en agosto de 2013. Financiada por el CODI, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia (2011). Grupo Centro Interacción.

Citación de este artículo con el sistema APA: Betancur Monsalve, M. C. & González Sánchez, F. P. (2016). Propiedad intelectual en el sistema universitario de investigación. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 51-75. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a03

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 24 de febrero de 2016

Propiedad intelectual en el sistema universitario de investigación

*Maira Catalina Betancur Monsalve*²

*Flor Patricia González Sánchez*³

Resumen

La educación superior en Colombia concibe como uno de sus objetivos: la creación, la divulgación y la transmisión del conocimiento en diversos campos con el interés de lograr el desarrollo nacional y regional en pro de encontrar soluciones a las necesidades de la sociedad. En este sentido, las universidades comportan el cumplimiento de actividades de investigación y desarrollo, la transmisión del conocimiento mediante actividades de formación y la publicación de resultados. También la difusión y la transferencia del conocimiento por medio de los servicios de consultorías, asesorías, investigación aplicada y desarrollos tecnológicos aplicados a la industria.

A partir de la relevancia económica del conocimiento como factor de progreso y competitividad es cada día más importante articular la dinámica investigativa y la generación de creaciones para la producción de tecnologías que solucionen necesidades específicas del Estado y del sector privado. Esto hace que se requiera incorporar, al sistema de investigación de las universidades, prácticas para la gestión de propiedad intelectual que permitan establecer con claridad y de manera previa aspectos sobre la titularidad, la protección y el uso de los resultados y los productos de investigación que se obtienen en el marco de la relación universidad-actores que están incluidos dentro del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI). Precisamente, el Decreto 585 de 1991 define este Sistema Nacional como el conjunto de políticas, estrategias, programas, metodologías y mecanismos para la gestión, promoción, financiación, protección y divulgación de investigación científica y la innovación tecnológica, cuyos actores son las organizaciones públicas, privadas o mixtas que realicen o promuevan el desarrollo de actividades científicas, tecnológicas y de innovación. En este orden de ideas se indica, de manera general, que se trata de la universidad, la empresa y Estado.

Palabras clave: Sistema Universitario de Investigación, propiedad intelectual.

Intellectual property in the university research system

Abstract

Higher education in Colombia conceives as one of its objectives: the creation, dissemination and transmission of knowledge in various fields with the interest of achieving national and regional development in order to find solutions to the needs of society. In this sense, universities are involved in the fulfillment of research and development activities, the transmission of knowledge through training activities and the publication of results. Also the diffusion and transfer of

2 Coinvestigadora. Profesora de cátedra del programa de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Abogada. Correo electrónico: betancur.maira@gmail.com.

3 Investigadora principal. Profesora titular, programa de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Doctora en Historia, Magister en Historia, Abogada y Licenciada en Educación. Investigadora Grupo Estudios de Derecho y Política. Correo electrónico: derpgs@gmail.com; fpatria.gonzalez@udea.edu.co. Dirección de correos U de A: Calle 70 No. 52-27 Medellín, Bloque 14-0f.426

knowledge through the services of tutoring, consultancies, applied research and technological developments applied to the industry.

From the economic relevance of knowledge as a factor of progress and competitiveness it is increasingly important to articulate the research dynamics and the generation of creations for the production of technologies that solve specific needs of the State and the private sector as well. It makes it necessary to incorporate into the university research system practices for the management of intellectual property that allow to establish clearly and in a previous way aspects about the ownership, protection and exploitation of the results and research products that are obtained within the framework of the university-actors relationship that are included in the National System of Science, Technology and Innovation (SNCTI, for its acronym in Spanish). Precisely, Decree 585 of 1991 defines this National System as the set of policies, strategies, programs, methodologies and mechanisms for the management, promotion, financing, protection and dissemination of scientific research and technological innovation, whose actors are public organizations, private or mixed organizations that carry out or promote the development of scientific, technological, innovation activities. In this order of ideas it is indicated in a general way, that it is about the university or academy, enterprise and State.

Key words: University Research System, intellectual property.

Propriedade intelectual no sistema universitário de pesquisa

Resumo

A educação superior na Colômbia concebe como um dos seus objetivos: a criação, a divulgação e a transmissão do conhecimento em diversos setores com o interesse de conseguir o desenvolvimento nacional e regional em prol de encontrar soluções às necessidades da sociedade. Nesse sentido, as universidades constituem o cumprimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento, a transmissão do conhecimento por meio de atividades de formação e a publicação de resultados. Também a difusão e a transferência do conhecimento por meio dos serviços de consultorias, assessorias, pesquisa aplicada e desenvolvimentos tecnológicos aplicados à indústria.

A partir da relevância econômica do conhecimento como fator de progresso e competitividade torna-se cada dia mais importante articular a dinâmica da pesquisa e a geração de criações para a produção de tecnologias que resolvam necessidades específicas do Estado e do setor privado. Isso faz com que seja preciso incorporar, ao sistema de pesquisa das universidades, práticas para a gestão de propriedade intelectual que permitam estabelecer claramente e de maneira prévia aspectos sobre a propriedade, a proteção e a exploração dos resultados e dos produtos de pesquisa que se obtém no quadro da relação universidade-atores que estão incluídos dentro do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI). Justamente, o Decreto 585 de 1991 define este Sistema Nacional como o conjunto de políticas, estratégias, programas, metodologias e mecanismos para a gestão, promoção, financiamento, proteção e divulgação de pesquisa científica e a inovação tecnológica, cujos atores são as organizações públicas, privadas ou mistas que realizem ou promovam o desenvolvimento de atividades científicas, tecnológicas e de inovação. Nessa ordem de ideias, indica-se, de maneira geral, que se trata da universidade ou academia, empresa e Estado.

Palavras-chave: Sistema Universitário de Pesquisa, propriedade intelectual.

Propiedad intelectual en el sistema universitario de investigación

Introducción

Este artículo es producto de investigación y su objetivo fue analizar el papel de las políticas públicas de emprendimiento e innovación del municipio de Medellín entre 2004-2011. Metodológicamente, el enfoque investigativo fue cualitativo y la estrategia fue el estudio de caso, lo que permitió tomar elementos del interaccionismo simbólico para la recolección y el análisis de datos fundamentados en conceptos, categorías, preguntas y comparaciones sobre el problema de investigación.

Esto facilitó identificar las prácticas que en materia de gestión de propiedad intelectual se deben fortalecer para dinamizar la transferencia de conocimientos entre la universidad y otros actores del sistema de emprendimiento e innovación, en este caso la Universidad de Antioquia. Al mencionar prácticas de gestión de propiedad intelectual, nos referimos a que la Universidad posea como mínimo políticas y procesos que le permita contar con competencias y herramientas para: a) identificar oportunamente sus creaciones susceptibles de protección, ya sean desarrollos internos, resultados de proyectos en colaboración, y otros, b) definir la titularidad, en el sentido de que las políticas universitarias contengan lineamientos claros sobre este aspecto; c) decidir sobre la protección o no de una creación intelectual por medio de estrategias de protección integrales que cuenten con elementos jurídicos, técnicos, comerciales y d) valorar, negociar y transferir como acciones presentes en la referencia a otros actores, como es el caso del Estado y las entidades públicas y privadas insertas en los centros de investigación y desarrollo que trabajan por el fomento, la gestión del emprendimiento y la innovación.

La investigación, de tipo descriptivo, permitió ubicar la propiedad intelectual universitaria como una herramienta para incentivarla, apropiarla y como mecanismo de protección de sus resultados para llevarlos al mercado y obtener los beneficios por su aprovechamiento. La elaboración de un marco explicativo orientó el análisis de los retos y las oportunidades para los sistemas universitarios de investigación en el Sistema de Propiedad Intelectual (SPI) colombiano tomando un estudio de caso. Se partió de la consideración de que la documentación institucional orienta la adecuación del sistema universitario hacia la competitividad y la productividad nacional, por lo que se contrastó el SPI y el Sistema Universitario de Propiedad Intelectual (SUPI), enfocándose metodológicamente en el estudio del caso referido al Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia (SUI).

Este escrito se elaboró a partir de un trabajo previo de descripción de los diferentes documentos que contienen los sistemas referidos, así:

Sistema Nacional de Propiedad Intelectual: CONPES 3533 de 2008 por medio del cual se establecen las Bases del Plan de Acción de Propiedad Intelectual a la Competitividad y Productividad Nacional y los tratados internacionales y leyes que conforman el marco de la propiedad intelectual en Colombia abordados en este artículo.

Sistema Universitario de Investigación: ley 30 de 1992 por la cual se organiza el servicio de educación superior, los Acuerdos Superiores 153 de 1990 y 204 de 2001 de la Universidad de Antioquia.

Sistema Universitario de Propiedad Intelectual: Resolución Rectoral 21231 de 2005, por medio del cual se expide el Estatuto de Propiedad Intelectual de la Universidad de Antioquia.

En concreto, se identificó:

El comportamiento de cada Sistema y su grado de relación desde la institucionalidad que es la encargada de velar por la relación de sentido que existe entre la propiedad intelectual en Colombia y su articulación en el ámbito del Sistema Universitario de Investigación en la relación universidad y demás actores del SNCTI.

Que la Universidad, específicamente desde los procesos de investigación y extensión, viene trabajando en la generación y articulación de capacidades en materia de ciencia, tecnología e innovación orientadas a las necesidades de transformación productiva, lo que implica: la exploración de oportunidades de negocio, la generación y estudio de ventajas competitivas y comparativas. Además, la alianza Universidad-Empresa-Estado(UEE), como clave para la construcción de planes específicos en las líneas estratégicas definidas en cada uno de los Sistemas y con una mirada en las tendencias de mercado y en la participación de la inversión privada en la cofinanciación del conocimiento en pro de generar empresas con carácter de innovadoras.

Para llegar a esta afirmación, además de estudiar el caso de la Universidad de Antioquia, se estudiaron otras universidades colombianas en las cuales se viene consolidando la creación de oficinas de transferencia de tecnología y se está trabajando en dinamizar la relación UEE, como la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad de los ANDES, la Universidad del Valle y la Universidad Industrial de Santander.

La investigación muestra que las universidades están orientando sus ejes misionales de docencia, investigación y extensión hacia los postulados institucionales

que sustentan cada uno de los sistemas. *La docencia* participa desde la formación de los emprendedores y avanza en las competencias proactivas y propositivas para su desempeño profesional; *la investigación* propone líneas investigativas con proyectos de investigación de alto valor agregado y que se direccionan para la creación de empresas producto de investigación o spin-off universitarias y, por último, *la extensión* que proyecta a la sociedad aquellos avances en docencia e investigación que permiten cubrir necesidades sociales teniendo en cuenta la gestión empresarial. Específicamente, estas consideraciones serán tratadas a continuación.

1. Sistema Nacional de Propiedad Intelectual (SPI)

Generalidades

El CONPES 3533 de 2008 establece las bases del SPI para Colombia, esta política indica que se debe contribuir de manera especial a atender las necesidades del país basándose en un cuidadoso equilibrio entre los intereses de la sociedad en general y los derechos de los titulares de propiedad intelectual. Se parte de reconocer la importancia económica y estratégica de la propiedad intelectual como elemento que permite incentivar la investigación, la producción de nuevas creaciones y la generación de un clima de seguridad para la inversión y la innovación. El CONPES (2008) da cuenta del conjunto de instituciones o actores que conforman el SPI e ilustra sus roles así:



Fuente: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Proyecto PI Colombia.

El SPI colombiano comprende los actores relacionados con el diseño de la política, el sistema jurídico y la infraestructura de apoyo de las actividades en materia de administración, explotación y observancia de los derechos. A su vez, el Sistema integra a entidades de fomento como ministerios, Colciencias y sociedades de gestión colectiva, entre otras. Dentro de los usuarios del SPI se encuentran las personas naturales (inventores aislados, autores, intérpretes, artistas plásticos, programadores de sistemas, productores de cine y TV, periodistas, y otros), las empresas (PYMES, gran empresa nacional y multinacional), las instituciones académicas y centros de investigación tanto públicos como privados (universidades, parques tecnológicos, incubadoras, centros de I & D, entidades gubernamentales, otros). Los usuarios del SPI en su actividad, producen bienes protegibles por la propiedad intelectual o son usuarios de derechos de propiedad intelectual que es propiedad de un tercero (CONPES 3533, 2008, p. 7).

Rol de las universidades en el SPI

En este contexto, las universidades son usuarias y dinamizadoras del SPI debido a su misión natural en la generación de conocimiento y que crean, de manera permanente, obras protegibles mediante todos los mecanismos de propiedad intelectual. Por lo anterior requieren conocer su Sistema y su marco normativo para usarlo de manera adecuado para armonizar sus sistemas universitarios de propiedad intelectual con el Sistema Nacional de Propiedad Intelectual, garantizando un tratamiento adecuado e incentivando la investigación, la producción de nuevas creaciones y estimulando la inversión de particulares en investigación y desarrollo.

Marco normativo de Propiedad Intelectual en Colombia

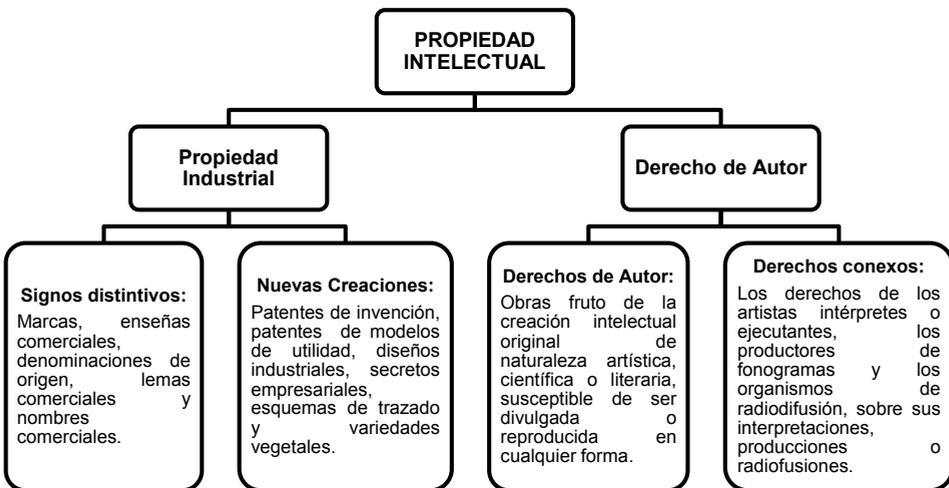
El concepto de propiedad intelectual que se usará en este documento comprende: Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Conexos, los cuales se expondrán en el marco normativo de este artículo, cuyo objeto de protección es la producción del intelecto humano. Las universidades son generadoras permanentes de creaciones protegibles mediante derechos de propiedad intelectual; sin embargo, no siempre cuentan con las capacidades para identificarlos y protegerlos de forma oportuna. De allí la importancia de que sus miembros conozcan las categorías y los ámbitos de aplicación de la propiedad intelectual en la universidad.

El derecho de propiedad y su consagración constitucional

El artículo 671 del Código Civil Colombiano regula que: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se

regirá por leyes especiales”. De esta forma, las creaciones del intelecto humano son protegidas mediante la figura jurídica de la propiedad, garantizando a sus titulares los mismos derechos de uso, goce y disposición que se confieren sobre los bienes materiales o corporales.

El artículo 61 de la Constitución Política establece que: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y las formalidades que establezca la Ley”. Los derechos de propiedad intelectual gozan de consagración constitucional y se dividen tradicionalmente en dos categorías: Propiedad Industrial y Derechos de Autor. A continuación, se ilustra cada una de estas categorías y los tipos de creaciones que protege:



Fuente: Elaboración propia.

Propiedad Industrial

Las normas en Colombia que constituyen el marco normativo en materia de propiedad industrial son: Acuerdos sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) el cual fue ratificado por Colombia por medio de la ley 170 de 1994. El ADPIC establece que los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) deben cumplir las obligaciones sustantivas del convenio de París sobre propiedad industrial y del convenio de Berna sobre Derechos de Autor. Además, se cuenta con la Decisión de la Comunidad Andina (CAN) N° 486 de 2000; Decisión de la CAN N° 345 sobre Variedades Vegetales; Código de Comercio Título II; artículo 29, ley 1450 de 2011; y artículo

10, ley 1753 de 2015. En concreto, la propiedad industrial tiene como objeto de protección las nuevas creaciones y los signos distintivos:

- Nuevas creaciones (tipos):

Dibujos y diseños industriales: se refieren a la física y particular forma que tiene un producto en razón a su diseño, el cual puede ser multidimensional. Su objeto de protección es la apariencia del producto y no debe producir ninguna mejora técnica, diferente a la Patente que aporta a la solución de un problema técnico. Un dibujo o modelo industrial debe ser estéticamente diferente en cuanto aumenta el valor comercial del producto, así como su posibilidad de ser comercializado.

Patentes: es un mecanismo de protección para las creaciones intelectuales que gozan de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial. Veamos:

Novedad: hace referencia a que la invención es nueva al momento de ser presentada para registro, es decir, no se encuentra comprendida en el estado de la técnica porque la información sobre la invención no ha sido divulgada o accesible al público por ningún medio. Este requisito tiene una excepción en materia de divulgación que hace el propio inventor, esto se regula en los artículos 16 y 17 de la Decisión Andina 486 de 2000.

Nivel Inventivo: hace referencia a que la invención no resulte obvia para un experto en la materia. Ver artículo 18 de la Decisión Andina 486.

Aplicación Industrial: la invención debe ser susceptible de producción y utilización en cualquier tipo de industria. Ver artículo 19 Decisión Andina 486. En este sentido, el Estado le otorga al inventor a través de la patente el derecho de explotar su invento de manera exclusiva por un tiempo determinado. Las patentes de invención se protegen por 20 años y las patentes modelo de utilidad por 10 años contados a partir del registro de la solicitud.

Variedades vegetales: son un conjunto de plantas nuevas, o sea, son producto de la invención humana. Estas variedades cumplen con los siguientes requisitos: novedad, homogeneidad, estabilidad y distintividad.

Secreto Empresarial: protege la información no divulgada que una persona natural o jurídica posea de manera legítima, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, siempre y cuando sea secreta, tenga valor comercial y cuyo legítimo poseedor haya tomado medidas razonables para mantenerla como secreta.

- Signos Distintivos

Son aquellos símbolos, figuras, vocablos o expresiones usados en la industria o en el comercio para diferenciar productos, servicios, actividades y establecimientos de comercio en el mercado. También incluyen las indicaciones geográficas que al designar el origen de un producto, permiten identificar ciertas características y reputación que lo hacen diferente de los productos semejantes provenientes de otros lugares geográficos.

Derecho de autor

Para que una obra sea objeto de protección a través de derecho de autor debe cumplir con las siguientes condiciones: creación intelectual, originalidad, carácter artístico, literario o científico, divulgable, reproducible y que sea perceptible por cualquier sentido. El marco normativo aplicable en materia de derecho de autor es: ADPIC; Decisión 351 de la CAN; ley 23 de 1982 modificada y adicionada por la ley 44 de 1993 y ley 1450 de 2011 artículos 28 y 30.

La Decisión 351 de 1993 de la CAN define en su artículo 3 que el autor es la “Persona física que realiza la creación intelectual”. En nuestra legislación se entiende que solo la persona física o natural puede crear una obra, teniendo en cuenta que la capacidad intelectual es exclusiva del ser humano. El Estado otorga al autor de una obra artística o literaria todas las garantías y las potestades de uso y disposición conforme a su voluntad, aunque de manera temporal. Los derechos que se conceden a los autores provienen de las diferentes formas en que ellos expresan su capacidad creativa en el ámbito artístico o literario.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) considera las siguientes obras como derecho de autor: libros, folletos y otros escritos; conferencias, alocuciones, sermones; obras dramáticas o dramático-musicales; obras coreográficas y pantomimas; composiciones musicales con o sin letra; obras cinematográficas a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; obras fotográficas, las cuales se asimilan a las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; obras de artes aplicadas; ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras tridimensionales relativas a la geografía, a la topografía, la arquitectura o a las ciencias; traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística, que están protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original. Además, las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que por la selección y la disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales que

quedarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que formen parte de esas colecciones. También se deben incluir los programas informáticos y las producciones de multimedia.

Desde el momento de la creación de la obra se le reconocen al autor dos clases de derechos, los morales y los patrimoniales:

Derechos Morales: Son los que protegen el vínculo del autor con su obra. Estos derechos comprenden la paternidad y la integridad de la obra. En Colombia los derechos morales de autor se consagran en el artículo 30 de la ley 23 de 1982. En este sentido, el *derecho de paternidad* hace alusión a que el autor tiene derecho a que se indique siempre su nombre o seudónimo cuando se realice la reproducción, adaptación o comunicación pública de su obra. *El derecho de integridad* se refiere a la potestad del autor para oponerse a cualquier tipo de mutilación, de formación, modificación a su obra y cualquier acto que pueda causarle perjuicio a su honor. Estos derechos han sido reconocidos a nivel mundial como derechos humanos y gozan de las características de ser inalienables, perpetuos, inembargables, intransferibles e irrenunciables.

Derechos Patrimoniales: Son de contenido económico y están directamente relacionados con las potestades que el autor o titular puede ejercer sobre la explotación o utilización de la obra conforme el artículo 76 de la ley 23 de 1982. Por lo anterior, todo acto de explotación de la obra, amparado por un derecho patrimonial, deberá contar con la previa y expresa autorización del titular del derecho correspondiente, quien podrá señalar para tal efecto, las condiciones onerosas y gratuitas que tenga a bien definir en ejercicio de su autonomía privada. Constituyen los derechos patrimoniales de autor los siguientes actos:

- a) Edición o cualquier otra forma de reproducción;
- b) Traducción, arreglo o cualquier otra forma de adaptación;
- c) Inclusión en película cinematográfica, videograma, cinta de video, fonograma, o cualquier otra forma de fijación, y
- d) Comunicación al público, por cualquier procedimiento o medio

Los derechos de contenido patrimonial son transferibles, renunciables y prescriptibles, se protegen durante la vida del autor y después de su muerte por 80 años más. Cuando se trata de personas jurídicas, el plazo de protección de estos derechos es de 70 años, contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra.

Política Nacional en materia de propiedad intelectual 2010-2014

El gobierno nacional propuso en el Documento Base para la Política Nacional de Desarrollo 2010-2014 (2010) algunos lineamientos que debían ser tenidos en cuenta durante el periodo presidencial en materia de propiedad intelectual:

Propiedad Industrial: implementa un programa para el uso de la información tecnológica disponible en los bancos de patentes, destinado a la transferencia de tecnología y fortalecer el programa de articulación institucional y de incentivos para proteger los productos agrícolas y de la biodiversidad a través de indicaciones geográficas (pp. 77-78).

Recursos genéticos: reglamentar y modificar la legislación vigente con el fin de reducir los costos y la demora en los trámites para potenciar su uso por parte de los centros de investigación nacionales y de universidades colombianas. Y generar un marco normativo para proteger los derechos colectivos de las comunidades indígenas, afro y campesinas en materia de conocimientos tradicionales que estén asociados a los recursos genéticos (p. 77).

Derechos de autor: adecuar la normatividad en materia de derechos de autor y derechos conexos a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Se orienta hacia la promoción del empleo y la riqueza a partir de la creatividad (p. 77).

Obtenciones vegetales: fomentar la solicitud por parte de las universidades para la obtención de títulos de derechos de obtentor sobre variedades vegetales y apoyo en la gestión y aprovechamiento comercial de las obtenciones vegetales (p. 78).

Estas medidas debían contar con un soporte educativo de tal modo que se debía implementar un programa sobre el respeto del derecho de autor y la propiedad industrial; la programación de prácticas universitarias en materia de propiedad intelectual; propender por la inclusión del tema en escenarios de formulación de política regional y sectorial, así como en las comisiones regionales de competitividad; involucrar de forma concreta a los poderes públicos de Colombia en materia de protección óptima y oportuna de los derechos sobre la propiedad intelectual (p. 78).

Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta en materia de propiedad intelectual, es la relación bilateral entre países en el marco de los Tratados de Libre Comercio (TLC) como es el caso del TLC entre Colombia y Estados Unidos de América, en el que se precisan aspectos como el acceso al mercado de bienes y servicios; los derechos de propiedad intelectual referidos al comercio; reglas sobre asuntos no comerciales y temas laborales y ambientales. A propósito, en materia de propiedad intelectual, se debe hacer referencia al trámite legislativo que se surtió para aprobar

el TLC entre Colombia y los Estados Unidos de América. En este caso, el Congreso de Colombia suscribió el Tratado el 22 de noviembre de 2006 por medio de la ley 1143 del 4 de julio de 2007. La ley, el Acuerdo de promoción comercial, sus cartas adjuntas y sus entendimientos fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 750 de 2008.

Se expidió la ley 1166 de noviembre de 2007 y el Protocolo Modificatorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia - Estados Unidos de América, firmado en Washington, Distrito de Columbia, el 28 de junio de 2007 y la Carta adjunta de la misma fecha. La ley, el Protocolo y la Carta fueron declarados exequibles por medio de la Sentencia C-751 de 2008 de la Corte Constitucional. Posteriormente, se suscribió la ley 1520 de abril de 2012 para implementar compromisos adquiridos por virtud del “Acuerdo de Promoción Comercial”, suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su “Protocolo Modificatorio, en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica”. No obstante, la ley 1520 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-011 de 2013 por vicios de forma en su procedimiento de formación.

En la Sentencia de la Corte Constitucional C-751 de 2008 y en la declaratoria de exequibilidad se deben analizar los diferentes puntos modificatorios contenidos en el Protocolo, especialmente las modificaciones del capítulo 16 en sus artículos 16.9, 16.10 y la creación del artículo 16.13 sobre propiedad intelectual. Y se recalca la importancia de que los países firmantes se comprometan a tramitar las solicitudes de patentes y de aprobación de comercialización conforme el artículo 16.13 introducido por el protocolo modificatorio del TLC, lo cual se considera conforme al artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, toda vez que prevalece el interés general y la soberanía nacional en materia de salud pública y acceso a medicamentos. Incluso, hay un compromiso de retirar las barreras a los servicios de salud de alta prioridad. ¿Cómo entender el retiro de las barreras? y ¿cuáles pueden ser estas barreras?, son preguntas que urgirán de una respuesta a medida que surjan los casos problema.

Después de pasar por la institucionalidad y la normatividad creada para soportar la propiedad intelectual en Colombia, el énfasis se concentrará en el estudio del Sistema Universitario de Investigación de la Universidad (SUI) y el Sistema Nacional de Propiedad Intelectual.

2. Sistema Universitario de Propiedad Intelectual (SUI)

Con relación a los documentos estudiados durante la investigación se evidenció la necesidad de regular la propiedad intelectual que surge de la actividad investigativa teniendo presente que existen diferentes sujetos involucrados: estudiantes,

profesores, personal administrativo, personal de apoyo, personal externo, entes territoriales y empresas. Se identificó así mismo la importancia de mejorar la interacción y comunicación entre los grupos de investigación y los responsables de la propiedad intelectual y la oficina de transferencia, en el caso de la Universidad de Antioquia, el Programa de Gestión Tecnológica. Particularmente esta Universidad cuenta con un significativo número de grupos de investigación reconocidos por Colciencias. Estos grupos están organizados en 25 Centros de Investigación, y a su vez, los Centros se encuentran adscritos a las facultades, escuelas o institutos y son: ciencias médicas y de la salud; ciencias sociales, humanidades y artes; ingenierías y tecnologías; ciencias exactas y naturales y, además, se cuenta con la sede de investigación (SIU). Cada centro se encarga de apoyar a sus investigadores en los procesos administrativos cuando se presentan a las convocatorias para financiación de proyectos y traza políticas universitarias en investigación.

El análisis consideró que los estatutos de propiedad intelectual universitarios comportan los mismos contenidos de la normatividad legal en materia de propiedad intelectual. Y para apoyar esta afirmación se realizó un cuadro comparativo de los estatutos de varias universidades del país, en los cuales se evidencia que la estructura responde de manera general a transcribir lo establecido en la ley 23 de 1982 en lo relacionado con Derechos de Autor. Sin embargo, se debe reconocer que la importancia de dichos estatutos radica en que son una herramienta útil para incentivar las labores investigativas y que mediante estos se puedan establecer las normas que desarrollen la libertad de regulación que la misma legislación permite (autonomía universitaria) conforme el interés de cada universidad. De esta forma, la normatividad universitaria debe contener los lineamientos básicos que la universidad ha decidido establecer para gestionar de manera integral su propiedad intelectual y no convertirse en ser una mera copia de la ley.

Entonces, se entiende por gestión de la propiedad intelectual el proceso orientado a planear, organizar, asegurar y coordinar adecuadamente los recursos asociados a crear obras protegibles, identificar dichas creaciones oportunamente, establecer titularidad de derechos, diseñar estrategias de protección, definir las formas de explotación, negociar la transferencia de esas creaciones y, finalmente, monitorear y defender las creaciones protegidas o activos de propiedad intelectual (Tecnova, 2014).

En este sentido, los estatutos o políticas de propiedad intelectual de las universidades deben establecer condiciones mínimas que den claridad y seguridad sobre los aspectos mencionados, para incentivar la relación de la universidad con los demás actores del SNCTI; especialmente para gestionar la financiación de proyectos de investigación y negociar los aspectos relacionados con la propiedad intelectual en

el marco de una relación contractual. A partir del análisis documental se identificó que, por lo general, en las universidades se cuenta con un Estatuto de Propiedad Intelectual, un Comité de Propiedad Intelectual y una Oficina de Transferencia Tecnológica. Por lo que se puede insinuar que existe una presentación de la capacidad estructural para gestionar la propiedad intelectual en las universidades.

Comité de propiedad intelectual y Oficina de Transferencia

En el análisis de las funciones se identificaron las siguientes: asesorar a la administración y a las unidades académicas en la redacción de los documentos de su competencia; divulgar y capacitar en propiedad intelectual; y asesorar en la protección de la actividad académica. En el caso puntual de la Universidad de Antioquia se cuenta con el Programa de Gestión Tecnológica Universitaria, la cual se encarga de gestionar, entre otras, la explotación comercial de la tecnología creada en la universidad. Además, da los avales y las recomendaciones específicas como requisito para la solicitud de protección, sin desconocer la existencia de las diferentes formas contractuales. En todo caso, los inventores deben solicitar ante el programa de gestión tecnológica u oficina de transferencia de tecnología, según sea el caso, el acompañamiento para definir la posibilidad de explotar el resultado de su creación. A pesar de esto, se encuentran algunas dificultades:

a) Comunicación: es necesario fortalecer los canales de comunicación entre los investigadores y el personal encargado de la propiedad intelectual. Se identifica que, aunque hay política en esta materia, se debe generar una relación de confianza, en la que los investigadores reconozcan a las personas encargadas como su apoyo y, para esto, se requiere de estrategias de comunicación interna.

b) Identificación oportuna de creaciones intelectuales protegibles: por regla general los investigadores no cuentan con herramientas que les permita identificar de manera oportuna qué creaciones de las que se van identificando o desarrollando son protegibles mediante propiedad intelectual. Por esto, en la Universidad se debe acompañar en la identificación y en el reporte de posibles creaciones protegibles.

3. Prácticas de Gestión de Propiedad Intelectual que deben fortalecerse

Se trabajan prácticas en las cuales se identificaron vacíos o aspectos por fortalecer en pro de dinamizar la relación entre la universidad y los otros actores del SNCTI. Los estatutos de propiedad intelectual juegan un papel fundamental ya que en estos se establecen los lineamientos generales de las políticas de Propiedad Intelectual para las instituciones; sin embargo, es necesario que se establezcan procesos internos

de gestión que instrumentalicen la política y que sean transversales a los procesos de investigación y extensión.

Definición de lineamientos para establecer titularidad de derechos

Es común pensar que la titularidad sobre los derechos de propiedad intelectual, llámense derechos morales y patrimoniales de una obra o de una invención, están en cabeza del autor o inventor, pues la capacidad de crear del hombre surge de la posibilidad que él tiene de indagar, pensar, experimentar y estructurar ideas. Por ello, en principio, se le reconoce la calidad de autor o inventor a la persona física que da vida a la obra o invención, es esta persona la que ostenta la calidad de titular de los derechos de propiedad intelectual sobre su obra o invención. No obstante, está la figura de la titularidad derivada en la que las personas jurídicas o personas naturales diferentes al autor o al inventor pueden adquirir la titularidad de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual que los últimos tienen sobre sus creaciones. En otras palabras, es posible que antes de iniciar una investigación o después de ejecutarla, la titularidad de los derechos patrimoniales sobre las creaciones obtenidas se estipule a favor de terceros diferentes al autor o inventor. Caso en el cual, no siempre quien detenta la titularidad de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual es el autor, diseñador o inventor. Pero se precisa que los derechos morales sobre la obra siempre permanecerán en cabeza de su autor o inventor, pues son derechos irrenunciables.

La ley 23 de 1982 y la ley 1450 de 2011 establecen presunciones en materia de titularidad de derechos de propiedad intelectual para los casos en que las partes no se pronuncien al respecto. La ley 23 de 1982 establece las siguientes presunciones:

Artículo 4.- Son titulares de los derechos reconocidos por la ley: a) El autor de su obra; b) El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución; c) El productor, sobre su fonograma; d) El organismo de radiodifusión sobre su emisión; e) Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados; f) La persona natural o jurídica que, en virtud de contrato, obtenga por su cuenta y riesgo la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de esta ley.

Artículo 91.- Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente.

La ley 1450 de 2011 establece la propiedad intelectual de las obras en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo:

Artículo 28.- (...) El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 quedará así: “En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones.

En este sentido, los estatutos universitarios sientan los lineamientos sobre aquellos casos en que las universidades consideran que se debe determinar la titularidad de forma diferente a las presunciones de ley. Un ejemplo son los trabajos de grado en los que la ley establece que inicialmente los derechos patrimoniales son del autor. Sin embargo, a través del estatuto universitario, se puede determinar el proceso a seguir para adquirir su titularidad, como es el caso del análisis sobre la financiación que obtuvo la investigación y que sustenta el trabajo de grado. En este aspecto, no basta con estipular que la universidad será titular, ya que los estatutos no contienen el consentimiento de los autores o creadores que es un elemento necesario para asumir que la titularidad sobre los derechos patrimoniales. Además de establecerse el proceso en el estatuto, también se deberá suscribir con el autor el respectivo contrato de cesión.

Las universidades han determinado su proceso para adquirir los derechos, el cual, por lo general, comienza con la firma de un acta de inicio en la que se plasma la cesión de derechos patrimoniales, las obligaciones de la universidad en cuanto a la financiación de la investigación y las obligaciones del personal que ejecutará la investigación. El acta de inicio es necesaria debido a que al momento de su firma la obra es incierta y futura, y esto imposibilita realizar un contrato de cesión de productos que no se han efectuado o generado. Ocurre este formalismo jurídico no solo con el personal de la universidad, sino también en el relacionamiento con los otros actores, incluido el sector empresarial.

Identificación oportuna de creaciones intelectuales preexistentes

La relación entre la universidad y las empresas, por regla general, se inicia en el marco de consultorías, servicios de capacitación, investigación contratada o investigación conjunta. Todas estas actividades se realizan con el objeto de solucionar, agregar valor o innovar en algún proceso, producto o servicio de la empresa. En el marco de la relación hay creaciones de propiedad intelectual

preexistentes que deben ser protegidas, tales como: metodologías, marcas de las entidades participantes, información confidencial que aportan las partes, equipos protegibles a través de patentes o de diseños industriales, software, bases de datos, entre otros. Así mismo, al finalizar la relación contractual, podrán surgir como resultado nuevas creaciones protegibles.

Con mucha frecuencia la universidad usa creaciones intelectuales preexistentes en la relación de investigación con la empresa y no establece de manera previa y escrita que es la titular de los derechos de propiedad intelectual de las mismas. Es necesario entender que los derechos de propiedad intelectual sobre las creaciones no son cedidos por el simple hecho de la relación que se generó para investigar. Este desconocimiento puede generar un conflicto entre la universidad y la empresa al no establecerse de manera previa las creaciones intelectuales preexistentes y la empresa podría reclamar al finalizar la investigación, incluso, su titularidad sobre estas.

Por lo anterior, en proyectos de investigación entre la universidad y la empresa es fundamental que las partes establezcan de forma previa los compromisos, los derechos y la modalidad contractual para las creaciones preexistentes y las creaciones que se esperan como resultado del proyecto; además, se debe definir todo lo relacionado con el manejo de la información que según las partes debe ser considerada como confidencial.

Canales de comunicación y definición de figura contractual

Si bien ha sido común que los investigadores interactúen con la empresa al momento de iniciar un proyecto, se nota que en algunos casos no se definen los temas relacionados con la propiedad intelectual de los resultados que se puedan obtener. Lo anterior sucede porque con frecuencia el investigador está concentrado en la ejecución de la investigación y la empresa está enfocada en los resultados y en los compromisos asumidos. La dificultad se presenta cuando no se establecen reglas claras en el marco de la relación para investigar y al finalizar el proyecto surge para las partes la pregunta por la titularidad de los resultados, en este aspecto cada parte tendrá razones para reclamar titularidad sobre los mismos. Por ejemplo, la empresa invirtió recursos para buscar una solución en un tema específico y propone quedarse con el 100% de la titularidad de los resultados del proyecto de investigación, pues su objetivo es escalar la tecnología al mercado por su cuenta y riesgo, explotándola sin limitaciones. Por su parte el investigador aportó su conocimiento, desea usar los resultados para publicarlos en alguna revista, para seguirlos empleando en otras investigaciones y para avanzar en el saber. La universidad también reclamará

titularidad en la medida en que comprometió recursos institucionales, como personal, instalaciones, equipos, software, entre otros.

Cabe resaltar en este aspecto que la cultura de la investigación universitaria es muy diferente a la investigación o intereses de la empresa, esto es importante ya que ambos actores deben reconocer los intereses del otro para poder buscar la mejor forma de conciliarlos. Según Newberg y Dunn (2002) la función de la investigación en la empresa es la búsqueda de ventajas competitivas en el mercado y, por ende, la generación de conocimiento apropiable con el cual se pueda excluir a los competidores. El mérito de la investigación en la industria es en última instancia medido por el mercado. En la cultura de la investigación universitaria los académicos tienen fuertes incentivos profesionales para publicar y difundir sin restricciones los resultados de sus investigaciones. Esos estímulos son de tipo académico, los cuales pueden ser la promoción y reconocimiento en el ámbito científico del investigador debido a su mérito intelectual.

Titularidad en proyectos financiados por el Estado

En cuanto a la titularidad de los derechos sobre la propiedad intelectual en el caso de que los proyectos sean financiados por el Estado, se entiende que existe una cofinanciación, esto implica un interés en aportar recursos para la solución de las necesidades de la sociedad, por tanto, su interés no está centrado en la explotación en beneficio propio de los derechos patrimoniales de las obras o inventos realizados. Se enfatiza que en los últimos años el Estado ha manifestado su voluntad de ceder dichos derechos a las universidades y empresas participantes en el proyecto, y la única salvedad es por motivos de seguridad y defensa nacional.

Lo anterior está protegido en la ley 1450 del Plan Nacional de Desarrollo 2010 que estableció en el artículo 31 lo siguiente: “En el caso de proyectos de ciencia, tecnología e innovación adelantados con recursos del presupuesto nacional, el Estado, salvo motivos de seguridad y defensa nacional, cederá a las Partes del Proyecto los derechos de propiedad intelectual que le puedan corresponder, según se establezca en el contrato”.

En el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 se reafirma la posición del Estado en esta materia y en el artículo 10 de la ley 1753 de 2015 establece:

En los casos de proyectos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones, adelantados con recursos públicos, el Estado podrá ceder a título gratuito, salvo por motivos de seguridad y defensa nacional, los derechos de propiedad intelectual que le correspondan, y autorizará su transferencia, comercialización y explotación a quien adelante y ejecute el proyecto,

sin que ello constituya daño patrimonial al Estado. Las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato y en todo caso el Estado se reserva el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés nacional.

Con base en estos presupuestos normativos, en los proyectos universidad-empresa que son financiados con recursos del Estado, por regla general, la titularidad de los resultados pertenecerá a las partes según las condiciones fijadas en el respectivo contrato con la entidad estatal que financia. Por lo anterior y de manera previa a la solicitud de financiación por parte del Estado, es necesario que la universidad y la empresa se pongan de acuerdo en aspectos que les permita una primera definición de porcentaje de titularidad de derechos entre ellas. Comúnmente para definir el porcentaje de titularidad, la universidad y la empresa tienen en cuenta el total de los aportes materiales, ya sea en dinero y especie que cada una realizó para el proyecto, sin valorar el aporte inmaterial o los intangibles, estos se insinúan que deben ser también valorados; no obstante, es poca la incidencia que ha tenido esta recomendación en las prácticas contractuales.

Una de las razones que incentiva la relación Universidad-Empresa-Estado es que los derechos patrimoniales sobre las obras o inventos son transferibles, lo contrario, generaría que los actores pierdan su interés en participar. Son diferentes las formas en que la titularidad de los derechos patrimoniales puede ser transferida, por lo cual es importante comprender que las formas de transferencia de titularidad ofrecen soluciones con base en el tipo de relación que tenga cada actor con las personas a su cargo, esto es, si se basa en relaciones laborales, académicas o de otro tipo contractual.

Prácticas al inicio de proyectos de investigación universidad – empresa

Además de los anteriores elementos, existen algunos puntos que se deben definir al momento de dar inicio a proyectos universidad-empresa donde participan recursos del Estado con el fin de que existan reglas claras en materia de la titularidad. Luego se mencionan las más relevantes:

Tipo de relación contractual entre universidad y empresa. El primer aspecto a definir es el tipo de relación contractual que generaran, la cual puede ser en cooperación en I+D (Investigación y Desarrollo) o en investigación conjunta; investigación contratada; intercambio de investigadores o pasantías; cesión de tecnología; licenciamiento de tecnología; financiación y fomento de I+D.

Identificar qué personas participarán en la relación contractual. Cabe recordar que en materia de propiedad intelectual los titulares originarios de los derechos

son las personas físicas que a través de su capacidad intelectual crean obras o invenciones susceptibles de protección, por tanto, identificarlas es fundamental para que la universidad y la empresa puedan buscar la mejor forma de obtener la cesión de derechos. De igual manera, debe haber claridad en proyectos de investigación conjunta y en proyectos de financiación y fomento de I+D sobre los tipos de aportes de las partes y, además, la indicación de si los recursos son en dinero, en especie o en conocimiento.

Definir qué se entiende en el marco de la relación de propiedad intelectual. Como ya se dijo antes, la propiedad intelectual se divide en derechos de autor y propiedad industrial. Es importante que las partes definan y pacten la totalidad de los resultados susceptibles de protección durante el inicio, la ejecución y la finalización de la contratación.

Protección de todos los resultados. Es común ver acuerdos entre universidad y empresa donde solo se regulan los resultados susceptibles de protección a través de patentes, dejando por fuera los demás derechos de propiedad intelectual que deben ser también debidamente protegidos.

Precisar los criterios para establecer porcentajes de titularidad sobre los resultados. En este punto las partes deben identificar muy bien las personas naturales que participan en el proyecto y garantizar que la universidad y la empresa obtengan la cesión de los derechos de propiedad intelectual de sus investigadores. Lo anterior es el primer paso para que estas personas jurídicas puedan disponer de los activos de propiedad intelectual resultado de la investigación. Paso seguido, se deben establecer los criterios para la distribución en la participación de titularidad de los resultados. Es posible que el criterio definido por las partes sea sobre el aporte que cada una realizó en dinero y en especie, también es posible que se tenga en cuenta el aporte intelectual o que se valore el actor que dio la idea para la investigación.

Determinar cuál de las partes explotará los resultados de investigación. Es importante previamente saber quién explotará los resultados. Puede ser la empresa escalando el resultado al mercado o la relación entre la universidad y la empresa dando origen a una Spin Off por medio del licenciamiento y otras formas que sean definidas por las partes. Además, se deben establecer los mecanismos de protección de los resultados y cuál de las partes asumirá los costos de protección y mantenimiento del producto o servicio.

Definir el cómo se distribuirán las regalías. Las regalías son las contraprestaciones económicas obtenidas por el autor en virtud de los usos dados a su obra. Es por ello que se debe establecer el modo en que se distribuirán las regalías que generen los

activos que resultaron del proyecto de investigación. Estas pueden pactarse sobre ventas netas en el porcentaje que ambas partes determinen.

Establecer si habrá o no publicaciones de los resultados del proyecto. Se debe establecer qué tipo de artículos científicos o reportes técnicos se publicarán, lo anterior ya que existen proyectos en los cuales publicar los resultados de investigación podría conllevar el perder la posibilidad de obtener determinado tipo de protección a través de propiedad intelectual. Este es el caso de las patentes.

Debe quedar claro si se pacta o no exclusividad. Es común que la empresa quiera que el grupo le garantice que no realizará un desarrollo de tecnología similar para empresas que puedan ser su competencia. Es un punto que debe quedar claro para evitar posibles conflictos y desconfianzas en la relación universidad - empresa.

Determinar qué contenidos deberán ser confidenciales. No toda la información que se intercambia o que surge dentro de una investigación es confidencial, por tanto, es importante que las partes determinen qué información se considera confidencial en el marco de la relación y cuáles serán las medidas que se tomarán para su custodia.

Conclusiones

En relación con las universidades se ha establecido, a través de diferentes normas, cuáles son los derechos de propiedad intelectual y quiénes son sus titulares. La normatividad aplicable en esta materia en el ámbito universitario permite identificar aspectos importantes sobre la titularidad que inciden en la relación universidad con los demás actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. En cuanto a proyectos de investigación entre la universidad y la empresa, es fundamental que las partes establezcan, de manera previa, una formulación de los compromisos, de los derechos, de la modalidad contractual para las creaciones preexistentes y las creaciones que se pacten como resultado del proyecto. Además, se debe definir todo lo relacionado con el manejo de la información que debe ser considerada como confidencial. En términos generales, en la actualidad, la negociación contractual es de suma importancia en las relaciones investigativas que se presentan en todos los ámbitos universitarios y en sus relaciones con el sector empresarial; sin embargo, esta no es una actividad exclusiva del área de propiedad intelectual, se requiere implementar prácticas de gestión integral en el sistema de investigación donde cada investigador sea un actor fundamental.

Finalmente, y con base en la normatividad sobre propiedad intelectual se concretan otros aspectos a tener en cuenta en el sistema universitario de investigación:

1. El autor es la persona natural-física de una obra susceptible de protección a través de derechos de autor, es el titular de los derechos morales y patrimoniales sobre la misma.
2. Existe un mandato legal que establece que los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, son de propiedad de la entidad pública correspondiente; pero el autor conservará siempre los derechos morales.
3. En el evento en que un funcionario público sea titular de los derechos de autor sobre una obra fruto de su intelecto y no en desarrollo de las actividades de su cargo público, este podrá disponer de ella contractualmente.
4. Los derechos de autor, tanto los morales como los patrimoniales, sobre los trabajos de grado o tesis serán por regla general de los estudiantes que los realizan. En la relación Universidad-Empresa-Estado los trabajos de grado también pueden ser parte de los entregables en los proyectos de investigación conjunta, casos en los cuales se debe establecer previamente con el estudiante su decisión de ceder los derechos patrimoniales de propiedad intelectual por los resultados obtenidos, de lo contrario se aplicaría la regla general.
5. El director o coordinador de un trabajo de grado o tesis no tiene derechos sobre la obra por su dirección. Sin embargo, si de manera conjunta con el estudiante, el director aporta en la generación de ideas y hace la redacción de diferentes capítulos, se deberá predicar la calidad de autor tanto del estudiante como del director, lo que comúnmente se denomina una obra en colaboración.
6. Para que una institución de educación superior ostente la calidad de titular de los derechos patrimoniales de los trabajos de grado de sus estudiantes, debe mediar soporte escrito del contrato de cesión de derechos patrimoniales.
7. En el caso de las instituciones de educación superior que no son de naturaleza pública y a las cuales no se les aplica el mandato del artículo 91 de la ley 23 de 1982, para poder ostentar la calidad de titular de los derechos patrimoniales de las obras de sus empleados, debe mediar contrato de trabajo o de prestación de servicios por escrito, en el cual se establezca de manera clara las actividades para las que es contratado el empleado o contratista. De esta manera, se aplica la presunción del artículo 28 de la ley 1450 de 2011 que establece la titularidad de los derechos patrimoniales en cabeza del empleador o contratante, si la creación fue en función de las actividades para las que se le contrató.
8. En los contratos de investigación se presume que la invención realizada es del mandante, ya sea cualquiera de las partes en la relación, llámese Universidad, Empresa o Estado.

Referencias

- Comunidad Andina de Naciones –CAN-. Decisión Andina 486 de 2000. Recuperado de <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=077>
- Comunidad Andina de Naciones –CAN-. Decisión Andina 351 de 1993. Recuperado de <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 750 de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-750-08.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 751 de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-751-08.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 011 de 2013. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-011-13.htm>
- Dirección Nacional de Planeación. Documento base del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/pnd/pnd20102014.aspx>.
- Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de política económica y social. CONPES 3533 de 2008. Bases de un plan de acción para la adecuación del sistema de propiedad intelectual a la competitividad y productividad nacional. Recuperado de <http://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Econ%C3%B3micos/3533.pdf>
- Hans, E. (2000). *Culturas Epistemológicas: Hacia una Nueva Sociología del Conocimiento*. Recuperado de [www.unibielefeld.de/\(de\)/tdrc/ag_sozanth/publications/working_papers/](http://www.unibielefeld.de/(de)/tdrc/ag_sozanth/publications/working_papers/)
- Colombia. Congreso de la República. Ley 23 de 1982. “sobre derechos de autor”. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
- Colombia. Congreso de la República. Ley 30 de 1992. “Que organiza el servicio público de la educación superior en Colombia”. Recuperado de http://www.cna.gov.co/1741/articles-186370_ley_3092.pdf
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1143 de 2007. “Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus “Cartas Adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006”. Recuperado de <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=100244>
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1166 de 2007. “Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Modificatorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia – Estados Unidos”, firmado Washington, Distrito de Columbia, el 28 de junio de 2007, y la Carta adjunta de la misma fecha”. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1166_2007.html
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450 de 2011. “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43101>

- Colombia. Congreso de la República. Ley 1520 de 2012. “Por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del “Acuerdo de Promoción Comercial”, suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su “Protocolo Modificatorio, en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica”. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46942>
- Newberg J.& Dunn R. (2002). “Keeping Secrets in the Campus Lab: Law, Values and Rules of Engagement Partnerships for Industry-University R&D”. *American Business Law Journal*, 39. Recuperado de <https://www.law.upenn.edu/live/files/4353-newberg-j-dunn-r-keeping-secrets-in-the-campus-lab>
- OMPI, (2012) ¿Qué es la Propiedad Intelectual? Recuperado de http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf.
- OMPI, (2012) *Principios básicos de la Propiedad Industrial*. Recuperado de http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf.
- OMPI. “Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos”. (s/f). Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf.
- Propiedad Intelectual Colombia. Estructura operativa. (2010). Recuperado de <http://www.propiedadintelectualcolombia.com/site/PropiedadIntelectual/SistemaColombianodePropiedadIntelectual/tabid/67/Default.aspx>
- Universidad de Antioquia (2005). Resolución Rectoral 21231 de 2005. Recuperado de <http://huitoto.udea.edu.co/vicedoce/comitec/documentos/autoevaluacion/Estatuto%20de%20Propiedad%20Intelectual.pdf>
- Universidad Nacional de Colombia (2003). Acuerdo Académico 035 de 2003. Recuperado de <http://www.legal.unal.edu.co/sisjurun/normas/Norma1.jsp?i=34248>
- Universidad Pontificia Bolivariana (2005). Acuerdo No. CD-11-2005. Recuperado de http://www.upb.edu.co/pls/portal/docs/PAGE/GPV2_UPB_MEDELLIN/PGV2_M050_INVESTIGACION/PGV2_M050010_POLITICAS/ESTATUTO%20DE%20PROPIEDAD%20INTELECTUAL%202005_IMP.PDF
- Universidad del Valle (2003). Acuerdo Superior No. 023 de 2003. Recuperado de http://salud.univalle.edu.co/pdf/estatuto_de_propiedad_intelectual.pdf
- Universidad Industrial de Santander (2010). Acuerdo Superior No. 093 de 2010. Recuperado de <https://www.uis.edu.co/webUIS/es/investigacionExtension/propiedadIntelectual/acuerdo.html>
- Universidad de los ANDES (2007). Comité Ejecutivo Acuerdo No. 306 de 2007. Recuperado de <file:///C:/Users/PATRICIA/Downloads/Acuerdo306CE.pdf>



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: Yo trinitario
Técnica: acrílico sobre lienzo
Año: 2010

Revisión teórica de las políticas públicas para determinar componentes iniciales de un modelo para la planeación de la contratación del departamento de Antioquia¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a04

1 Resultado del proyecto de investigación *Componentes iniciales para la formulación y diseño de una política pública de planeación en procesos de contratación para la gobernación del departamento de Antioquia*, adscrito a la línea de investigación “Derecho, Conflicto e Internacionalización”, del grupo de investigaciones *Orbis Iuris*, Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.

Citación de este artículo con el sistema APA: Vásquez Santamaría, J. E. (2016). Revisión Teórica de las Políticas Públicas para determinar componentes iniciales de un Modelo para la Planeación de la Contratación del Departamento de Antioquia. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 77-105. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a04.

Fecha de recepción: 22 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 14 de septiembre de 2016

Revisión teórica de las políticas públicas para determinar componentes iniciales de un modelo para la planeación de la contratación del departamento de Antioquia

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría²

Resumen

El escrito emprende una revisión teórica de políticas públicas como categoría de investigación a partir de construcciones consolidadas en las ciencias sociales. A partir de ellas se busca facilitar la determinación de los componentes generales que conduzcan a la formulación y diseño de una política pública para la planeación de la contratación estatal en la Gobernación del Departamento de Antioquia. Así que primero se desarrolla la naturaleza y definición de las políticas públicas a partir de marcos, teorías y modelos destacados presentados por la doctrina; se describen los enfoques para su análisis, y se dejan las bases para un estudio profundo de las etapas de formulación, implementación y evaluación propias del enfoque de ciclo.

Palabras clave: política pública, enfoque de ciclo, sistema político, contratación estatal, planeación.

Theoretical revision of public policies to determine initial components of a model for planning contracting of the Antioquia department

Abstract

The paper undertakes a theoretical revision of public policies as a category of research based on consolidated constructions in the social sciences. From these it is sought to facilitate the determination of the general components that lead to the formulation and design of a public policy for the planning of state contracting in the government of Antioquia department. So, first, the nature and definition of public policies are developed based on the frameworks, theories and outstanding models presented by the doctrine; the approaches of its analysis are described and the basis for an in-depth study of the stages of formulation, implementation and evaluation of the cycle approach is posed.

Key words: public policy, cycle approach, political system, state contracting, and planning.

Revisão teórica das políticas públicas para determinar componentes iniciais de um modelo para o planejamento da contratação do Estado de Antioquia

Resumo

Este artigo emprende uma revisão teórica de políticas públicas como categoria de pesquisa a partir de construções consolidadas nas ciências sociais. A partir delas visamos facilitar a determinação dos componentes gerais que levem à formulação e desenho de uma política pública para o planejamento da contratação estatal no Governo do Estado de Antioquia. Assim, primeiramente se desenvolverá a natureza e definição das políticas públicas a partir de quadros, teorias e modelos destacados apresentados pela doutrina; descrevem-se as abordagens para a sua análise, e se põem as bases para um estudo aprofundado das etapas de formulação, implementação e avaliação próprias da abordagem de ciclo.

Palavras-chave: política pública, abordagem de ciclo, sistema político, contratação estatal, planejamento.

2 Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Fundación Universitaria Luis Amigó. Docente investigador, líder del grupo de investigaciones *Orbis Iuris*, Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, de Medellín, Colombia. Correo electrónico: jorge.vasquez@uam.edu.co

Revisión teórica de las políticas públicas para determinar componentes iniciales de un modelo para la planeación de la contratación del departamento de Antioquia

Introducción

En la línea de investigación “Derecho, Conflicto e Internacionalización”, el grupo de investigaciones *Orbis Iuris* emprendió un proyecto que retoma la *política pública* como un objeto de estudio relacionado con la categoría de *conflicto*, que se ubica como objeto de conocimiento de la citada línea de investigación. Acudiendo a las construcciones adelantadas en el proyecto de investigación *Voces de los pueblos indígenas del departamento de Antioquia como referencial de política pública para la defensa de los territorios*, la política pública es retomada para ser postulada en un escenario institucional de naturaleza administrativa, con objetivos encaminados a la proposición de intervenciones en la etapa de planeación de algunas modalidades de la contratación estatal, lo que se articula al conflicto desde variables que indagan sus causas y manifestaciones dentro del proceso de contratación adelantado desde la Gobernación del Departamento de Antioquia.

Esta actuación administrativa fue delimitada a una entidad descentralizada territorial, desde la que aparentemente se desencadenan fallas en la administración para la prestación de los servicios, vulneración y desconocimiento de los principios que rigen la función administrativa por parte de quienes adelantan dicha gestión, debilidad en la legitimidad frente a los administrados que concurren a la Administración para participar en los procesos contractuales, resultados adversos en la efectivización de los fines estatales, y en la consecuente satisfacción de necesidades. Algunos ejemplos que permiten definir los problemas surgidos en las prácticas que caracterizan a la contratación estatal en Colombia las explica Fredy Céspedes Villa (2012) citado por Motta Perdomo (2013, p. 18):

Indebida denominación del contrato, llamar arriendo a una concesión; pliegos de condiciones como traje a la medida; modificar los términos del pliego horas antes del cierre de la licitación; visitas de campo en licitaciones una hora antes de lo previsto; adjudicación por precio más bajo y ajuste atendiendo reclamaciones; varias empresas

conforman carteles que manipulan las fórmulas económicas para ganarse las licitaciones; suplantación de contratistas: Se adjudica un contrato a un proveedor por la calidad del producto y este se cede a un tercero que no tiene esas calidades; supuesto exclusivo: Contratación directa existiendo otros proveedores; utilización de contratos fachada interadministrativo, ciencia y tecnología o de aporte a una fundación, para luego realizar contratación directa; utilizar contratos para demandar al Estado; adiciones sin límite a través de la figura de los precios unitarios; incumplimiento de especificaciones de calidad o cantidad (p. 18).

Los efectos anteriormente citados son materia prima latente para desencadenar conflictos que llegan a la sede judicial, y otros que se agotan en los procedimientos administrativos previstos por el ordenamiento jurídico, razón que acredita la posibilidad de formular una política pública para solucionar y evitar esos problemas para los administrados y para la Administración.

Tomando como una de las bases teóricas el enfoque de ciclo de las políticas públicas se postula la pregunta ¿Qué problemas públicos, alternativas de solución y procesos consensuados de toma de decisiones desde el enfoque de ciclo hacen posible una política pública para la planeación de la contratación en la Gobernación del Departamento de Antioquia a partir de la ley 80 de 1993?

Del problema de investigación se derivó como objetivo general determinar los componentes de formulación y diseño de una política pública para la planeación de la contratación estatal en la Gobernación de la mencionada entidad territorial, tomando como punto temporal de inicio a la ley 80 de 1993. El citado objetivo general se apoya en acciones dirigidas a exponer las deficiencias propias del Departamento de Antioquia en la planeación de los procesos de contratación como entidad estatal, definir cuáles de los problemas en el ejercicio de la planeación de los procesos de contratación son públicos, evidenciar las alternativas de solución que se presentan, enunciar que procesos consensuados de toma de decisiones puede ejecutar dicha entidad territorial, y definir cómo la formulación y diseño de una política pública puede contribuir a la caracterización de los estándares metodológicos para la eficacia y eficiencia administrativa en la planeación de los procesos de contratación estatal en la citada Gobernación. No obstante, para el óptimo cumplimiento de todos los objetivos es imprescindible acudir a la revisión teórica de políticas públicas como marco teórico y contextual en el cual tendrán lugar las acciones investigativas propuestas.

Metodología

Para el desarrollo de los objetivos mencionados se propuso un diseño de investigación cualitativo, en el cual se seleccionan algunas categorías de

investigación como elementos predefinidos para la construcción teórica de las condiciones que determinan la realidad sociojurídica propuesta como objeto de estudio. El modelo de investigación cualitativo fue acogido toda vez que, de acuerdo con Tamayo (1999, p. 54) tiende a ser de orden explicativo, orientado a estructuras teóricas, emplea preferentemente información descriptiva y se suele usar en el estudio de pequeños grupos o sectores, como es el caso del encargado de la planeación de la contratación en el Departamento de Antioquia, esto si se tiene en cuenta la dimensión de la estructura administrativa de dicha entidad.

A partir de este modelo de investigación la revisión teórica se hace necesaria para consolidar una construcción sobre la cual sea posible contrastar, comprender y valorar las descripciones realizadas desde las fuentes empíricas recolectadas a partir de los comportamientos del grupo de funcionarios del Departamento encargado de la planeación de la contratación.

La investigación cualitativa además permite la aparición y desarrollo de preguntas antes, durante y después de la recolección y el análisis de datos (Hernández, Baptista & Fernández, 2010, p. 7) algo necesario en la indagación del objeto de estudio citado, un proceso humano enmarcado en el ejercicio de la función administrativa vinculado a la aparición del conflicto por la celebración de contratos, y aunado a la formulación de un modelo en el que se determinan los problemas públicos, las alternativas de solución y los procesos consensuados de toma de decisiones para prevenir la aparición de esas controversias en la planeación de la actividad contractual.

Determinar un modelo de política pública desde los problemas públicos, las alternativas de solución y los procesos consensuados de toma de decisiones conduce a que la acción investigativa se desenvuelva de manera dinámica entre los hechos y su interpretación, sin que la secuencia sea la misma siempre, toda vez que varía según el contexto y características del objeto de estudio, para nuestro caso, entre las experiencias de la planeación de la contratación estatal con las dificultades y controversias experimentadas a partir de la celebración de esos actos, y la interpretación que se hace de los hechos a la luz de las construcciones teóricas, para luego proponer un modelo de política pública que contribuya a evitar los problemas en la planeación de la contratación.

Entre las categorías predefinidas, las políticas públicas deben ser construidas y referenciadas teóricamente, en la medida que son el mecanismo necesario para la resolución de la pregunta de investigación, y con ello, para la contribución a la solución del problema situado en la etapa de planeación de la contratación estatal de la Gobernación del Departamento de Antioquia.

Los consolidados teóricos sobre la categoría son resultado de un amplio ejercicio de rastreo bibliográfico, con fichado documental y análisis hermenéutico emprendido de la siguiente manera: se seleccionaron fuentes preferentemente colombianas vinculadas a investigaciones que manifestaran de manera textual el análisis de políticas públicas, sin dejar de lado fuentes latinoamericanas o referentes de otras latitudes. Las fichas privilegiaron la identificación y desarrollo de las categorías predefinidas, como se mencionó, las políticas públicas, y desde ella, problema público, alternativas de solución, y toma de decisión. Estas últimas categorías predefinidas son componentes del enfoque de ciclo, contexto que hace posible integrar un modelo a partir del cual es dable elaborar, diseñar, adoptar, ejecutar y evaluar una política pública para enfrentar el o los problemas con naturaleza pública que afectan la planeación de la contratación estatal, razón por la cual también se previó su inclusión como categoría predefinida. No obstante, en el ejercicio de fichado y análisis de las fuentes bibliográficas se identificaron y seleccionaron categorías emergentes relacionadas e influyentes en los alcances de las predefinidas, como sucedió con participación, sistema político y gobernanza.

Con el objetivo de determinar los componentes generales de formulación y diseño de una política pública para la planeación de la contratación estatal en la Gobernación del Departamento de Antioquia a partir del problema público, las alternativas de solución, y toma de decisión como elementos del enfoque de ciclo, este escrito se concentra en la revisión teórica de las políticas públicas, por lo que desarrolla inicialmente su naturaleza y definición a partir de los modelos, marcos y teorías más destacados en la doctrina; y luego desarrolla los marcos y enfoques de análisis.

1. Naturaleza y Alcance de las Políticas Públicas

El primer resultado a socializar se centra en la definición de la categoría de las políticas públicas, figura que ha motivado un esfuerzo sostenido que se refleja en proyectos y productos de investigación del grupo *Orbis Iuris*, que sirven para la construcción teórica en esta indagación, y que permiten postular esta categoría como un objeto de conocimiento de la línea de investigación *Derecho, Conflicto e Internacionalización*.

En los avances teóricos previos hemos sostenido que conceptualizar la política pública es una dificultad semántica en la que coinciden varios autores, como Uribe Martínez (2004, p. 5), Hernández (1999, p. 81) y Ejea Mendoza (2006). Asegura Uribe Martínez que la política puede ser entendida como el gobierno de las sociedades humanas, término que se asocia a *polity* en inglés, y que para Ejea

Mendoza alude a la noción de Estado como configuración jurídico - política en un territorio determinado, definido por Hernández como la esfera política decisional ciudadana.

Uribe Martínez explica que “política” es entendida como la lucha organizada por el control de poder, que en inglés es *politics*, término que Ejea Mendoza define como procesos de negociación y ejercicios de poder, y que Hernández explica como la actividad política de ejercicio del poder. Finalmente, en consenso, se identifica “política” como propósito y programa de autoridades públicas, término que hace referencia a Política Pública, y que en inglés es *policy*.

En la misma tendencia, la complejidad terminológica de las políticas públicas es explicada por Mejía Jiménez (2012, p. 145) quien divide los vocablos para facilitar la comprensión conceptual. Acudiendo a Muller (1994) manifiesta que política es un término polisémico que se refiere a la actividad política, la esfera política y a la acción política. A la actividad política asocia las relaciones entre partidos políticos y obtención de puestos políticos; a la esfera política relaciona la necesidad de diferenciar la sociedad civil y el escenario político, y a la acción política vincula los “dispositivos políticos y administrativos coordinados alrededor de objetivos comunes”.

En la ambigüedad y amplitud del término coincide Roth Deubel (2008, p. 70) al sostener que “dada la complejidad del objeto de estudio, la política pública, se está abocado a considerar que, una sola teoría no está en condición de dar una explicación satisfactoria”, por lo que acudir a los diferentes enfoques teóricos será una tarea que se emprenda desde el desarrollo conceptual dado por la doctrina.

La comprensión de ese desarrollo es posible a partir de la ubicación del origen del estudio de las políticas públicas. Tachiquín (2008) acudiendo a Fernández (1999) ubica dichos orígenes en los Estados Unidos con el gobierno del Presidente Woodrow Wilson en 1887, quien sostuvo la separación de la decisión política de su ejecución burocrática, contrario al *spoil system* imperante en la época, el cual, en palabras de Martínez Puón (2001, citado por Tachiquín, 2008) era un sistema de patronazgo, caracterizado por la inexperiencia de los administradores y funcionarios, y por la politización en la vinculación y desvinculación del sistema político.

Tachiquín explica que las políticas públicas en la década del veinte superaron su explicación desde diagramas organizativos, dando paso a los estudios sobre cómo operaban los individuos y las instituciones, acogiendo preocupaciones como los contenidos públicos y el bienestar. Posteriormente las preocupaciones sobre las políticas públicas cambiarían en la mitad del siglo XX, desde el cual se hace más visible el progreso en las etapas que han concentrado los estudios sobre esta categoría.

Hernández (1999) ubica otras preocupaciones en los Estados Unidos en los años cincuenta. Entre ellas destaca la dirigida al buen funcionamiento del gobierno y al modelo para producir políticas públicas eficaces, por medio de las cuales se materializan los objetivos de la Administración. Lo anterior traduce un momento centrado en la etapa de formulación de las políticas públicas, lo cual se ve representado, según Hernández (1999), en los experimentos realizados por el Ministerio de Defensa de los Estados Unidos con la formulación e implementación del *Program, Planning and Budgeting System*, auspiciado por The Rand Corporation. Desde su fundación académica en los años cincuenta, la Política Pública ha tenido como objetivo disciplinar estudiar y racionalizar el proceso de diseño y decisión de la política para fines públicos, esto es, su operatividad para garantizar el interés público.

Subirats (2014) ubica los estudios de las políticas públicas en la década del setenta también en los Estados Unidos, por el análisis de propuestas programáticas aplicadas por los gobiernos demócratas de Kennedy y Johnson. Sostiene Subirats que el trabajo más relevante de la llamada *implementation reserach* -investigación de aplicación, distinto a las preocupaciones por la formulación- fue el realizado por Wildavsky y Pressman en 1973: “(...) lo más importante de sus reflexiones no fue la constatación de un fracaso, sino la necesidad de plantearse el problema de la puesta en práctica de las políticas públicas de manera específica, separándolo de la fase de toma de decisiones” (p. 102).

En los inicios de la década de los ochenta ubica De Kastka (2004, citado por Tachiquín, 2008) la ruptura de la idea de una política pública derivada del sistema político, para dar paso a una política pública como producto o respuesta, a partir de la cual es posible analizar el sistema político, incluyendo sus transformaciones. En esta época en México la política pública se dedicó a la reforma del proceso de decisión del gobierno, mediante el análisis para innovarlo, hacerlo económicamente riguroso, consistente desde lo jurídico y equilibrado desde lo político, en respuesta a restricciones financieras y contrapesos políticos (Holmes, 1988 citado en Elster & Slagstad, 2001, p. 24), logrando que la manera como la política era elaborada, decidida y ejecutada, se convirtiera en un objeto de estudio válido y relevante, además de considerarlo crucial para la mejora de la acción gubernamental (Holmes, 1988 citado en Elster & Slagstad, 2001, p. 26). Además, permitió despertar en el Estado la consciencia de costos de toda operación administrativa, optimizar los recursos públicos, innovar y mejorar la regulación, evaluar el desempeño, fortalecer el control interno y generar información confiable (Holmes, 1988 citado en Elster & Slagstad, 2001, pp. 27-28).

Sin embargo, es necesario mencionar que la evolución de los estudios sobre las preocupaciones de las políticas públicas, se dieron gracias a Laswell, aspecto en el que coinciden Hernández (1999), Tachiquín (2008), Villanueva & Puón (2001), por mencionar algunos. Laswell (1951) aseguró: “La ciencia de las políticas públicas está orientada en torno de los problemas y es contextual por naturaleza, multidisciplinaria en su enfoque, y explícitamente normativa en su perspectiva” (pp. 14 - 15). Laswell procuró que, en la atención a los problemas y sus soluciones, no se perdiera el análisis científico, por lo que proponía el mejor uso de los recursos intelectuales de la manera más económica posible. Se centró en el proceso de las políticas, razón por la cual estas en sus orígenes tuvieron énfasis en la etapa de formulación, para indagar sus carencias y mejorar el contenido de la información de quienes deben elaborarlas. Laswell señala que con las políticas públicas se deben alcanzar los procesos de transformación social, por lo que científicos, políticos, consultores y analistas contribuyen en su formulación.

De este recorrido se deduce que la Política Pública se ha entendido como el medio empleado por el Estado para dar respuesta a las demandas sociales. En esta perspectiva se defenderá la postura a partir de la cual en la política pública la sociedad ha tenido una participación activa y evidenciable, en todos los momentos del enfoque de ciclo, aunque reconociendo la posibilidad de la variación en la intensidad de la participación, la incidencia, y los efectos o consecuencias promovidas, lo que postula a la participación como categoría emergente necesaria e imprescindible relacionada con la política pública. En este sentido cuando se habla de Políticas Públicas se hace alusión a las “decisiones de gobierno que incorporan la opinión, la participación, la corresponsabilidad y el dinero de los privados, en su calidad de ciudadanos electores y contribuyentes” (Aguilar Villanueva, 2000, p. 26).

Vélez Rivera estima que son estrategias que posibilitan la actuación política de la sociedad, sin circunscribirse a una mera respuesta de problemas delimitados. Son estrategias de gestión política y participativa que escenifica interacciones entre los actores de la vida pública; es por lo tanto una construcción social que facilita la relación de autoridades públicas y sectores de la sociedad (2008, p. 77). Salazar estima la Política Pública como el “conjunto de sucesivas respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente problemáticas” (1995, p. 30). Con ello hace referencia a una serie de decisiones propias del sistema político que abordan las problemáticas más urgentes de la sociedad. En sus palabras, son las “decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas que buscan la resolución de las mismas” (1995, p. 30).

En el caso de Meny & Thoenig es posible identificar varios aportes sobre la categoría. De una parte, señalan que “es el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental” (1992, p. 89). Citados por Jorge Iván Cuervo Restrepo (2007, p. 74) explican la categoría como “un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico”, definición semejante a la recogida por Hernández (1999 citando a Meny & Thoenig, 1989) quien asegura que son: “los programas de acción de una autoridad pública en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico” (p. 3). Lozano declara la Política Pública como una óptica que permite entre ver una serie de características que se descubren en autores ya clásicos frente al tema, lo cual asocia diciendo:

Las Políticas Públicas corresponden a procesos de naturaleza económica, social, política y cultural, caracterizados por formas de intervención de estado encaminadas a solucionar problemas considerados socialmente relevantes, atendiendo a ámbitos de actuación, continuidad y sostenibilidad en el tiempo por parte de autoridades estatales, además de medios de estabilización y coerción que garanticen el logro de objetivos, la generación de resultados esperados, la consecución de condiciones deseadas y de comportamientos sociales admitidos. (2008, p. 16).

Otras contribuciones doctrinales son la de Vargas (1999, p. 57), quien describe la Política Pública como la serie de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas buscando la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables. Dye sostiene que son “todo lo que un gobierno decide hacer o no hacer” (1972, p. 2), Rose y Davies las postulan como un programa general de acción que está integrado por recursos y productos (1994), Jenkins (1978, p. 17) citado por Hernández (1999) las define como el producto de una decisión de la misma manera que se pueden generar por la omisión en la toma de la decisión, involucrando medios y objetivos para alcanzarla, y Lahera (2008) citado por Mejía Jiménez (2012, p. 145) sostiene que “son flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; esta democracia involucra al ciudadano poniéndolo en un puesto importante en la consecución de objetivos políticos determinados en las esferas de decisión social”, postulado que apoya la presencia de la participación como un componente debido y posible en las políticas públicas.

Bañón & Castro (2007, p. 2) explican las políticas públicas como “el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios”. Desde este punto de vista las políticas públicas pueden entenderse como un proceso que se inicia cuando un gobierno o un directivo público

detecta la existencia de un problema que por su importancia merece atención y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas. Es por lo anterior que los citados autores sostienen que el conjunto de decisiones y acciones emprendidas por el gobierno para influir sobre el problema, se denominan política pública.

Entre las elaboraciones conceptuales la de Muller adquiere para nuestro caso, especial relevancia tanto por su compatibilidad y sentido enfático con el componente participativo, como por su organización progresiva para un adecuado funcionamiento. Muller explica que Política Pública “es un proceso de mediación social, en la medida que el objeto de cada Política Pública es tomar a cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y otros, o aun, entre un sector y la sociedad global” (2010 citado en Cuervo Restrepo, 2007, p. 78); igualmente señala que el enfoque de las mismas es una construcción de representaciones sociales de la acción pública y de las relaciones entre el Estado y la sociedad, para luego agregar el concepto de *referencial de una política*, por medio del cual alude al conjunto de normas, imágenes y expectativas que posibilitan o restringen el funcionamiento del sistema político para solucionar los problemas sociales. Como se apreciará más adelante, la postura de Muller es considerada por Roth como un marco de análisis, pero además incluye el *flujo decisional*, alusivo a la participación ciudadana en la construcción del referencial de la política, extensible a los demás momentos del enfoque de ciclo.

La construcción teórica de la categoría se enriquece con la conclusión ofrecida por Maldonado Montes (2011) que, acudiendo a Navarro, manifiesta que las políticas públicas incorporan tres elementos: la importancia de las decisiones en las cuales está implícito el conflicto debido a la diversidad de intereses de los actores involucrados, la existencia de las acciones, y el alcance de lo público, representado en una autoridad y la legitimidad. Expone Maldonado Montes que dicha relación es explicada por Meny y Thöenig así: “Una autoridad se considera pública si ejerce funciones de gobierno sobre administrados y territorios definidos, especialmente como depositaria de la legitimidad estatal, dotada de potestades públicas” (Meny y Thöenig, 1992, citados por Mariñez Navarro, p. 25).

En la doctrina nacional Cuervo Restrepo (2007, p. 68) expresa que ellas pueden ser la herramienta -no única- que ayude a realizar las metas y los cometidos constitucionales, sin que la Política Pública sea un sinónimo de acción gubernamental, sino una forma de “enfocar y resolver los problemas sociales que supone en el proceso de toma de decisiones la construcción y consolidación de consensos”. Cuervo Restrepo agrega que la Política Pública es “la búsqueda de

la maximización de la función de la utilidad pública de la manera más eficiente e inclusiva posible” (2007, p. 72) para concluir que por Política Pública se entiende:

Las actuaciones del gobierno y de otras agencias del Estado, cuando las competencias institucionales así lo determinen – en desarrollo de ese marco y de las demandas ciudadanas – caracterizadas porque constituyen flujos de decisión – o una decisión específica – orientadas a resolver un problema que se ha constituido como público, que moviliza recursos institucionales y ciudadanos bajo una forma de representación de la sociedad que potencia o delimita esa intervención (2007, p. 72).

Desde el reconocimiento del debate en el que aún se estiman como incipientes los acuerdos y posturas frente a la conceptualización de las Políticas Públicas, su relación con el sistema político y la necesidad de la participación ciudadana, se puede concluir que estas son una herramienta para la efectivización de las demandas y necesidades sociales, que amparadas, e incluso impulsadas por la acción estatal o gubernamental, no se limitan a las mismas, ensanchando el margen de actuación a una multiplicidad de actores en las distintas etapas que las políticas exigen, para resolver problemas públicos.

Arroyave Alzate puntualiza la diferencia en mención, al asumir las Políticas Públicas como el “conjunto de instrumentos a través de los cuales el Estado, luego de identificar una necesidad (económica, política, ambiental, social, cultural, entre otras), implementa un conjunto de medidas reparadoras, construidas con la participación de los grupos afectados por los diversos problemas” (2011, pp. 96-97). En ese orden asegura que estas políticas pueden tener dos formas para ser ejecutadas.

La primera de ellas es una actuación propia y restrictiva del Estado, caracterizada por “procesos verticales y excluyentes como los actos administrativos, donde los grupos afectados por la política son entendidos como centro de análisis y legitimación del proceso, pero estos actores diferentes al Gobierno no son tenidos en cuenta en la formulación, implementación y evaluación de las políticas” (2011, p. 97). En esta perspectiva no hablamos de una verdadera Política Pública, en la medida que las mismas no pueden ser asimiladas como una actuación unilateral y limitada, diseñada, implementada y evaluada solo por el Estado, pues el interés público sería el definido y justificado por el Estado en un ejercicio de exclusión e invisibilización del flujo de decisión que en últimas es el que define la tipología pública del problema, y con ello, de la política a implementar por parte del Estado, o con su acompañamiento.

La segunda forma expuesta por Arroyave Alzate estima como la verdadera perspectiva de las Políticas Públicas, aquellas “formuladas y ejecutadas tomando como centro de construcción una interacción entre las comunidades, la administración

y los grupos de interés (ONG, gremios, sindicatos, partidos políticos, academia y otros colectivos de la sociedad civil)” (2011, p. 97). Aquí se reúnen los elementos que caracterizan una Política Pública, siempre que el flujo de decisión interviene como la manifestación del principio democrático, y por tanto, participativo de la sociedad civil, que define el interés público a ser incluido en la agenda política gubernamental. Se generan en consenso los lineamientos propios para la ejecución de la política, sin que la implementación y evaluación de la misma se limite a un ejercicio meramente gubernamental o estatal, por lo que coincide Arroyave Alzate con Cuervo Restrepo cuando explica:

(...) el Gobierno cumple un rol más formal, pues la ciudadanía y los grupos de interés asumen una construcción en conjunto de la política, y la administración se adjudica una función formal, encargándose del diseño normativo, de su introducción al plan de Gobierno o conversión en ley, y de la asignación presupuestal para su ejecución, mientras los ciudadanos y los grupos organizados ejercen una construcción social, son los que se encargan de ejecutarla y trabajar con las comunidades afectadas (2011, p. 97).

La Política Pública acarrea la presencia de flujos de decisión y también de acción a cargo de la sociedad civil, amparada en el principio democrático, pero también de decisiones y financiación del Estado y/o del gobierno, exaltando que no tiene un sentido exclusivo para estos últimos, más si extensivo y plural, dirigidos a la solución de problemas públicos.

En ese mismo sentido lo explica Kauffer al definir las Políticas Públicas desde la interacción de dos componentes primarios: “El primero se relaciona con la determinación de los principales actores de las políticas: las autoridades públicas. El segundo nos revela que, como Políticas Públicas, debemos tomar en cuenta acciones concretas y elementos aparentemente insignificantes, tales como los simbólicos” (2012, pp. 3-4). Pero a la fusión de estos dos componentes agrega el distintivo que proporciona un verdadero sentido público: “una Política Pública no es una acción aislada, una medida apartada, además de mencionar que en este proceso se encuentran en juego bienes o recursos que pueden afectar o privilegiar a determinados individuos y grupos” (Kauffer, 2012, pp. 3-4).

De lo anterior, se tiene que hay un indicio de Política Pública cuando la autoridad pública, sea gubernamental o estatal, realiza la identificación de un problema por medio de un ejercicio de participación con otros actores no gubernamentales o estatales para definirlo y delimitarlo -momento desde el cual se hace presente el flujo de decisión como materialización del principio democrático³ a través de la

3 Sobre el principio democrático y la participación ciudadana, propuestas como categorías emergentes necesariamente vinculadas a las políticas públicas, es menester señalar que la Corte Constitucional de la

participación ciudadana-, en donde la construcción de consenso permite categorizar como público el problema para el cual se destina una política específica, lo que conduce a la propuesta y definición de alternativas, la selección de una de ellas, su incorporación en la agenda pública, el diseño y formulación del programa de acción, su implementación y evaluación.

Como se mencionó anteriormente, sobre las políticas públicas se sostiene el apoyo a la postura que no las concibe sin la participación ciudadana, pues como lo señala Cano Blandón (2008, p. 165) la participación ciudadana es la esencia de las políticas públicas, sin que sea dable que la preocupación de la gobernabilidad por las instituciones y los resultados de las políticas públicas deje de lado el proceso de decisión política y la definición de los fines colectivos y de los medios para conseguirlos a través del debate público en el que intervienen varios actores.

En la experiencia colombiana sustentada constitucionalmente en el Estado Social de Derecho, democrático y participativo, la Corte Constitucional en la Sentencia T-291/2009, ubica la participación como un requisito de validez de las políticas públicas, siendo una de las más claras incidencias del poder judicial sobre esa categoría:

La jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda Política Pública orientada a garantizar un derecho constitucional: (i) que la política efectivamente exista; (ii) que la finalidad de la Política Pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho; y (iii) que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la Política Pública permitan la participación democrática.

República de Colombia ha sostenido en sentencia T – 263 de 2010, retomando la sentencia C – 089 de 1994 “que el **principio democrático** que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El **principio democrático es expansivo** pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”. (subrayas y negrilla del original)”. Además, a partir de la sentencia C – 179 de 2001 sobre la participación democrática sostiene “Como antes se dijo, la democracia participativa supone una tendencia expansiva. Esta característica significa que el principio democrático debe ampliarse progresivamente a nuevos ámbitos y hacerse cada vez más vigente, lo cual exige la construcción de una nueva cultura que debe paulatinamente implementarse en la sociedad política. Se trata pues de una maximización progresiva de los mecanismos que permiten el acceso al poder político, y el ejercicio y control del mismo, así como la injerencia en la toma de decisiones”.

De lo anterior que el flujo decisional empleado en la construcción del referencial de la política pública se prolongue a los distintos niveles del enfoque de ciclo, como una de las garantías de la participación ciudadana. Así lo sostiene Cano Blandón (2008) cuando propone las etapas del enfoque de ciclo de las políticas públicas como uno de los dos criterios a partir de los cuales es posible analizar los mecanismos de participación ciudadana promovidos desde la gobernabilidad y la gobernanza. A este le suma el grado de participación de los ciudadanos en la gestión pública como segundo criterio de análisis, en el cual ubica la información, la consulta, la cooperación o cogestión y la decisión como niveles a partir de los cuales se implementan mecanismos de participación en las políticas públicas.

Ese problema de interés público se incluye en la agenda de dicha autoridad, quien desde el referencial de política y con los consensos construidos a través del flujo de decisión, analiza en un mismo ejercicio abierto y participativo las posibilidades de su solución, los escenarios para su realización, evalúa el desempeño de las medidas adoptadas y estima la variación del problema inicialmente identificado.

Por tanto, asumiremos las Políticas Públicas como un medio empleado originalmente por las autoridades administrativas del Estado para la realización de la perspectiva funcional o material que debe ser ejercida desde la Administración Pública. En dichas políticas, la participación activa de la sociedad como actora política se asume como un requisito de validez para la construcción de consensos, los cuales conducen tanto a la resolución de problemas públicos, pero también a su adecuada previsión y evaluación.

2. Marcos, teorías y modelos para el análisis de las Políticas Públicas

Ubicado el origen del estudio de las políticas públicas y algunos de los consolidados de su construcción teórica, profundizar en la categoría se facilita gracias al nutrido debate doctrinal, del cual resultará enriquecedor tomar la propuesta de Roth Deubel (2008) sobre las perspectivas de análisis de las políticas públicas, y desde allí, ahondar en las corrientes de su elaboración, implementación y evaluación.

Para ello el autor propone, por la complejidad del objeto, un análisis desde la distinción de marcos, teorías y modelos. Se acogen como marcos o enfoques la asociación y manera de mirar los problemas, hacer diagnósticos y formular preguntas; en él se estructuran las relaciones entre las diferentes variables, y sirve de plataforma para el desarrollo de las teorías (Roth, 2008, p. 70). Las teorías son las proposiciones que buscan explicar una serie de fenómenos, se constituyen en un mapa con el cual se pretende simplificar una realidad para hacerla comprensible (Roth, 2008, p. 70); y finalmente, los modelos son una representación simplificada

de un proceso, están inscritos en una teoría y junto con otras, forman un marco o enfoque de análisis, razón por la cual suele verse ajustado a lo metodológico desde la forma como se aprehende una política pública a la luz de una teoría en un marco de análisis (Roth, 2008, p. 71).

En esta perspectiva se desarrollarán los modelos positivista, neopositivista, post positivista o racional crítico, el crítico, y el constructivista. En los marcos se indagaron el secuencial o de ciclo, el de elección racional, el Institutional Analysis and Development (IAD), el Advocacy Coalitions, y el de análisis por referencial; y en las teorías la denominada elección racional y del public choice.

2.1 Los Modelos

El modelo *positivista* define los hechos que percibe el sujeto en la realidad como variables medibles por ser reales y objetivas, radicando su comprensión en la experimentación empírica del sujeto y la observación que este haga de los fenómenos. En este modelo la realidad está regida por el principio de la causalidad, el cual puede ser descubierto por el hombre desde la experimentación. De lo anterior que las políticas públicas tengan en este modelo fuertes raíces en la constatación empírica de problemas, los cuales pueden, e incluso deben, ser verificados por el sujeto a partir de la experimentación de la causa y los efectos de una situación compleja en específico.

El modelo *positivista* fue duramente cuestionado por los *post positivistas*, quienes asumieron la existencia de la realidad y sus hechos pero sin restringir la posibilidad de su conocimiento al empirismo como única forma de aprehensión. Consideran la multiplicidad de causas y efectos como una razón que dificulta la explicación de los hechos, y no contemplan la posibilidad de separar los hechos de los valores, lo que dio lugar a indagaciones cualitativas a partir de las cuales los fenómenos están dotados de valor, restando fuerza a la visión causal del paradigma positivista.

Roth (2008, p. 72) explica que a la luz del *post positivismo* las políticas públicas se desarrollan bajo la misma lógica del paradigma de Kuhn (1983), en la medida que cuando una política se impone en el campo político tiene un proceso de desarrollo y expansión, fortaleciendo su núcleo duro con la reproducción de normas, reglas e instituciones, logrando una etapa de normalidad gracias a la adaptación y a la realización de ajustes poco relevantes. Luego la política tendrá un momento de crisis centrado en las dificultades y falencias para elegir y resolver problemas que la justifican en el sistema político. A ella le corresponde la aplicación de cambios, ajustes y medidas correctivas que no logran resolver las dificultades, lo cual se acompañará de otras propuestas políticas para enfrentar el problema, situación que se resuelve con la adopción de otra política o la transformación de la anterior.

Las propuestas del modelo *positivista* tienen un reafianzamiento con el modelo *neopositivista* (Roth, 2008), el cual admite la posibilidad de separar valores y hechos, recalca la importancia de la medición de los hechos a partir de la construcción de indicadores y de un mayor uso de la matemática. El modelo *neopositivista* se constituye en la plataforma para la teoría del *public choice*.

En el modelo de la teoría crítica la realidad existe, pero no es posible su acceso, toda vez que es ilusoria la objetividad sobre la realidad a partir de la investigación, por ser un ejercicio cargado de valores. Este modelo se apoya en la teoría de la acción comunicativa de Habermas, donde las acciones públicas son acciones de comunicación, por lo que a consideración de Roth (2008, p. 74) las políticas públicas en este modelo se desarrollan en tres momentos: las demandas sociales son un ejercicio de selección condicionada desde el cual se da la producción de los problemas públicos acogidos por la política; las políticas son un proceso que transforma la infraestructura comunicativa de la sociedad, y finalmente, se mantiene la dominación a partir del condicionamiento de los fundamentos normativos y de las expectativas de la ciudadanía gracias a la modificación de la infraestructura comunicativa de la sociedad.

Asegura Roth (2008, p. 74) que en la teoría crítica con el análisis de una política pública se pretende exponer de manera empírica el proceso a través del cual se mantienen las creencias, consentimientos y esperanzas de la ciudadanía, incluso en medio de las contingencias y transformaciones, dejando ver las relaciones de poder y las manipulaciones que se dan en la cotidianidad.

El modelo *constructivista* asume la realidad como una construcción social, por lo que también niega la objetividad a partir de la investigación, pues sostiene una visión relativa a partir del sujeto que investiga en la medida que la realidad será percibida según la postura que asuma el observador. De ello que nada tenga carácter objetivo como pretendió imponerlo el positivismo, pues los resultados sobre la realidad se originan en la interacción entre los diferentes saberes. El *constructivismo* privilegia los procesos de identificación, comparación y descripción de las construcciones de la realidad para garantizar la credibilidad social, algo esencial en el arte de gobernar (Roth, 2008).

2.2 Los Marcos de análisis

Como antes se mencionó, siguiendo a Roth (2008) los marcos dan cabida a una o más teorías para hacer posible el análisis de las políticas públicas, teorías que vienen sustentadas a partir de los fundamentos epistemológicos de los modelos expuestos. Es por ello que en los marcos confluyen posturas teóricas, factores determinantes

de las políticas públicas, variables explicativas y fundamentos paradigmáticos para la comprensión y el análisis de las políticas públicas.

Un primer marco de análisis es el denominado *Institutional Analysis and Development* (IAD), el cual, basado en la teoría de la elección racional, define como punto central un área de acción que sirve de campo de interacción tanto a actores colectivos como individuales que convergen en ella debido a los arreglos realizados por la Institucionalidad que direcciona la política pública. En medio de las interacciones entre los actores, este marco explica las características de la política pública a partir de las relaciones que ellos entablan, e indaga sobre los factores que determinan las interacciones en el área de acción dispuesta por la Institucionalidad.

De otro lado se cuenta con el marco *Advocacy Coalitions*, elaborado por Sabatier (Roth, 2008, p. 81) en el cual el autor procuró sintetizar los mejores componentes de los enfoques de implementación de una política pública (*top down* y *bottom up*) enfocando la incorporación eficaz de la información técnica en las políticas públicas. Este marco se sustenta en cinco premisas:

Primera, las teorías sobre proceso o cambio de política deben ser capaces de tener en cuenta mejor la información relativa a los problemas. Segunda, es necesario ver los procesos de política en una perspectiva temporal de larga duración (unos diez años o más). Tercera, la unidad de análisis no puede limitarse a la estructura gubernamental, sino a un subsistema de política. Este subsistema, como parte del sistema político, está compuesto por una variedad de actores, públicos y privados, que están activamente implicados o interesados en un problema de política o en una controversia. Cuarta, al interior del subsistema, es preciso incluir también, por una parte, a actores tales como: periodistas, investigadores y analistas de política, debido al papel tan importante que juegan en la difusión de ideas; por otra parte, a actores de todos los niveles gubernamentales activos en el proceso de formulación e implementación. Finalmente, la quinta premisa consiste en considerar que las políticas públicas incorporan teorías implícitas sobre la manera de alcanzar sus objetivos (Roth, 2008, p. 82).

De la última premisa del *Advocacy Coalitions* se destaca la posibilidad que desde las teorías se puedan incorporar valores, creencias y percepciones, todos ellos elementos subjetivos, junto a elementos objetivos propios del contexto y los actores, lo que se aproxima y armoniza, como se verá más adelante, con la perspectiva de análisis del marco referencial de Muller. Sin embargo, la identidad del marco *Advocacy Coalitions* se sostiene en los subsistemas políticos, donde los actores se organizan en comunidades políticas, las cuales fueron definidas por Sabatier (1998) como el conjunto de personas procedentes de organizaciones públicas y privadas que tienen en común una serie de creencias y valores que se

relacionan con un problema, lo que impulsa su unión y coordinación para realizar un objetivo frente a él.

Entre las comunidades de política se dan competencias para influir y determinar las decisiones públicas, valiéndose de los recursos que les proporciona el subsistema, tales como las reglas y normas jurídicas, lo cual para nuestro caso se estima que se puede ampliar a dispositivos jurídicos no limitados a reglas y normas, por acoger una postura reducida de los recursos jurídicos posibles; igualmente de condiciones sociales, culturales y económicas. Los ejercicios y acciones para influir y determinar la decisión pública pueden producir un cambio fundamental en la política, cuando se presenta el cambio de la comunidad dominante en el subsistema; o un cambio secundario, con la transformación de normas o instituciones, sin que se altere el núcleo de la política ni de la comunidad.

En el caso del marco de *análisis narrativo* de Emery Roe, se asume que en las políticas públicas se emplean relatos para analizar y comprender las problemáticas que en ellas se presentan, relatos que en muchas ocasiones no se modifican ni siquiera a partir de las evidencias fácticas que los contradicen. Propone que en los casos de polarización radical entre los actores que intervienen en la problemática de la política, es necesario hacer un análisis narrativo de la misma. Roe (1994, citada en Roth, 2008: p. 86) sostiene que el análisis consta de cuatro momentos, iniciando por la identificación del guion que define cada postura frente a la problemática de una política pública; se identifican relatos alternativos o periféricos a los que dominan la polarización, los cuales denomina “contra - relatos”, seguidamente propone una etapa de comparación entre los guiones o relatos, y los contra – relatos, para extraer de allí un meta – relato, el cual, en manos del analista de política, debe proyectar la viabilidad y necesidad de replantear el problema.

El marco de análisis por referencial es propuesto por Muller (2007, p.78) en el cual profundiza señalando que el enfoque de las políticas públicas es una construcción de representaciones sociales de la acción pública y de las relaciones entre el Estado y la sociedad, incorporando el término de *referencial de una política*, que alude al conjunto de normas, imágenes y expectativas que posibilitan o restringen el funcionamiento del sistema político y del régimen político para solucionar los problemas sociales.

Roth (2008, p. 85) explica que, en el caso del marco de análisis por referencial, Muller (2002) se centra inicialmente en la racionalidad de los actores, para ubicar allí la complejidad e incertidumbre que caracteriza la toma de la decisión. Seguidamente pone su atención en el rol que desempeña la Administración Pública, donde ubica lo que él denomina el medio decisional central, toda vez que es la representación del sistema político, el cual se integra por cuatro círculos: el primero es por donde transitan

las decisiones, ejemplificándolo con el aspecto orgánico de la Administración Pública, pues las decisiones pasan por funcionarios y administradores. El segundo círculo lo conforman las administraciones sectoriales, definidas por la función o materia que tienen asignada; seguidamente intervienen los socios externos al Estado, para cerrar con un último círculo en el que se ubican autoridades de los poderes públicos con capacidad política para tomar formalmente la decisión. El último aspecto en el cual se centra Muller (2002) es en las redes de actores, las cuales emergen y se consolidan en las interfaces de los círculos decisionales.

Es necesario aclarar que la Política Pública no es igual a su referencial, y que este último se constituye en un componente determinante de las primeras, esto es, una especie del género. Mientras las Políticas Públicas son un medio empleado por las autoridades, principalmente administrativas, del Estado, para la realización de la perspectiva funcional o material que debe ser ejercida desde la Administración Pública, transversalizadas por la participación activa de la sociedad como actora política, que debe reflejar la construcción de consensos que conducen tanto a la resolución de problemas de naturaleza pública, como a su adecuada previsión y evaluación, el referencial es la plataforma desde la cual se acredita que el ejercicio de gobernabilidad en torno a un problema social se deriva de un escenario de participación activa en el cual se agotan los esfuerzos necesarios para sustentar tanto la calidad pública del problema como las alternativas para su solución.

El referencial de Política Pública de Muller (2002) es un componente esencial desde el cual se construye y fundamenta la naturaleza pública de la realidad que se delimita y define como problema, y que, por tanto, debe ser acogida por una Política Pública. Por resultar imprescindible la participación activa de la comunidad para definir la tipología pública del problema, el referencial no se limita a una compilación normativa o de dispositivos jurídicos relacionados con la materia a tratar, como la tradición política aun lo refleja. El referencial se amplía a construcciones colectivas de representaciones sociales por medio de las cuales la democratización conduce a concertaciones sobre realidades comunes que redefinen las relaciones entre el Estado y la sociedad, y de la sociedad a través de los múltiples grupos que la conforman.

En este escenario es posible proponer que el referencial de Política Pública de Muller (2002), desde el cual se puede restringir o posibilitar el funcionamiento del sistema político, se constituiría en la primera fase del modelo descrito por Manuel Tamayo Sáenz para la elaboración de una Política Pública (1997, pp. 2 - 5) quien se apoya en el sustento teórico de David Easton (1965) sobre el sistema político, al cual en este capítulo se le proponen algunos componentes en su estructura que pueden facilitar su implementación en la experiencia colombiana, específicamente en la Gobernación de Antioquia.

En su explicación de sistema político Easton (1965) parte de la sociedad como un sistema complejo en el cual hay un conjunto de elementos que lo componen, como grupos e individuos que interactúan bajo pautas de comportamiento, entre los cuales se encuentra el sistema político. Este último es determinante, pues debe recordarse que es la figura a la que Muller (2002) destina el referencial de política pública como conjunto de normas, imágenes y expectativas que posibilitan o restringen su funcionamiento, y con ello fijan el destino de una Política Pública.

Al modelo planteado por Easton (1965) proponemos en este punto que las pautas de comportamiento se sintetizan principalmente en los dispositivos jurídicos que regulan la vida social, mas no se limitan a ellos, toda vez que entran otras normas generadas y legitimadas desde las relaciones que los grupos e individuos tienen en el marco de otras instituciones diferentes al Estado como autoridad de formalización normativa (iglesia, universidad, barrio); por lo que se reúnen aquí varios componentes del referencial de Política Pública: las pautas de comportamiento para la sociedad, las competencias para el sistema político, las relaciones sociales, y los roles institucionales.

Luego Easton (1965) sostiene que en el sistema descrito se distribuyen valores entre los actores que se relacionan, esto es, entre los grupos sociales que integran el sistema, los cuales son necesarios, como es el caso de la seguridad, la salud, la vivienda, la educación o la recreación. A este segundo componente del referencial de Política Pública proponemos que la oportuna identificación de los valores promueve la efectivización de las pautas de comportamiento en la sociedad, toda vez que Easton adiciona que la distribución de esos valores opera conforme a las interacciones sociales, por medio de la entrada de demandas y apoyos al sistema político por parte de los grupos que interactúan en la sociedad. Posteriormente el sistema político genera una salida o respuesta a la demanda, como decisiones que sin revelar la razón de su sentido o de su fundamentación, promueven acciones en la sociedad.

Es sobre este último punto que el referencial redimensiona a profundidad la forma de hacer política y exige que la misma tenga los elementos que acrediten que es pública, en la medida en que de exigirse la construcción del referencial, la salida que promueve el sistema político frente a la demanda social no debe ser una decisión infundada, privativa o meramente “institucional” o “normativa”, sino abierta y socializada, en la cual se evidencian los principios y valores orientadores de la acción administrativa, los fines a cumplir, los procedimientos y explicaciones posibles para resolver la demanda, pero sobre todo, las posibilidades de hacer del demandante un actor propositivo de la solución que requiere cuando se respeta el sentido de su pretensión, su expectativa y se comprende su anhelo, reflejo de una necesidad.

Por las razones expuestas, la construcción del referencial debe ser un componente verificado de manera anticipada al momento de trabajar con una Política Pública, pues se constituye en credencial para diferenciar dicha política de una de tipo estatal o gubernamental. En esta perspectiva se reúnen los elementos que caracterizan una Política Pública, siempre que el flujo de decisión interviene como la manifestación del principio democrático, y por tanto, participativo de la sociedad civil, que define el interés público a ser incluido en la agenda política gubernamental. Se generan en consenso los referentes propios para la ejecución de la política, sin que la implementación y evaluación de la misma se limite a un ejercicio meramente gubernamental o estatal.

Finalmente, el *enfoque de ciclo, marco secuencial o enfoque de los libros de textos*, como lo cita Roth (2008, p. 76), es el más tradicional y común de los marcos de análisis de las políticas públicas. Propuesto por Laswell, la política pública se concibe en este marco de análisis como un objeto de naturaleza divisible o fragmentable en etapas, sobre las cuales es posible hacer un estudio independiente y particularizado. Desde Laswell (1956 citado por Hernández, 1999, p. 4), se asimila el enfoque de ciclo para el análisis de una política pública con las mismas etapas o momentos generales que definen su surgimiento, implementación y cierre. Laswell dividió en siete etapas dicho proceso: inteligencia, promoción, prescripción, innovación, aplicación, terminación y evaluación.

En el caso de Roth (2008, p. 77) dichas etapas son la definición de un problema y la construcción de la agenda, la formulación de la política, la decisión, la implementación y la evaluación, mientras que en el marco de Howlett & Ramesh (1995) se identifican el reconocimiento del problema, la propuesta de una solución, la selección de la solución, su aplicación y apreciar o evaluar los resultados.

El proceso de análisis cíclico de las Políticas Públicas se puede entender como un *policy cycle* según lo propuesto por Jones (1970), que distingue cinco fases: identificación de un problema, formulación de soluciones, toma de decisión, implementación y evaluación (Cuervo Restrepo, 2007, pp. 78 – 79). En ese sentido en primer lugar se da la identificación de una situación problemática, la inclusión de la misma dentro de la agenda política; para ello, y según el autor citado, es necesario que la “situación sea percibida como problemática por los actores políticos y sociales. (...) se solicita entonces una acción pública y se busca que el problema esté inscrito en la agenda del sistema político” (Roth, 2004, p. 59).

Adicional a la presentada por Jones (1970), Aguilar propone un enfoque de ciclo compuesto así: determinar el objetivo y ordenar las preferencias (identificación de un problema); indicar las opciones de acción que, por los medios que emplean y las consecuencias que ocasionan, se consideran idóneos para llegar al objetivo

(formulación de soluciones y acciones); comparar las opciones en términos de su eficiencia técnica y económica; elegir y poner en práctica la opción óptima eficiente; evaluar resultados, aprender y corregir (2005, p. 21).

Del Castillo y Méndez (2006) por su parte proponen un enfoque compuesto por: Problema, definición del problema, identificación de alternativas, respuestas o soluciones, evaluación de opciones, selección de opción, implementación, y evaluación. Por su parte Knoepfel lo integra por: surgimiento y definición del problema, inclusión en la agenda, formulación y adopción del programa, implementación, y evaluación (2003, pp. 25 – 37). Luisa Fernanda Cano Blandón (2008, p.157) siguiendo a Weimar y Vining (1989) sostiene que el proceso de las políticas públicas se compone por el surgimiento del problema y su incorporación en la agenda, la formulación o adopción del programa, la implementación de la política, y su evaluación.

Desde los momentos descritos que pueden integrar el enfoque de ciclo, es posible derivar aquellos estadios generales coincidentes que forman un proceso de ciclo que permita más que el análisis de una Política Pública, establecer su existencia, evolución y efectos: 1. Identificar y definir el problema, 2. Inclusión del problema público en la agenda, momento en el cual se da el tono y orientación a la actuación de la autoridad, 3. Presentación de alternativas u opciones que integran el programa de ejecución para la consecución del objetivo y contrarrestar el problema público. 4. Decisión de selección de la alternativa pertinente y necesaria, 5. Definición del programa de Política a implementar, 6. Implementación del programa de política, 7. Evaluación de los efectos producidos y la consecución de los objetivos trazados.

Desde este marco, o también denominado enfoque, Aguilar concibe que una política pública debe centrarse en “sus condiciones de consenso, corrección y factibilidad, en su formación, implementación, impacto y evaluación” (1996, p. 22); en determinar cómo ciertos problemas sociales o de grupo se convierten en públicos y entran en las agendas de gobierno, la manera como se recoge y clasifica la información sobre aquel, las teorías sobre las posibles causas y soluciones, la confiabilidad de los cálculos de costos, beneficios y consecuencias; los imprevistos durante la implementación, los criterios posteriores de evaluación de la política implementada, y la opinión pública que juzga su efectividad y propone opciones diferentes de solución (Aguilar, 1996, p. 22).

Como punto de partida en el enfoque de ciclo el análisis de los problemas de una Política Pública es un asunto cuidadoso que requiere tiempo e información contextual que permita una lectura adecuada del mismo. Dicho conocimiento no se genera únicamente desde los documentos, sino que necesita un proceso de investigación empírica que permita definir, como mínimo, “la naturaleza, las causas,

la duración, la dinámica, los afectados y las consecuencias posibles del problema (...)” (Roth, 2004, p. 60), lo que justifica mencionar para el caso que sustenta esta revisión teórica, la proyección de un diseño metodológico cualitativo en el cual hay tránsito entre los hechos y las valoraciones a la luz de los referentes teóricos.

A partir de lo anterior, la comprensión de la Política Pública se reitera como un proceso de decisiones que implica debate público y su consecuente materialización (Roth, 2004, pp. 19 - 20), agregando el cumplimiento de un escenario plural y participativo. El enfoque de ciclo de una Política Pública implica establecer un marco de referencia que permite encontrar sentido al proceso de decisiones y procedimientos que la conforman. No se trata de fijar un modelo de seguimiento cronológico, sino de orden lógico, pues la ejecución de una Política Pública puede no ser una labor lineal.

De allí que la identificación del problema pueda hacerse por los ciudadanos (demanda) o por los agentes estatales (oferta). Se pueden distinguir analíticamente dos elementos que se articulan: la construcción del problema que necesita una intervención pública de una parte y su inscripción en la agenda política de otra. Roth señala que para reconocer la realidad problemática que propone Lenoir (1986) en *Groupes de pression et groupes consensuels. Contribution a une analyse de la formation du droit*, debe existir:

(...) una transformación en la vida cotidiana de los individuos, originada por cambios sociales que afectan de manera diferenciada a los grupos sociales. (...) esta tensión inicialmente vivida como un problema individual, tiene que transformarse en un problema social y entonces el problema tiene que encontrar una formulación pública, lo cual se constituye en la segunda fase (Roth, 2004, pp. 58-59).

En este sentido Roth (2004, p. 61) afirma que los actores deben convencer a la autoridad pública que además de ser un problema público es competencia del Estado, una de las razones puede ser la necesidad de intervención del mismo, ya que es muy posible que la solución a la problemática no se pueda conseguir sin la intervención de este, ya que otros actores, por ejemplo, los que están en el mercado, no estarían dispuestos siempre a contribuir.

Además, la situación que se representa en problemas debe darse desde el lenguaje del bien público y de la garantía de los derechos humanos, como código propio, para que el mismo sea tratado por la autoridad pública. Se hace pertinente puntualizar siguiendo a Roth, que desde las distintas definiciones de Política Pública se derivan connaturalmente los momentos del enfoque de ciclo, por coincidir ante la presencia de la institucionalidad el problema público, los objetivos, el proceso para enfrentar el problema y para evaluarlo (Cuervo Restrepo, 2007, p. 78).

Como exalta Muller (2002), el carácter distintivo de la Política Pública radica en la construcción de las representaciones sociales de la acción pública y de las relaciones del Estado con la sociedad, lo que reitera que tanto el problema público como punto de partida del marco cíclico para la ejecución y análisis de una política en específico, como las demás etapas para su implementación y evaluación, obligan diferenciar a la política pública de la política estatal y gubernamental, en la medida que aquella es producto de una construcción transversalizada por el flujo decisional democrático, que imprime la impronta diferenciadora de una política que incide en un nuevo ejercicio de gobernabilidad.

En el contexto del marco o enfoque de ciclo, hemos enfatizado en que la etapa de formulación de una política pública tiene como requisito obligatorio la identificación de un problema como público, y su correspondiente ingreso en la agenda del actor que planea y ejecuta la política. Posterior a ello, la formulación se concentra en la elaboración de las condiciones para su posterior realización, como explica Cano Blandón (2008): “se fijan las bases técnico-jurídicas sobre las que se asientan los objetivos, instrumentos de intervención y modalidades operacionales de la acción pública, cuyos elementos deberán estar organizados lo más coherentemente posible a fin de obtener el impacto deseado” (p.158), lo que da lugar a la formulación, implementación y evaluación de la política pública en el enfoque de ciclo.

2.3 Teorías para el análisis de las Políticas Públicas

Siguiendo a Roth (2008, p. 79) inicialmente se identifican dos teorías de análisis de políticas públicas: la *Elección Racional* y del *Public Choice*. Sobre la primera sostiene, siguiendo a Balme y Brouard (2005, p.36) que debe emplearse el individualismo metodológico y la modelización como medio de análisis, siempre que esté bajo indagación un problema de tipo colectivo. Proponen además que la interpretación debe apoyarse en nociones claves como equilibrio, juego estratégico y bien colectivo.

En la elección racional la conducta de los actores se define por las pretensiones de mayor utilidad, toda vez que parte de asumir la racionalidad de los actores, quienes pueden organizar sus pretensiones, actuar de manera independiente y buscar la maximización de sus intereses. Hernández (1999) al igual que Roth (2008) circunscribe la elección racional al neoinstitucionalismo, (Shepsle & Bonchek, 1997) contemplado en tres especies: institucionalismo sociológico, institucionalismo histórico y neoinstitucionalismo. En el primero destaca el rol de los símbolos, las rutinas y los papeles que desempeñan las instituciones e influyen en el comportamiento de los actores; en el segundo exalta el rol de la historia en el

seguimiento de la labor gubernamental para determinar sus efectos en el presente, y en el tercero, reúne la existencia de un conjunto de preferencias transitorias en los actores, con el comportamiento que asumen de manera instrumental y estratégica.

Las decisiones asumidas por los actores son las más ventajosas o útiles para ellos, por lo que no se presentaran intensiones de cambiarlas, gracias a que se conserva un equilibrio. No obstante Hernández (1999) destaca que, si bien los actores intentan alcanzar sus objetivos, lo hacen dentro del conjunto de reglas que delimitan los objetivos de los actores, y sus anhelos por conseguirlos. Por ello las instituciones son las que adecúan el sentido de los problemas y las alternativas de su solución.

En el caso del *Public Choice* Hernández (1999) explica que esta teoría se centra en la conducta de los individuos, asumiendo que al igual que los actores económicos, los políticos despliegan un comportamiento racional por medio del cual dan satisfacción a sus intereses y maximizan sus utilidades. Dicha tendencia sostiene que la producción de una política pública se da a partir de la interacción entre los votantes, quienes pretenden la mayor cantidad de bienes y servicios al menor costo posible, y los administradores que, como actores políticos del sistema, buscan garantizar dichos bienes y servicios como fuente de ampliación y manutención del poder.

En este panorama Hernández devela la posibilidad de atentar contra el interés público y politizar la producción de políticas, algo compatible con la visión de Roth (2008, p. 80) que explica que en el *Public Choice* se analizan los arreglos institucionales en los que se deben dar los costos de transacción más bajos posibles, asegurando los mejores resultados desde la óptica del costo- beneficio.

Conclusiones

Determinar los componentes de formulación y diseño de una política pública para la planeación de la contratación estatal en la Gobernación del Departamento de Antioquia, replanteó la exigencia de una rigurosidad metodológica sustentada en la comprensión tanto de la realidad preexistente en la que los investigadores ubicamos el objeto de estudio delimitado para este proyecto, como de las formas a partir de las cuales la ciencia a través de sus teorías, ha logrado la construcción de explicaciones comprensibles de la integralidad de dicha realidad en la que se darán los actos de aprehensión y de posterior elaboración de conocimientos dirigidos a la planeación de la contratación.

Por ello se debe evitar cualquier forma de conocimiento carente de objetividad, lo que reitera las razones de proceder con el reconocimiento de la construcción conceptual de las políticas públicas como un paso imprescindible y preliminar del

cual no puede hacerse omisión, en la medida que como sujetos cognoscentes con pretensiones investigativas de la realidad institucional seleccionada como objeto de estudio, admitiríamos la comisión consiente de un error metodológico sustancial al pretender emprender un camino de aprehensión del proceso de planeación de la contratación estatal de la Gobernación del Departamento de Antioquia que será sometido a la formulación y diseño de los componentes iniciales de una política pública sin tener claridad, discernimiento y comprensión de la naturaleza, esencia y alcances de lo que esa figura traduce y define, más cuando la misma ya tiene un recorrido valioso en la experiencia de otros proyectos formulados de la mano por los sujetos investigadores, y sin duda ha generado parcializaciones.

En este orden de ideas que la construcción conceptual de las políticas públicas se traduzca en un primer acto de aprehensión metodológica de la realidad propuesta en la investigación, por medio de la cual se ha reconocido y constatado su naturaleza de categoría de investigación, y con ella, su potencia como figura conducente a la comprensión de las dinámicas y variables de la realidad sociojurídica delimitada. Como categoría de investigación es un derrotero que engloba el sentido de un conjunto de acciones humanas, fijando límites claros y concretos, y permite delimitar el alcance del objeto de estudio seleccionado. Además, facilita la proyección de los alcances de las propuestas que serán construidas en la investigación, y por su naturaleza de categoría predefinida, fortalece la comprensión y ubicación de los sujetos inmersos en la construcción de conocimiento al identificarse bases epistemológicas que las explican y reconstruyen.

En este sentido que las políticas públicas se postulen como un proceso social, principal y tradicionalmente gestionado por la institucionalidad pública, representada en la Administración del Estado, pero no excluyente de la capacidad de participación, proposición y realización de la sociedad civil como actora política cuya intervención no se limita a la identificación de un problema como público, sino de todas las etapas y momentos que concurren en el proceso hasta su evaluación. Las políticas públicas mantienen una tipología flexible tanto para su elaboración y puesta en marcha como para su análisis, pero ello concurre la obligatoriedad de la participación como requisito de validez y legitimidad de las políticas.

Referencias

- Aguilar, L. F. (1996). Estudio Introductorio. En H. D. Lasswell, et al. *El estudio de las Políticas Públicas (Introducción)*. México D.F.: Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Aguilar, L. F. (2004). Recepción y desarrollo de la disciplina de Política Pública en México. Un estudio introductorio. *Sociológica*, año 19, (54), enero-abril.

- Aguilar, L. F. (2005). Estudio Introductorio. En: G. Majone. *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas (Introducción)*. México: Colegio Nacional de Ciencia Política y Administración Pública; Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.
- Aguilar, L. F. (2007). El aporte de la Política Pública y la nueva gestión pública a la gobernanza. *XII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAP, sobre Reforma del Estado y Administración Pública*.
- Cano Blandón, L.F. (2008). La participación ciudadana en las políticas públicas. *Revista Estudios Políticos*, Medellín, (33), 147 – 177.
- Céspedes Villa, F. (2012). Control al control de la contratación pública. Bogotá: Auditoría General de la República. Recuperado de http://www.auditoria.gov.co/dmdocuments/2012140-FC_CCC.pdf
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-089 (1994).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-179 (2002).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T - 291 (2009).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T – 263 (2010).
- Cuervo Restrepo, J. I. (2007). *Las Políticas Públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las Políticas Públicas en función de su aplicación a la gestión pública en Colombia)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Del Castillo, G. & Méndez Hoyos, I. (2006). *Introducción a la teoría de las Políticas Públicas*. Guía de curso. FLACSO – México.
- Ejea Mendoza, G. (2006). *Teoría y Ciclo de las Políticas Públicas*. México.
- Hernández, G. (1999). El análisis de las Políticas Públicas: Una disciplina incipiente en Colombia. *Revista de Estudios Sociales, Universidad de los Andes, Bogotá*, (4), 80 – 91.
- Hernández Sampieri, R., Baptista Lucio, P., y Fernández Collado, C. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill.
- Howlett, M., & Ramesh, M. (1995). *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems*. Ontario: Oxford University Press.
- Kauffer, E. (2012). Las Políticas Públicas, algunos apuntes generales. En: *Memorias de la V Conferencia Latinoamericana y IV Conferencia Interamericana de promoción de la salud y educación para la salud*. México.
- Knoepfel, P., Laurrue, C. & Varone, F. (2003). Las Políticas Públicas. *Análisis y conducción de las Políticas Públicas*. México: Universidad de Monterrey. 25-37.

- Mejía Jiménez, J. (2012). Modelos de implementación de las políticas públicas en Colombia y su impacto en el bienestar social. *Analecta Política*. 2 (3). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Mény, Y. & Thoenig, J. C. (1992). *Las Políticas Públicas*. Barcelona: Ariel S.A.
- Mény, Y. & Thoenig, J. C. Las Políticas Públicas, versión española a cargo de Francisco Morata. Citado por Cuervo Restrepo, J. I. (2007). *Las Políticas Públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las Políticas Públicas en función de su aplicación a la gestión pública en Colombia)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Motta Perdomo, M. J. (2013) *Fraccionamiento del contrato estatal en Colombia como vulneración al principio de transparencia*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Muller, P. (2002). *Las Políticas Públicas*. Jolly, Jean François Jolly & Salazar Vargas, Carlos (trad.) Ed. 1 en español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo, J. I. (2007). *Las Políticas Públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las Políticas Públicas en función de su aplicación a la gestión pública en Colombia)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roth Deubel, A. N. (2008). Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas. *Revista Estudios Políticos*, Medellín (33), 67 – 91.
- Roth Deubel, A. N. (2004). *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Tamayo & Tamayo, M. (1999). *Módulo 2. La Investigación*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior – ICFES.



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: Fuerza sobre el caos
Técnica: óleo sobre lienzo
Año: 2004

Estudio del marco normativo de la fauna silvestre en Colombia¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a05

¹ Artículo de investigación, producto del proyecto *Estudio del marco normativo de la fauna silvestre en Colombia*, terminada en el mes de julio de 2016, desarrollada por el Grupo de Investigación en Fauna Silvestre – Desarrollo Sustentable, de la Universidad de la Amazonia.

Citación de este artículo con el sistema APA: Estrada-Cely, G. E., Gaviria Henao, A. & Pacheco Murcia, J. D. (2016). Estudio del marco normativo de la fauna silvestre en Colombia. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 107–139. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a05

Fecha de recepción: 01 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 14 de septiembre de 2016

Estudio del marco normativo de la fauna silvestre en Colombia

Gloria Elena Estrada-Cely²

Alejandro Gaviria Henao³

Juan David Pacheco Murcia⁴

Resumen

La problemática en torno al tráfico de fauna silvestre y sus implicaciones en departamentos de importancia ecosistémica como el Caquetá obliga una revisión de los lineamientos legales y de la dimensión de su impacto como insumo para el establecimiento de estrategias efectivas de control, aprovechamiento y conservación. La investigación *Estudio del marco normativo de la fauna silvestre en Colombia* empleó métodos analíticos y comparativos, partió de la revisión del marco legal nacional en materia de uso de animales silvestres desde su percepción como recurso natural y como seres sintientes, acompañado del análisis descriptivo de las cifras de decomisos, entregas voluntarias y rescates registradas por la autoridad ambiental de la zona –Corpoamazonía –, años 2014, 2015 y trimestres I y II de 2016. Las conclusiones aluden a fortalecer las estrategias de educación ambiental y paralelamente, reforzar los procesos punitivos en materia de acciones tipificadas como delito que involucren fauna silvestre, contemplando para cada caso tanto el delito sobre el recurso natural como el bienestar de los especímenes, junto con los correspondientes procesos de sanción y reparación; asimismo, el necesario incremento del apoyo gubernamental a los entes administrativos regionales mediante estrategias de fortalecimiento de la Policía Ambiental y el Servicio Militar Ambiental, además de la independencia administrativa para la entidad ambiental del departamento y el establecimiento de mecanismos efectivos para el estímulo y la creación de zoológicos de las especies sobre las que se desarrolla un mayor nivel de presión antrópica.

Palabras clave: tráfico, legislación, recurso natural, fauna silvestre y bienestar animal.

Study of the normative framework of the wildlife in Colombia

Abstract

The problems surrounding wildlife trafficking and their implications in departments of Ecosystemic importance such as Caquetá, requires a revision of the legal guidelines and the dimension of their impact as an input for the establishment of effective strategies for control,

2 Investigadora principal, Médica Veterinaria Zootecnista PhD. Docente de la Facultad de Ciencias Agropecuarias de la Universidad de la Amazonía, Grupo de Investigación en Fauna Silvestre. Correo electrónico: gestmvz@gmail.com

3 Coinvestigador, Abogado, Especialista en Derecho ambiental y desarrollo, profesional adscrito a la Secretaría de Gobierno-Inspección Ambiental. Alcaldía de Medellín. Correo electrónico: alejandrogaviria@gmail.com

4 Coinvestigador, Médico Veterinario Zootecnista, Especialista en Evaluación y formulación de proyectos, profesional adscrito a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía - Corpoamazonía. Correo electrónico: jpachecomurcia@gmail.com

exploitation and conservation. The research *Study of the normative framework of the fauna in Colombia*, used analytical and comparative methods, started from a revision of the national legal framework on the use of wild animals from their perception as natural resource and as sentient beings, together with the descriptive analysis of the figures of seizures, voluntary deliveries and rescues registered by the environmental authority of the zone –Corpoamazonia –, years 2014, 2015 and quarters I and II of 2016. The conclusions refer to the strengthening of environmental educational strategies and, in parallel, to reinforcing punitive processes in actions that are considered to be a crime involving wild fauna, considering in each case both the natural resource crime and the welfare of the specimens together with the corresponding sanctions and reparation processes; likewise, the necessary increase of government support to regional administrative entities, through strategies to strengthen the Environmental Police and Environmental Military Service, as well as administrative for the department's environmental entity and the establishment of effective mechanisms for stimulating and the creation of breeding centers of species on which a greater level of anthropic pressure is developed.

Key words: trafficking, legislation, natural resource, wild life and animal welfare.

Estudo do quadro normativo da fauna selvagem na Colômbia

Resumo

A problemática em torno do tráfico de fauna selvagem e as suas implicações em regiões de importância ecossistêmica como o estado de Caquetá, obriga a uma revisão das diretrizes legais e da dimensão do seu impacto como insumo para o estabelecimento de estratégias efetivas de controle, aproveitamento e conservação. A pesquisa *Estudo do quadro normativo da fauna selvagem na Colômbia*, utilizou métodos analíticos e comparativos, partiu da revisão do quadro legal nacional em matéria de uso de animais selvagens desde a sua percepção como recurso natural e como seres sencientes, acompanhado da análise descritiva das cifras de confiscação, entregas voluntárias e resgates registradas pela autoridade ambiental da zona -Corpoamazonia-, anos 2014, 2015 e trimestres I e II de 2016. As conclusões apontam a fortalecer as estratégias de educação ambiental e paralelamente, reforçar os procedimentos punitivos em matéria de ações contempladas como delitos que envolvam fauna selvagem, contemplando para cada caso tanto o delito sobre o recurso natural quanto o bem-estar dos espécimens, junto com os correspondentes procedimentos de sanção e reparação; do mesmo modo, o necessário aumento do apoio governamental aos órgãos administrativos regionais, por meio de estratégias de fortalecimento da Polícia Ambiental e do Serviço Militar Ambiental, além da independência administrativa para o órgão ambiental do estado e a implementação de mecanismos efetivos para o estímulo e a criação de zoológicos das espécies sobre as quais se exerce um maior nível de pressão antrópica.

Palavras-chave: tráfico, legislação, recurso natural, fauna selvagem e bem-estar animal.

Estudio del marco normativo de la fauna silvestre en Colombia

Introducción

En la actualidad el planeta enfrenta una de las más importantes crisis ambientales de su historia, producto, principalmente, de las múltiples interacciones de impacto del hombre con el entorno, que se acentúa con la presencia de cada vez más humanos sobre la tierra. La explosión demográfica fue favorecida, entre otras, por el desarrollo de una segunda naturaleza en la especie humana, a la que diversos autores coinciden en denominar “ética”, que no es otra cosa que el conjunto de acuerdos sociales o gremiales sobre lo correcto y lo incorrecto y que permitió un cierto dominio sobre los comportamientos instintuales propios de los animales, como el sacrificio de especímenes anómalos o con pocas probabilidades de adaptación, razón por la cual, según el informe sobre discapacidad y rehabilitación de la OMS (2016a), actualmente existen en el mundo más de mil millones de personas con alguna forma de discapacidad, casi 200 millones de estas con dificultades considerables en su funcionamiento, con una tendencia que indica su aumento en los próximos años.

Otra importante causa del acelerado crecimiento demográfico se debió a la revolución industrial del siglo XIX, promotora de significativos avances científicos y tecnológicos que permitieron enfrentar con éxito la lucha contra las enfermedades y mejorar las condiciones de vida de los seres humanos, de manera que su mortalidad y letalidad fue disminuida, y su esperanza media de vida aumentada, ante lo que se justifican reportes como el de la OMS (2016b), que indica el aumento de 5 años de la esperanza de vida entre los años 2010 a 2015, ubicándose en 71,4 años (73,8 años para las mujeres y 69,1 para los hombres).

El rápido incremento de la población generó la necesaria regulación de las diversas relaciones establecidas por el hombre, incluida la relación con la naturaleza, como una forma de validación y obligatoriedad de cumplimiento de los pactos éticos, dando surgimiento al sistema jurídico conformado por su conjunto de procesos, leyes, decretos, etc. Así como los preceptos éticos se desarrollaron para cada grupo social o gremio en particular, los legales siguieron el mismo camino y es, por tanto, que cada país o región del mundo cuenta con sus propios lineamientos éticos y legales, para la atención a cada tema en particular.

Entre las problemáticas ambientales, con implicación social, de mayor impacto en regiones de importancia ecosistémica como la Amazonía, se ubica el tráfico de

fauna silvestre, concebido como un delito que se origina de la combinación de la abundancia de especies en la zona y los bajos niveles educativos, pero altos de pobreza de sus pobladores, como ocurre en el departamento del Caquetá, en el que según el DANE (2016) para el año 2015, la pobreza alcanzó una incidencia de 41,3%, superando en 2.3% la alcanzada en 2014, ante lo que parece justificarse la necesidad de recurrir a cualquier mecanismos de ingreso económico, como la caza y venta ilegal de animales; el analfabetismo por su lado, se registró en el 12,9% para el área urbana y 19,0% para la rural (DANE, 2010); lo cual acentúa la presión ejercida sobre los animales y sus ambientes naturales, al considerar investigaciones como las desarrolladas por Keller (1974, 1978 y 1980)⁵, citadas por Páramo (1999), en las que se concluye que quienes presentan un menor nivel de educación se caracterizan por una relativa falta de apreciación, preocupación, afecto y conocimiento de los animales; mientras los más educados, tienen mayor interés proteccionista, vínculos afectivos e información de los animales y su ambiente natural, además de los limitantes obvios para la circulación de información científica.

Según Mancera y Reyes (2008), en Colombia, el aprovechamiento de la fauna silvestre se desarrolla por extracción directa de los especímenes de su medio natural; sin embargo, el país no cuenta con cifras o estadísticas confiables, previas o actuales, que permitan analizar con certeza, este aprovechamiento, debido en gran medida a que su explotación y comercio son ilegales y a que un volumen importante se destina para la subsistencia de comunidades humanas. Los mismos funcionarios de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) estiman que el total de decomisos puede encontrarse entre el 1 y el 10% de lo comercializado realmente, por lo que el problema de la cuantificación y el control eficiente del tráfico de fauna, se convierte en un problema más costoso y menos factible que el mantenimiento de estrategias de mercadeo legal (Baptiste *et al.*, 2002).

La problemática anteriormente planteada, genera una necesaria revisión de los lineamientos legales con relación a la fauna silvestre y la dimensión del impacto del tráfico en departamentos estratégicos como el Caquetá, de manera que permita identificar con claridad los lineamientos legislativos que configuran su uso legal e ilegal, desde la percepción de los animales silvestres en dos vías: como recursos naturales y como seres sintientes; de manera simultánea a la identificación de las especies más frecuentemente involucradas, como insumo para el establecimiento de estrategias efectivas de control, aprovechamiento y conservación que involucren de manera vinculante, lineamientos éticos y legales.

5 Keller, S. (1974). *From kinship to mastery: a study of American attitudes towards animal*; (1978) *Attitudes characteristics of hunters and anti-hunters; Public attitudes, knowledge and behaviors towards wildlife and natural habitats.*

Métodos y materiales

Para el desarrollo de la investigación fueron empleados los métodos analítico y comparativo, a partir de la revisión del marco legal nacional en materia de uso de animales silvestres desde su percepción como recurso natural y como seres sintientes; acompañado del análisis descriptivo de las cifras de decomiso registradas por la autoridad ambiental de la zona – Corpoamazonía durante los años 2014, 2015 y trimestres I y II de 2016.

Resultados y discusión

Estructura del referente legal en materia de fauna silvestre

Aunque resulta claro que no solo mediante la formulación e instauración de un marco normativo puede lograrse la transformación cultural, las normas suelen servir como garantía de protección de los acuerdos comunes, en correlación directa con la estrecha vinculación entre los deberes públicos y colectivos: los éticos y los jurídicos, según lo señala Valls (2015).

Resulta necesario indicar que, según el autor anteriormente citado, de manera general podría hablarse de tres tipos de deberes de los seres humanos: *los deberes éticos*, con sentido social, que regulan acciones y relaciones entre los individuos de un pueblo; *los deberes jurídicos*, relacionados directamente con la ley escrita, producto del afianzamiento de los acuerdos éticos preexistentes; y *los deberes morales*, instalados en una dimensión estrictamente personal e íntima de los individuos —la conciencia— en la que se combinan los deberes de efecto externo o social, los éticos y jurídicos, con las propias intenciones, propósitos y deseos, que podrían incluso ser contrarios.

En el marco de la relación hombre – fauna silvestre, tanto los lineamientos éticos como los legales, has transitado caminos zigzagueantes, definidos por múltiples cuestiones sociales, culturales y ambientales. Para este particular, entendido el concepto fauna según lo define el Diccionario de la Real Academia Española, como un conjunto de animales de un país, región o medio determinado, resulta sorprendente, a la luz de las posturas antropocéntricas utilitaristas que han caracterizado los desarrollos sociales del país, que su primer lineamiento normativo se remonte a la ley 5 de 1972 “Por la cual se provee a la fundación y funcionamiento de Juntas Defensoras de animales”, reglamentada por el decreto 497 de 1973, que define dichas Juntas como entidades de carácter educativo que propenderán, a través de los miembros de las mismas, a crear sentimientos de protección hacia los animales en general y evitar los malos tratos a que puedan ser sometidos.

Según Jaramillo y Urrea (2011), el surgimiento de la ley estuvo promovido, por lo menos, por tres componentes, cuestiones o fuerzas; el primero, la religión, basado en el respeto que se debía a los animales según los patriarcas de la Iglesia Católica, de los pasajes encontrados en la biblia y de la historia de Noé con los animales, queriendo obtener el respeto hacia ellos, con reconocimiento como seres de la creación; el segundo, la utilidad, en razón a la necesidad de cuidar todo aquello que representara un beneficio para el hombre; y tercero, el juicio social, en consideración a la premisa de imagen de desarrollo y civilización relacionada directamente con el trato a los animales, desde la cual, organizaciones como ADA (Asociación Defensoras de Animales y el Ambiente creada desde 1964) presionaron al Congreso de la República, a través de denuncias públicas, con las que se pretendía expandir las asociaciones protectoras de animales en todo el territorio, de manera similar a lo logrado en Estados Unidos e Inglaterra.

A pesar de este primer y muy importante avance, los desarrollos normativos relacionados de manera específica con la fauna silvestre, han sido guiados principalmente por las posturas antropocéntricas utilitaristas de dominancia, desde donde se ha realizado el abordaje de la temática, desde la concepción de fauna silvestre como recurso natural. El análisis del término supone el entendimiento de la fauna silvestre como un medio, en este caso de tipo natural, que sirve para conseguir pretensiones de beneficio humano.

Los primeros avances en materia normativa de los recursos naturales en Colombia, fueron desarrollados por la ley 23 de 1973 “Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente y se dictan otras disposiciones”, a partir de la cual se crea el decreto ley 2811 del 18 de diciembre de 1974 “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, desde el que se conciben los recursos naturales como patrimonio común, por lo que el Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo. Se inicia desde este referente la concepción de recurso natural y ambiente como un bien jurídico que debe ser protegido por el derecho penal, concebido como la rama del Derecho Público que regula la potestad punitiva del Estado, es decir, su capacidad para sancionar, por lo que la norma presenta, para cada uno de sus componentes, capítulos en los que se establecen sanciones en caso de uso ilegal o inadecuado.

De manera específica para fauna silvestre, en su artículo 8 numeral G, se considera como un factor de deterioro del ambiente, la extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales o vegetales o de recursos genéticos. El título I de la norma, contempla de manera general lo relacionado con fauna silvestre

y caza, teniendo por objeto asegurar la conservación, fomento y aprovechamiento racional de la fauna silvestre, como fundamento indispensable para su utilización continuada, e indicando que la fauna silvestre que se encuentra en el territorio nacional pertenece a la Nación, salvo las especies de los zocriaderos y cotos de caza de propiedad particular. En su artículo 249, establece la definición del concepto de fauna silvestre, como un conjunto de animales que no han sido objeto de domesticación, mejoramiento genético o cría y levante regular o que han regresado a su estado salvaje, excluidos los peces y todas las demás especies que tienen su ciclo total de vida dentro del medio acuático; en los artículos 250, 251 y 252, contempla lo relacionado con caza y aprovechamiento de este tipo de recurso, y puntualmente lo relacionado a zocriaderos en su artículo 254. En el capítulo III de este mismo título, determina las facultades y responsabilidades de administración pública sobre este tipo de recurso y en el IV, las prohibiciones.

Los peces y todas las demás especies que tienen su ciclo total de vida dentro del medio acuático, excluidos de la descripción de fauna silvestre, son contemplados por el Acuerdo como Recursos hidrobiológicos, de los que trata la parte X de los recursos hidrobiológicos, título I, de la fauna y flora acuáticas y de la pesca.

En la parte IV, artículo 289, establece el ejercicio de un estricto control sobre la importación, introducción, producción, transformación, transporte, almacenamiento, comercialización, distribución y utilización de las especies animales y vegetales y de sus productos y derivados para proteger la fauna y la flora nacionales, como mecanismos para garantizar la sanidad agropecuaria, indicando en sus artículos del 290 al 301, lo referente al control que deberá ser ejercido por el Gobierno Nacional; y en su artículo 336, las prohibiciones específicas.

Como segundo postulado legal histórico, a nivel nacional, el decreto ley 2811 de 1974, introdujo el concepto de animal, desde su referente de uso por parte del hombre, o por beneficio a este, en consideración de los mismos como un recurso natural. El decreto estableció una primera y muy general clasificación de los animales en domésticos, silvestres y recursos hidrobiológicos; y a pesar de no considerar su individualidad o requerimientos particulares como seres independientes de la vida humana, realiza una alusión a los mismos, en la medida en que considera su salud, la necesidad de acceso a agua, a la perpetuación de su vida en términos de especie y el desarrollo normal de su vida, además de realizar alusión específica a la consideración de satisfacción de las necesidades elementales de los animales domésticos. La ley establece un principio de responsabilidad mayor en la medida en que define tácitamente los recursos naturales como un bien jurídico, protegidos por el derecho penal.

En 1976, con el decreto 133 “Por el cual se reestructura el Sector Agropecuario”, se otorgaron al Ministerio de Agricultura nuevas funciones en materia ambiental, y estableció el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente –INDERENA–, creado desde 1968, como un establecimiento público adscrito a este Ministerio, que contaba, entre otras, con la función de declarar, reservar y administrar las áreas que se consideraran necesarias para la adecuada protección de los recursos naturales renovables, y asesorar al Gobierno en la formulación de la Política Nacional en materia de protección ambiental y de los recursos naturales renovables puestos a su cuidado y que sería en el futuro la base para la creación del Ministerio de Ambiente.

Cuatro años después de la promulgación del decreto ley 2811 de 1974 fue publicado el decreto 1608 del 31 de julio de 1978 “Por el cual se reglamenta el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y la Ley 23 de 1973 en materia de fauna silvestre”. El decreto desarrolla el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente en materia de fauna silvestre y reglamenta por tanto las actividades que se relacionan con este recurso y con sus productos; sin embargo, esta norma concibe al animal como un medio elemental para el desarrollo de fines completamente antrópicos, por lo que no se realiza en él, ningún tipo de alusión a los animales como seres con capacidad para sentir dolor, angustia o cualquier otro tipo de emoción o sensación.

Con la ley 17 del 22 de enero de 1981 “Por la cual se aprueba la “Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres”, suscrita en Washington D.C. el 3 de marzo de 1973”, se presentó de manera introductoria, una definición de términos relacionados, desde donde resulta importante destacar la definición general del término *espécimen* como todo animal o planta vivo, muerto o cualquiera de sus partes o derivados fácilmente identificables.

De manera general, la norma clasifica las especies según riesgos de extinción, dentro de tres apéndices, la I, la II y la III, reglamentando para cada una las condiciones de uso y aprovechamiento, en correspondencia con el acuerdo internacional obtenido con la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres –CITES–, de la que han hecho parte más de 180 países alrededor del mundo, que tiene por finalidad velar porque el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para su supervivencia.

En 1985, el Acuerdo 039 “Por el cual se establece el listado de vertebrados pertenecientes a especies de fauna silvestre que pueden ser objeto de caza, con fines de fomento de zoológicos” del Instituto Nacional de los Recursos Naturales

Renovables y del Ambiente –INDERENA -, se estableció la lista de vertebrados y el número máximo de cada uno de ellos que podían ser objeto de actividades de caza de fomento para el establecimiento de criaderos comerciales, regulado por la Resolución 017 de 1987 del INDERENA, que fijó el número máximo de ejemplares que podrán conformar la población parental proveniente del medio natural, para cada zocriadero; y en 1989, la Resolución 042 “Por la cual se autoriza la exportación de individuos, especímenes o productos de la Fauna Silvestre Nativa provenientes de zocriaderos legalmente establecidos en Colombia”, de la Presidencia de la República, sin que hasta este momento existiera normatividad clara sobre este tipo de práctica de aprovechamiento de la fauna silvestre, además de los lineamientos generales establecidos en el decreto ley 2811 de 1974 y el decreto 1608 de 1978.

También en 1989, el Congreso de la República promulgó la ley 84 “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”, que en su artículo primero dicta que a partir de esta, los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre y en su párrafo, la definición de la expresión “animal” como el conjunto de los silvestres, bravíos o salvajes y los domésticos o domesticados, cualquiera sea el medio físico en que se encuentren o vivan, en libertad o en cautividad. De manera específica, el numeral D del artículo 2, en el que se estableció el objeto de la ley, estipuló el desarrollo de medidas efectivas para la preservación de la fauna silvestre.

La ley estableció, además, en su título VIII, las condiciones particulares para la caza y la pesca, iniciando su articulado con la definición de animales silvestres, bravíos o salvajes, como aquellos que viven libres e independientes del hombre. La norma textualmente vincula el Decreto 1608 de 1978; además de contemplar como delito, en su artículo 12, la aplicación directa o por terceros, de sustancias químicas de uso industrial o agrícola, cualquiera sea su estado, combustible o no, en área declarada parque nacional, reserva natural, área natural única, santuarios de fauna o flora, que causen la muerte o afecten la salud o hábitat permanente o transitorio de animales silvestres, bravíos o salvajes, con penas de arresto de uno (1) a seis (6) meses y multas de cincuenta mil (\$ 50.000.00) a quinientos mil pesos (\$ 500.000.00).

La ley 84 de 1989 resulta particularmente valiosa en la medida en que logra desarraigar el desarrollo normativo de la tendencia utilitaria, y aunque mantiene la condición de fauna silvestre como un recurso natural, susceptible de ser aprovechado por el hombre, se incluyen referentes de valoración específica de su importancia

ecosistémica, función ecológica y nociones generales de protección contra el sufrimiento y el dolor.

Posteriormente, la Constitución Política de Colombia de 1991, en correspondencia con el decreto ley 2811 de 1974, y sus derivados, aborda el tema de la fauna silvestre, desde su condición de recurso natural, elevando a norma constitucional la consideración, manejo y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente, sin mención alguna de los adelantos obtenidos por la ley 5 de 1972 y la ley 84 de 1989, pues en la misma no se inscribe ningún tipo de alusión directa a los animales como seres independientes de la vida humana.

Con la promulgación de la ley 99 del 22 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”, se crean y desarrollan las instancias y organismos que garantizarán la organización y ejecución de la política ambiental colombiana en lo que se reconoce como Sistema Nacional Ambiental – SINA – que presentan la siguiente jerarquía: Ministerio del Medio Ambiente, Corporaciones Autónomas Regionales, Departamentos y Distritos o Municipios. La Ley establece que el Ministerio del Medio Ambiente ejercerá en adelante las funciones que, en materia de protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, venían desempeñando el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, INDERENA, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Minas y Energía y el Departamento Nacional de Planeación.

A nivel regional, las Corporaciones fueron definidas según el artículo 23 de la ley, como entes corporativos de carácter público, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

Para los departamentos de Amazonas, Putumayo y Caquetá, se creó la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia –CORPOAMAZONIA–, que además de las funciones propias de las Corporaciones Autónomas Regionales tiene como encargo principal promover el conocimiento de los recursos naturales renovables y del medio ambiente del área de su jurisdicción y su utilización, fomentar el uso de tecnología apropiada y dictar disposiciones para el manejo

adecuado del ecosistema Amazónico de su jurisdicción y el aprovechamiento sostenible y racional de sus recursos naturales renovables y del medio ambiente, así como asesorar a los municipios en el proceso de planificación ambiental y reglamentación de los usos del suelo y en la expedición de la normatividad necesaria para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural de las entidades territoriales de su jurisdicción.

Desde lo anterior, resulta cuestionable la creación de una sola Corporación para atender las problemáticas ambientales de tres departamentos que suman aproximadamente 223.500 km² (19.5% del territorio nacional), además su sede principal está en Mocoa – Putumayo, que corresponde al más pequeño de los tres departamentos; mientras se crearon también otras corporaciones como la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó, CODECHOCO, para el departamento del Chocó con aproximadamente 46.500 km² (4.04% del territorio nacional). La cuestión supone, además de las dificultades para la distribución de recursos y atención prioritaria a las necesidades de cada departamento en su particularidad, limitantes de tipo administrativo, principalmente para las Seccionales Caquetá y Amazonas.

El Código Penal colombiano, establecido en la ley 599 de 2000, cuenta con el **título XI de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente**, capítulo único, de los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, desde donde se establece como delitos el aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables, la violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales, el manejo y uso ilícito de organismos, microorganismos y elementos genéticamente modificados; el manejo ilícito de especies exóticas, daños en los recursos naturales, la contaminación del ambiente, la experimentación ilegal con especies, agentes biológicos o bioquímicos, actividad ilícita de pesca, la caza ilegal, la invasión de áreas de especial importancia ecológica, entre otros; identificando para cada delito la pena en salarios mínimos y días de prisión.

Específicamente para el delito de ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contemplado en el artículo 328, se establece que quien en incumplimiento de la normatividad existente se apropie, introduzca, explote, transporte, mantenga, trafique, comercie, explore, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticas de la biodiversidad colombiana, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multas hasta de diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los gremios o profesiones directamente vinculados con el manejo y aprovechamiento de los animales, como el de la Medicina Veterinaria, la Medicina

Veterinaria y Zootecnia y la Zootecnia, promovieron leyes relevantes como la 576 del 15 de febrero de 2000 “Por la cual se expide el Código de Ética para el ejercicio profesional de la Medicina Veterinaria, la Medicina Veterinaria y Zootecnia y la Zootecnia”, que contempla además de la obligatoriedad, el cumplimiento de la ley 84 de 1989 y demás disposiciones aplicables sobre protección de animales, el capítulo VI dedicado exclusivamente a responsabilidad de los profesionales de las ciencias animales en la protección de los recursos naturales, la biodiversidad y la bioética.

En este capítulo se desarrolla una de las más notorias e importantes combinaciones de los deberes humanos identificados por Valls (2015) (los éticos, los jurídicos y los morales) para el tema de la fauna silvestre, cuando dicta en su artículo 50 que es obligación moral y ética del Médico Veterinario, del Médico Veterinario y Zootecnista y del Zootecnista, en su ejercicio profesional, promover y actuar prioritariamente en función del manejo racional de los factores ambientales, la aplicación estricta de su legislación, la defensa de poblaciones de animales silvestres y la conservación de los ecosistemas animales.

Continuando con los desarrollos realizados por el decreto ley 2811 de 1974, el decreto 1608 de 1978, el Acuerdo 039 de 1985, la Resolución 017 de 1987 y la Resolución 042; en el año 2000, se promulgó la ley 611 “Por la cual se dictan normas para el manejo sostenible de especies de Fauna Silvestre y Acuática”, que se complementa con la Resolución 1317 del 2000 “Por la cual se establecen unos criterios para el otorgamiento de la licencia de caza con fines de fomento y para el establecimiento de zocriaderos y se adoptan otras determinaciones” del Ministerio del Medio Ambiente.

A pesar de esta importante posibilidad de aprovechamiento sostenible de fauna silvestre, que se conjuga favorablemente con la diversidad y abundancia de especies en diversas zonas del país, en el departamento del Caquetá, no existe a la fecha, ningún zocriadero legalmente establecido. La situación del departamento refleja la situación nacional, pues según Mancera y Reyes (2008), los resultados de la gestión estatal en la implementación de la zocria resultan aún muy limitados, como puede observarse del reconocimiento del bajo número de especies que actualmente son objeto de este tipo de aprovechamientos, combinado con la notoria reducción de las poblaciones silvestres de las especies actualmente trabajadas, desde donde resulta posible suponer la continuación de su explotación ilegal mediante técnicas extractivistas. Además de los vacíos legales persistentes, para el aprovechamiento de una gran diversidad de especies promisorias como las aves (Muñoz, 2011).

Con la Resolución 438 de 2001, se establece el salvoconducto único para la movilización de especímenes de la diversidad biológica, desde donde se ratifica el concepto de espécimen, identificado ya en la ley 17 de 197, como todo organismo

de la diversidad biológica, vivo, muerto o cualquiera de sus productos, partes o derivados identificables, y se excluye de este requerimiento, los especímenes que se encuentran amparados por un permiso de estudio de investigación científica. El año siguiente, el Ministerio del Medio Ambiente, promulgó la Resolución 584 de 2002 “Por la cual se declaran las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional y se adoptan otras disposiciones”, a partir de una adaptación de los riesgos de conservación establecidos por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-.

En materia de investigación con recursos de la diversidad biológica, dentro de los que se incluye la fauna silvestre, el decreto 309 de 2002 reglamentó de manera específica la investigación científica sobre diversidad biológica; y en 2004, mediante la Resolución 1172 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, se estableció el Sistema Nacional de Identificación y Registro de los Especímenes de Fauna Silvestre en condiciones *ex situ*. Tres años más tarde, el mismo ministerio modificó y ajustó lo relacionado con especies silvestres amenazadas en el territorio nacional, contempladas en la Resolución 584 de 2002, por medio de la Resolución 572 de 2005.

En 2009, la ley 1333 “Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones”, define, entre otros, los términos de la infracción ambiental, y aspectos de decomiso y aprehensión preventivos de los especímenes de fauna, flora, recursos hidrobiológicos y demás especies silvestres exóticos y el de productos, elementos, medios, equipos, vehículos, materias primas o implementos utilizados para cometer la infracción ambiental o producido como resultado de la misma, además de la definición de procesos sancionatorios, además de las generalidades de los procesos postdecomiso, norma que fue complementada por la Resolución 2064 de 2010 “Por la cual se reglamentan las medidas posteriores a la aprehensión preventiva, restitución o decomiso de especímenes de especies silvestres de Fauna y Flora Terrestre y Acuática y se dictan otras disposiciones” del Ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial, desde la cual se reglamentan las condiciones generales y las medidas posteriores a la aprehensión, restitución o decomiso de especímenes de fauna y flora silvestre, que corresponden a las alternativas de disposición provisional o final; y el portal de información sobre fauna silvestre – PIFS-.

Para el departamento del Caquetá, Putumayo y Amazonas, mediante Resolución 1065 del 27 de octubre de 2011, se constituyó la red de amigos de la fauna en Jurisdicción de Corpoamazonía, contando el departamento del Caquetá con un solo miembro inscrito a la fecha, la Universidad de la Amazonía, según oficio del

25 de junio de 2014, luego de un proceso de más de 10 meses de remisión de la información solicitada.

Con relación a la remisión de especímenes postdecomiso, Corpoamazonía no cuenta en el departamento del Caquetá con un Centro de Atención y Valoración –CAV–, Centro de Atención, Valoración y Rehabilitación –CAVR– u Hogar de Paso, por lo que debe apoyarse en las instalaciones y experiencia de más de 10 años del equipo de trabajo de la Unidad de Apoyo Hogar de Paso para Fauna Silvestre, de la Facultad de Ciencias Agropecuarias de la Universidad de la Amazonía, desde donde se presta el servicio de recepción, valoración y manejo clínico y etológico de animales de la fauna silvestre producto del decomiso, entrega voluntaria o rescate, como mecanismo de respuesta a la responsabilidad ambiental, pero sin que exista Convenio interadministrativo o regulación de algún tipo que establezca u obligue a dicha función.

La existencia de un solo centro especializado para el manejo de Fauna Silvestre de Corpoamazonía, ubicado en el departamento del Putumayo, evidencia las limitantes señaladas anteriormente con relación a la inadecuada asignación de jurisdicciones para las Corporaciones Autónomas Regionales, en el caso particular de Corpoamazonía, según lo establecido en la ley 99 del 22 de 1993.

También en 2010, la Resolución 572 de 2005 fue actualizada a través de la Resolución 383 “Por la cual se declaran las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional y se toman otras determinaciones”, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que es corregida para la especie *Saguinus oedipus* (Tití Cabeciblanco) ubicándola “En peligro crítico” (CR) y para *Pseudoplatystoma fasciatum* (Bagre Surubí o rayado) “En peligro” (EN), exceptuando la cuenca del Magdalena donde la categoría regional de amenaza corresponde a “En peligro Crítico” (CR), por medio de la Resolución 2210 de 2010.

En 2011, el artículo 328 del Código Penal colombiano, ley 599 de 2000, fue modificado por el artículo 29 de la ley 1453 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”, aumentado la pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses (es decir, entre 4 y 9 años) y multas hasta de treinta y cinco mil (35.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para quien en incumplimiento de la normatividad existente se apropie, introduzca, explote, transporte, mantenga, trafique, comercie, explore, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticas de la biodiversidad colombiana. Además, consagró un aumento de la pena de una tercera parte a la mitad, cuando las especies

estén categorizadas como amenazadas, en riesgo de extinción o de carácter migratorio, raras o endémicas del territorio colombiano.

Continuando con los lineamientos establecidos por el decreto 309 de 2002, la Resolución 1376 de 2013 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, reglamentó el permiso de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial, y la Resolución 1375 de 2013, las colecciones biológicas. Un año más tarde, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, actualizó la Resolución 584 de 2002, mediante la Resolución 192 de 2014 “Por la cual se establece el listado de las especies silvestres amenazadas de la diversidad biológica colombiana que se encuentran en el territorio nacional, y se dictan otras disposiciones”, derogando las Resoluciones 584 de 2002, 572 de 2005, 383 de 2010 y 2210 de 2010 de este Ministerio.

Para finalizar esta revisión legal, la ley 1774 de 2016 “Por medio de la cual se modifica el código civil, la Ley 4 de 1989, el código penal, el código de procedimiento y se dictan otras disposiciones”, reconoce a los animales como seres capaces de sentir y ya no como cosas por lo que tipifica como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial.

La ley adiciona el artículo 339^a, al Código Penal colombiano (ley 599 de 2000), en el que se establece que quien por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Además de modificar el artículo 46 de la ley 84 de 1989, que queda así: corresponde a los alcaldes, a los inspectores de policía que hagan sus veces, y en el Distrito Capital de Bogotá a los inspectores de policía, conocer de las contravenciones de que trata la presente ley. Para el cumplimiento de los fines del Estado y el objeto de la presente ley, las alcaldías e inspecciones contarán con la colaboración armónica de las siguientes entidades, quienes además pondrán a disposición los medios y/o recursos que sean necesarios en los términos previstos en la Constitución Política, la ley 99 de 1993 y en la ley 1333 del 2009: el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a los que se refiere el artículo 66 de la ley 99 de 1993, los establecimientos públicos

de que trata el artículo 13 de la ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Esta última reforma supone agravantes a las sanciones que deberán ser interpuestas en materia de decomiso de fauna silvestre, desde donde además de las implicaciones ambientales y sus valores calculados, deberán sumarse las implicaciones del efecto sobre el bienestar de los especímenes involucrados, para lo cual deberán valerse de las herramientas ofrecidas actualmente por la medicina veterinaria forense, pues como lo indica Merck (2010) “el cuerpo del animal contiene la historia oculta. La víctima que nunca podrá hablar puede suministrar el testimonio más elocuente (...) y el grueso de las pruebas”.

En general podría indicarse que, en materia de fauna silvestre, la normativa nacional ha transitado dos vías fundamentales, la de su concepción y protección como animal independiente del hombre, con un mayor vínculo a la esfera de lo moral y lo ético; y la de su consideración como recurso natural de beneficio para hombre de manera directa o indirecta, más fuertemente estructurada (Tabla 1).

Tabla 1. Cuadro resumen de la tendencia del referente normativo nacional en materia de Fauna Silvestre

LINEAMIENTO NORMATIVO	ENTIDAD EMISORA	TENDENCIA
Ley 5 de 1972 “ <i>Por la cual se provee a la fundación y funcionamiento de Juntas Defensoras de animales</i> ”	Congreso de la República	Protección animal
Decreto 497 de 1973 “ <i>Por el cual se reglamenta la ley 5a. de 1972</i> ”	Presidencia de la República	Protección animal
Ley 23 de 1973 “ <i>Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente y se dictan otras disposiciones</i> ”	Congreso de la República	Protección de los recursos naturales
Decreto Ley 2811 de 1974 “ <i>Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente</i> ”	Presidencia de la República	Protección de los recursos naturales
Decreto 133 de 1976 “ <i>Por el cual se reestructura el Sector Agropecuario</i> ”	Presidencia de la República	Protección de los recursos naturales
Decreto 1608 de 1978 “ <i>Por el cual se reglamenta el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y la Ley 23 de 1973 en materia de fauna silvestre</i> ”	Presidencia de la República	Protección de los recursos naturales

LINEAMIENTO NORMATIVO	ENTIDAD EMISORA	TENDENCIA
Ley 17 del 22 de enero de 1981 <i>“Por la cual se aprueba la “Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres”, suscrita en Washington, D.C. el 3 de marzo de 1973”</i>	Congreso de la República,	Protección de los recursos naturales
Acuerdo 039 de 1985 <i>“Por el cual se establece el listado de vertebrados pertenecientes a especies de fauna silvestre que pueden ser objeto de caza, con fines de fomento de zocriaderos”</i>	Instituto nacional de los recursos naturales renovables y del ambiente – INDERENA	Protección de los recursos naturales
Resolución 017 de 1987 <i>“Por la cual se regula el Acuerdo 039 de 1985”</i>	Instituto nacional de los recursos naturales renovables y del ambiente – INDERENA	Protección de los recursos naturales
Resolución 042 de 1989 <i>“Por la cual se autoriza la exportación de individuos, especímenes o productos de la Fauna Silvestre Nativa provenientes de zocriaderos legalmente establecidos en Colombia”</i>	Presidencia de la República	Protección de los recursos naturales
Ley 84 de 1989 <i>“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”</i>	Congreso de la república	Protección animal y de los recursos naturales
La Constitución Política de Colombia de 1991	Asamblea Nacional Constituyente	Protección de los recursos naturales
Ley 99 de 1993 <i>“Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”</i>	Congreso de la república	Protección de los recursos naturales
Ley 599 de 2000 <i>“Por la cual se expide el Código Penal”</i>	Congreso de la República	Protección de los recursos naturales

LINEAMIENTO NORMATIVO	ENTIDAD EMISORA	TENDENCIA
Ley 576 de 2000 “ <i>Por la cual se expide el Código de Ética para el ejercicio profesional de la Medicina Veterinaria, la Medicina Veterinaria y Zootecnia y la Zootecnia</i> ”	Congreso de la República	Protección animal y de los recursos naturales
Ley 611 de 2000 “ <i>Por la cual se dictan normas para el manejo sostenible de especies de Fauna Silvestre y Acuática</i> ”	Congreso de la República	Protección de los recursos naturales
Resolución 1317 del 2000 “ <i>Por la cual se establecen unos criterios para el otorgamiento de la licencia de caza con fines de fomento y para el establecimiento de zoocriaderos y se adoptan otras determinaciones</i> ”	Ministerio del Medio Ambiente.	Protección de los recursos naturales
Resolución 438 de 2001 “ <i>Por el cual se establece el Salvoconducto Único Nacional para la movilización de especímenes de la diversidad biológica</i> ”	Ministerio del Medio Ambiente	Protección de los recursos naturales
Resolución 584 de 2002 “ <i>Por la cual se declaran las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional y se adoptan otras disposiciones</i> ”	Ministerio del Medio Ambiente	Protección de los recursos naturales
Decreto 309 de 2002 “ <i>Por el cual se reglamenta la investigación científica sobre diversidad biológica</i> ”	Presidencia de la República,	Protección de los recursos naturales
Resolución 1172 de 2004 “ <i>Por la cual se establece el Sistema Nacional de Identificación y Registro de los Especímenes de Fauna Silvestre en condiciones Ex Situ</i> ”	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,	Protección de los recursos naturales
Resolución 572 de 2005 “ <i>Por la cual se modifica la Resolución número 0584 del 26 de junio de 2002 y se adoptan otras determinaciones</i> ”	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial	Protección de los recursos naturales
La ley 1333 de 2009 “ <i>Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones</i> ”	Congreso de la República	Protección de los recursos naturales
Resolución 2064 de 2010 “ <i>Por la cual se reglamentan las medidas posteriores a la aprehensión preventiva, restitución o decomiso de especímenes de especies silvestres de Fauna y Flora Terrestre y Acuática y se dictan otras disposiciones</i> ”	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial	Protección de los recursos naturales

LINEAMIENTO NORMATIVO	ENTIDAD EMISORA	TENDENCIA
Resolución 1065 del 27 de octubre de 2011 , “ <i>Por la cual se constituye la red de amigos de la fauna en Jurisdicción de Corpoamazonía</i> ”	Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia – Corpoamazonía	Protección de los recursos naturales
Resolución 383 de 2010 “ <i>Por la cual se declaran las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional y se toman otras determinaciones</i> ”	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,	Protección de los recursos naturales
Resolución 2210 de 2010 “ <i>Por la cual se corrige la Resolución 383 de 2010, que declara las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional y se toman otras determinaciones</i> ”	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,	Protección de los recursos naturales
Ley 1453 de 2011 “ <i>Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad</i> ”	Congreso de la República	Protección de los recursos naturales
Resolución 1376 de 2013 “ <i>Por el cual se reglamenta el permiso de recolección de especímenes de especies silvestre de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial</i> ”	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	Protección de los recursos naturales
Resolución 1375 de 2013 “ <i>Por el cual se reglamentan las colecciones biológicas</i> ”	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	Protección de los recursos naturales
Resolución 192 de 2014 “ <i>Por la cual se establece el listado de las especies silvestres amenazadas de la diversidad biológica colombiana que se encuentran en el territorio nacional, y se dictan otras disposiciones</i> ”	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	Protección de los recursos naturales
Ley 1774 de 2016 “ <i>Por medio de la cual se modifica el código civil, la Ley 4 de 1989, el código penal, el código de procedimiento y se dictan otras disposiciones</i> ”	Congreso de la República	Protección animal

El amplio y bien estructurado referente legal, no evidencia su efecto sobre la conservación de la fauna silvestre y la erradicación de su tráfico, pues como lo señalan Mancera y Reyes (2008), la elevada presión por actividades extractivas de fauna silvestre por el comercio ilegal, ha generado ya desequilibrios en las

poblaciones naturales, con consecuencia sobre la dinámica de los ecosistemas. La ubicación del tráfico de fauna silvestre como una ilegalidad superada únicamente por el comercio de drogas psicotrópicas y el mercado de armas, con particular significancia en el Neotrópico (Ramírez, 1986), presenta con claridad la magnitud de la problemática, que debe analizarse a la luz de los señalado por Hernández y Linares (2006), cuando advierten que la importancia de combatir el tráfico de vida silvestre radica en que a diferencia del tráfico de drogas ilícitas y armas, los efectos a largo plazo de este tipo de actividad son irreversibles y su impacto incalculable en términos de pérdidas de diversidad biológica.

La limitada disponibilidad de recursos y personal para la atención a esta problemática en particular, en departamentos como el Caquetá, en los que además confluyen problemáticas como el tráfico de drogas y el crimen organizado, limitan el efecto de control que los entes gubernamentales puedan realizar sobre el mismo; sin embargo, para el actual contexto de acuerdos de paz con la guerrilla de las FARC, resulta posible contemplar la posibilidad de transformación de esfuerzos de la fuerza pública hacia la conservación del ambiente, con estrategias como la del servicio militar ambiental, propuesta ya desde 1999 por autores como Páramo, *et al*, además de procurar fortalecer los actuales cuerpos especializados como la Policía Ambiental; de la mano del accionar efectivo de los entes judiciales, que además de hacer cumplir la ley en materia de conservación de los recursos naturales, vinculen efectivamente la ley 1774 de 2016, en los procesos de judicialización de responsables del tráfico de especímenes vivos de fauna silvestre, con lo que se lograría una mayor fuerza y peso de las penas.

La experiencia parece indicar que para efectos de protección de la fauna silvestre, aunque normativamente bien estructurada, los procesos punitivos se constituyen en mecanismos efectivos de aprendizaje de la población, retomando para esto, aspectos propios de nuestra biología, como el hecho de que como primates aprendemos también mediante estrategias como el condicionamiento operante (aprender por recompensa o castigo), que se intensifica además en zonas de alto impacto como el departamento del Caquetá, del que se han indicado ya sus niveles de pobreza y alfabetización, que limitan y retardan los procesos de transformación cultural, soportados en la educación, sin desconocer los mismos como herramienta de reforzamiento. Es decir, resulta urgente la imposición de sanciones proporcionales a la gravedad del delito, de la mano de estrategias efectivas de concientización, pues como lo indican Hernández y Linares (2006), desde su perspectiva como miembros de la Policía Nacional, “se hace evidente que no basta con perseguir a los delincuentes e intensificar las operaciones y decomisos, sino que además

es necesario procesar a los criminales de manera ejemplarizante para que no permanezcan en la impunidad” (p. 348).

Para esto resulta necesario que tanto los entes ambientales como judiciales del departamento, asuman su responsabilidad de protección de la fauna silvestre como un bien jurídico, actuando e imponiendo en correspondencia las sanciones para las acciones tipificadas como delito que para efectos de la dosimetría legal⁶ supondrían la vinculación del artículo 328 del Código Penal (reformado por el artículo 29 de la ley 153 de 2011) que indica que quien en incumplimiento de la normatividad existente introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fânicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses (es decir de 4 a 9 años) y multas hasta de treinta y cinco mil (35.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; que podrá ser aumentada en una tercera parte a la mitad, cuando las especies estén categorizadas como amenazadas, en riesgo de extinción o de carácter migratorio, raras o endémicas del territorio colombiano. Pero además también lo descrito en el artículo 339^a, (incluido por el artículo 5 de la ley 1774 de 2016), en el que se establece que quien por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Situación de la Fauna Silvestre en el Departamento del Caquetá.

Según datos de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía –Corpoamazonía–, de los años 2014, 2015 y los dos primeros trimestres de 2016, se han realizado en el departamento del Caquetá un total de 735 registros de decomiso, rescate o entregada voluntaria, con un total de 204 durante el año 2014; 345 durante el 2015 y 186 en lo corrido de 2016, que suman 21.303 especímenes y 127,55 kg de carne (Tabla 2).

6 Aplicación del principio de proporcionalidad a las penas, tanto por parte del legislador al imponer una sanción determinada a una conducta tipificada como delito, como por parte de los jueces y tribunales al decidir casos en específico. La imposición de pena y su magnitud dependerá, tanto en lo legislativo, como en lo judicial, de la intensidad con que se hubiere vulnerado o puesto en peligro el bien jurídico penal tutelado por el tipo penal. (la cantidad de daño que se hubiera causado).

Tabla 2. Distribución de cantidad por producto decomisado, rescatado o entregado voluntariamente.

PRODUCTO	CANTIDAD
Caparazones	4
Carne	127,55 Kg
Huevos	20.444
Muertos	14
Partes/productos no procesados	4
Vivos	837

Lo que supondría un promedio de 7.182 especímenes y 48,1 Kg de carne de monte o proveniente de animales silvestres, por año, que en correspondencia con lo planteado por Baptiste, *et al* (2002) quien indica que las cifras de las Corporaciones ambientales suelen representar entre el 1% y el 10% de la cifras reales, podría suponerse que la cifra real corresponde a 71.820 y 718.200 especímenes y entre 481 y 4.810 Kg de carne de monte, lo cual resulta alarmante en términos de conservación de los recursos. Asimismo, de la carne, 68 Kg correspondieron al género *Dasyopus* (Armadillo) seguida, de 30 kg al género *Hydrochaerys* (Chigüiro), 10 kg a *Dasyprocata* (Ñeque), 7 kg a *Cuninulus* (Boruga), 5 kg a *Podocnemis* (Charapa) y 4 Kg de *Tayassu* (Marrano de monte), presentándose de manera particular, el decomiso de *Dasyopus* con tendencia anual. Del total de registros 105,4 kg ingresaron al sistema producto de decomisos o incautaciones y 22,15 Kg por entrega voluntaria.

Entendiendo la frecuencia de tráfico de carne de especies silvestre, como reflejo de las preferencias de consumo de los pobladores, resulta alarmante la manipulación y consumo de estas, no solo por las necesarias repercusiones ambientales que serán desencadenadas, producto de la extracción de animales de sus ambientes naturales, además de la posibilidad de transmisión de agentes patógenos, sino porque la caza produce necesariamente, muerte traumática de los especímenes víctimas de este flagelo, con la carga moral y ética que esto supone.

Según Sánchez (2015) existe un claro desconocimiento del posible desarrollo de zoonosis por consumo de carne de monte en Colombia. Los mamíferos son el grupo más consumido, con especial relevancia para la investigación actual por su papel como reservorio de agentes zoonóticos, algunos de ellos con potencial transmisión a través de su carne.

Para el caso del *Dasypus* (Armadillo), estudios realizados por más de 30 años en la zona central y sur de los Estados Unidos, han confirmado a los armadillos salvajes de nueve bandas (*Dasypus novemcinctus*) como huéspedes naturales y endémicos de *Mycobacterium leprae*, agente etiológico de Lepra, existiendo ya algunos casos que describen la infección entre animales de América del Sur o Central (Truman, 2006). Según Hundeiker, Perusquia-Ortiz y Bassukas (2013) indican que la erradicación de la lepra en el mundo, no puede ser posible, por diversos criterios fundamentales, como el hecho de que el ser humano no es el único huésped del bacilo de la lepra, ya que en el viejo mundo se encontraron infecciones naturales en diversos monos; en el continente americano, por lo menos dos especies de armadillos (*Euphractus sexcinctus* y *Dasypus novemcinctus*) presentaron un alta prevalencia y en el sur de Estados Unidos, éstos son una fuente conocida de infección para el ser humano.

Para *Hydrochaerys* (Chigüiro), en razón a la existencia de programas de zootecría tanto en el país como en otras regiones del continente existe una amplia información sobre las enfermedades que los afectan, incluidas aquellas de riesgo zoonótico, dentro de las que se destaca los reportes excepcionales de Brucelosis (Hernández y Ramírez, 2001) y la Leptospirosis, para la que estudios realizados en zootecraderos han reportado su endemismo, con frecuencias que varía entre 97.2 y el 100% (Cueva, *et al.* 2010); además de reportes en múltiples especies de roedores silvestres incluida la *Cuniculus* (Boruga), para la que investigaciones con personas que cazan, preparan, consumen o venden la especie, en Guyana, se reportó la enfermedad como común entre los pobladores (Silverman, *et al.* 2004). Las *Podocnemis* (Charapas), por su lado, han sido identificadas como portadoras de *Enterobacter*, *Klebsiella*, *Citrobacter* y *Aeromonas*, *Serratia marcescens* y *Salmonella spp*, con riesgo para la salud humana.

Para evitar confusiones entre el número de especímenes y los kilogramos de carne, los valores para este último no serán incluidos en los análisis presentados a continuación. La clase taxómica con mayores decomisos correspondió a la de los reptiles, con 20703 especímenes, seguido de las aves con 419 especímenes y los mamíferos con 181 especímenes (Tabla 3, Imagen 1).

De los reptiles, se identificaron 16 géneros, con el *Podocnemis* como el de mayor frecuencia con 20506 especímenes, que corresponde al 99.05% de los reptiles registrados; seguido *Chelonoidis* con 47 especímenes (0.23%), *Boa* con 36 especímenes (0.17%); *Iguana* con 35 especímenes (0.17%); *Mesoclemmys* con 24 (0.12%); *Kinosternon* con 18 (0.09%); *Caimán* con 8 (0.04%); *Spilotes* con 7 (0.03%); *Crotalus* con 5 (0.02%); *Micrurus* con 4 (0.02%); *Phrynosps*, y *Leptodeira* con 3 (0.01%) cada una; *Chironius*, *Eunectes* y *Trechemmys* con 2 (0.01%) cada una; y *Amphisbaena* con 1 (0.005%).

Tabla 3. Distribución de los especímenes decomisados por género

Ave	419
Muertos	5
Vivos	414
Mamíferos	181
Caparazones	4
Muertos	3
Partes/productos no procesados	2
Vivos	172
Reptiles	20703
Huevos	20444
Muertos	6
Partes/productos no procesados	2
Vivos	251
Total general	21303

El posicionamiento de los reptiles como el grupo taxonómico más frecuentemente traficado coincide con los reportes de Bermúdez (2015), quien indica que en Colombia los reptiles son el grupo más expuesto al tráfico ilegal, siendo esta una de las principales amenazas para su conservación. Dada la función trófica de control poblacional de pequeños vertebrados e invertebrados, ejercida por los reptiles en general, su ausencia de los ecosistemas naturales genera necesarias alteraciones ecológicas, que facilitan que muchas de las especies de las que se alimenten, puedan aumentar drásticamente sus poblaciones y convertirse en plagas, desencadenando con esto mayores alteraciones ambientales.

La manipulación de reptiles en general, pero particularmente de tortugas, puede facilitar la transmisión de múltiples patógenos de riesgo para la salud humana, como la Salmonella (Estrada, 2016), que además ha sido identificada como una de las zoonosis emergentes de mayor expansión en el mundo (Gutiérrez, Paasch y Calderón, 2008).

De las aves, se identificaron 40 géneros, siendo el más frecuente el *Amazona* (Loras) con 166 especímenes que representa el 39.62% del total de las aves; seguido del *Ara* (Papagayos) con 66 especímenes (15,75%), *Pionus* (Pericos cabeciamarilla) con 25 (5,97%), *Botogeris* (Periquitos verdes) con 18 (4,30%), *Aratinga* (Periquitos) con 17 (4.06%), *Orthopsittaca* (Papagayo cabeciblanco) y *Butorides* (Garzas) con 14 (3.34%) cada uno; *Rupornis* (Gavilán) con 11 (2.63%), *Cacicus* (mochilero) con 10 (2.39%), *Aegolius* (búho) y *Asio* (Lechuza) con 7 (1.67%), *Otus* (Búho pequeño)

y *Porphyrio* (Tingua) con 6 (1,43%), *Pteroglossus* (Tucán) con 5 (1,19%) y los 26 géneros restantes con entre 4 y 1 espécimen que suman el 11,22%.

Para el caso de las Amazonas (loras), estudios realizados en el departamento han identificado alta prevalencia de patógenos como la *Salmonella* (Sabi, et al, 2015), además de los riesgos de transmisión de psitacosis o fiebre de los loros, como enfermedad grave manifestada con síntomas respiratorios en el hombre (Borie y Jara, 2002), y cuya seroprevalencia en Colombia se ha identificado en aves del género Amazona que permanecen en confinamiento y en una población de humanos expuesta que trabajan con aves, lo cual representa la primera evidencia de la circulación de este microorganismo en el país (Monsalve, Miranda y Mattar, 2011).

Para los mamíferos se identificaron 27 géneros, siendo el más frecuente el de los *Saimir* con 36 especímenes que corresponde al 19,89% de los registros, seguido de *Tamandua* con 18 especímenes (9,94%), *Choloepus* con 16 (8,84%), *Dasypus* con 13 (7,18%), *Dasyprocta* con 12 (6,63%), *Didelphis* con 11 (6,08%), *Lagothrix* y *Nasua* con 8 (4,42%) cada uno; *Cebus* y *Coendou* con 6 (3,31%) cada uno, *Saguinus*, *Leopardus* y *Cuniculus* con 5 (2,76%); y las 14 especies restantes que suman el 17,68%.

Para los mamíferos, los riesgos zoonóticos resultan mucho más representativos, por su mayor nivel de proximidad trófica y genética como la especie humana, como ocurre particularmente con los primates para los que la OIE (2011) en su Código Sanitario para los Animales Terrestres, ha indicado ya los riesgos específicos de transmisión de Hepatitis B, Tuberculosis, Salmonella, Shigella, Yersinia y otras; además de endoparásitos y ectoparásitos; sin embargo, de manera general podría indicarse, como lo señala Taylor y Wolhouse (2000) citado por Ruiz, et al (2011), que la importancia del riesgo de la fauna silvestre radica en que 70% de las enfermedades que afectan a los humanos, podrían rastrearse hasta los animales, situación que además garantiza la perpetuación de las mismas y su continua reaparición como zoonosis emergente y reemergentes, para las que según Monsalve, Mattar y González (2009) su relación “está ligada a la pérdida de la biodiversidad por factores antropogénicos, debido a la destrucción de hábitats naturales, el tráfico de fauna y a la pérdida de diversidad genética” (p. 1762).

Para los géneros y especies más frecuentemente traficadas, resulta urgente el establecimiento de mecanismos tanto de restricción del ilícito como de mecanismos de reposición de poblaciones en ambientes naturales, además de la satisfacción de las demandas de las mismas, a través del establecimiento de estrategias como la zootría, para lo cual se requiere, en primera instancia, el apoyo de los entes gubernamentales que promuevan y faciliten, dentro de los referentes jurídicos,

este tipo de aprovechamiento, en segunda instancia, permitir la generación de información científica que garantice su adecuada reproducción, reintroducción y aprovechamiento inocuo de sus productos.

Para el caso particular de las loras, que podría ser aplicable a cualquier especie, Monsalve, Miranda y Mattar (2011), consideran que no deberían ser consideradas mascotas hasta tanto no se hayan realizado estudios científicos para evitar la transmisión de patógenos a otras especies, incluida la humana, además de la necesidad de profundizar en la formulación de protocolos de manejo en cautiverio de la especie, tanto médico como nutricional y biológico.

Para la totalidad de periodos estudiados, la Policía correspondió al ente administrativo con el mayor registro de especímenes, seguido de la Armada, Corpoamazonía y el Ejército, y en último lugar, el trabajo conjunto entre la Policía y Corpoamazonía (Imagen 1).

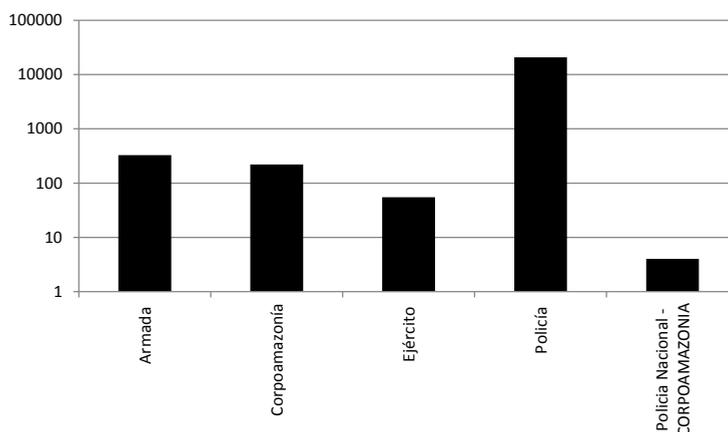


Imagen 1. Distribución de número de registros por entidad, entre los años 2014 – 2016

Según los datos ofrecidos por Corpoamazonía el valor unitario estimado para especímenes del mismo género varía de manera significativa, sin que existan lineamientos claros al interior de la entidad para el establecimiento de dichos montos. Para el caso de las Amazonas, por ejemplo, especímenes vivos de una misma especie registran valores dentro de un amplio rango de diferencia, como el caso de especímenes de *Amazona amazonica*, con valores estimados que oscilan entre los \$10.000 y los \$250.000 pesos moneda corriente; *Amazona ochrocephala*, entre los \$10.000 y los \$300.000; y los huevos de *Podocnemis* (Charapas) con valores entre los \$1.500 y los \$2.500 pesos moneda corriente o especímenes vivos de *Saimir sciureus* (Mono ardilla), con valores entre los \$50.000 y los \$180.000.

Si bien no corresponde a la autoridad ambiental establecer el tipo o monto de sanción, las mismas suelen ser dictaminadas en los procesos judiciales punibles, a partir de los informes técnicos remitidos por esta Corporación, por lo que los bajos montos de estimación, además de la fluctuación entre los mismos, favorecen la perpetuación de la impunidad del delito, que se combina con el hecho, de que a pesar del amplio y claro referente legal, de las 123 incautaciones o decomisos realizados, en 27 casos (21,95%), no se haya iniciado proceso judicial; en 87 (70.73%), se iniciará proceso y en 9 casos (7.31%) se registre como pendiente por apertura. La brecha entre los procesos de vigilancia y control de los daños ambientales, por parte de la Corporaciones Autónomas Regionales, resulta importante, en consideración a que según Güiza (2008) las Corporaciones que imponen menor número de sanciones administrativas por daños ambientales son aquellas que mayores recursos ambientales estratégicos tienen a su cargo, como por ejemplo Corpoamazonía, Corpoguavio, Corpochivor, Corpomag y la CAS, por citar algunas; evidenciando este mismo contraste en los ingresos de las Corporaciones, pues las que poseen menores recursos económicos enfrentan los mayores desafíos ambientales debido a la magnitud de su jurisdicción y a la riqueza natural que custodian.

Aunado a lo anterior, la clandestinidad de muchos daños ambientales, además de ser recurrente, no es suficientemente controlada por las autoridades ambientales, generándose un gran pasivo ambiental producido por infracciones y delincuencia ecológica, además de la poca exigencia de relación del daño ya que a través de la ley 99 de 1993, a las Corporaciones se les confirió el deber de imponer la sanción y ordenar la realización de las obras para el equilibrio ambiental; es decir, exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de los daños causados; ante lo que cada procedimiento sancionatorio, si se prueba el daño, deberá terminar con una sanción y la exigencia de su reparación a través de una obligación de hacer, por lo que el artículo 85, parágrafo 1, de la mencionada ley establece que el “pago de las multas no exime al infractor de la ejecución de las obras o medidas que hayan sido ordenadas por la entidad responsable del control, ni de la obligación de restaurar el medio ambiente y los recursos naturales renovables afectados” (Güiza, 2008).

Lo anterior supone que la no ejecución de sanciones para los casos conocidos, probados y endilgados de tráfico de fauna silvestre, además de la ausencia de establecimiento de exigencias de reparación del daño, indican un estado de responsabilidad por omisión de las autoridades ambientales, que podrían de igual forma ser investigados y sancionados.

Adicionalmente, resulta alarmante la ausencia de adopción y ejecución del más reciente referente legal en materia de animales, la ley 1774 de 2016, dado que para los 12 procesos de decomisos realizados en lo corrido de 2016, de los cuales 11

correspondieron a especímenes vivos, solo en un caso se evidencia el reporte de inicio de proceso judicial, correspondiendo a un espécimen de *Amazona amazónica* avaluado en \$200.000, ante lo que resulta clara la ausencia de consideración del nivel de vulneración del bienestar del mismo, además de la poca valoración del daño en sí, pues Corporaciones como la del Área Metropolitana del Valle de Aburrá (1998), a través de su *Manual de Procedimientos de Decomisos de Especies y Productos de Fauna y Flora Silvestre*, han establecido herramientas para determinar la cuantía a que hace referencia el Código Penal, que luego de su aplicación, establecen para *Amazona sp*, un monto de 7 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tomando como base el salario mínimo establecido en \$689.454 pesos, lo que supondría una multa de \$4.826.178 pesos moneda corriente.

Con relación al destino final de los especímenes, el 96,024%, que corresponde a 20456 especímenes, fue indicado en las opciones de entierro y destrucción, que para fines del procesamiento de la información se agruparon dentro del criterio de la categoría Manejo Sanitario, que en el 99,94% de los casos correspondió a la disponibilidad final de Huevos; la segunda opción de destino correspondió a la opción de remisión a Centro de Fauna, por lo que ante la ausencia de Centro para el manejo de Fauna Silvestre de la Corporación en el Departamento del Caquetá, se entiende como la remisión de especímenes a la Unidad de Apoyo Hogar de Paso para Fauna Silvestre Amazonía –HPFS–, de la Universidad de la Amazonía, con un total de 570 especímenes, que corresponde al 2,676%; seguido de la Liberación de 189 especímenes, que corresponde al 0,887%; la custodia temporal por parte de Corpoamazonía de 51 especímenes que corresponde al 0,239% de los casos; el deceso de 19 especímenes (0,089%), la fuga de 14 (0,066%), el envío a Mocoa de 2 (0,009%) y la Eutanasia de 1 (0,005%).

La grave situación de las comunidades silvestres en el departamento, evidente en sus tasas de registro de tráfico y proyecciones, que además de las implicaciones sobre las densidades poblaciones de las mismas, representa también riesgos importantes e irreversibles sobre la estabilidad de los ecosistemas y la conservación de la salud de las poblaciones humanas en contacto con este tipo de animal, en consideración de la posibilidad de transferencia de agentes patógenos de alto riesgo, supone la necesaria actuación de las autoridades ambientales, desde herramientas legales como el principio de *Rigor subsidiario*, contenido en la ley 99 de 1993, y que otorga a las entidades descentralizadas un cierto tipo de facultad especial para modificar la Legislación Ambiental vigente en procura de la defensa del patrimonio ecológico local.

Según Cifuentes (2013), el rigor subsidiario, es una facultad administrativa que con fundamento en la autonomía propia de la descentralización permite suplantar la potestad reglamentaria del poder ejecutivo con la condición de que la nueva

normatividad que se expida sea más exigente que aquella que pertenece al nivel central y encarna un mecanismo idóneo para despejar los posibles conflictos de competencia que se lleguen a suscitar al interior del Sistema Nacional Ambiental. Su finalidad es la protección del patrimonio ecológico local, seccional y regional mediante el reconocimiento de condiciones especiales propias de cada ecosistema que por su naturaleza escapan a la reglamentación básica que en materia de medio ambiente expide el nivel central; que corresponde al particular caso presentado para el departamento del Caquetá.

Conclusiones

Resulta indispensable el fortalecimiento de las estrategias de educación ambiental de las comunidades, de manera paralela al reforzamiento de los procesos punitivos en materia de acciones tipificadas como delito que involucren fauna silvestre, contemplando, para cada caso, tanto el artículo 328 relacionado con el ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, como el 339^a de los delitos contra la vida y la integridad física y emocional de los animales, del Código Penal, además de la clara y objetiva definición de los montos de las sanciones para cada especie por parte de la Corporación Autónoma Regional y su obligación de exigencia de reparación del daño, junto con la posibilidad de ejercicio del *rigor subsidiario*, como mecanismo legal de defensa del patrimonio ecológico local, para las particularidades sociales, ambientales y económicas del departamento del Caquetá.

En el marco de las nuevas políticas postconflicto, resulta factible un mayor apoyo gubernamental a los entes administrativos regionales, mediante estrategias de fortalecimiento de la Policía Ambiental y el Servicio Militar Ambiental; además de la independencia administrativa para la entidad ambiental del departamento (Corpoamazonía regional Caquetá) y la creación de un centro especializado para el albergue de especímenes vivos producto de decomisos, entregas voluntarias o rescate, que permita la proyección tanto de estrategias de capacitación como conservación específicas para el contexto social, económico, regional y ambiental del departamento.

De manera prioritaria, es imperante el establecimiento de mecanismos efectivos para el estímulo y la creación de zocriaderos, particularmente de los géneros *Podocnemis* (Charapas), *Amazonas* (Loros), *Aras* (Papagayos), *Saimiri* (Monos ardilla), *Dasyopus* (Armadillos) e *Hydrochaerys* (Chigüiros), como mecanismo para el reconocimiento científico de las especies, establecimiento de estrategias de repoblamiento, y a largo plazo, satisfacción de la demanda de este tipo de especímenes.

Referencias

- Área Metropolitana del Valle de Aburrá. (2008). *Manual sobre procedimientos de decomiso de especies y productos de fauna y flora silvestre*. Medellín: Área metropolitana del Valle de Aburrá.
- Baptiste, L. *et al.* (2002). Fauna silvestre de Colombia: Historia económica y social de un proceso de marginalización. pp. 295 – 340. En: A. Ulloa (ed.) *Rostros culturales de la fauna. Las relaciones entre los humanos y los animales en el contexto colombiano*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH. Bogotá. 343 p.
- Bermúdez, F. (2015). *El tráfico ilegal de reptiles en Colombia: una aplicación del análisis de redes a las relaciones ambientales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Borie, C. y Jara, M. (2002). Psitacosis: una enfermedad asociada a las aves de compañía. *Tecnovet*, [En línea] 8(1). Recuperado de <http://goo.gl/mhanho>
- Cueva, E. (2010). Incidencia de infección por *Leptospira* sp. En ronsocos (*Hydrochoerus hydrochaeris*) en cautiverio en un zoológico de Iquitos. [En línea]. *Revista Investigación Veterinaria*. 21(1). Recuperado de <http://goo.gl/y5pd3j>
- Cifuentes, G. (2013). Desarrollo constitucional, legal y jurisprudencia del principio de rigor subsidiario. *Jurídicas CUC*. 9 (1), 345-384.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 5 de 1972. “Por la cual se provee a la fundación y funcionamiento de Juntas Defensoras de animales”.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 23 de 1973. “Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente y se dictan otras disposiciones”.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 17 de 1981. “Por la cual se aprueba la “Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres”.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 84 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”.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 99 de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 611 de 2000. “Por la cual se dictan normas para el manejo sostenible de especies de Fauna Silvestre y Acuática”.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal colombiano”.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1333 de 2009. “Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones”.

- Colombia. Congreso de la República. Ley 1453 de 2011. “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1774 de 2016. “Por medio de la cual se modifica el código civil, la Ley 4 de 1989, el código penal, el código de procedimiento y se dictan otras disposiciones”.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE. Pobreza Monetaria 2015: Caquetá. Boletín técnico. [En línea] Colombia. 2016. Recuperado de <http://goo.gl/m18mi3>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE, 2010. Citado por Departamento Nacional de Planeación, Regionalización Plan Plurianual de Inversiones 2011- 2014. República de Colombia.
- Decreto ley 2811 del 18 de diciembre de 1974 “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”.
- Estrada-Cely, G. E. (2016). Desde los animales silvestres a las mascotas: una delgada línea de riesgo y destrucción. *Revista Facultad Ciencias Agropecuarias – FAGROPEC*. 8(1), 47- 49.
- Hernández, M. y Linares, J. (2006). El tráfico de especies silvestres como empresa del crimen organizado. *Revista Criminalidad. Policía Nacional*. 48, 338-348.
- Hernández, D. y Ramírez, J. (2001). *Guía para el manejo, cría y aprovechamiento sostenible del Chiguire o Capibara*. Venezuela: Convenio Andrés Bello – CAB.
- Hundeiker, M.; Perusquia-Ortiz, A. y Bassukas, I. (2013). El futuro de la lepra: ilusiones y realidad. *Dermatol Rev. México*. 57, 491-495.
- Gutiérrez, A.; Paasch, L. H. y Calderón, N. (2008). Salmonelosis y campilobacteriosis, las zoonosis emergentes de mayor expansión en el mundo. *Veterinaria México*, 39(1), 81-90.
- Güiza, L. (2008). Efectividad de los instrumentos administrativos de sanción y exigencia de la reparación del daño ambiental en Colombia. *Estudios Socio Jurídicos*, Bogotá, 10 (1), 307-335.
- Jaramillo, S. y Urrea, V. (2011). Análisis de la eficacia simbólica de las leyes 84 de 1989 y 5 de 1972 en relación a la protección de los derechos fundamentales de los animales. Universidad de Manizales.
- Mancera, J. y Reyes, O. (2008). Comercio de fauna silvestre en Colombia. *Revista Facultad Nacional de Agronomía*. 61 (2): 4618 – 4645.
- Meyer, J. *et al.* (2015). Enterobacterias en tortugas silvestres y cautivas del Amazonas, *Podocnemis expansa* (Testudines: Podocnemididae). *Revista de Biología Tropical*. 63 (4), 1083-1089.

- Merck, M. (2011). *Veterinaria Forense*. Zaragoza: Acribia S.A.
- Muñoz, D. (2011). *Revisión del a Normatividad para Zoocriaderos en Colombia*. Bucaramanga: Especialización en Ingeniería Ambiental. Universidad Industrial de Santander.
- Monsalve, S.; Miranda, J. y Mattar, S. (2011). First evidence of *Chlamydophila psittaci* circulation in Colombia: a possible public health risk. *Revista de Salud Pública*, 13(2), 314-326.
- Monsalve, S.; Miranda, J. y Mattar, S. (2009). Zoonosis transmitidas por animales silvestres y su impacto en las enfermedades emergentes y reemergentes. *Revista MVZ Córdoba*, 14(2), 1762-1773.
- Organización Mundial de la Salud – OMS (a). (2016). Discapacidad y rehabilitación [En línea] Recuperado de <http://goo.gl/w9qrxa>
- Organización Mundial de la Salud – OMS (b). 2016). La esperanza de vida ha aumentado en 5 años desde el año 2000, pero persisten las desigualdades sanitarias [En línea] Disponible en: <http://goo.gl/wauvkz>
- Organización Mundial de Sanidad Animal - OIE. (2011). Código Sanitario para los Animales Terrestres: CAPÍTULO 6.11. Zoonoses transmisibles por primates no humanos [En línea] 2011. Disponible en: <http://goo.gl/bsi9d6>
- Páramo, P. *et al.* (1999). *Nuestros vínculos con los animales*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.
- Ruíz, H. *et al.* (2010). Mamíferos silvestres y sus patógenos zoonóticos En: Durán, R. y Méndez, M. (Eds). *Biodiversidad y Desarrollo Humano en Yucatán*. CICY, PPD-FMAM, CONABIO, SEDUMA. Pp. 295 - 297.
- Sánchez, L. (2015). Consumo de Carne de Monte de Armadillo (*Dasyus novemcinctus*) y sus Repercusiones en Salud Pública en Colombia. *Memorias de la Conferencia Interna en Medicina y Aprovechamiento de Fauna Silvestre, Exótica y no Convencional* 11 (1): 11-22.
- Silverman, M. *et al.* (2004). Leptospirosis in febrile men ingesting Agouti paca in South America. *Annals of Tropical Medicine and Parasitology*. 98 (8), 851-859.
- Sabi, D. S. *et al.* (2015). Prevalencia y perfil de susceptibilidad antimicrobiana de *Salmonella* sp. Aislada de psitácidos en un hogar de paso en la Amazonia colombiana. *Momentos de Ciencia*, 7(1), 52-56.
- Trum, R. (2006). Lepra en el armadillo salvaje. Fontilles. *Revista. Leprol*. 25(4), 305-320
- Valls, R. (2015). Ética para la Bioética. En: Casado, María (Ed.). *Bioética, Derecho y Sociedad*. España: Trotta. pp. 15-30.



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: Quijote
Técnica: óleo sobre madera
Año: 2009

Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a06

-
- 1 Artículo producto de la investigación *Las Asociaciones Público Privadas: un cambio de paradigma en la contratación estatal*, avalado por el profesor Willington Gil Álzate, financiado por la convocatoria para proyectos de investigación presentados por estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2013.

Citación de este artículo con el sistema APA: Álvarez Patiño, L. A. (2016). Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública. *Estudios de Derecho*, 73 (162), 141-172. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a06

Fecha de recepción: 17 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 18 de mayo de 2016

Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública

*Luz Astrid Álvarez Patiño*²

Resumen

El objeto de este escrito son las Asociaciones Público Privadas –en adelante APP-, y de manera puntual, el estudio de la Ley 1508 de 2012 como una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública en Colombia. Bajo este presupuesto, desde una nueva perspectiva de la gestión pública y un enfoque dogmático, se abordarán los siguientes tópicos: i) su surgimiento en el marco de la nueva dimensión de lo público, ii) sus antecedentes internacionales y nacionales, iii) una delimitación conceptual sobre su noción y rasgos definitorios, iv) su configuración jurídica en Colombia y, v) se determinarán las razones por las cuales constituye una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública.

Palabras clave: asociaciones público privadas, contratación estatal, gestión pública, gestión compartida, colaboración público-privada.

Public Private Partnerships: a manifestation of innovation and shared responsibility in public management

Abstract

The purpose of this paper is Public Private Partnerships –hereinafter APP-, and in a timely manner, the study of Law 1508 of 2012 as a manifestation of innovation and shared responsibility in public management in Colombia. Under this approach, from a new perspective of public management and dogmatic approach, the following topics will be addressed: i) its emergence within the new dimension of the public, ii) its international and national antecedents, iii) a conceptual definition of its notion and defining features, iv) its legal configuration in Colombia, and v) determine the reasons why they constitute a manifestation of innovation and shared responsibility in public management.

Key words: Public private partnerships, government contracting, public management, shared management, public-private collaboration.

As parcerias público-privadas: uma manifestação de inovação e corresponsabilidade na gestão pública

Resumo

A finalidade deste artigo são as Parcerias Público-Privadas -adiante referidas como APP-, e de modo pontual, o estudo da lei 1508 de 2012 como uma manifestação de inovação e corresponsabilidade na gestão pública na Colômbia. Partindo deste princípio, desde uma nova perspectiva da gestão pública e uma abordagem dogmática, serão tratados os seguintes tópicos: i) a sua aparição no quadro da nova dimensão do setor público, ii) as suas origens internacionais e nacionais, iii) uma delimitação conceitual sobre a sua noção e traços definidores, iv) a sua configuração jurídica na Colômbia, e v) serão determinadas as razões pelas quais constituem uma manifestação de inovação e corresponsabilidade na gestão pública.

Palavras-chave: parcerias público-privadas - contratação estatal - gestão pública - gestão partilhada - colaboração público-privada.

2 Investigadora principal del proyecto *Las Asociaciones Público Privadas: un cambio de paradigma en la contratación estatal*, Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; integrante del Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA-. Correo electrónico: luzastrid15@yahoo.com

Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública

Introducción

Las transformaciones económicas, políticas y sociales de finales del siglo XX y principios del siglo XXI impulsan un nuevo modelo de gestión pública contemporánea, una interconexión o punto intermedio entre los fenómenos de nacionalización, con un Estado intervencionista tras la crisis de 1929, y privatización, neoliberalismo y globalización, con un Estado de mínimos. Este marco se fundamenta en una transformación de la relación entre los particulares y el Estado, en la cual se pretende zanjar la tradicional dicotomía entre lo público y lo privado, para dar paso a una nueva gestión de los asuntos públicos donde lo público ya no es igual a estatal, pues importantes ámbitos públicos pasan a manos de los particulares y a manos de ambos sectores.

Una de sus innovaciones se vislumbra en la contratación pública, con la figura de las Asociaciones Público Privadas – en adelante APP-, ampliamente difundidas a nivel internacional y con una importante proyección en Colombia, especialmente, tras la expedición de la ley 1508 de 2012, que le otorga a los particulares un papel protagónico en ámbitos de la gestión contractual antes monopolizados por el Estado y configurando un conjunto de beneficios para quienes impulsen estas iniciativas.

Sin embargo, la intervención de los particulares en lo público se presenta en múltiples instituciones, varias de las cuales se incluyen dentro de una noción general de APP, en especial, en el ámbito internacional, razón por la cual se requiere precisar sus contornos, en particular en el ámbito nacional, para constatar que en Colombia las APP reguladas en la ley 1508 de 2012, constituyen una manifestación de innovación y corresponsabilidad de los particulares con la gestión pública, especialmente, en la contratación estatal.

Con este propósito, se abordarán los siguientes tópicos: en primer lugar, los antecedentes de las Asociaciones Público Privadas como una manifestación de una nueva dimensión de lo público y una figura de carácter internacional; en segundo lugar, una delimitación conceptual de esta institución contractual, sus modalidades

y rasgos característicos; en tercer lugar, la configuración jurídica en Colombia; y en cuarto lugar, se determinará si el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas en Colombia constituye una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública.

1. Antecedentes de las Asociaciones Público Privadas

1.1 Las Asociaciones Público Privadas en el marco de una nueva dimensión de lo público

La revaluación de la concepción tradicional de lo público circunscrito al Estado como ámbitos y fenómenos equivalentes, plantea la apertura hacia un nuevo paradigma de lo público como contexto del protagonismo, intensificación y expansión de la participación de los particulares, dejando atrás la clásica y monopólica gestión estatal, para dar paso también a la *gestión pública por particulares*. Esta situación tiene dos presupuestos: en primer lugar, la crisis de la noción clásica de público como *toda actividad, bien o servicio derivado del Estado*, y, en segundo lugar, una *redefinición de lo público*, que ahora no atiende solo a las actividades calificadas de interés general o al sujeto prestador, sino que tiene en cuenta al destinatario de los bienes o servicios, esto es, a la comunidad, de modo que, lo público es común a todos, sea producido por el Estado o un particular³.

La participación de los particulares se presenta con fundamento en la democracia participativa, la crisis del Estado y un sinnúmero de circunstancias que modifican la titularidad del poder público, en una doble tendencia de “privatización de lo público” y “publicitación de lo privado” (Bobbio, 2006, p. 14)⁴ que ha dado pie a un fenómeno global que ha adoptado múltiples calificativos: algunos generales como “privatización”, “nuevo orden privado institucional” (Saasen, 2010, p. 6), “desnacionalización”, “Modernización del Estado” (Tafur Galvis, 1993), “Public-private Complex” o “Complejo público privado” (García Pelayo, 1995, p. 25), lo “público no estatal” o la “paraestatalidad” (Marienhoff, 2000, p. 229; Gordillo,

3 Marín Cortés, F. G. (2008, pp. 3, 199 y ss). Al respecto, Rodríguez-Arana Muñoz presenta la nueva dimensión de lo público como una consecuencia de la crisis del Estado de Bienestar, así: “La crisis del Estado de Bienestar es clara, está fuera de duda. No sólo desde el punto de vista económico sino también, y ello es más importante, como modelo de Estado. En el fondo, lo que me interesa destacar, además de analizar algunas de las causas de la crisis es que se está recuperando *una nueva forma de entender lo público*, no como algo propio del Estado, sino como algo en lo que tiene que participar el ciudadano. *Se está rompiendo el monopolio que hasta ahora se pensaba que tenía el Estado frente a los intereses públicos*” (1994, p. 13).

4 Nociones con las que Norberto Bobbio advierte los diversos fenómenos económicos y políticos en los que se ve sumida la dicotomía público-privado, economía-política y Estado-sociedad.

2012, p. AP –I I-4)⁵, y otros más específicos como el surgimiento y desarrollo del “tercer sector” (2000, p. 229; 2012, p. AP –II-4)⁶ o “tercera vía” (Blair, 1999), y la “Administración alterna o paralela de lo público” (Marín Cortés, 2008, p. 195).

La apertura y desarrollo de una nueva institucionalidad, un tercer sector o una alternativa a la estructura estatal, comprendida por los particulares, que pretende satisfacer fines y tareas similares, es el rasgo característico que justifica esta nueva dimensión de lo público, que también se enmarca dentro del fenómeno de la tercera vía, como una síntesis entre el liberalismo económico y el socialismo o nacionalización económica, que Tony Blair describe así:

La Tercera Vía supone una nueva línea dentro del centro-izquierda. La izquierda del siglo XX ha estado dominada por dos corrientes: una izquierda fundamentalista, que veía el control del Estado como un fin en sí mismo, y una izquierda más moderada, que aceptaba esa dirección básica, pero estaba a favor del compromiso. La Tercera Vía es una reevaluación seria, que extrae su vitalidad de unir las dos grandes corrientes de pensamiento del centro-izquierda -el socialismo democrático y el liberalismo-, cuyo divorcio durante este siglo contribuyó tan claramente a debilitar la política de signo progresista a lo largo y ancho de Occidente (1998, p. 1).

A esta situación se suman la liberalización de los mercados, la economía internacional y las diferentes políticas diseñadas para implementar estos esquemas, como el Consenso de Washington, las medidas para hacer frente a la crisis económica

5 Con esta noción, que se le atribuye a la doctrina italiana y, en nuestro medio a Marienhoff se sintetiza la presencia de personas extraestatales o públicas no estatales, pero que están “junto al Estado” al “lado del Estado” en la realización de sus cometidos. El profesor Gordillo, utiliza esta expresión frente a fenómenos más amplios de (in) formalidad de la gestión pública, la economía, la constitución, el gobierno, la moral, entre otros ámbitos.

6 Esta es una noción ambigua, algunos la relacionan con la nueva relación entre el Estado y los particulares, otros con los convenios, contratos o personas jurídicas que existen entre estos dos sectores, e incluso es la denominación que se le da a las entidades privadas que cumplen funciones de públicas y de interés general. En relación con las primeras dos nociones Tafur Galvis, afirma: “En el contexto ‘administrativo’, además de la consulta, se busca encauzar la participación mediante la apertura y ampliación del llamado tercer sector, el social, rompiendo la dicotomía tradicional sector público-sector privado, de por sí difuminada e imprecisa en los tiempos que corren. Y dentro de esta participación se promueve y estimula la vinculación de los particulares, organizados comunitariamente o en grupos solidarios como gestores en las tareas estatales para la satisfacción del interés social” (1993, p. 20).

Dentro de la tercera acepción, se afirma: “El tercer sector está conformado por todas las entidades que no son públicas, ni privadas. Allí cabemos las fundaciones, corporaciones y cooperativas, las universidades, las cajas de compensación, las asociaciones profesionales, las comunidades religiosas, los fondos mutuos, las minorías étnicas, las organizaciones de base, entre otros, que si bien ejecutamos recursos y proyectos en alianza con el sector público y privado, gozamos de independencia, autonomía y tenemos misiones y visiones propias.” Restrepo, M. I. El tercer sector y las ONG en cifras. En: Periódico El Colombiano. 3 de mayo de 2012. Recuperado de http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/el_tercer_sector_y_las_ong_en_cifras/el_tercer_sector_y_las_ong_en_cifras.asp

pública y, en el caso europeo, la integración económica, la expedición del euro y con ello la necesidad de estabilidad y crecimiento económico, con el fin de *mantener unos determinados límites en el déficit público y un nivel deseable de inversiones en infraestructuras y servicios* (Ariño Ortiz, 2010, p. 204).

En conclusión, la nueva dimensión de lo público reevalúa el papel pasivo de los particulares en la gestión pública, le impone fines y tareas para alcanzar los cometidos del poder público, las cuales ya no se circunscriben al Estado, sino que se extienden a los particulares, individualmente considerados, o incluso de manera conjunta con el Estado, en un novedoso marco de corresponsabilidad de la gestión pública donde surge como una de sus principales manifestaciones las *Asociaciones Público Privadas*. Así, la reevaluación de lo público constituye el marco innovador que trasciende el ámbito jurídico, político y social del desarrollo de esta figura contractual, por lo anterior, se indagará por los antecedentes particulares de esta institución como figura de raigambre internacional y su génesis en Colombia.

1.2 Las Asociaciones Público Privadas como figura de raigambre internacional

A nivel internacional sus antecedentes se atribuyen al proyecto privatizador, iniciado alrededor de los años 60's y 70's en el Reino Unido bajo el gobierno de Margaret Thatcher con experiencias de colaboración entre el Estado y los particulares, en privatizaciones propiamente dichas, en la delegación de la gestión de proyectos del sector público en entidades privadas y la financiación de proyectos estatales por el sector privado, propiciando colaboraciones más estrechas en las que el particular prestaba el servicio por su cuenta y riesgo (Ariño Ortiz, 2010; Hernando Rydings, 2012, p. 37), puntualmente, bajo la denominación de *Public Private Partnership* (PPP) como manifestación de “una tercera vía entre nacionalización y privatizaciones” (Ariño Ortiz, 2004, p. 3), como “forma de colaboración contractual entre los sectores público y privado, en la que ambos actúan conjuntamente para el logro de un objetivo que sería imposible conseguir por separado” (p. 3)⁷.

Tras su implementación a nivel global, reciben múltiples denominaciones: *Private Finance Initiative (PFI)*- a nivel nacional en Inglaterra -; *Public Private Partnerships (PPP)*- a nivel regional en Inglaterra, pero también en la Unión Europea, Irlanda, la India, Sudáfrica, Australia, y Canadá -; *Partenarias Public-Privé*- en Canadá-; *Contracts de Coopération Public-Privé*-en Francia-; *Parcerías Público Privadas* – en Portugal, Brasil, y Angola-; *Contratos de colaboración*

7 En esta línea, la exposición de motivos de la Ley de Asociaciones Público – Privadas en Colombia, señaló: “Estos esquemas de participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos han sido utilizados para desarrollar proyectos que no hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones fiscales existentes.” (Gaceta del Congreso 823 de 2011. p. 8)

Público Privada – en España- y *Asociaciones Público Privadas* – en varios países de Latinoamérica como Chile, México, Perú y, por supuesto, en Colombia⁸.

Aunque la dinámica de la institución es diferente de país en país, en varios de ellos su implementación ha fortalecido la infraestructura, especialmente, en materia vial y ha jalonado el crecimiento económico y social, razón por la cual se presenta como la *panacea* de la inversión pública con financiación privada, concretándose, como consecuencia, en una de las principales manifestaciones de corresponsabilidad en la gestión pública difundida internacionalmente.

1.3 Antecedentes y marco normativo de las Asociaciones Público Privadas en Colombia

Desde la perspectiva de lo público, en Colombia esta institución y *nueva dimensión de lo público* encuentra importantes antecedentes, tanto en el plano legal como en el constitucional⁹. Es así, como a partir de los años noventa con la apertura económica, liderada por César Gaviria, en la Constitución Política de 1991 se consagra un papel protagónico de los particulares y la sociedad civil en la gestión pública, específicamente, en: materia de derechos políticos -art. 40-, mecanismos de participación ciudadana, en el ejercicio de actividades en otros tiempos exclusivas del Estado, como la función administrativa -art. 123 y 210-¹⁰, la función judicial -art. 116- y la prestación de los servicios públicos, donde se destacan la educación -art. 67 y 68-, la salud -art. 48-, la seguridad social -art. 49- y los servicios públicos domiciliarios -art. 365-.

Antecedentes que a nivel legal, se encuentran con instituciones contemporáneas e incluso anteriores a la Constitución Política de 1991, que promueven la interacción del sector público y el privado, como: i) el sistema de concesiones consagrado desde

8 Estas denominaciones se extraen de la compilación normativa del Banco Mundial. Recuperado de <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos/ley-de-asociaciones-publico-privadas#examples>

9 La participación de los particulares en lo público, sus diferentes dimensiones y su desarrollo antes y después de la constitución política de 1991, constituyen tópicos estudiados por Álvaro Tafur Galvis, en: (1993) La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano. La participación, la colaboración convencional, las empresas públicas y la privatización. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

10 Suárez Tamayo, D. & et al. (2010). Particulares que ejercen funciones administrativas. *Revista Letras Jurídicas*. 15, (2). 15-98. Moncada Zapata, J. C. (2005). Los convenios de funciones administrativas a particulares en Colombia. ¿Un caso de huida del derecho administrativo? *Estudios de Derecho*, 62 (140), 171-203.

el estatuto contractual de 1975¹¹, el de 1976¹², 1983¹³ y en la ley 80 de 1993¹⁴; ii) las sociedades de economía mixta¹⁵; iii) los convenios de colaboración empresarial consagrados en el Código de Comercio; iv) el Decreto 777 de 1992, que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política regulando los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público; v) la iniciativa privada en materia contractual –parágrafo 2, art.32 de la ley 80 de 1993¹⁶-; vi) la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas

- 11 Art. 92. Decreto 1670 de 1975. “De la definición del contrato de concesión. Mediante el contrato de concesión una persona llamada, concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad, concedente, con o sin, ocupación, de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra”.
- 12 Art. 92. Decreto 150 de 1976. “De la definición del contrato de concesión. Mediante el contrato de concesión, una persona llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra”.
- 13 Art. 102. Decreto Ley 222 de 1983 “De la definición del contrato de concesión de obra pública. Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cubre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”. Además, consagra la concesión para las telecomunicaciones para servicios de correspondencia, radiodifusión, televisión entre otros, regulado en los artículos 182 y siguientes.
- 14 Art. 32. Ley 80 de 1993. “*De los Contratos Estatales*. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)
- “4o. Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.
- 15 Art. 461 y ss. Código de Comercio. Con fundamento en la Constitución Política de 1991 en el art. 150, núm. 7, para autorización del Congreso; el art. 300, núm. 7, para autorización de las Asambleas Departamentales; el art. 313, núm. 6, para autorización de los Concejos Municipales.
- 16 núm.4. art. 32. Ley 80 de 1993 “Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por

con participación de particulares en la ley 489 de 1998¹⁷, finalmente, la ley 1508 de 2012, como marco jurídico de las asociaciones del sector público y privado.

En efecto, en la ley 1508 de 2012 se definen las APP como “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y

escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensables para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal”.

- 17 Art. 96. Ley 489 de 1998 “Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes.
- b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas.
- c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad.
- d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares.
- e. La duración de la asociación y las causales de disolución”.

transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”. En este sentido, se crea un marco normativo especial para el desarrollo de proyectos con la participación activa de los particulares, que se nutre del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP- y los principios de la función administrativa, con notas particulares dentro del sistema tradicional de la gestión pública contractual como el pago de la contraprestación condicionada a la disponibilidad del servicio o la infraestructura, y cumplimiento de niveles y estándares de calidad, la fuerte financiación de los particulares y la distribución de los riesgos.

La regulación de las APP se encuentra en el Decreto reglamentario 1082 de 2015, el cual derogó, entre otros, los decretos reglamentarios relacionados con la materia: Decreto 1467 de 2012, 1610 de 2013, 301 de 2014, 1026 de 2014, 1553 de 2014, 2043 de 2014 y 63 de 2015, en un ejercicio de sistematización y conceptualización sobre sus principales características, modalidades y procedimientos. También se destacan los pronunciamientos de la Corte Constitucional en las Sentencias C-050 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-595 de 2014 y C-300 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Con este marco normativo es claro que en Colombia la participación de los particulares en la gestión pública no es completamente nueva, pero sí existe una tendencia creciente a su intervención, dentro de la cual las APP innovan en el ámbito contractual promoviendo la gestión compartida de los fines y cometidos estatales, razón por la cual se hace necesario determinar sus contornos y particularidades. Con este propósito, en el siguiente acápite se delimitará conceptualmente esta figura, se identificarán sus modalidades y notas características para evidenciar al final hasta qué punto constituyen una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública.

2. Delimitación conceptual de las Asociaciones Público Privadas

Aunque existen varias nociones para definir a las APP, especialmente, en el ámbito internacional la denominación *Asociaciones Público Privado* es la noción más difundida en los países de habla hispana y la escogida en la legislación colombiana para atender esta nueva dinámica institucional. Por tanto, esta noción se caracteriza por su ambigüedad y vaguedad, derivada tanto de sus múltiples denominaciones como sus diferentes usos y amplios significados.

Al respecto, surgen varios interrogantes: ¿Incluye la noción de *Asociaciones Público Privadas* cualquier forma de colaboración entre el sector público y privado?

¿Son equiparables las nociones de *asociaciones* y *alianzas*, ambas público privadas? ¿Son las APP consagradas en la ley 1508 de 2012 iguales a las referidas en el ámbito internacional, o, se trata de una noción específica? Así, con la finalidad de circunscribir el significado y alcance de las APP se estudia: en primer lugar, la noción de APP; en segundo lugar, las modalidades de APP, y en tercer lugar sus rasgos característicos.

2.1 Apreciaciones generales sobre la noción de *Asociaciones Público Privadas*

El término *Asociación* se define en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como la *acción y efecto de asociar o asociarse, o, conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada*. Y, a su vez, asociar viene del latín *associāre* “1. tr. Unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo. 2. tr. Juntar una cosa con otra para concurrir a un mismo fin. 3. tr. relacionar (establecer relación entre personas o cosas). U. t. c. intr. y c. prnl. 4. prnl. Juntarse, reunirse para algún fin”.

En este sentido, los términos *asociación, alianza, cooperación, colaboración y unión* con la cualificación público-privada son *equiparables*, dado que, en términos generales la literalidad de la expresión puede ser utilizada para hacer referencia a toda suerte de cooperación entre el sector público y el privado en todo el ámbito de la actividad administrativa, incluso, aunque parezca paradójico, en su interior se ha enmarcado la expresión de responsabilidad social empresarial a cargo del sector privado (Hinojosa, 2013, p. 1).

En el ámbito internacional, con esta multitud de expresiones equivalentes, se hace referencia a una “amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías aglutinadas bajo un enfoque o idea común: incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos asumiendo los riesgos inherentes a dicha ejecución, de modo que cada sector aporta sus recursos y conocimientos con el fin de acometer la construcción de una infraestructura o la gestión de un servicio público de la manera más eficientemente posible” (Hernando Rydings, 2012, pp. 37-38; Casado Izquierdo, 2007, p. 3).

En este sentido, sobre la generalidad de la institución, la autonomía o dependencia del tipo contractual, se destaca la denominada *teoría del envoltorio*, nombre acuñado por el profesor español Ariño Ortiz (2008, p. 224), bajo la cual encuentra que las APP –denominadas en España *contratos de colaboración público privada*–, son un puro *nomen iuris* detrás del cual se ocultan otra multitud de figuras jurídicas, básicamente, la concesión, en conclusión, para él: *nada nuevo*.

Para Hernández Ucrós (2014) entre las APP y otras modalidades contractuales como la concesión han surgido discusiones por su naturaleza jurídica derivada de los tratamientos disímiles en los diferentes países y de la ausencia de una definición válida a escala mundial para las APP. Así, señala que mientras en España las APP y la concesión son calificadas como contratos típicos diferentes, en Colombia las APP subsumen la concesión, e incluso en Chile las APP y las concesiones son equiparables (Toro Cepeda, 2009, p. 4). Conforme a esas variables, Hernández Ucrós concluye que las APP más que un contrato son un modelo de gestión de recursos, por tanto, un género en el que se pueden presentar múltiples figuras como la concesión de obra, servicios públicos, entre otras. Al respecto, afirma que:

Los acuerdos de colaboración entre el sector público y privado no son contratos en sí mismo, sino herramientas, caminos para la celebración de convenios entre el sector público y privado, materializados en contratos que, si bien deberán sujetarse a los lineamientos generales propios de las APP, deberán regirse, en sí, por el régimen jurídico del contrato que la Administración está celebrando (2014, p. 20).

La posición de Hernández Ucrós es la más plausible teniendo en cuenta las particularidades del ordenamiento nacional. En efecto, las normas sobre las APP constituyen el marco de la coparticipación en la gestión pública que se concreta en un objeto contractual específico, típico como las concesiones o atípico, bajo el cual se desarrolla un novedoso modelo de gestión e intervención de los particulares en la provisión de infraestructura y servicios públicos, y servicios complementarios.

Sin embargo, las APP requieren algo más que la simple colaboración entre el sector público y el sector privado, en este sentido, se requiere identificar un conjunto de elementos definitorios o distintivos de esta institución, los cuales se abordarán más adelante, pero a modo ilustrativo en la Unión Europea estos elementos hacen referencia a: i) una relación entre el sector público y privado de larga duración; ii) participación del sector privado en la financiación; iii) un rol fundamental del sector privado en el mantenimiento y explotación de la infraestructura y, iv) una adecuada distribución de riesgos entre estos sectores. (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, p. 3).

2.2 Modalidades de Asociaciones Público Privadas

Ante la multitud de formas de colaboración público privada, desde el ámbito internacional la regulación en la Unión Europea delimita esta institución, en un sentido más estricto, bajo dos modalidades: una institucional y otra contractual (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, p. 4). El primer modelo llamado *institucional*, implica la creación de una persona jurídica, generalmente una

empresa de capital mixto, público y privado, que se presenta como alternativa a la empresa pública y la gestión indirecta de los servicios públicos. Esta modalidad de formalización de las APP no representa algo nuevo dada la existencia de *sociedades* y *empresas de economía mixta*, cuya novedad radica en una mayor flexibilidad para la gestión de servicios de interés público.

En cambio, el segundo modelo denominado *contractual*, parte de la contratación ordinaria, sin la creación de una nueva personalidad jurídica, caso en el cual se fijan los objetivos y aportes, y se comienza a ejecutar el proyecto. Advierte Ariño Ortiz que “este contrato no se tipifica fácilmente por la extraordinaria variedad que puede tener su objeto (...)” (2008, p. 208). Por su generalidad, esta institución adquiere un mayor protagonismo. Al respecto, el Banco Mundial tras un estudio internacional de la legislación de este tipo de cooperación, la delimita así: *los acuerdos, por lo general a medio y largo plazo, entre los sectores público y privado mediante el cual una parte de los servicios o las obras que se incluyen en las responsabilidades del sector público sean proporcionados por el sector privado, con un claro acuerdo en objetivos comunes para la prestación de la infraestructura pública y/o servicios públicos*¹⁸.

No obstante, en el ámbito contractual esta expresión sigue siendo vaga, imprecisa e incluso, carente de novedad. En efecto, en cualquier contrato se realiza colaboración entre ambos sectores, *verbi gratia*, los contratos de obras y servicios públicos. De hecho, existen instituciones donde los particulares tienen a cargo la gestión pública como modalidad de participación o colaboración -piénsese en la función administrativa por particulares- y, los contratistas, a quienes la Ley 80 de 1993 les otorga el *status* de *colaboradores de las entidades estatales que cumplen una función social*.

En todo caso, la participación del sector público y privado en la gestión pública permite que los particulares sean unos auténticos protagonistas y colaboradores de la administración, independientemente de la modalidad institucional o contractual, que acojan para gestionar los fines y cometidos del poder público.

2.3 Rasgos característicos

Las APP se han diseñado para satisfacer tareas complejas que hasta el momento habían sido asumidas por partes, pero en la actualidad, por los medios técnicos

18 El original dice: “(...) arrangements, typically medium to long term, between the public and private sectors whereby part of the services or works that fall under the responsibilities of the public sector are provided by the private sector, with clear agreement on shared objectives for delivery of public infrastructure and/or public services.” Recuperado de <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships>

disponibles y la capacidad empresarial, se pueden abordar de manera integral, para lo cual se requiere una *financiación suficiente*. En este sentido, la interacción entre los sectores público y privado se traduce en un reparto de funciones: el sector público, por una parte, fija objetivos, define los estándares requeridos para alcanzarlos y protege el interés público, y el sector privado, a su vez, aporta la disciplina de mercado, su experiencia empresarial y enfoca las necesidades de los usuarios del servicio (Hernando Rydings, 2012, p. 39). En este sentido, el profesor Ariño Ortiz señala como lineamientos de las Asociaciones **Público Privadas**, los siguientes:

1) la Administración fijará las necesidades colectivas que quiere satisfacer, con la mejor definición que sea posible hacer de ellas.

2) la parte privada determinará el proyecto (o proyectos) de ingeniería que mejor satisfagan esas necesidades, la organización necesaria para servirlo, su construcción y financiación y su gestión posterior durante el tiempo que sea necesario.

3) ambos elaborarán y pactarán las condiciones necesarias para la rentabilización y recuperación de la inversión, con aportación por la Administración de bienes de dominio público y otras instalaciones o recursos, así como fijación de las formas de retribución (pública o privada) correspondientes a las prestaciones que se logran y se ofrecen al público.

Ésta es en esencia la estructura negocial de una CPP [Contrato de Colaboración Público Privada], en las que ambas partes hacen aportaciones al proyecto común y asumen equilibradamente los riesgos y beneficios de éste. Es decir, se hacen socios (*partners*) (2008, p. 207).

Adicionalmente, el profesor español señala como puntos neurálgicos de cualquier modalidad de APP dos aspectos: la asignación de financiación y riesgos. Por tanto, se requiere un marco financiero adecuado para atraer la *inversión privada* y en relación con las posibles modalidades de financiación afirma que pueden ser públicas, privadas o mixtas, como: cánones, peajes abonados por la Administración por el uso de la infraestructura, tarifas, subvenciones, cesión de bienes públicos, dotación de capital o créditos participativos, concesión exclusiva de zonas complementarias de explotación comercial entre otras. Y, en relación con los riesgos se establece como punto central la debida identificación, tipificación y asignación de riesgos, basado en el principio de *eficiencia económica*, como la obtención de máximo fruto de los recursos utilizados (2008, p. 211), esto es, la asunción del riesgo por quien se encuentre en mejores condiciones para asumirlo.

Otro rasgo característico es que en la formación del contrato exista un *diálogo competitivo* (Ariño Ortiz, 2008, p. 215), que se contrapona al hermetismo unilateral de la Administración, para incluir la participación de los contratistas en la definición

de las necesidades y tareas a realizar, que se concreta en la iniciativa privada y en su activa participación de los particulares, al momento de establecer los aspectos del contrato. Adicionalmente, en la doctrina se destacan otras características, como son: i) la complejidad del contrato; ii) la subsidiaridad del contrato; iii) el mayor valor por precio y régimen de riesgos; y iv) el protagonismo del operador privado (Hernando Rydings, 2012, p. 389).

Conforme a lo anterior, se tiene que el elemento definitorio de las APP es la participación del sector privado, los particulares, y la revaluación de su rol en la contratación pública, específicamente, en la financiación o vinculación de capital, la asunción de riesgos en la provisión del objeto contractual y en la gestión de la infraestructura o servicios públicos, y la iniciativa privada en la estructuración del proyecto.

3. Configuración jurídica de las Asociaciones Público Privadas en Colombia

Si bien las APP no son una novedad por introducir la iniciativa privada, sí constituyen una gran innovación por dotar a la iniciativa privada de un marco jurídico efectivo para su fomento y promoción. Igualmente, al extender el marco de participación privada más allá de la iniciativa, una iniciativa efectiva, hacia la inversión y a un destacado marco de corresponsabilidad en la gestión pública.

En Colombia las APP surgen como una modalidad contractual que encuentra como antecedentes el modelo concesional, la iniciativa privada regulada en la ley 80 de 1993 y que ahora se impulsa con la expedición de la ley 1508 de 2012 sobre Asociaciones Público Privadas y sus decretos reglamentarios, marco normativo que la circunscribe a *un instrumento de vinculación de capital privado*. Aquí reside la innovación, al materializarse en un *contrato* entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio” (Art. 1. Ley 1508 de 2012).

Lo anterior no significa que en Colombia no existan otras formas de intervención de los particulares en la gestión pública, sino que las APP tienen una noción legal restrictiva bajo la cual únicamente se enmarca la modalidad contractual mientras la institucional se excluye de su ámbito de aplicación. Esta situación ha llevado a afirmar que la ley 1508 de 2012 es una regulación parcial o incompleta del modelo de las APP (Sepúlveda Figueroa, 2014, p. 4).

Sin embargo, las APP reguladas en la ley 1508 tienen una noción y delimitación legal como especie del género de participación de los particulares en la gestión pública, y como especie, no niega otras formas de APP más amplias como en el ámbito internacional, y en su singularidad constituyen una manifestación de corresponsabilidad e innovación en la contratación estatal, de conformidad con sus notas distintivas.

Estas características de las APP en la ley 1508 de 2012, que evidencian los contornos de la institución, su especialidad y su calidad como instrumento que promueve la intervención de los particulares, se encuentran relacionadas con su ámbito de aplicación y los elementos característicos de las APP, como se expondrán a continuación.

3.1 Ámbito de aplicación: no todas las entidades pueden celebrar APP y esta modalidad contractual constituye un contrato estatal típico y de carácter especial

De conformidad con la naturaleza jurídica de las APP en Colombia, estas son una figura contractual del régimen público que desde su ámbito de aplicación se perfila como de carácter excepcional, que se concreta bajo importantes delimitaciones en el ámbito subjetivo y objetivo de su ámbito de aplicación.

Así desde el ámbito subjetivo puede aplicarla a las entidades estatales, aunque con importantes excepciones. En efecto, esta misma ley de manera expresa en su artículo octavo, excluyó de su ámbito de aplicación a las siguientes entidades y empresas: i) las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%) y sus filiales; b) las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%); c) las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios; d) las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.

Sobre el alcance de esta excepción surge una gran controversia, pues se aduce la vulneración del principio de igualdad, la libre competencia económica, el derecho de asociación y los principios de la función administrativa al establecer una exclusión del ámbito de aplicación establecido en dicha normativa. Es así como en la doctrina surgen dos interpretaciones: por un lado, que las entidades excluidas bajo ninguna forma pueden llevar a cabo APP, porque no se podrían adelantar proyectos en asocio con el sector privado bajo ningún esquema, y por el otro, que las entidades

excluidas sí pueden adelantar APP pero bajo el régimen contractual propio de ellas, esto es, el del Derecho Privado.

Frente a estas interpretaciones surge un gran vacío y contradicción que requiere de un parámetro legal o jurisprudencial, pues la Corte Constitucional en la Sentencia C-050 de 2015, se declaró inhibida de conocer la demanda contra esta disposición, aduciendo ineptitud sustantiva de la demanda, de modo que, las dos posiciones interpretativas se conservan y el debate continuará hasta que exista una directriz legal o un pronunciamiento de fondo.

Frente a los sujetos privados que pueden concurrir a la celebración de este tipo de contratos, la Ley sólo indica que las APP son “*un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado*” (art. 1), por tanto, sólo podrán acudir a esta modalidad las personas, naturales o jurídicas, lo cual resulta claro, sin embargo, también debe entenderse que se incluye la participación de los consorcios y uniones temporales.

La dificultad frente a estos últimos, surge porque son sujetos de derecho que no tienen personalidad jurídica, sin embargo, bajo estas modalidades los particulares han participado en la contratación, con una estructura interna de riesgos compartidos, lo que ha favorecido la concurrencia, participación y ejecución de proyectos de gran impacto social. Al respecto, teniendo en cuenta el principio de la libre concurrencia y las finalidades de la contratación, se considera que lo más conveniente es incluirlos, pues de lo contrario se está estableciendo una diferenciación injustificada.

Por otra parte, desde el ámbito objetivo de aplicación las APP son un tipo contractual de carácter *especial*. En efecto, la especialidad se sustenta en el artículo 1 de la ley 1508 de 2012 a partir de dos aspectos: en primer lugar, las materias donde opera esta modalidad contractual y, en segundo lugar, el reemplazo del contrato de concesión de la ley 80 de 1993, último aspecto donde debe precisarse si se reemplaza en su integridad, de manera parcial, o, si simplemente, se trata de una modalidad contractual autónoma.

Sobre el ámbito material de aplicación, el artículo 1 de la ley 1508 de 2012 señala que esta institución tiene por finalidad proveer bienes públicos y sus servicios relacionados y, el artículo 3 incluye todos los contratos en los que se encargue a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades que por mandato legal deberán involucrar la operación y mantenimiento de la misma. Así, son tres nociones las que definen su ámbito de acción: bienes públicos, infraestructura y servicios relacionados: en primer lugar, los *bienes públicos* hacen referencia tanto a los bienes de uso público como a los bienes

fiscales de las entidades públicas (Mancipe González, 2015, p. 115); en segundo lugar, la *infraestructura* es caracterizada por ser una noción indeterminada, que no tiene definición legal, salvo en sectores muy específicos –*verbigratia* en materia de transporte-, por tanto, se apela a una noción omnicomprensiva que incluya la infraestructura social y productiva. En todo caso, sobre su alcance resulta ilustrativa la definición del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que en un estudio sobre la integración en infraestructura en América del Sur, frente a este concepto señaló:

La infraestructura abarca un conjunto de estructuras de ingeniería, equipos e instalaciones de larga vida útil, utilizadas por los sectores productivos y por los hogares. Su definición es un tanto vaga e imprecisa, y tradicionalmente ha sido asimilada al stock de capital público, o a ciertas características técnicas o económicas, tales como su vinculación con servicios básicos, sus altos costos de inversión, su indivisibilidad, su inamovilidad o su naturaleza de bien público. En la actualidad, la creciente participación privada en la provisión de infraestructura, las innovaciones tecnológicas y un enfoque abarcativo del desarrollo sustentable llevan a una visión más amplia del campo de la infraestructura.

Normalmente se puede clasificar a la infraestructura en varios grupos, de acuerdo con su función: (i) la infraestructura económica (transporte, energía y telecomunicaciones); (ii) la infraestructura social (presas y canales de irrigación, sistemas de agua potable, y alcantarillado, educación y salud); (iii) la infraestructura del medio ambiente; y (iv) la infraestructura vinculada a la información y el conocimiento. Así también, se la puede clasificar de acuerdo con su cobertura geográfica, diferenciando la infraestructura de alcance urbano, interurbano e internacional (BID, 2000, p. 13).

Conforme a lo anterior, es relevante adoptar un concepto amplio de infraestructura para expandir el ámbito de acción de las APP reguladas en la ley 1508 de 2012, como eje transversal de las políticas públicas que respalde las metas de crecimiento y desarrollo económico y social del país al concretarse, no solo en la infraestructura vial, sino también en el componente social como colegios, hospitales, universidades e infraestructura de servicios públicos. De modo que la proyección y la amplitud del marco de corresponsabilidad dependen de la extensión de su objeto.

En tercer lugar, *los servicios relacionados* constituyen un componente crucial en las APP, pues promueve que el objeto contractual sea funcional y se compagina con los criterios de disponibilidad y servicio con calidad, característicos en esta institución. Adicionalmente, son un incentivo para que el contratista ejecute muy bien el objeto contractual y luego se obtengan mayores rendimientos que favorezcan a las comunidades. Este es un punto central porque en estos servicios surge el componente de la rentabilidad, de la cual se extraerá la contraprestación del contratista.

Ahora bien, sobre el reemplazo del contrato de concesión o la autonomía de esta modalidad contractual, se debe tener en cuenta que el artículo 2 de la ley 1508 de 2012 establece que las concesiones reguladas en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de las APP. Así, se evidencia que las APP no solo son un contrato de concesión sino que son una figura más amplia, pero esta disposición deja varios puntos problemáticos a tener en cuenta: i) el esquema de APP no reemplaza todas las concesiones sino las del numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, por tanto, se conservan estas modalidades contractuales con regulación especial; ii) las APP tienen un límite económico en tanto deben superar 6.000 smmlv¹⁹, por consiguiente, queda un gran vacío normativo para los pequeños y medianos proyectos que se adelantaban bajo la forma de concesión en manos de entidades territoriales como municipios y departamentos que tienen mayores restricciones financieras para la inversión; y, iii) existen varias entidades excluidas de esta modalidad contractual, de modo que, ellas podrán acudir a los demás tipos contractuales que permita el EGCAP o, si son excluidas del EGCAP, celebrar las concesiones u otros tipos contractuales que les permita su normatividad y autonomía contractual.

En consecuencia, en el ámbito objetivo las APP no se reducen al sistema concesional, aunque dentro de sus esquemas contractuales incluya la *concesión*, siendo este tipo contractual su ámbito más destacado hasta el punto de ser calificada en los medios de comunicación como las *concesiones de 4ª generación*²⁰. En todo caso, las APP no se reducen a la concesión y pueden incluir un sinnúmero de modalidades contractuales siempre y cuando se enmarquen dentro de las actividades previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la ley 1508 de 2012.

3.2 Otras notas características

- Las APP como modalidad contractual de carácter especial *se encuentran sujetas a los principios de la función administrativa*²¹, de la contratación estatal

19 Frente a esta disposición se estableció salvedad en los proyectos de APP desarrollados en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el artículo 152 de la Ley 1607 de 2012, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-465 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos) por violación del principio de unidad de materia previsto en el artículo 158 constitucional.

20 Esta cualificación se le asigna por su relación con la infraestructura de transporte, pues allí se han calificado las vías como 4G, carreteras 4G, y en términos formales, Cuarta Generación (4G) de Concesiones Viales de Colombia.

21 Art. 209. C.P. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

–transparencia, economía, responsabilidad y debido proceso - y *la gestión fiscal* (art. 4. ley 1508 de 2012).

- Existe responsabilidad compartida en *la tipificación, determinación y asignación de riesgos*, constituyendo la característica central, no sólo en Colombia donde se desprende de su propia definición legislativa, al disponer que “(...) *involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes (...)*” (art. 1 Ley 1508 de 2012), sino de la estructura contractual establecida a nivel internacional, pues en su naturaleza reside un marco de cooperación donde se comparten no sólo conocimientos técnicos, experiencia y recursos, sino también, riesgos y responsabilidades (Observatorio Legislativo, 2012, p.1)²².

En tal sentido, uno de los posibles riesgos está relacionado con la fuerte inversión privada y la remuneración de la misma, pues bajo esta figura la financiación es totalmente privada, o se puede exigir un aporte patrimonial mínimo o una financiación mayoritaria por parte del contratista, a cambio de distintas modalidades de remuneración, que dependen de la disponibilidad y niveles de calidad, aspectos en los que residen los mayores retos de proyectos rentables, funcionales y atractivos para los particulares.

Por ello las etapas de estructuración y evaluación del proyecto -factibilidad y prefactibilidad- toman gran relevancia, allí se determinan y asignan los riesgos, tarea en la cual juegan un papel preponderante ya que la experiencia, el conocimiento técnico, la financiación, así como algunos requerimientos y restricciones que sirven de garantía para reducir los riesgos de la contratación como: la constitución de un patrimonio autónomo, donde el vehículo financiero se establece como una fortaleza del negocio y deja de ser un elemento central de preocupación para los contratantes; los límites a las adiciones y prórrogas, que exigen un marco riguroso de planeación y previsión de todas las partes, de manera que se eviten y restrinjan al máximo los riesgos y se alcancen las metas y expectativas de todas ellas. Detrás de estas limitaciones se encuentra un problema tradicional en la contratación estatal: la falta de estudios rigurosos que den cuenta del costo real de los proyectos, la inapropiada distribución de riesgos y detrás de tales problemas, las eventuales prácticas corruptas (Observatorio Legislativo, 2012, p. 4).

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

22 En este sentido, Valle Zayas al estudiar el caso del Brasil y los modelos acogidos en los diferentes Estados de Brasil, tales como: el español, portugués y francés, señala: “*Se verá que, siempre, el elemento definidor, la característica fundamental de las PPPs es la distribución de riesgos y de tareas entre el sector público y privado*” (2004, pp. 81-90).

- *La retribución está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles y estándares de calidad* –art. 4, ley 1508 de 2012, los cuales son desarrollados por el artículo 2.2.2.1.2.3 del decreto 1082 de 2015, en virtud, del cual son definidos por la entidad estatal teniendo en cuenta el bien o servicio objeto del contrato, así como el cumplimiento de ciertos requisitos, tales como: ser específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos.

Las modalidades de selección del contratista son las dispuestas en el EGCAP, pero la modalidad aplicable depende de la incorporación o no de recursos públicos. Por ello, si el proyecto requiere recursos públicos, procede la *licitación pública* –art. 17, ley 1508 de 2012-, pero, si no se requiere, el criterio definidor de la modalidad pasa a ser *la concurrencia o no de otros proponentes*: si hay concurrencia procede la *selección abreviada* de menor cuantía –art. 20, ley 1508- y si no hay concurrencia, es procedente la *contratación directa* –art. 19, ley 1508-. Se evidencia que, si se trata de inversión de recursos públicos, son mayores las exigencias de la principalística de la contratación, pero si son privados, se flexibiliza el marco de selección con la finalidad de promover la inversión de los particulares. Por tanto, la flexibilización en las modalidades de selección del contratista constituye uno de los beneficios que tienen los particulares que presentan iniciativas de inversión pública con financiación privada.

- *No hay un modelo único de APP, sino dos alternativas*: uno para iniciativas públicas y otro para las privadas, constituyendo la iniciativa privada una innovación con incentivos para la inversión de este sector. En consecuencia, se establecen diferencias en los procesos de selección, relacionadas con la evaluación del proyecto, en las iniciativas públicas procede un sistema abierto o de precalificación, mientras en las privadas se presentan dos etapas una de prefactibilidad y factibilidad, para posteriormente publicar y determinar la modalidad de contratación a aplicar.

- *Se otorgan beneficios para las iniciativas privadas, especialmente para aquellas que no requieren recursos públicos.* Así, si en la iniciativa de carácter privado se requieren desembolsos públicos, al momento de calificar la propuesta del originador, se tendrá una *bonificación en la calificación entre el 3 y 10% sobre la calificación inicial*, dependiendo de la complejidad del proyecto²³.

Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor

23 Art. 2.2.2.1.5.10. Decreto 1082 de 2015 (Antes art. 28. Decreto 1467 de 2012). En esta disposición se establece tres categorías: A) con inversión entre 6.000 y 40.000 (smmlv); B) inversión entre 40.001 y 120.000; y la C) inversión mayor a 120.000. En la categoría A se bonifica un 10%, en la B del 6% y en la C del 3%, porcentaje que se determina en relación con su calificación inicial.

calificada, este tendrá la *opción de mejorar su oferta* en un plazo máximo de diez (10) días. En caso de no quedar seleccionado, el originador tiene *derecho a recibir del adjudicatario el valor de los estudios* realizados para la estructuración del proyecto que haya determinado la entidad -art. 2.2.2.1.5.12., decreto 1082 de 2012, antes art. 30 decreto 1467 de 2012-.

- Se establecen mecanismos de *flexibilización en el funcionamiento de las vigencias futuras para financiar los proyectos de las alianzas público-privadas*. En efecto, estas constituyen un aspecto primordial en el funcionamiento de las APP, sobre todo en aquellas iniciativas públicas que tienen inversión pública, de modo que se pueda disponer gradualmente de los recursos necesarios para la inversión. En el derecho comparado se han establecido mecanismos de flexibilización, mientras en Colombia se requieren varias autorizaciones, tales como la del Consejo de Política Fiscal –CONFIS-, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y del registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional BPIN, de conformidad al artículo 26 de la ley 1508 de 2012, reglamentado por el decreto 1082 de 2015 (antes decreto 1610 de 2013).

Sin embargo, se destaca que estos límites solo son para las APP con recursos públicos, pues las APP de iniciativas privadas son más flexibles y no tienen estas restricciones presupuestales, constituyendo este punto una de las mayores ventajas del modelo y fundamento de su implementación. En efecto las APP no constituyen un pasivo ni suman en el déficit fiscal de la Administración Pública. Así la doctrina española señala que constituyen una manifestación de la huida del derecho administrativo, específicamente, una huida del derecho contable de la administración (Araujo Barceló, 2013, p. 30).

- *Las modificaciones al contrato -prórrogas y adiciones- se encuentran fuertemente limitadas por: el término para solicitarlas, el monto y el pago de tasas para su estudio*. Así frente a las *adiciones*, estas deben estar relacionadas directamente con el objeto del contrato y solo podrán solicitarse después de transcurridos tres años de vigencia y hasta antes de cumplir las primeras $\frac{3}{4}$ partes del plazo inicialmente pactado (Art. 7. Ley 1508 de 2012). Asimismo, no podrán superar el 20% de los desembolsos de recursos públicos inicialmente pactados. En relación con el plazo se señala un plazo máximo de 30 años incluyendo las *prórrogas* y éstas no podrán sobrepasar el límite del 20% del plazo previsto.

Además, se establece una tasa por cada solicitud de prórroga o adición, por el 10% del valor solicitado y para las prórrogas del 1% del valor inicialmente pactado cuando se trate de una prórroga del mismo (Art. 29. Ley 1508 de 2012). En consecuencia, si el contratista no cumple, él pierde y no el Estado.

- *Se establece un fuerte marco de garantías* con la pretensión de reducir los riesgos de las partes y obtener resultados de manera eficiente, tales como: i) limitaciones a las adiciones y las prórrogas; ii) inclusión de cláusulas exorbitantes; iii) identificación de los beneficiarios reales del proyecto y el origen de los recursos, para evitar o descubrir el lavado de activos; iv) constitución de un patrimonio autónomo solicitado por el contratista, que incluya todos los recursos que se manejen en el proyecto, ya sean públicos o privados, activos o pasivos, futuros o presentes –art. 24. Ley 1508 de 2012-; v) publicidad en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOPI-; vi) publicidad en el Registro Único de Asociaciones Público Privada –RUAPP-; y vii) implementación de un sistema de autorizaciones para la obtención de las vigencias futuras, en las APP con recursos públicos.

4. ¿En Colombia, el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas constituye una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública?

La pregunta se dirige a cuestionar si el régimen normativo establecido por la ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, consagra dentro del contexto de las transformaciones del Estado contemporáneo, un nuevo rol y marco de responsabilidad conjunta de los particulares en la gestión de los asuntos públicos. Y de conformidad con los elementos de contextualización y delimitación de las APP la respuesta es afirmativa, puesto que con las APP se presenta una herramienta de intervención directa en la gestión pública para los particulares, con la iniciativa privada, aunque también puede surgir con iniciativas y financiación pública.

En un sentido similar, pero enfocado hacia las nuevas formas de la gestión pública, Mancipe González, señala que el régimen normativo de las APP en Colombia desde la expedición de la ley 1508 de 2012, constituye “una nueva modalidad de interacción negocial y contractual entre el Estado y los particulares, que permite que éstos con sus prácticas, proyectos e ideas de negocio, desarrollen y provean bienes públicos, infraestructura pública y servicios asociados, lo cual no es otra cosa que la posibilidad de incidir directamente en la gestión de los asuntos públicos” (2015, p. 248).

Conforme a lo anterior, las APP son una nueva forma de intervención en la gestión pública en ámbitos típicamente estatales que promueve novedades e inquietudes sobre los nuevos roles del Estado y los particulares, y genera un marco de corresponsabilidad que evidencia que los cometidos constitucionales y, en general, los componentes del Estado Constitucional y Social de Derecho no solo le corresponden al Estado, sino también a la sociedad civil y a los particulares.

Esta tesis se apoya en las siguientes ideas: i) el nuevo rol de los particulares; ii) el modelo de las APP como fórmula financiera; iii) las ventajas del modelo de APP; iv) las APP como promotoras de las metas de la hacienda pública: desarrollo, crecimiento y equidad; y v) la proyección de las APP en la práctica.

i) *El nuevo rol de los particulares.* El epicentro de la innovación de las APP en Colombia es la iniciativa y financiación privada, no solo como una habilitación o autorización, sino como un objetivo a impulsar mediante los beneficios que se otorgan, así el particular deja de ser un colaborador del Estado en la ejecución de los contratos, para colaborar en la determinación de las necesidades, la estructuración de los proyectos y contratos. Al respecto, Expósito Vélez & Santos Rodríguez venían advirtiendo esta situación desde el ámbito de la iniciativa privada y la intervención de los particulares en la definición de las necesidades públicas, las prioridades y los modos de satisfacerlas, así:

(...) se empiezan a abrir las puertas para que los particulares participen en la etapa de preparación y planificación de los contratos de la administración pública, mediante la presentación de proyectos que ayudan a ésta en la adopción de la decisión de celebrar o no el contrato de concesión, así como para determinar el tipo contractual aplicable para la solución de una determinada necesidad pública. En este sentido, podemos afirmar que las modernas tendencias de la contratación pública han hecho que esa idea de mediados del siglo xx de que el particular es un colaborador de la administración en la actividad contractual se ha ampliado y ya no sólo es válida frente a la ejecución del contrato, sino que se extiende a la planificación de éste en cuanto al auxilio en la determinación de las necesidades y de los tipos contractuales aplicables (Expósito & Santos. 2009, p. 93).

Conforme a lo anterior, los particulares intervienen en ámbitos antes monopolizados por el Estado, quién mediante la planeación contractual establecía las necesidades y las formas de intervención, en este sentido, las APP constituyen una de las manifestaciones de la gestión pública contemporánea, donde el rol de los particulares se expande a importantes actividades públicas, pero que se intensifica al ir más allá de la planeación hasta extenderse hasta la *financiación privada de la inversión pública*.

Tras la intervención en la planeación y financiación es indudable que los particulares son gestores de lo público y, junto al Estado, se extiende un marco de responsabilidad compartida en el logro de los cometidos antes *estatales* ahora *públicos* previstos dentro del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho.

ii) *El modelo de APP como fórmula financiera para salir de la crisis.* El problema que siempre ha tenido la Administración Pública en la realización de sus cometidos, especialmente, la provisión de infraestructura reside en la financiación

-¿De dónde sacar los recursos?-. Los modelos de financiación pueden ser públicos, privados o mixtos, los públicos se han concentrado en el modelo presupuestario y no presupuestario²⁴. El primero se concreta en tres formas: i) con abono de certificaciones de disponibilidad y registros presupuestales que se computan, generalmente, en las partidas de inversión; ii) con aplazamiento y fraccionamiento del pago que se concreta en las vigencias futuras; y iii) con aportaciones públicas que se concretan en subvenciones o beneficios económicos directos o indirectos para la realización o la gestión de un proyecto. Y, la financiación no presupuestaria que se concreta en cobros de tasas por prestación del servicio.

Casi todas las formas de financiación pública conllevan un endeudamiento y déficit para las entidades públicas, eso aunado a las fuertes restricciones que se presentan por la escasez de recursos públicos y la necesidad de priorizar el gasto público, genera restricciones para la inversión en la infraestructura, de modo que se tenga que acudir a las fuentes de financiación privada o mixtas. Es aquí donde las APP se presentan como fórmulas contractuales relevantes para la gestión pública y con un protagonismo destacado de los particulares al promover las iniciativas con financiación privada.

Así, se promueve ejecutar obras públicas sin recursos públicos, sin endeudamiento y déficit público, esta es la clave, la financiación privada suple las falencias presupuestales y económicas de las administraciones públicas proveyendo la infraestructura mucho antes de lo que se lograría acudiendo a la financiación pública, y luego, cuando la infraestructura esté disponible y cumpla los niveles de calidad, se pagará la contraprestación que, generalmente, queda en manos de los usuarios de los bienes y servicios públicos.

En este sentido, las APP se impulsaron en la Unión Europea a partir de dos objetivos que parecen contradictorios: por un lado, la necesidad de construir y renovar las redes transeuropeas de transporte y mejorar la prestación de servicios públicos, y por otro lado, respetar las restricciones presupuestarias y los límites de endeudamiento público. (Hernando Rydings, 2012, p. 94). Lo anterior, porque las APP con financiación privada no repercuten en el límite de endeudamiento, por tanto, no aumentan el déficit de las administraciones públicas y constituyen una huida de la contabilidad de las entidades públicas²⁵.

24 Sobre el particular, confróntese el capítulo 4 sobre modelos de financiación de infraestructura (p. 84 y ss) en Vasallo Magro & Izquierdo de Bartolomé (2010).

25 Al respecto, en la doctrina se destaca que: "(...) se concibe el advenimiento de los mecanismos de CPP como una variante moderna y sofisticada de esa huida del derecho administrativo, ahora huida del derecho contable, por cuanto se pretende con ellas mantener la inversión en infraestructuras públicas y, a la vez, que el gasto público asociado a dichas infraestructuras no compute en el déficit de las Administraciones Públicas". (Araujo Barceló, 2013, p. 30). En el mismo sentido, confróntese a González García, J. V. (2010).

Conforme a lo anterior, se vislumbra un importante ámbito de acción de las APP que redunda en oportunidades y satisfacción de las necesidades colectivas con mayor rapidez que con el típico modelo de financiación pública y, al mismo tiempo, se crea un reto para la implementación y el fomento de la inversión pública por particulares. Razones demás para evidenciar el marco de corresponsabilidad en la gestión pública.

iii) *Las ventajas del modelo de las APP.* En la doctrina son recurrentes las calificaciones positivas de las APP como un elemento central para el desarrollo territorial, tanto en la Unión Europea, en el Libro Verde sobre la colaboración público privada (2004), como en América Latina, a partir de los estudios realizados por el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, los diferentes países y consultores de la materia (Devlin & Monguillansky, 2009, p. 9), y en Colombia, como se deriva de la exposición de motivos de la ley 1508 de 2012 (2011). En tal sentido, se pretende destacar las principales ventajas o bondades del modelo de APP, la gran mayoría residen en la configuración jurídica de la institución y responden a las notas características previamente expuestas, pero en la doctrina también se destacan otros aspectos positivos de las APP.

En este sentido, Hernández Ucrós señala como bondades del modelo de APP: i) ser una herramienta para salir de la crisis²⁶; ii) impulsar la generación de mayor y mejor infraestructura; iii) la disminución de costos del proyecto; iv) la disponibilidad de la infraestructura, servicio y estándares de calidad; v) la Administración como socia del proyecto. (2014, p. 22).

Y de una manera más completa, Vallés & Cazallo presenta las ventajas generales de las APP en cinco grupos: i) ventajas fiscales como la mejora de la deuda pública, mejor valoración del dinero, asignación óptima del riesgo y control presupuestario; ii) ventajas económicas que se manifiestan en la rapidez de entrega, modernización, fiabilidad, eficacia y acceso a capital internacional; iii) ventajas tecnológicas como la transparencia tecnológica, formación e innovación; iv) ventajas sociales ya que las APP sirven para satisfacer las necesidades sociales, para aumentar el nivel de vida, mejorar el medio ambiente, equilibrar los objetivos públicos y privados y promover un proceso de asignación eficiente de los recursos; y, v) ventajas políticas porque promueven un nuevo papel del gobierno, conservan la responsabilidad pública para la provisión de servicios en materia de control, regulación y financiación y contribuyen a la estabilidad en el largo plazo (2008, p. 9).

Colaboración público – privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y privado y la aticipidad de la gestión patrimonial. Madrid: Marcial Pons. p. 36 y ss.

26 Carbajal Fibla, B. C. (2011). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis. España: Contratación Administrativa Práctica N° 110, Julio.

Adicionalmente, se evidencian las ventajas según el sujeto de la relación, así desde el *sector privado*: i) se tiene una inversión a largo plazo con aval de la Administración Pública; ii) se reducen los costos derivados de los riesgos; y iii) generan oportunidades de integración en infraestructuras, mantenimiento y operación. Y la *Administración pública por su parte tiene*: i) una liberación de recursos y reducción del déficit; ii) mayores proyectos y más económicos; iii) agilidad en el plazo de la iniciativa privada y iv) el control de procesos de diseño, construcción y mantenimiento (2008, p. 10).

En esta línea se puede concluir que el modelo de las APP constituye una estrategia donde el Estado y los particulares compaginan sus intereses y ambos resultan ganando, las entidades públicas reducen los riesgos en materia contractual, se promueve una mayor y mejor inversión en infraestructura y servicios públicos, y de esta manera, se impulsa el desarrollo económico y social del país.

iv) *Las APP como promotoras de las metas de la hacienda pública: desarrollo, crecimiento y equidad*. Las alianzas público privadas permiten alcanzar las metas de la hacienda pública -crecimiento, desarrollo y equidad- porque en la economía se considera que *sin infraestructura no hay desarrollo* y las mayores dificultades del país radican en la inexistencia de infraestructura económica y social competitiva y en las dificultades del Estado para desarrollar megaproyectos. En este sentido, los particulares se convierten en agentes económicos que promueven las metas de la hacienda pública cuando participan en las APP, especialmente, cuando la iniciativa y la financiación es privada. En efecto, las APP promueven el desarrollo, crecimiento y equidad por las siguientes razones:

- Promueven el fortalecimiento de la inversión privada, la autosostenibilidad de las iniciativas particulares y el aprovechamiento del plus de conocimientos del sector privado.
- Fomentan una mejor distribución de los riesgos, especialmente los relacionados con la financiación y el aprovisionamiento de los bienes y servicios.
- Propician una mayor disciplina con la retribución, dado que, si no se sujetan a los estándares de calidad, el riesgo debe asumirlo el contratista y no el Estado.
- Impulsan la infraestructura de transporte -vial, aeroportuaria, vías férreas, entre otros- creando conectividad en el país, la cual redundará en ventajas económicas y sociales para toda la población.
- También se promueve la infraestructura económica y competitiva que permita al país ser competitivo en la provisión de bienes y servicios, tanto a nivel nacional como internacional.

- Adicionalmente, las APP permiten invertir en la infraestructura social como en la construcción de hospitales, colegios y en la renovación del inmobiliario público.
- Las APP también tienen como objeto la prestación de servicios públicos.

Bajo este marco de corresponsabilidad se vislumbran grandes oportunidades y retos tanto para el sector privado como el sector público. Con todo, los retos ahora empiezan porque se requiere un sector privado que responda a los desafíos combinando el bienestar general con el ánimo de lucro de su actividad económica, una ciudadanía que desarrolle muy bien su tarea de veeduría y control social de los proyectos de APP, y una Administración Pública que debe fortalecerse institucional y técnicamente para desarrollar a cabalidad su nuevo rol de cogestor y garante de la contratación estatal.

v) *La proyección de las APP en la práctica.* Las APP constituyen la apuesta más grande de la contratación pública para el desarrollo tanto a nivel internacional como nacional²⁷. En Colombia la inversión en infraestructura económica y social, y sus servicios asociados, se evidencia en los destacados proyectos de Concesiones Viales de Cuarta Generación (4G) y en las múltiples APP de iniciativa pública y privada que se encuentran en trámite.

En este sentido se destaca que desde su inicio hasta el último trimestre del 2015 se hayan incluido 395 proyectos en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), registrándose 24 proyectos en este trimestre (Departamento Nacional de Planeación, 2015, p.1). Adicionalmente, sobresale el liderazgo de las APP en el sector de la infraestructura vial, transporte urbano, parqueaderos públicos y renovación urbana.

En efecto, el Departamento Nacional de Planeación en las estadísticas del RUAPP señala que del total de proyectos registrados el 57.83% son del sector transporte los cuales se concretan en vías, aeropuertos, trenes y transporte urbano; mientras el 42,17% restante corresponde a proyectos de carácter social como parqueaderos públicos, renovación urbana, alumbrado público, agua y saneamiento, control vial, residuos sólidos, edificaciones públicas, salud, locales comerciales, casas de justicia y/o cárceles, escenarios deportivos, logística urbana, parques públicos, educación, logística aeroportuaria, mobiliario urbano, construcción de

27 En la Unión Europea se destaca la inversión en la red de transeuropea de transporte, pues el 84% de los proyectos de APP se concentran en la movilidad, pero también sobresale en la construcción de infraestructuras y equipamientos en distintos sectores como puentes, túneles y carreteras, puertos, centros penitenciarios, tratamiento de residuos y agua, educación, aeropuertos, ocio, deporte y turismo, sanidad, defensa y ferrocarril. En el 84% de los casos se trata de infraestructuras de movilidad. (Ysa, 2009, p. 30)

diques, gestión documental, logística portuaria, sistemas de información, televisión y vivienda (2015, p. 3).

Conforme a lo anterior, las APP se extienden a un sinnúmero de sectores que constituyen un importante marco de acción e intervención para la expansión de este modelo contractual, la satisfacción de las necesidades de la colectividad y el desarrollo económico y social del país, a partir de un renovado rol de los particulares y el Estado en la realización y búsqueda de los cometidos del Estado Social de Derecho dentro un marco jurídico de responsabilidades compartidas.

Referencias

- Acerete Gil, J. B. (2004). *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones Público – Privadas*. Tesis doctoral. España: Instituto de Estudios Fiscales. Departamento de Contabilidad y Finanzas. Universidad de Zaragoza.
- Araujo Barceló, A. (2013). *La colaboración público – privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre*. Documento No. 4. Madrid: Universidad Carlos III. Instituto de Estudios Fiscales.
- Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ariño Ortiz, G. (2008). El contrato de colaboración público-privada. Ponencia presentada en las VI Jornadas Internacionales de Contratación Estatal en Cartagena los días 28 y 29 de septiembre. En: Vivero Arciniegas, F. (comp.). (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2000). *Un nuevo impulso a la integración de la infraestructura regional en América del Sur*. Recuperado de http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/Un%20Nuevo%20Impulso%20a%20la%20Integracion%20de%20la%20Infraestructura.pdf
- Blair, T. (1998) *La tercera vía, una democracia social moderna*. Miami: El país. 21 de septiembre.
- Blair, T. (1999). *La tercera vía*. Bogotá: Ediciones Aguilar.
- Bobbio, N. (2006). *Estado, gobierno y sociedad*. trad. Fernández Santillán. J. F. 12ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carbajal Fibla, B. C. (2011). *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis*. España: Contratación Administrativa Práctica N° 110, Julio.
- Casado Cañeque, F. (2007). *Alianzas público – privadas para el desarrollo*. Documento de Trabajo No. 9. Madrid: Fundación Carolina – CeALCI.

- Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). *Libro Verde. Sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Bruselas. 30.4.2004. COM (2004) 327 Final.
- Congreso de Colombia. (2011). *Exposición de motivos de la Ley de Asociaciones Público – Privadas en Colombia*. Gaceta 823, 931, 932, 973, 975, 977 y 988.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-300.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-595.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-050.
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Informe trimestral del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP)* Boletín No. 08. Cuarto trimestre. Bogotá: Programa de Apoyo a la Participación Privada –PAPP- en Infraestructura. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/RUAPP%204%20TRIMESTRE%202015.pdf>.
- Devlin, R. & Moguillansky, G. (2009). *Alianzas público – privadas para una visión estratégica del desarrollo*. Santiago de Chile: Naciones Unidas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Recuperado de https://www.oas.org/es/sap/docs/dgpe/Alianzas_pub_privadas_s.pdf
- Expósito Vélez, J. C. & Santos Rodríguez, J. E. (2009). *La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos*. Revista digital de Derecho Administrativo, N° 3, Segundo semestre. pp. 85-154. Recuperado de file://Dialnet-La IniciativaPrivadaEnLasConcesionesDeInfraestructu-5137245.pdf.
- Galán Galán, A. & Prieto Romero, C. (2010). *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración*. Madrid: Huygens Editorial.
- García Pelayo, M. (1995). *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. 9ª reimpresión. 2ª ed. Madrid: Alianza Universidad.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Teoría General del derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hernández Ucrós, M. M. (2014). *Asociaciones Público Privadas. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
- Hernando Rydings, M. (2012). *La Colaboración Público Privada. Fórmulas Contractuales*. Pamplona –España: Civitas. Thomson Reuters.
- Hinojosa, S. A. (2013). *Asociaciones Pública-Privadas: Una nota conceptual*. Recuperado de http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Encuentros_tecnicos/Participaciones_PIAPPEM/APP_nota_conceptual.pdf.
- Laguna Sanquirico, F. (2012). *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

- Observatorio Legislativo. (2012). *Asociaciones Público Privadas*. Boletín N° 197. Febrero. Recuperado de http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_197.
- Mancipe González, J. A. (2015). *La gestión de lo público por los particulares en el Estado contemporáneo: análisis de las alianzas público privadas (APP) en Colombia. ¿En Colombia, el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, constituye una nueva forma de gestión de los asuntos públicos por parte de los particulares?* Tesis para optar al título de Maestría. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Marienhoff, M. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª ed. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marín Cortes, F. (2008). *Público y Privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá: Temis.
- Ministerio de Hacienda. (2015). *MinHacienda ratifica apoyo absoluto del Gobierno Nacional al proyecto del Metro de Bogotá*. Boletín 039 del 16 de marzo. Bogotá.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (1994). *Crisis del Estado de Bienestar*. Madrid: Revista Tapia. Octubre. pp. 13 – 19.
- Saasen, S. (2010). Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas. En: Saldivia, L. (com). *Estado, Soberanía y Globalización*. (2010). Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana. Instituto Pensar.
- Sepúlveda Figueroa, B. J. (2014). *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*. Tesis para optar al título de Maestría. Tunja: Universidad Nacional de Colombia.
- Suárez Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Tafur Galvis, A. (1993). *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado Colombiano. La participación, la colaboración convencional, las empresas públicas y la privatización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Toro Cepeda, J. (2009). *Experiencia chilena en concesiones y Asociaciones Público - Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos*. Informe Final. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPEM). Santiago de Chile: Recuperado de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>
- Valle Zayas, J. (2004). *Invertir en infraestructuras en Brasil: las parcerias público privadas*. En: Actualidad Jurídica (Uria & Menéndez). Núm. 9. Septiembre. Recuperado de http://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2318/vid/invertir-infraestructuras-privadas-256411?ix_resultado=6.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bq%5D=asociaciones+Público+privadas.

- Vasallo Magro, J. M. & Izquierdo de Bartolomé, R. (2010). *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Bogotá: Corporación Andina de Fomento.
- Vallés Ferrer, J. & Cazallo Antúnez, A. M. (2008). *Los contratos de colaboración público-privado*. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/28299856_Los_contra
tos_de_colaboracion_publico-privado.
- Ysa, T. (2009). La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futuro. En: Ramió, C. (Coord.) *La colaboración público – privada y la creación de valor público*. Colección Estudios. Serie Gobierno Local. Barcelona: Diputación de Barcelona.



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: Retrato ecuestre
Técnica: óleo sobre lienzo
Año: 2007

El oro como disputa: prácticas de resistencia en Marmato frente a la economía extractiva¹

DOI: [10.17533/udea.esde.v73n162a07](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n162a07)

- 1 Artículo producto de la investigación *La minería en el municipio de Marmato: una mirada a los procesos sociales y a las percepciones y representaciones de sus habitantes*, adscrita al grupo de investigación Derecho y Sociedad. María Rocío Bedoya Bedoya, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, fue la investigadora principal y aportó a la construcción de este artículo. El proyecto se desarrolló con recursos de la Convocatoria Programática de Ciencias Sociales, Humanidades y Artes 2013, realizada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- de la Universidad de Antioquia y fue aprobado en el Acta 647 del 17 de septiembre de 2013 del mismo Comité. La investigación terminó el 18 de diciembre de 2015.

Citación de este artículo con el sistema APA: Parra Barbosa, L. A. & Londoño Berrío, H. (2016). El oro como disputa: prácticas de resistencia en Marmato frente a la economía extractiva. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 173-195. DOI: [10.17533/udea.esde.v73n162a07](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n162a07)

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 18 de mayo de 2016

El oro como disputa: prácticas de resistencia en Marmato frente a la economía extractiva

*Lizeth Alejandra Parra Barbosa*²

*Hernando Londoño Berrío*³

Resumen

Marmato ha sido un municipio de vocación para la explotación minera. Sin embargo, el Estado colombiano ha venido imponiendo una concepción de Desarrollo plasmada en el avance de la locomotora minero-energética del gobierno de Santos basada prioritariamente en la Inversión Extranjera Directa, bajo un marco legislativo y de políticas económicas y ambientales que responde a un modelo de producción extractivo que excluye la minería artesanal y a las comunidades que tradicionalmente han derivado su sustento y el de sus familias de este tipo de actividad. El propósito de este artículo es aproximarse a las formas de resistencia de los marmateños a partir de la organización y movilización social, así como a los conflictos generados alrededor de las dinámicas de reconfiguración territorial a partir de los cambios en la política y la institucionalidad minera en el nuevo rol del Estado determinado por el modelo vigente.

Palabras clave: minería, Marmato, Inversión Extranjera Directa.

Gold as a dispute: practices of resistance to the extractive economy in Marmato (Caldas, Colombia)

Abstract

Marmato has been a municipality with a vocation for mining exploitation. However, the Colombian State has been imposing a concept of development embodied in the advance of the mining-energy locomotive of the Santos government based primarily on Foreign Direct Investment, under a legislative framework and economic and environmental policies that respond to a model of extractive production that excludes artisanal mining and communities that have traditionally derived their livelihoods and that of their families from this type of activity. The purpose of this article is to approach the forms of resistance of the inhabitants of Marmato from the organization and social mobilization, as well as to the conflicts generated around the dynamics of territorial reconfiguration from the changes in the politics and the institutional mining in the new role of the State determined by the current model.

Key words: mining, Marmato, Foreign Direct Investment.

2 Estudiante del pregrado en Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Auxiliar de investigación en el proyecto *La minería en el municipio de Marmato: una mirada a los procesos sociales y a las percepciones y representaciones de sus habitantes*.

3 Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Coinvestigador en el proyecto *La minería en el municipio de Marmato: una mirada a los procesos sociales y a las percepciones y representaciones de sus habitantes*. Integrante del grupo de investigación Derecho y Sociedad de la misma Facultad y Universidad. Calle 70 N° 52-21, Medellín, Colombia. Correo electrónico: hernando.londono@udea.edu.co

O ouro como disputa: práticas de resistência diante da economia extrativista em Marmato (Caldas, Colômbia)

Resumo

Marmato tem sido um município de vocação para a mineração. No entanto, o Estado colombiano tem imposto uma concepção de Desenvolvimento concretizada no avanço da locomotiva mineiro-energética do governo de Santos baseada prioritariamente no Investimento Estrangeiro Direto, dentro de um quadro legislativo e de políticas econômicas e ambientais que responde a um modelo de produção extrativista que exclui a mineração artesanal e as comunidades que tradicionalmente tem tirado o seu sustento e o das suas famílias deste tipo de atividade. O propósito deste artigo é aproximar-se das formas de resistência dos habitantes de Marmato a partir da organização e da mobilização social, assim como dos conflitos gerados em torno das dinâmicas de reconfiguração territorial a partir das mudanças na política e a institucionalidade mineira no novo papel do Estado determinado pelo modelo vigente.

Palavras-chave: mineração, Marmato, Investimento Estrangeiro Direto.

El oro como disputa: prácticas de resistencia en Marmato frente a la economía extractiva

Introducción

Marmato es un municipio que desde hace más de 500 años ha sido de vocación para la explotación minera. Sin embargo, el Estado colombiano ha venido imponiendo una concepción de Desarrollo plasmada en el avance de la locomotora minero-energética del último gobierno de Santos basada prioritariamente en la Inversión Extranjera Directa, bajo un marco legislativo y de políticas económicas y ambientales que responde a un modelo de producción extractivo que excluye la minería artesanal y a las comunidades que tradicionalmente han derivado su sustento y el de sus familias de este tipo de actividad.

Con este contexto, el propósito de este artículo es realizar una aproximación a las formas de resistencia de los marmateños a partir de la organización y movilización social, así como a los conflictos generados alrededor de las dinámicas de reconfiguración territorial a partir de los cambios en la política y la institucionalidad minera en el nuevo rol del Estado determinado por el modelo vigente.

Para cumplir con dicho propósito se utilizó una metodología de corte cualitativo, se aplicaron entrevistas semiestructuradas a diferentes pobladores mineros y expertos en el tema de la explotación minera en Colombia, y en particular en Marmato; así mismo, se adelantó una revisión documental acercándonos a Planes de Desarrollo, libros, artículos de revista científica, y normativa para construir nuestras hipótesis y marco teórico.

Este artículo se divide en tres apartados. En el primero se expone el marco referencial y normativo, mostrando, en primer lugar, algunos antecedentes históricos frente a la minería en Colombia, tras esto se expresa la concepción de desarrollo y minería por parte del gobierno visto en los planes de desarrollo de orden nacional, departamental y municipal, así como en las políticas y la institucionalidad minera; en el segundo apartado, se presenta la reestructuración en la institucionalidad minera y cómo esto ha generado una reconfiguración territorial en Colombia, observando sus cambios e impactos en el territorio; en el tercer apartado, se expone la concepción de resistencia tomada de Francois Houtart (2001), para relacionarlo con las prácticas de resistencia en Marmato. Finalmente, se presentan las conclusiones.

Como conclusión se puede afirmar que, en el contexto de expansión y multiplicación de las luchas de resistencia por parte de diferentes comunidades

campesinas, afroamericanas e indígenas en contra de la minería, Marmato es un caso particular dado que la lucha de la comunidad no es contra la explotación minera y sus efectos sobre la salud y el medio ambiente, probablemente debido a la historia del municipio, en cambio está focalizada contra el modelo de desarrollo del cual son excluidos.

1. El modelo extractivista: una estrategia de crecimiento económico en las metas del desarrollo

El actual gobierno colombiano actuando en el marco de la globalización y dando continuidad a una política que viene del gobierno anterior (Álvaro Uribe Vélez), ha adoptado como estrategia de crecimiento económico el modelo de desarrollo extractivista concebido como una de las cinco locomotoras en las metas del desarrollo. Veremos entonces, cuál es el papel, que según el actual gobierno de Juan Manuel Santos debe desempeñar esta locomotora en Colombia, cuáles son los retos y metas para el sector minero energético y, cómo ha sido forjada la locomotora minera en El Plan Nacional de Desarrollo *Prosperidad para todos* 2010 – 2014 (Plan Nacional de Desarrollo, 2010).

1.1 ¿Cuál es el papel que según el gobierno de Santos debe desempeñar esta locomotora minera en Colombia?

Según el Departamento Nacional de Planeación (2010), se espera que la locomotora minera juegue un papel relevante en varios campos de la economía del país: i) en el crecimiento del Producto Interno Bruto; ii) en la generación de empleo con hidrocarburos, minería y energía eléctrica; iii) en las exportaciones totales del sector de minas y energía, el cual incluye petróleo y derivados del carbón, ferromniquel y otros minerales; iv) en la internacionalización de la economía, aumentando las exportaciones de los productos que hacen parte del sector de minas y energía; y v) en el desarrollo regional, aumentando los recursos por concepto de regalías.

1.2 ¿Cuáles son los retos y metas del sector minero energético en Colombia?

En las metas del Plan Nacional de Desarrollo, se prevén los impactos de las locomotoras, los cuales fueron calculados a partir del modelo de equilibrio general computable– MACEPS y luego fueron simulados en una función de producción Cobb Douglas para establecer el comportamiento de la Productividad Total de los Factores–PTF-.

Escenario económico del Plan Nacional de Desarrollo-Proyecciones 2014⁴

	PTF	DESEMPLEO	INVERSIÓN	CRECIMIENTO
Escenario base*	0.7	10.5	27,0	4,5
Minería	0.9	10.3	28,0	4,8
Vivienda	1.1	9.8	29,0	5,2
Agropecuario	1.1	9.7	29,2	5,3
Infraestructura	1.2	9.4	29,5	5,6
Innovación	1.6	9.0	30,1	6,2

Fuente: DANE–DNP: DEE

*Corresponde al crecimiento del PIB potencial

1.3 ¿Cómo ha sido concebida la locomotora minera en los Planes Nacional, Departamental y Municipal de Desarrollo que afectan al municipio de Marmato?

1.3.1 Antecedentes

Desde comienzos de la década del noventa del siglo pasado hemos asistido al auge del modelo extractivista que ha tenido mayor desarrollo en el actual gobierno de Juan Manuel Santos. Los Planes Nacionales de Desarrollo, La Revolución Pacífica (1991–1994) y el Salto Social (1994 - 1998) sustituyeron el modelo cepalino (intervencionista) por un modelo de desarrollo neoliberal y extractivista, cuyo rasgo predominante era poner el énfasis en la inversión extranjera, mostrando al sector minero energético como el más dinámico de la economía (Fierro, 2012).

En esta dirección, se crearon en 1994 la Unidad de Planeación Minero Energética–UPME- adscrita al Ministerio de Minas y Energía y en 1997 el documento CONPES 2898, estrategia para el fortalecimiento del Sector Minero colombiano, que sentó las bases para la planeación de la minería en el país. (Arias, 2013).

En el Plan Nacional de Desarrollo, Cambio para Construir la Paz (1998–2002) se propuso la estabilización macroeconómica como requisito indispensable del modelo de desarrollo neoliberal y extractivista. Y en 1999 se aprobó el Plan Colombia con el propósito fundamental de acabar con el conflicto armado; sin embargo, los planes

4 Los impactos de las locomotoras fueron calculados a partir del modelo de equilibrio general computable–MACEPS- y luego fueron simulados en una función de producción. Cobb Douglas para establecer el comportamiento de la Productividad Total de los Factores–PTF-

reales han estado asociados, entre otras cuestiones, con el control territorial del país por parte de Estados Unidos y de sus grupos económicos a través de estrategias como la presencia militar norteamericana en Colombia, especialmente en aquellas regiones que presentan un importante patrimonio minero (Arias, 2011). En este sentido, se dice que el auge de las actividades extractivistas minero-energéticas en Colombia de los últimos años ha venido acompañada de una fuerte militarización de las zonas donde el sector minero-energético opera. El gobierno colombiano ha creado a lo largo de los últimos años los denominados Batallones Energéticos, Mineros y Viales⁵.

En el año 2001 se aprobó el Código Minero Colombiano a través de la ley 685, el cual se enmarca en los postulados del Consenso de Washington según los cuales el Estado se limita a ser facilitador y fiscalizador, al tiempo que incentiva en forma eficaz y contundente la inversión privada, con prelación del capital transnacional (Arias, 2013, p. 593). Conviene destacar algunos aspectos negativos del citado código: desconocimiento de la minería tradicional, obstáculos para legalizar la minería de hecho, desconocimiento de la consulta previa e informada y la eliminación del requisito de licenciamiento ambiental y la presentación del estudio ambiental en la fase de exploración (ley 685, 2001).

Otro antecedente importante es que desde 1997 el gobierno canadiense intervino en la formulación del Código de Minas colombiano a través de un convenio entre el Ministerio de Minas y Energía y el Canadian Energy Research Institute –CERI-, lo cual fue denunciado por la Contraloría General de la República en el año 2000 (Fierro, 2012).

Durante los dos períodos de gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, en los Planes Nacionales de Desarrollo Hacia un Estado Comunitario (2002 – 2006) y Estado Comunitario Desarrollo para Todos (2006–2010) se insistió en el fortalecimiento de la confianza inversionista en el sector minero, al tiempo que se redujo considerablemente la inversión pública del Estado, creando las condiciones legales, financieras e institucionales necesarias para la inversión privada y transnacional.

En el año 2004 se reestructura la institucionalidad minera: de un lado, se liquida a MINERCOL LTDA, empresa industrial y comercial del Estado que desarrollaba las funciones de administración minera. De otro lado, se delegó a INGEOMINAS las funciones administrativas, de servicio y de fuente de información geológico-

5 Para ampliar este tema ver artículo publicado en Boletín de Especuladores de la guerra de War Resister's International (WRI-IRG), por Tomás Gisbert Caselli y María Jesús Pinto, abril 2014. Recuperado de <http://www.wri-irg.org/node/23010>.

minera, lo que significa que actualmente solo se investiga sobre la riqueza minera, abandonando áreas fundamentales para el bienestar de la sociedad (Fierro, 2012). En el mismo año, se reforma la UPME con el propósito de mejorar el sistema de divulgación minero energético en el contexto de los grandes inversores privados y transnacionales.

En el año 2005 el gobierno nacional presentó la propuesta *Visión Colombia II Centenario 2019* cuyo propósito central es la inserción del país como clúster minero-energético en la recomposición político-económica del mundo mediante la inversión privada en la ejecución de proyectos, la cual ha tenido el siguiente comportamiento: del 10.1% en 2005 pasó al 18.3% en 2019. (DNP, 2005). Un año después, se conoce un plan más ambicioso: *Colombia País Minero-Plan Nacional para el Desarrollo Minero Visión al año 2019*, cuyos rasgos más destacados son los principios de competitividad, beneficios normativos e incentivos para empresas mineras (UPME, 2006). En este último, los mineros tradicionales son considerados como poco competitivos y de poco interés para la nación.

1.3.2 Plan Nacional de Desarrollo *Prosperidad para Todos* (2010– 2014)

Bajo el actual gobierno de Juan Manuel Santos, se presentó este plan de desarrollo cuya premisa es establecer un gobierno de tercera vía: “El mercado hasta donde sea posible y el Estado hasta donde sea necesario (...) el Estado es quien despeja el camino, pero el sector privado es quien lo construye y lo recorre” (Plan Nacional de Desarrollo, 2010). Este plan busca implementar políticas para aumentar la competitividad de la economía bajo el liderazgo del sector privado, en el entendido de que son los únicos agentes capaces de impulsar el desarrollo del país en los próximos años, para lo cual se han establecido las cinco locomotoras de crecimiento mencionadas en el literal 1.2 de esta ponencia, entre las que se encuentra el sector minero-energético, cuya principal estrategia de potenciación es la participación cada vez mayor del sector privado y de las empresas transnacionales.

En el año 2011, asistimos nuevamente a una reestructuración de la institucionalidad minera. Esta vez se creó la Agencia Nacional Minera -ANM- para administrar el patrimonio minero de la nación, y se transformó a INGEOMINAS en una entidad encargada del Servicio Geológico Colombiano-SGC- como apoyo técnico de la citada agencia. De esta manera, bajo la lógica extractivista, el comportamiento de la titulación minera para grandes proyectos en Colombia durante la última década es verdaderamente preocupante si tenemos en cuenta el incremento descomunal en el número de títulos mineros (61%) del año 2000 al año 2005 y 48% entre el 2005 y el 2010; exenciones tributarias mucho mayores que las regalías y pasivos ecológicos y sociales considerables (Ponce, 2012).

Sin duda, son los megaproyectos extractivos los que han sido declarados como la principal locomotora del crecimiento económico y el desarrollo sostenible del actual gobierno colombiano, en una economía que convierte el patrimonio público en un recurso privado y que insiste en el desarrollo de grandes proyectos mineros en ecosistemas frágiles, con los riesgos ecológicos y sociales que esto implica, según las recomendaciones adoptadas en la Cumbre del Cambio Climático realizada en diciembre de 2012.

1.3.3 Planes Departamentales de Desarrollo

En sintonía con este propósito nacional de crecimiento económico, se encuentra el *Plan Departamental de Desarrollo para hacer de Caldas nuestra mejor empresa (2008–2011)*. Una de sus apuestas productivas es el sector de minas y energía con una política emprendedora en el marco de la globalización y de la competitividad, a partir del aprovechamiento de la riqueza natural del departamento; la consolidación del sector minero con prioridad para inversionistas privados y la consolidación de la política de defensa y seguridad democrática.

Por su parte, el actual *Plan Departamental de Desarrollo Caldas Compromiso de Todos (2012–2015)*, propone avanzar en las metas de desarrollo contenidas en el *Plan Colombia Visión II Centenario 2019* en lo concerniente con atraer la inversión privada y transnacional mediante la creación de estímulos para este sector. Sin embargo, conviene resaltar que el actual Plan Departamental de Desarrollo no hace referencia a la gran minería transnacional; en su lugar, plantea propuestas con énfasis en la pequeña y mediana minería reconociendo el derecho histórico y cultural que tienen las comunidades mineras tradicionales del departamento de Caldas, como la del municipio de Marmato (Plan Departamental Desarrollo, 2012).

1.3.4 Plan Municipal de Desarrollo

En el contexto municipal, el actual *Plan de Desarrollo, Marmato hacia la Prosperidad Integral (2012–2015)*, propone la ejecución de acciones encaminadas al fomento de la actividad minera de manera lícita y controlada, cumpliendo con las normas minero ambientales, con especial énfasis en el fortalecimiento de la pequeña minería legalmente constituida y la minería tradicional, lo cual, según el texto del plan, no debe ser obstáculo para la explotación extranjera transnacional, además propone la concertación de proyectos entre los mineros tradicionales y las empresas transnacionales (Plan de Desarrollo municipal, 2012). Por su parte, el Esquema de Ordenamiento Territorial–EOT– del municipio de Marmato se encuentra actualmente en proceso de revisión y ajuste en medio de las presiones, por un lado,

de la transnacional *Gran Colombia Gold Corp.* que le ha solicitado a la Alcaldía incluir las áreas necesarias para desarrollar el megaproyecto de minería a cielo abierto, lo cual implicaría la reubicación del centro histórico de Marmato y de los marmateños. Y, por otro lado, de CORPOCALDAS, la actual administración de la Gobernación de Caldas, la comunidad organizada y los mineros tradicionales, quienes se oponen a la minería a cielo abierto y al traslado del municipio (Arias, 2013, p. 594).

2. Las políticas mineras y la institucionalidad en Colombia

Como se dijo anteriormente, existe un gran proyecto por parte del gobierno que gira alrededor de la explotación de la minería a cielo abierto como eje fundamental del desarrollo colombiano. Para alcanzar este propósito, se cuenta con planes, proyectos, instrumentos, políticas públicas e instituciones mineras que han sido diseñadas en sintonía con esa idea extractivista. En este apartado, se abordarán las políticas sectoriales mineras y la institucionalidad que soporta este sector en Colombia. Es de anotar, sobre este último aspecto la concepción de instituciones; “institución” hace referencia a organizaciones particulares, como son los ministerios o agencias públicas, las organizaciones de productores, las universidades, etc. Con frecuencia cuando se remite al cambio institucional se habla de la reasignación de competencias y a los modelos de organización y de gestión de estas entidades. Es lo que en términos de North se denomina como organismos:

Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más exactamente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana [...]. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico (North, 1990, p. 13).

En la perspectiva de esa definición, las normas son las limitaciones formales a las instituciones, en tanto los acuerdos y códigos de conducta constituyen las limitaciones informales. A su vez, las instituciones se diferencian de los organismos, que deben entenderse como los cuerpos políticos (partidos políticos, congreso), cuerpos económicos (empresas, sindicatos y cooperativas), cuerpos sociales (iglesia, clubes, asociaciones) y cuerpos educativos (escuelas, universidades) (North, 1990; Scott, 1995). Por ello, el énfasis analítico debe colocarse en la interacción entre instituciones y organismos:

Las instituciones, junto con las limitaciones ordinarias de la teoría económica, determinan las oportunidades que hay en una sociedad. Las organizaciones u organismos son creados para aprovechar esas oportunidades y, conforme evolucionan los organismos, alteran las instituciones (North 1990, p. 19).

En este artículo, se expone la estructura institucional formal y los organismos vinculados a la administración del recurso minero en torno a la explotación del Oro en Colombia.

2.1 Políticas sectoriales mineras

Las políticas que se expondrán a continuación reflejan el accionar y la visión del gobierno en tres aspectos fundamentales para la explotación minera: en primer lugar, la necesidad de posicionar a Colombia como destino de las inversiones mineras, a través de la “*Política de Promoción de Colombia como País Minero*”; en segundo lugar, la decisión de reestructurar la institucionalidad minera para ofrecer mejores servicios a los usuarios o clientes, por medio de la “*Política de Administración del Recurso Minero*” y; finalmente, el propósito de iniciar una campaña de legalización de la minería local a pequeña escala, que requiere un mayor apoyo del gobierno para incorporar todos los requerimientos a nivel empresarial y económico con el fin de lograr adecuados niveles de seguridad industrial, con la “*Política de Mejoramiento de la Productividad y la Competitividad del Sector Minero*”.

- **La política de *Promoción del País Minero*** plasmada en ley 685 de 2001 que contiene el Código de Minas, fue la respuesta del Estado a los desafíos de una actividad cada vez más globalizada y a las necesidades de desarrollo de la sociedad colombiana. Esta ley, según Fierro (2012), trae un importante cambio en los roles que tanto el Estado como los particulares han de realizar en la actividad minera, al tiempo que establece reglas claras y estables para que el sector privado invierta en el desarrollo de la minería, precisa el papel del Estado dentro del sector circunscribiendo sus funciones a la planeación, regulación, promoción, administración y fiscalización del recurso y la industria minera.

El objetivo central de esta política es incrementar la participación de los inversionistas mineros en el país, tanto empresas juniors y promotoras de proyectos mineros, como conglomerados y empresas mineras de tradición que logren atraer recursos técnicos y de capitales nacionales y extranjeros para el sector y añadir mayor valor agregado a la cadena.

- **La Política de *Administración del Recurso Minero*** espera alcanzar la optimización de los procesos de soporte en la actividad minera. En este sentido, se propende porque la administración del recurso minero se realice bajo criterios de eficiencia, eficacia y efectividad, para lo cual los tiempos de respuesta en la contratación deben obedecer a los mejores estándares conocidos, al tiempo que se debe implementar un mayor nivel de seguimiento al cumplimiento de las obligaciones de los propietarios de títulos mineros (Ministerio de Minas y Energía,

2001). Se pretende también que el Estado sea un fiscalizador de la Actividad Minera en cuanto se requiere de una mayor presencia del Estado a través del administrador del recurso minero, con el fin de “determinar las condiciones reales en que se realizan las explotaciones mineras, evitar la evasión del pago de regalías, garantizar que las explotaciones se realicen de manera técnica y con un aprovechamiento racional del recurso minero, bajo condiciones aceptables de seguridad e higiene minera, y que las mismas se ejecuten dentro del área otorgada” (Fierro, 2012, p. 50).

Otra dimensión de esta política, es que para lograr que el sector minero energético crezca de acuerdo a los estándares latinoamericanos y aumente la inversión privada en minería, se hace necesario mejorar la administración del recurso minero, para lo cual, una de las prioridades del Gobierno debe girar en torno a la reducción de los tiempos en la expedición y administración de los títulos mineros, es decir mayor eficiencia en la adjudicación de títulos en concesión minera para la Inversión Extranjera Directa, en adelante -IED-. De otro lado, considerando que la ley 685 de 2001 adoptó una nueva estrategia en relación con el papel del Estado frente al desarrollo minero, es conveniente ajustar el modelo institucional para que dé respuesta a los requerimientos básicos de los diferentes segmentos de clientes interesados en acceder al recurso minero, especializando las áreas de atención al cliente.

- **La Política de mejoramiento de la productividad y la competitividad**, está encaminada a mejorar la rentabilidad social de la industria minera, basada en explotaciones que rescaten las mejores prácticas, generadoras de empleo, que desarrollen su actividad con altos niveles de seguridad industrial y salud ocupacional y que garanticen al minero de pequeña escala los excedentes económicos suficientes para elevar su calidad de vida. Esta política también espera potenciar los esfuerzos del Estado, para elevar el nivel de la productividad y competitividad de las explotaciones mineras tradicionales legales existentes en el territorio nacional, por lo menos en un 30% durante el siguiente cuatrienio, mediante la modernización técnica y empresarial de dichas explotaciones e incrementar y diversificar la presencia de productos mineros en el mercado internacional (Ministerio de Minas y Energía, 2002).

En ella se reconocen dos tipos de minería en Colombia, el primero, referido a una actividad minera formal y de gran escala. El segundo, concerniente a una actividad minera que se desarrolla a escalas menores en forma tradicional y artesanal, con una reconocida carencia de tecnología adecuada y definida en muchos casos por la informalidad, con una finalidad de subsistencia, lo que la hace insegura, poco rentable, no competitiva y ambientalmente no sostenible (Fierro, 2012). Sobre esta última, el Estado ha dicho que la única forma de insertar este tipo de minería en el modelo extractivista, es con su la legalización.

2.2 La reestructuración institucional para la promoción de la Inversión Extranjera Directa–IED-

Hacia 1991 se aprobó un Código de Minas que fue reformado durante el gobierno de Andrés Pastrana, cuyo propósito fundamental fue crear las condiciones para atraer los intereses de las multinacionales. Al mismo tiempo, se reformó la institucionalidad minera modificando la estructura del Ministerio de Minas y Energía al restablecer el Viceministerio de Minas y creando dos Direcciones Mineras: una para formalización de la minería informal y otra de minería empresarial; se creó también la Agencia Nacional de Minería -ANM- retomando las funciones propias de la administración del recurso, y el Servicio Geológico Colombiano, básicamente con las mismas funciones del antiguo Ingeominas (Contraloría General de la República, 2013 p. 198).

A partir del año 2002 se ha reactivado el interés por la contratación de áreas para la exploración y explotación de Oro en Colombia, lo cual coincide con los fuertes incrementos en el precio de los metales preciosos experimentados en todo el mundo y con la posibilidad de emplear los cambios en la normatividad e institucionalidad del sector minero para intereses privados.

Todas estas reformas institucionales responden a unas apuestas de los últimos gobiernos por adoptar e implementar el modelo extractivista como una estrategia de crecimiento económico en las metas del desarrollo para el país. En dicha apuesta se privilegian dos actores: las empresas privadas y las empresas multinacionales interesadas en esta industria. En el siguiente cuadro se especifican las principales instituciones del sector.

Estructura del sector minero colombiano



Fuente: Ministerio de Minas y Energía.

3. La reconfiguración territorial a partir del cambio institucional y de las políticas mineras en Colombia

La política minera en Colombia, surge en el marco de un proyecto latinoamericano de reprimarización de las economías basado en las ideas del Consenso de Washington. Este modelo se ha definido en función de una apuesta de desarrollo minero sustentada en la participación de la industria privada y en una legislación adecuada para dicha apuesta. Siguiendo a Fierro: “Desde finales de la década de 1980 se comenzó a reestructurar la institucionalidad minera con el objetivo de adelgazar la labor del Estado en términos de la participación en el negocio minero a través de la liquidación de entidades o de la venta de activos mineros” (2012, p. 35).

En esa tarea de promover la minería, se adoptó como estrategia escoger los mejores postores para el pago de regalías, sin embargo, ello no ha estado acompañado de la creación de indicadores de gestión técnico minera, ambiental y social; con lo cual hay que darle la razón a Fierro, quien afirma que la gobernanza y la capacidad fiscalizadora por parte del gobierno son muy bajas, apuntando a aseverar que en el país se tienen las normas pero no la capacidad institucional para hacerlas cumplir.

En el año 2009, la empresa International Resources Investment Corporation –IRIC–, elaboró un documento que guió la política e institucionalidad minera colombiana, cuyo fin era apoyar la estrategia de mejoramiento de la productividad y competitividad del sector minero colombiano. Es en este documento donde se plasma con toda nitidez la idea de liberalizar sin ninguna traba ni restricción el acceso del capital extranjero a los recursos mineros del país, al permitir que una entidad canadiense que se promocionó como una compañía de consultoría gerencial en inversiones de capital y/u otras necesidades que se generasen, tuviese incidencia directa en las políticas públicas de minería en Colombia, favoreciendo, de esta forma, a las empresas canadienses que tienen intereses privados en el negocio minero.

La política minera fue la primera en ser modificada tras la implantación del modelo neoliberal extractivista en Colombia y en la región. De hecho, la estrategia minera del Banco Mundial era clara al establecer que un régimen tributario estable y equitativo era garantía para los inversionistas extranjeros; por esta razón, en los países latinoamericanos, tras la reforma a los Códigos de Minas, vinieron luego sendas reformas a los regímenes de inversión extranjera y estatutos tributarios, alentados por préstamos y asistencia técnica provenientes de ese organismo financiero internacional (Fierro, 2012).

Años más tarde, la CEPAL habría de reconocer que el fracaso de América Latina bajo el Consenso de Washington se explicaba por la ausencia de una estrategia de transformación estructural y por las ineficientes dinámicas que llevaron a la extensa destrucción de actividades económicas preexistentes, el carácter de “enclave” de muchas de las nuevas actividades dinámicas, la capacidad limitada para difundir al resto de la economía los aumentos de la productividad de las empresas y los sectores líderes (Contraloría General de la República, 2013 p.185).

Todos estos cambios y ajustes institucionales dirigidos a la instauración de un modelo de desarrollo ligado al extractivismo han provocado innumerables efectos negativos especialmente en poblaciones dedicadas a la minería artesanal, en ámbitos sociales, culturales, económicos y políticos que han dado lugar a una reconfiguración territorial. Las consecuencias de dicha reconfiguración no han sido triviales dado que se está dando todo un rediseño y una mudanza territorial que en los últimos diez años está cobrando una relevancia inusitada para el gobierno, para los pobladores de los territorios mineros y para los diseñadores de políticas públicas. Como respuesta a esta nueva situación, encontramos las reivindicaciones de mineros que están resistiendo al modelo extractivista, reclamando su derecho al trabajo y defendiendo la preservación de su cultura.

El papel de las multinacionales no se reduce a ser agentes exploradores y explotadores de recursos naturales renovables, sino que también pretenden jugar el rol de ordenadores políticos de los territorios a través del control territorial y mediante su incidencia en el ordenamiento territorial. En este sentido, las multinacionales no solo logran sustituir al Estado en cuestiones que son de su competencia, sino que también pretenden incidir en la normativa y en la institucionalidad minera, en búsqueda de sus propios beneficios, lo que los convierte en Juez y Parte, desnaturalizando con ello el sentido de los controles que se quieren implementar. Adicionalmente, estas multinacionales vienen modificando el espacio físico de intervención para la explotación de los recursos naturales no renovables, afectando el agua, el paisaje, la cultura, los minerales, la mano de obra, los cultivos, y la biodiversidad.

3.1 Cambios a partir de la reconfiguración territorial

Como parte de la reestructuración institucional en Colombia se ha venido dando una reconfiguración territorial, dada en dos sentidos. La primera está ligada a la visión y apropiación del espacio físico, donde existen vínculos laborales, comunitarios, sociales y culturales y donde se producen cambios del paisaje como consecuencia de la explotación minera, lo cual está provocando nuevas formas de resignificar las formas de estar y habitar en el espacio. La segunda está relacionada

con la movilidad interna, también conocida como el desplazamiento forzado provocado por actores externos al territorio que llegan con la pretensión de explorar y explotar los recursos minero-energéticos e ingresan a territorios mineros como protagonistas que cuentan con legitimidad en tanto su intervención trae progreso y desarrollo para el país en la medida que contribuyen a su modernización a través de la creación de vías, hospitales, etc.

El daño ambiental en los terrenos explotados es innegable. Las empresas privadas y las multinacionales que llegan a explorar y a explotar los recursos mineros, pueden impactar totalmente modificado el territorio ya que los lugares que han sido objeto de este tipo de actividad, quedan inhabitables por su baja calidad del agua, la inestabilidad de la tierra, las plagas, el cambio de temperatura, entre otros.

Todo ello, genera cambios en las percepciones de los habitantes afectados por estas actividades, al tiempo que modifica las relaciones e interacciones que allí se tejen, lo cual evidencia una ruptura en la manera de vivir el territorio como espacio geográfico y como espacio social, debido a que en este han diseñados proyectos ajenos a las comunidades, autorizando a las empresas privadas y a las multinacionales, no solo a que lo modifiquen y lo impacten con sus proyectos, sino también a que se apropien de él.

Según un informe de investigación de varias ONG's, si comparamos la IED, con las luchas sociales, existe una relación directamente proporcional entre estas, pues en la medida que crece la inversión extranjera directa IED, aumenta la organización y movilización social. Las luchas sociales expresan de igual manera la relación que existe con el sector minero-energético. Conviene reseñar las luchas en defensa de los territorios étnicos y en contra de la presencia de multinacionales dedicadas a la extracción, seguidas por mineros artesanales que tras la expedición del Código Minero han sido blanco de persecuciones y criminalización; se destacan las movilizaciones por motivos ambientales referidas al manejo y destrucción de recursos naturales, a la contaminación, riesgos y desastres ocasionados por actividades de explotación minera (Censat. CINEP. CETEC. Synergia, 2012). A continuación, exploraremos esas luchas de resistencia que han tenido lugar en el municipio de Marmato, como territorio históricamente minero.

4. El concepto de Resistencia como el lugar de las luchas sociales desde abajo y sus posibilidades de multiplicación, ampliación y fragmentación

De acuerdo con Francois Houtart, comúnmente se dice que todas las resistencias son la expresión de la sociedad civil; pero es preciso señalar que se trata de la

sociedad civil “de abajo”. Si bien este concepto fue valorizado por Antonio Gramsci y hace referencia al lugar de las luchas sociales, este ha sido recuperado, ya sea con el objetivo de identificar a los actores del campo económico en oposición al Estado o bien para limitar la sociedad civil a todo aquello que es bueno y loable, es decir, las ONG’s, las asociaciones voluntarias, las organizaciones religiosas, etc.” (Houtart, 2001, p 65-66).

Las distintas expresiones de resistencia presentan algunas características comunes: i) trabajan con trayendo un mínimo estricto de gastos administrativos y son ajenos a toda burocratización; ii) la ideología desempeña un papel muy pequeño en la toma de decisiones; iii) actúan conforme a un pragmatismo de buena ley, de forma puntual e ininterrumpida; iv) practican una oposición hiperactiva, casi permanente, que no concede respiro a sus adversarios; v) presentan una extrema movilidad intelectual y organizativa que preside sus acciones; vi) cuidan, además, como si de un tesoro se tratara sus respectivas singularidades; vii) entre ellos rechazan cualquier forma de jerarquización; viii) detestan la autorización –del lenguaje, de los métodos de lucha o de análisis- así como la uniformidad; ix) a sus militantes les apasiona el intercambio de ideas, el diálogo constante y x) tienen en el monolitismo su enemigo común (Ziegler, 2005, p. 299).

Pese a la extrema diversidad de sus luchas singulares, de su negativa categórica a aceptar cualquier forma que sea de institucionalización, estos movimientos, no obstante, se dan cita por breves espacios de tiempo en acciones conjuntas. De este modo, son capaces de intervenciones coordinadas a escala internacional de una rapidez fulgurante y una eficacia temible. De ello han dado prueba las protestas masivas con que se han opuesto a las grandes reuniones celebradas a sus adversarios (G8, Conferencias de la OMC, FMI, etc.). Según Houtart (2001) las resistencias se pueden multiplicar, ampliar o fragmentar, como se explica a continuación:

- **La multiplicación de las resistencias y de las luchas** se explica por el aumento del número de las víctimas colectivas, que no son solamente aquellas que se encuentran involucradas en la relación capital/trabajo. Las relaciones indirectas que hemos evocado conciernen a centenas de millones personas que, aunque están lejos de ser conscientes de la relación que las une al sistema económico mundial, no dejan de padecer los efectos desastrosos que este tiene sobre su cotidianidad. Las relaciones de causa-efecto son poco visibles y requieren de un análisis y de la aplicación de la abstracción a las realidades concretas para poder establecer la relación, por ejemplo, entre el monetarismo y la pérdida de poder adquisitivo de las masas populares; entre los paraísos fiscales y el subempleo.

- **La ampliación de las resistencias** resulta de la difusión de las consecuencias de la mundialización de la economía capitalista. Por ejemplo, la feminización de

la pobreza implica la radicalización de los movimientos feministas; la destrucción y la privatización de las riquezas ecológicas promueve la creación de grupos de defensa del medio ambiente; las destrucciones culturales suscitan reacciones defensivas a menudo retrogradadas cuando estas no están acompañadas de un adecuado análisis.

- **La fragmentación de las resistencias** es el fruto de las divisiones geográficas y sectoriales. Mientras que, en las bases materiales de la reproducción del capital, sobre todo del financiero (que dominó la fase neoliberal de la acumulación capitalista contemporánea), reposan cada vez más en el plano mundial, las resistencias son aun esencialmente locales. Los últimos sucesos han revelado sin embargo una tendencia a las confluencias, aun si estas son todavía difíciles por falta de recursos, aunque Internet brinda hoy la facilidad de nuevas formas de comunicación.

El problema de la fragmentación por sectores constituye una de las consecuencias de la lógica del capitalismo. En efecto, existe un punto de ruptura entre aquellos que se inscriben socialmente en la relación directa entre capital y trabajo y aquellos que no están inscritos sino indirectamente en esta relación. Si bien los intereses particulares de unos y otros parecen muy diferentes, y hasta opuestos en algunos casos, se encuentran sin embargo en la misma vereda. Al capital le conviene hacer aparecer como antagónicas las acciones de los sectores organizados del trabajo (sindicatos) y de aquellas realizadas por el sector informal de la economía subterránea. Efectivamente, es fácil hablar de privilegios de los primeros en relación con la situación de los segundos (la famosa aristocracia obrera). Los otros sectores, las mujeres, los pueblos autóctonos, los pequeños productores agrícolas o comerciantes, los movimientos ecologistas, las asociaciones culturales, etc. parecen ajenos a las luchas que se sitúan a nivel de las relaciones sociales de producción. El mutuo hermetismo es funcional a la hegemonía del mercado y a sus expresiones políticas, ya que es más fácil para cada uno de ellos desarrollar una estrategia de respuestas/represión, que afrontar el desafío de construir un conjunto coherente.

5. Prácticas de Resistencia: el caso del municipio de Marmato

Para la construcción del caso objeto de estudio, se tendrán en cuenta las pautas sugeridas por Xavier Coller en su cuaderno metodológico sobre estudio de casos, consistentes en la presentación del problema de investigación, la justificación de la elección y construcción del caso, el método de investigación, el análisis de los datos relevantes y las conclusiones (Coller, 2005, pp. 29 -31).

5.1 El problema de investigación

El modelo de desarrollo neoliberal y extractivista y sus demoleedores efectos en la comunidad de Marmato, han provocado la generación de discursos y estrategias de resistencia construidas desde abajo, que reflejan una lucha cultural en defensa del territorio, el patrimonio cultural y una visión propia de desarrollo local basada en la minería tradicional, dando paso a lo que muchos marmatólogos han denominado como movimiento social marmateño.

Parfraseando a Bourdieu, las distintas expresiones de ese movimiento social configuran unos discursos y unas prácticas que tienen la pretensión de hacer transformaciones históricas y que utilizan estrategias de descolonización a través de las cuales la comunidad ha aprendido a usar los instrumentos de la modernidad sin perder su visión del mundo y su decisión de resistir al modelo de desarrollo extractivista, en oposición el modelo de desarrollo local que han construido en torno a la minería tradicional (Bourdieu, 2001).

La hipótesis que se plantea en este artículo es que la lucha de la comunidad marmatense está focalizada contra el modelo de desarrollo extractivista del cual es excluida y en defensa de su territorio, su patrimonio cultural y sus procesos de desarrollo local entorno a la minería tradicional.

5.2 Justificación de la elección y construcción del caso

Existen cuatro casos representativos en Colombia del conflicto entre el modelo de desarrollo extractivista y los procesos de resistencia local, ellos son: La Serranía de San Lucas, el Páramo de Santurbán, la Colosa y el caso del municipio minero de Marmato, en los cuales se pueden observar diversos conflictos territoriales en los que se hallan implicados distintos agentes sociales con desigualdad de recursos y jerarquías entre ellos, que eligen y toman decisiones con base en sus experiencias de vida y en sus procesos de socialización y educación y que se enfrentan a distintos campos sociales como el derecho, la economía y la política, en defensa de sus recursos mineros y de su patrimonio cultural, que es su mayor riqueza, de la cual derivan su sustento y el de sus familias. De allí la importancia de abordar el estudio del caso de Marmato, en cuya construcción hemos tenido en cuenta en primer lugar y como marco referencial los ejes constitutivos del Modelo de Desarrollo Extractivista en sus niveles nacional, departamental y municipal, enfatizando el marco normativo, las políticas públicas mineras en el marco de la institucionalidad y el concepto de resistencia como el lugar de las luchas sociales desde abajo y sus posibilidades de multiplicación, ampliación y fragmentación. En segundo lugar, hemos abordado el análisis de los procesos de resistencia y movilización social

que han tenido lugar en el municipio de Marmato, identificando las principales reivindicaciones, en aras de probar o negar la hipótesis planteada anteriormente.

En el contexto donde la tendencia de la movilización social en Colombia se incrementa como resultado de la creciente inversión extranjera para la extracción minera está inserto el caso marmatense. Este municipio ubicado en el departamento de Caldas ha sido un pueblo tradicionalmente minero. Durante décadas ha sido explotado gracias a sus montañas bañadas en oro, y ahora es centro de disputa entre intereses privados e intereses colectivos, y como respuesta a la aplicación del modelo extractivista ha habido reivindicaciones por parte de sus pobladores porque han visto que su territorio ha mudado, pues ya no tiene los mismos ejes de poder, de riqueza, de estabilidad laboral; tanto en sus paisajes como en las relaciones que allí se dan, tanto con el arraigo por la tierra como en la disputa por los recursos naturales, en este caso la obtención del oro, pues de allí han derivado su sustento desde tiempo atrás.

5.3 Método de investigación

Para la realización de esta investigación, se asume el método cualitativo, el cual permite descubrir las formas de existencia de los procesos objetivos que han tenido lugar en el municipio de Marmato, distinguir las fases de su desarrollo, desentrañar sus enlaces internos y sus conexiones con otros procesos, esclarecer las acciones reciprocas entre procesos y tener un acercamiento a las subjetividades, como una dimensión vital en la comprensión y explicación de los conflictos y los procesos que tienen lugar en el territorio objeto de estudio. Acorde con esto, se utilizaron de preferencia las estrategias y técnicas propias del método cualitativo.

Este artículo es un producto de una investigación que tiene otros alcances y se ha basado en abundante fuente documental existente sobre el municipio de Marmato, de la cual se destacan algunas tesis y documentación oficial, información que ha sido consultada en esta ocasión. Así mismo, algunas visitas al municipio en las que se interactuó con algunos líderes comunitarios.

5.4 Análisis de los datos relevantes

De acuerdo con el objetivo propuesto en este artículo, nos centraremos en los hallazgos obtenidos respecto a las prácticas de resistencia y movilización social en Marmato frente a la economía extractiva.

A partir del año 2004, la resistencia social en el Municipio de Marmato adquiere una gran relevancia con la realización del *Manifiesto Marmateño* en defensa del

territorio y en contra del megaproyecto minero. Dos años más tarde, nace el *Comité Cívico Prodefensa de Marmato* con participación de los pobladores locales entre los cuales hay indígenas, afrodescendientes y mestizos y mineros tradicionales, el cual se constituye en uno de los movimientos sociales más representativos a nivel nacional. Posteriormente, en el año 2011 los mineros locales conformaron *la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato*, organización de la que hacen parte más de 600 mineros.

Todas estas formas y expresiones organizativas se erigen como estrategias políticas de organización que resisten al modelo de desarrollo extractivista y al megaproyecto de minería a cielo abierto promovido actualmente por *la Gran Colombia Gold Corp.* con el auspicio del gobierno nacional, quien viene promoviendo y creando las condiciones normativas e incentivos para las empresas mineras privadas y transnacionales.

Algunas de las estrategias de resistencia impulsadas por la comunidad marmatense desde abajo han sido: i) la articulación con organizaciones y movimientos sociales, ambientalistas, políticos y académicos en los contextos internacional, nacional, departamental y municipal; ii) estrategias normativas orientadas a la legalización de su actividad, mediante la solicitud de títulos mineros; iii) trabajo de divulgación y denuncia del conflicto territorial en el municipio, en diferentes escenarios y espacios públicos de debate a nivel nacional e internacional; iv) acciones de resistencia civil como marchas, paros cívicos y bloqueos de vías; v) espacios de reflexión y debate tales como talleres, foros, ciclos de conferencias, seminarios, reuniones de fortalecimiento comunitario e intercambio de experiencias que han servido como formación, capacitación y espacios de construcción de propuestas de solución a sus problemas (Arias, 2013, pp. 596-597).

Al igual que en otras regiones de Colombia y del mundo, los habitantes del Municipio de Marmato han sufrido los impactos sociales, ambientales y económicos de las acciones de *Gran Colombia Gold Corp.* En septiembre de 2011 padecieron el asesinato de uno de sus principales líderes sociales, el padre José Reinel López, quien fue asesinado en extrañas circunstancias una semana después de haber realizado denuncias en contra de la compañía multinacional, ante ONG's nacionales e internacionales, organizaciones defensoras de derechos humanos y medios de comunicación. A pesar de este tipo de violación de derechos humanos, el movimiento social marmateño continúa fortaleciendo sus discursos y estrategias en contra del modelo de desarrollo extractivista y del megaproyecto de minería a cielo abierto y en defensa de su visión de desarrollo local en torno a la minería tradicional, de su territorio y de su patrimonio cultural.

Conclusión

Los procesos de resistencia y de movilización social de la comunidad marmatense están focalizados contra el modelo de desarrollo extractivista del cual es excluida la comunidad y en defensa de su territorio, su patrimonio cultural, su derecho al trabajo y sus procesos de desarrollo local en torno a la minería tradicional. Ello se debe entre otras razones a que:

1. El oro que se encuentra en las montañas de Marmato, ha configurado las dinámicas históricas de ese territorio y hoy se erige en la principal fuente de conflicto entre dos visiones opuestas de desarrollo: la extractivista promovida por actores gubernamentales y transnacionales, frente a la visión de desarrollo local de los actores comunitarios.

2. El modelo extractivista ha sido planteado por el gobierno nacional como una estrategia de crecimiento económico en las metas del desarrollo que, según él, solo puede ser efectuado por el capital privado y transnacional, con lo cual ha legitimado la presencia de las transnacionales mineras en nuestro país.

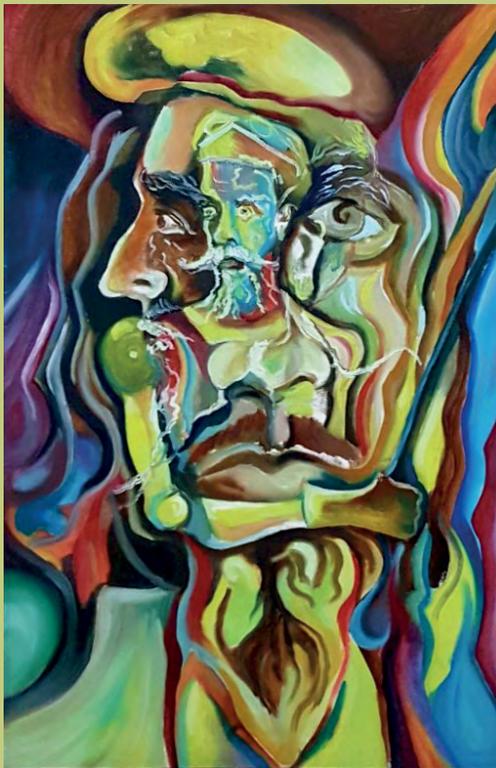
3. Las transnacionales mineras han contribuido en la construcción de discursos ideológicos acerca del territorio y discursos técnicos acerca de la planificación y el desarrollo, todos ellos materializados en la normatividad y en los instrumentos de política del sector minero en Colombia, para lo cual se han aliado con otros actores burocráticos valiéndose de su capital económico y social.

4. Las estrategias de resistencia y movilización social de la comunidad marmatense son expresiones de las luchas sociales desde abajo que pretenden subvertir el poder hegemónico del capital transnacional. Aunque se trata de una resistencia eminentemente local, poco a poco se viene logrando la articulación de movimientos sociales mineros a nacional y con movimientos internacionales, lo que permite mayores alcances globales y mayor fortalecimiento de redes de solidaridad y en defensa de los derechos humanos, en torno a las comunidades afectadas por la minería, lo cual favorece de contera una multiplicación de las resistencias.

5. Las dinámicas de resistencia, organización y movilización en el municipio de Marmato, asociadas con factores estructurales de carácter cultural, social, económico y político, dan cuenta de una construcción histórica, social e identitaria en torno a la minería artesanal que ha sido la forma de vida de los marmatenses, alrededor de la cual han edificado sus tradiciones históricas y culturales y de la cual han derivado históricamente su sustento y el de sus familias puesto que viven de la minería tradicional. Frente a la actual amenaza del gobierno y la multinacional Gran Colombia Gold Corp, ellos continúan resistiendo y defendiendo su derecho al trabajo.

Referencias

- Arias Hurtado, C. (2011). Gestión pública desde la gestión comunitaria como alternativa local al desarrollo rural. *Scientia et Technica*, (2)48, pp. 293-298.
- Arias Hurtado, C. (2013). Neoextractivismo vs Desarrollo local. El caso del pueblo minero de Marmato. *Scientia et Technica*, (18), 3 Año XVIII, pp. 589-598.
- Bourdieu, P. (2001). *Contrafuegos2. Por un movimiento social europeo*. Barcelona: Siglo XXI Editores.
- Censat. CINEP. CETEC. Synergia. (2012). *Conflictividad en el sector minero energético en Colombia*. Retrieved from
- Coller, X. (2005). *Estudio de casos* (Vol. 30). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas
- Congreso de la República de Colombia. Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.
- Contraloría General de la República. (2013). Minería en Colombia, derechos, políticas públicas y gobernanza. Retrieved from.
- Fierro, J. (2012). *Políticas Mineras en Colombia*. Bogotá: ILSA.
- Houtart, F. (2001). La mundialización de las resistencias y de las luchas contra el neoliberalismo. In J. Seoane & E. Taddei (Eds.), *Resistencias Mundiales. De Seattle a Porto Alegre*. Buenos Aires: CLACSO.
- Ministerio de Minas y Energía. (2001). *Política de Administración del Recurso Minero*. Bogotá.
- Ministerio de Minas y Energía. (2002). *POLÍTICA MEJORAMIENTO DE LA PRODUCTIVIDAD Y LA COMPETITIVIDAD*. Bogotá.
- North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press. Cambridge, Massachusetts.
- Plan de Desarrollo municipal. *Marmato hacia la prosperidad integral 2012-2015*. Alcaldía de Marmato, 2012.
- Plan Nacional de Desarrollo. *Prosperidad para todos 2010-2014*.: DNP, 2010.
- Ponce Muriel, A. (2012). *¿Cuál locomotora? El desalentador panorama de la minería en Colombia*. Bogotá: Editorial Debate.
- Scott, W.R. (1995). *Institutions and Organizations*. Thousand Oaks, California.
- Visión Colombia II Centenario 2019. DNP, 2005.
- Ziegler, J. (2005). *Los nuevos amos del mundo* Barcelona: Ediciones Destino S.A.



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: Locura multiforme
Técnica: óleo sobre lienzo
Año: 2011

Importancia del Tratado de Marrakech para la Educación¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a08

¹ Artículo producto de la investigación *Segunda fase de la revisión de la legislación colombiana para la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, financiado por el Fondo de Investigación de la Universidad Sergio Arboleda y desarrollado por el Grupo de Investigación de Derechos Humanos (De Las Casas), dirigido, al igual que la Ley Estatutaria 1618 de 2013, sobre el Ejercicio Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad, por el profesor Carlos Parra Dussan.

Citación de este artículo con el sistema APA: Parra Dussan, C. & Herrera Nossa, C. (2016). Importancia del Tratado de Marrakech para la Educación. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 197-210. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a08

Fecha de recepción: 11 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 20 de octubre de 2016

Importancia del Tratado de Marrakech para la Educación

*Carlos Parra Dussan*²

*Carolina Herrera Nossa*³

Resumen

En América Latina solo el 2% de libros son accesibles a la población con discapacidad visual, fenómeno que incide en su desarrollo inclusivo, por esta razón, se está estudiando la ratificación del Tratado de Marrakech, para que las leyes de derechos de autor incluyan excepciones, que permitan que las entidades que promueven los derechos de las personas con discapacidad visual puedan producir dichas obras sin tener que solicitar permisos o pagar derechos para ponerla a disposición de esta población.

Palabras clave: Tratado de Marrakech, exención, derechos patrimoniales, libros accesibles, discapacidad visual.

Importance of the Marrakech Treaty for Education

Abstract

In Latin America only 2% of books are accessible to the visually impaired, a phenomenon that affects their inclusive development, for this reason, the ratification of the Marrakech Treaty is being studied, so that copyright laws include exceptions that allow entities that promote the rights of people with visual disabilities to produce such works without having to request permits or pay rights to make them available to this population.

Key words: Treaty of Marrakech, exemption, patrimonial rights, accessible books, visual impairment.

Importância do Tratado de Marraquexe para a educação

Resumo

Na América Latina apenas 2% dos livros são acessíveis à população com deficiência visual, fenômeno que influi no seu desenvolvimento inclusivo, por essa razão, está sendo analisada a ratificação do Tratado de Marraquexe, para que as leis de direitos de autor incluam exceções permitindo que os órgãos que promovem os direitos dos deficientes visuais possam produzir tais obras sem ter que pedir autorizações ou pagar direitos para colocá-las à disposição dessa população.

Palavras-chave: Tratado de Marraquexe, isenção, direitos patrimoniais, livros acessíveis, deficiência visual.

2 Comisionado de Naciones Unidas para la discapacidad. Doctor en derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, España; especialista en derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España; abogado Universidad del Rosario. Actualmente profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: carlos.parrad@usa.edu.co

3 Psicóloga social; especialista en negociación, conciliación y arbitraje de la Universidad del Rosario; magister en mediación familiar y comunitaria de la Universidad del Rosario y Universidad Católica de Milán. Bogotá, Colombia. Candidata a doctora en psicología de la comunicación y el cambio de la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: cherreranossa@gmail.com

Importancia del Tratado de Marrakech para la Educación

Introducción

Este artículo es resultado de la investigación *Segunda fase de la revisión de la legislación colombiana para la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, financiado por el Fondo de Investigación de la Universidad Sergio Arboleda y desarrollado por el Grupo de Investigación de Derechos Humanos (De Las Casas). En el texto se resalta la importancia de aprobar el Tratado de Marrakech, razón por la cual, se presentan algunos logros y retos de este instrumento internacional. La pregunta de investigación que se abordó fue ¿Cuáles son los principales retos para la legislación colombiana en materia de discapacidad, con la aprobación e implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como nuevo paradigma de protección?

Se utilizó la metodología de investigaciones exploratorias - descriptivas, en particular porque los estudios en el área jurídica que hacen referencia a la discapacidad, son relativamente novedosos en Colombia. El diseño de este proyecto se orientó a la obtención de la información que permitiera establecer el impacto de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el país.

Igualmente, la investigación tiene un enfoque analítico y comparativo porque se buscó a partir de la normatividad interna colombiana existente en la actualidad, establecer las posibles diferencias y falencias en relación con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el fin de llegar a conclusiones que permitan determinar los ajustes necesarios de la legislación interna, con base en los nuevos paradigmas de protección que incorpora la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1. Situación de la población con discapacidad visual en Colombia

En el Censo de población realizado por el DANE en el 2005, se reporta que en Colombia existen 1'134.085 personas con discapacidad visual, para las cuales son insuficientes las condiciones de acceso, permanencia y promoción en los sistemas

de atención, generación de empleo y trabajo y en los espacios de participación. Si bien los sistemas de atención han avanzado en la atención a la población con discapacidad visual, persisten deficiencias en la cobertura y calidad de los servicios que inciden en su inclusión social.

Diferentes estudios muestran que persiste la exclusión social de la población con discapacidad visual, en los distintos sectores del desarrollo, a nivel nacional y territorial, situación que se evidencia si se comparan algunos indicadores de la población colombiana en general frente a la población con discapacidad visual. (Estudio de Desarrollo Humano de la Población con Discapacidad Visual por Departamentos, 2008); según este estudio:

(...) mientras el Índice de Calidad de Vida (ICV) para la población general es de 78, 32 para la población con discapacidad visual es de 73, 54, es decir, se presenta una diferencia negativa de 4,8 puntos en detrimento de dicha población. Por departamentos, para el conjunto de la población con discapacidad visual, catorce de ellos obtienen un indicador por debajo del mínimo constitucional de 67 puntos; así mismo, el 20% de los hogares se encuentran por debajo del mínimo constitucional y el 14% de ellos padecieron hambre en la última semana por falta de dinero, el doble de la población general; el 27,3% se dedican a oficios domésticos, cifras que de por sí hablan de su exclusión en el ámbito laboral.

De acuerdo al diagnóstico Situacional de la Población con Discapacidad Visual, realizado por la Universidad Nacional (2010), el 80% de las personas vive en condiciones de pobreza y presentan serias dificultades para acceder a bienes y servicios, las oportunidades están mediadas por las condiciones de su entorno, por su localización geográfica, haciendo más crítica la accesibilidad en el área rural en donde se presentan mayores situaciones de exclusión. Los niveles de pobreza se expresan en las dificultades de acceso a una alimentación adecuada, en las condiciones de las viviendas, en la cobertura y calidad de los servicios públicos domiciliarios y el agua potable para cocinar; disponer de ellos mejoraría las condiciones de las viviendas y, por ende, la calidad de vida de las personas (Moreno & Rubio, 2010).

2. Importancia de ratificar el Tratado de Marrakech

En este sentido, encontramos que las personas con discapacidad visual y otras con dificultades para acceder al texto impreso, encuentran restricciones en el acceso a la lectura y la información, debido a que solo un número reducido de obras publicadas son producidas en formatos accesibles, tales como: braille, audio, macrotipo, digital, electrónico y otros, con graves repercusiones en su formación académica y en su cultura general.

Según la Declaración de Guatemala por el Tratado de Marrakech, se estima que en América Latina solo el 2% de libros son accesibles a la población con discapacidad visual, fenómeno que incide en su desarrollo inclusivo. Es decir, que el Tratado de Marrakech le permitiría a la población con discapacidad visual acceder a mayores niveles de cultura y educación, debiendo impactar en mayores niveles de inclusión laboral, social y política.

Uno de los obstáculos que limita el crecimiento de la oferta de obras accesibles, son las desactualizadas leyes de derechos de autor, pues solo un tercio de los países del mundo incluyen en ellas, excepciones que permiten que las entidades que promueven los derechos de las personas con discapacidad visual puedan producir dichas obras sin tener que solicitar permisos o pagar derechos para ponerla a disposición de lectores que no pueden acceder de otra forma.

Una de las ventajas del Tratado de Marrakech, consiste en la posibilidad que una obra producida en un formato accesible en un país, pueda enviarse para ser utilizada por bibliotecas o personas con discapacidad visual y otras con dificultades para acceder al texto impreso de otros países.

En Colombia ya la ley 1680 de 2013, consagra la excepción a los derechos patrimoniales de autor, producidas en cualquier formato para personas con discapacidad visual, sin autorización de sus autores ni pago de los derechos de autor, siempre y cuando la reproducción, sean hechos sin fines de lucro y cumpliendo la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

En este mismo sentido, la ley 1712 de 2014, elevó el acceso a la información a derecho fundamental, derecho que garantiza el acceso a la información de las personas con discapacidad, pudiéndose interponer acción de tutela por su incumplimiento. Es decir, que ya existe un marco jurídico que le da viabilidad al Tratado de Marrakech, que representa para la población con discapacidad visual, un esperanzador cambio en la equiparación de todos los derechos de esta población, al poder acceder al conocimiento.

El Tratado de Marrakech significa la posibilidad, entonces, de acceder a la lectura, de contar con material en formato accesible que representa cada día mayor importancia para la población con discapacidad visual, no solo por el conocimiento que se adquiere, sino por las implicaciones sociales para establecer y mantener una interacción con el mundo.

En conclusión, para que el Tratado de Marrakech entre en vigor, deberá ser ratificado por 20 países, reto que se plantea desde ya para el Estado colombiano, garantizando el acceso al conocimiento de la población con discapacidad visual.

3. Protección legal de las personas con discapacidad en Colombia

El Estado colombiano con la ley 1346 de 2009 adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-293 de 2010. Esta Convención establece en el numeral 1° del artículo 4° sobre las obligaciones de los Estados partes, que se deben “*Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención*”.

Es decir, que el Estado colombiano, puede adoptar el Tratado de Marrakech, dando así desarrollo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado colombiano a través de la ley 1346 de 2009, con sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010. Como lo manifiesta (Parra Dussan, 2013), la Corte Constitucional de manera reiterada, ha exhortado al Gobierno Nacional para que implemente una política pública de discapacidad (Sentencias C-974 de 2010, T-553 de 2010 y T-551 de 2011).

El Gobierno Nacional, aceptando el llamado de la Corte Constitucional, impulsó la ley estatutaria 1618 de 2013, que tiene como objetivo, el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, esto es que no solo se consagra la garantía retórica de los derechos como en anteriores normas, sino que se avanza en el concepto de ejercer o disfrutar en la práctica del derecho por lo que se acude a las medidas de inclusión, acciones afirmativas, ajustes razonables y a la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, para el logro efectivo de esas consagraciones jurídicas (Parra Dussan, 2013).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-765 de 2012, declaró exequible la ley estatutaria 1618 de 2013, que establece disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

4. Constitucionalidad de la exención patrimonial de los derechos de autor

La Corte Constitucional determinó en la Sentencia C-035 de 2015, ratificada por la C-090 de ese mismo año, que la exención patrimonial de los derechos de autor de la ley 1680 de 2013 es constitucional, por constituir una acción afirmativa en beneficio de la población con discapacidad visual. En este sentido, el Instituto Nacional para Ciegos-INCI-, intervino en la defensa de la constitucionalidad de la ley 1680 de 2013, en las 3 demandas presentadas, la primera de Luis Fernando

Álvarez Jaramillo y Juan David Marín López, la segunda de Alcibiades Serrato y la tercera de Juan Carlos Monroy Rodríguez.

La Corte consideró como se lo indicó el INCI, que la ley 1680 de 2013, no se hallaba sujeta a reserva de ley, porque no constituye un desarrollo integral del derecho a la igualdad material, ni un mandato de especial amplitud en un orden normativo definido como Estado social de derecho. Es decir, que no constituye una normativa destinada a definir aspectos estructurales de los derechos de las personas con discapacidad, sino que se trata de una ley que establece medidas concretas para alcanzar la eliminación de una barrera, como pagar derechos patrimoniales de autor, para el acceso al conocimiento y la información de las personas con discapacidad visual.

Esta protección, comprende como lo he señalado en distintos artículos, las normas constitucionales que prevén la obligación estatal de adoptar medidas para asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, tal como se consagra en los artículos 2º, 5º, 13.2 y 13.3, 47, 54 y 68 de la Constitución Política de Colombia.

La Corte determinó como lo señaló el INCI, que la exención patrimonial a los derechos de autor para la reproducción, distribución, comunicación, traducción, adaptación, arreglo o transformación en braille o en otros formatos accesibles para personas con discapacidad visual de obras literarias, científicas, artísticas o audiovisuales, prevista en el artículo 12 de la ley 1680 de 2013, resulta razonable y proporcionada, es decir, válida desde la perspectiva constitucional.

De otro lado, la ley 1680 de 2013, armoniza plenamente con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que hace parte del bloque de constitucionalidad, ley 1346 con sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010. También armoniza con la única ley estatutaria de discapacidad del país, ley 1618 de 2013 que establece las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Por último, la Corte efectuó una ponderación entre las posiciones de derecho fundamental en conflicto:

(...) de un lado, los derechos de las personas con discapacidad visual para acceder a un amplio conjunto de obras literarias, científicas o artísticas que, actualmente, no se hallan disponibles en Braille o en cualquier otro formato accesible y, de otra parte, el derecho del autor a autorizar la reproducción de la obra y a percibir una suma de dinero por ello.

De esta manera la Corte concluyó, que la imposibilidad que actualmente enfrentan las personas con discapacidad visual de conocer un inmenso número de obras editadas en formatos tradicionales, genera una afectación intensa y

ampliamente comprobada de su derecho fundamental a la existencia de un entorno inclusivo para el acceso a la información y el conocimiento, que se proyecta en dificultades para el ejercicio de otros derechos como la educación o la cultura. Esta situación fue ampliamente documentada por los organismos especializados en la materia, como el Instituto Nacional para Ciegos-INCI-, la Unión Mundial de Ciegos y la Organización Mundial de Propiedad Intelectual. En suma, toda adaptación de obras para personas con discapacidad visual que sean gratuitas, están exentas de pagar derechos patrimoniales de autor.

En conclusión, de acuerdo a la sentencia C- 035 de 2015, la exención de pagar derechos patrimoniales de autor que consagra la ley 1680 de 2013, es una acción afirmativa en favor de la población con discapacidad visual, siempre que se efectúe sin ánimo de lucro y se trate de obras que no hayan sido previamente editadas en formatos accesibles con fines comerciales.

5. Derecho a la información, a la educación y a la cultura

El acceso a la información, a las comunicaciones y a la cultura, es un derecho fundamental de todo ser humano, consagrado por las Naciones Unidas y contemplado en la Constitución Nacional de Colombia en los artículos 1, 2, 13, 16, 47, 67, 69 y 70, pues es decisivo en el libre desarrollo de la personalidad.

Por lo tanto, el acceso a la información es un derecho básico, disponible para todos los públicos que permite conocer sobre información económica, política, financiera, científica. Pero a él siguen otros derechos: a la educación, a la cultura, al trabajo, a la recreación y deporte. La accesibilidad, no solo al conocimiento, a la lectura y a la escritura, sino también a las instalaciones públicas y privadas, a los servicios públicos, a la señalización, el derecho a la ciudadanía y a la participación, para hacer ejercicio de sus competencias ciudadanas.

Como ya se comentó, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, ratificada por nuestro país por la ley 1346 de 2009, consagra en el literal A), del numeral 1 del artículo 21, sobre derecho a la información, que se debe “Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formato accesible y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad”.

Por su parte, el artículo 16, numeral 7° de la ley estatutaria 1618 de 2013, establece que el Gobierno debe “Diseñar las estrategias de información y divulgación accesibles para personas con discapacidad (...)”.

La ley estatutaria de discapacidad 1618 de 2013, que desarrolla la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece en su artículo 2º, sobre definiciones en el numeral 2º, al definir barreras, en el literal b), habla de las barreras a la información:

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

De igual manera, el artículo 17 de la ley estatutaria de discapacidad 1618 de 2013, en el numeral 14, señala que se debe “Asegurar que la Red Nacional de Bibliotecas sea accesible e incluyente para personas con discapacidad”. En este contexto, el Congreso de la República aprobó la ley 1680 de 2013, que tiene por objeto, “(...) garantizar el acceso autónomo e independiente de las personas ciegas y con baja visión, a la información, a las comunicaciones, al conocimiento, y a las tecnologías de la información y las comunicaciones, para hacer efectiva su inclusión y plena participación en la sociedad”. Adicionalmente establece el artículo 5º de la ley 1680, que:

El Gobierno Nacional establecerá las políticas que garanticen el acceso autónomo e independiente de las personas ciegas y con baja visión a la información, a las comunicaciones, al conocimiento, al trabajo, a la educación y a las tecnologías de la información y las comunicaciones, en concordancia con la Ley 1346 de 2009.

Lo más importante de la ley 1680 de 2013 para la ratificación de este Tratado, es la excepción a los Derechos Patrimoniales de Autor, en las obras literarias, científicas, artísticas, audiovisuales, producidas en cualquier formato, medio o procedimiento, que podrán ser reproducidas, distribuidas o adaptadas, en braille y en los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas ciegas y con baja visión, sin autorización de sus autores ni pago de los Derechos de Autor, siempre y cuando la reproducción, distribución, comunicación, traducción, adaptación, transformación o el arreglo, sean hechos sin fines de lucro y cumpliendo la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

Artículo 12. Limitaciones y excepciones a los Derechos de Autor. Para garantizar la autonomía y la independencia de las personas ciegas y con baja visión en el ejercicio de sus derechos a la información, las comunicaciones y el conocimiento, las obras literarias, científicas, artísticas, audiovisuales, producidas en cualquier formato, medio o

procedimiento, podrán ser reproducidas, distribuidas, comunicadas, traducidas, adaptadas, arregladas o transformadas en braille y en los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas ciegas y con baja visión, sin autorización de sus autores ni pago de los Derechos de Autor, siempre y cuando la reproducción, distribución, comunicación, traducción, adaptación, transformación o el arreglo, sean hechos sin fines de lucro y cumpliendo la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

No se aplicará la exención de pago de los Derechos de Autor, en la reproducción y distribución de obras que se hubieren editado originalmente en sistemas especiales para personas ciegas y con baja visión y que se hallen comercialmente disponibles.

Por su parte, la ley estatutaria 1712 de 2014, establece la transparencia en la información pública, así como el derecho al acceso a la información pública nacional, consagrando en el artículo 8°, criterios diferenciales de accesibilidad para la población con discapacidad. En este sentido, la ley estatutaria 1712 de 2014, elevó el acceso a la información, a derecho fundamental, derecho que garantiza el acceso a la información de las personas con discapacidad, pudiéndose interponer Acción de Tutela por su incumplimiento.

Artículo 4°. Concepto del derecho. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.

También el artículo 8° de la misma ley, garantiza el acceso diferenciado de la información, protegiendo de manera especial a la población con discapacidad. Dice:

Artículo 8°. Criterio diferencial de accesibilidad. Con el objeto de facilitar que las poblaciones específicas accedan a la información que particularmente las afecte, los sujetos obligados, a solicitud de las autoridades de las comunidades, divulgarán la información pública en diversos idiomas y lenguas y elaborarán formatos alternativos comprensibles para dichos grupos. Deberá asegurarse el acceso a esa información a los distintos grupos étnicos y culturales del país y en especial se adecuarán los medios de comunicación para que faciliten el acceso a las personas que se encuentran en situación de discapacidad”.

Como se aprecia, existen diversas leyes en el complejo entramado normativo colombiano, que garantizan el derecho a la información de las personas con discapacidad en general y en particular con discapacidad visual, habiéndose elevado

a la categoría de derecho, la accesibilidad de la información pública de acuerdo a la ya reseñada ley 1712 de 2014.

6. Designación de un tercero de confianza

Teniendo en cuenta la limitación o excepción, y la necesidad de controlar la idoneidad y calidad del material en formatos accesibles que se ofrece y distribuye a la población con discapacidad visual, en diversas legislaciones se ha implementado un mecanismo que impide dicho exceso o abuso, creando la figura del “tercero de confianza” en cuanto sujeta la aplicación de esta limitación o excepción a las personas o entidades específicamente autorizadas por el gobierno nacional, se entiende, personas o entidades de carácter público o privado que pudieran acreditar su interés y dedicación en producir obras en formatos accesibles para servicio y beneficio de las personas con discapacidad visuales.

En el Estado colombiano, ya existe una Entidad oficial para las personas con discapacidad visual, creada por el Decreto 1955 de 1955, la cual es el Instituto Nacional para Ciegos –INCI–, adscrito al Ministerio de Educación Nacional y que hace parte del Sistema Nacional de Discapacidad –SND–, creado a su vez por la ley 1145 de 1997.

El Instituto Nacional para Ciegos –INCI–, tiene la figura de este “tercero de confianza:” o “entidad autorizada” a efecto de dar viabilidad al reconocimiento en Colombia de los derechos que en beneficio de la población con discapacidad visual se han establecido en el Tratado de Marrakech de 2013, en cuanto a la posibilidad de acceder mediante importación a los ejemplares de obras producidas en formatos accesibles en otros países (intercambio transfronterizo).

En este sentido, el decreto 1006 de 2004, establece en el artículo 3° de las funciones generales, “3.9 Elaborar y proponer al Gobierno Nacional normas técnicas para la atención y prestación de los servicios a la población ciega o con baja visión para su aplicación por parte de las entidades competentes”. Es decir que el INCI debe encargarse del registro técnico de la población con discapacidad visual, para garantizar que las obras se distribuyan de manera exclusiva a esta población, operando como tercero garante.

De la misma manera, agrega otro numeral del mismo artículo 3°, que el INCI debe “3.11 Propender la efectividad de los derechos a la información y la circulación de los limitados visuales”. La manera de propender por el acceso a la información de las personas ciegas y de baja visión, es sirviendo de garante para que de manera exclusiva sean las personas con discapacidad visual, las que se beneficien de este

servicio de libros adaptados para ciegos y baja visión, siendo ellos quienes puedan descargar estas obras.

Conclusiones

Las personas con discapacidad visual y otras con dificultades para acceder al texto impreso, encuentran restricciones en el acceso a la lectura y la información, debido a que solo un número reducido de obras publicadas son producidas en formatos accesibles, tales como: braille, audio, macrotipo, digital, electrónico y otros, con graves repercusiones en su formación académica y en su cultura general.

Según la Declaración de Guatemala por el Tratado de Marrakech, se estima que en América Latina solo el 2% de libros son accesibles a la población con discapacidad visual, fenómeno que incide en su desarrollo inclusivo.

Otra de las ventajas del Tratado de Marrakech, consiste en la posibilidad de que una obra producida en un formato accesible en un país, pueda enviarse para ser utilizada por bibliotecas o personas con discapacidad visual y otras con dificultades para acceder al texto impreso de otros países.

En Colombia ya la ley 1680 de 2013, consagra la excepción a los derechos patrimoniales de autor, producidas en cualquier formato para personas con discapacidad visual, sin autorización de sus autores ni pago de los derechos de autor, siempre y cuando la reproducción, sean hechos sin fines de lucro y cumpliendo la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

De acuerdo a la Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2015, se ha establecido que las limitaciones y excepciones al derecho de autor si se ajustan en el caso que nos ocupa de limitación en favor del acceso al conocimiento de la población ciega y de baja visión, a la llamada “regla de los tres pasos”, consagrada en el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, según la cual, éstas deben adecuarse a las siguientes características: (i) que sean legales y taxativas (ii) que su aplicación no atente contra la normal explotación de la obra y; (iii) que con ella se evite causarle al titular del derecho de autor un perjuicio injustificado en sus legítimos derechos e intereses.

En el Estado colombiano, ya existe una entidad oficial para las personas con discapacidad visual, creada por el Decreto 1955 de 1955, cual es el Instituto Nacional para Ciegos –INCI–, adscrito al Ministerio de Educación Nacional y que hace parte del Sistema Nacional de Discapacidad –SND–, creado a su vez por la ley 1145 de 1997.

El Instituto Nacional para Ciegos –INCI-, tiene la figura de este “tercero de confianza:” o “entidad autorizada” a efecto de dar viabilidad al reconocimiento en Colombia de los derechos que en beneficio de la población con discapacidad visual se han establecido en el Tratado de Marrakech de 2013, en cuanto a la posibilidad de acceder mediante importación a los ejemplares de obras producidas en formatos accesibles en otros países (intercambio transfronterizo).

En este sentido, el decreto 1006 de 2004, establece en el artículo 3° de las funciones generales, “3.9 Elaborar y proponer al Gobierno Nacional normas técnicas para la atención y prestación de los servicios a la población ciega o con baja visión para su aplicación por parte de las entidades competentes”. Es decir que el INCI debe encargarse del registro técnico de la población con discapacidad visual, para garantizar que las obras se distribuyan de manera exclusiva a esta población, operando como tercero garante.

Referencias

- Colombia. Congreso de la República. Ley 762. (2002). Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), Diario oficial No. 44.889.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1145. (2007). Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad. Diario oficial No. 46.685.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450. (2011). Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Diario oficial No. 48.102.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1618. (2013). Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Diario oficial No. 48.717.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1680. (2013). Por la cual se garantiza a las personas ciegas y con baja visión, el acceso a la información, a las comunicaciones, al conocimiento y a las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Diario oficial No. 48.980.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-765 (2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-551 (2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-293 (2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-974 (2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-553 (2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-499 (2005).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-401 (2003).
- Evaluación del Plan Estratégico INCI 2006-2010. Diagnóstico Situacional de la Población con Discapacidad Visual, Universidad Nacional de Colombia - Instituto de Desarrollo Humano (Dis) Capacidades, Diversidades. Bogotá.
- Gobierno Nacional. (2004) Decreto 975. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3 de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en relación con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social en dinero para áreas urbanas. Diario oficial No.45.509.
- Gobierno Nacional. (2005). Decreto 973. Por medio del cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3ª de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en lo relacionado con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social Rural. Diario oficial No. 45.767.
- Gobierno Nacional. (2007) Decreto 2581. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 21 de 1982 y 789 de 2002. Diario oficial No. 46.681.
- Gobierno Nacional. (2009) Decreto 2190. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3ª de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 1151 de 2007 en relación con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social en dinero para áreas urbanas. Diario oficial No. 47.378.
- Gobierno Nacional. (2010) Decreto 1160. Por medio del cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3ª de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 1151 de 2007, en relación con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social Rural y se deroga el Decreto 973 de 2005. Diario oficial No. 47.679.
- Gobierno Nacional (2010). Decreto 1345. Por el cual se establecen directrices de técnica normativa. Diario oficial No. 47693.
- Moreno & Rubio (2010). *Realidad y contexto situacional de la población con limitación visual en Colombia. Una aproximación desde la justicia y el desarrollo humano*, Instituto Nacional para Ciegos y Universidad Nacional de Colombia.
- Parra Dussan, C. (2012). *El derecho a la igualdad en nuestro Estado Social*. Bogotá: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Parra Dussan, C. (2013). *Nueva Política Pública de Discapacidad*. Diario La República. Recuperado de http://www.larepublica.co/asuntos-legales/nueva-pol%C3%ADtica-p%C3%BAblica-de-discapacidad_95471.
- Parra Dussan, C. (2013). *Desarrollo Normativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia*. Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Programa Nacional de Desarrollo Humano (PNDH-DNP-INCI) (2008). *Estudio de Desarrollo Humano de la Población con discapacidad Visual por Departamentos*. Bogotá.



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: Quijotesco
Técnica: óleo espatulado
Año: 2015

Análisis normativo sobre medios alternos de resolución del conflicto comunitario en Venezuela¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a09

1 Artículo producto de la investigación *Medios alternos de resolución del conflicto comunitario en Venezuela: lineamientos procedimentales para su eficacia normativa*.

Citación de este artículo con el sistema APA: González Urdaneta, J. (2016). Análisis normativo sobre medios alternos de resolución del conflicto comunitario en Venezuela. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 211-241. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a09

Fecha de recepción: 11 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 29 de octubre de 2016

Análisis normativo sobre medios alternos de resolución del conflicto comunitario en Venezuela

Jesús González Urdaneta²

Resumen

En el ámbito nacional, los medios alternativos de resolución del conflicto comunitario han sido positivados en una diversidad de instrumentos normativos que se vuelven especiales en razón al contenido o materia regulada; en este sentido, el objeto de este trabajo es analizar la naturaleza y alcance de las normas que regulan los medios alternativos de resolución del conflicto en el ámbito comunitario en Venezuela, llegando a develar sus antinomias y lagunas jurídicas con el resto del ordenamiento jurídico. La metodología empleada para su realización es la integrativo- holística sobre el derecho referida por Witker (2008). En ella se plantea que las normas estructuradoras de los medios alternativos de resolución del conflicto –y particularmente en el ámbito comunitario– son de naturaleza o carácter público en virtud, no solamente de adquirir tal condición por la materia que las regula –las cuales se hallan en principio destinadas a satisfacer las necesidades colectivas y el interés general–, sino también por el fin perseguido institucionalmente. Se concluye que en la legislación venezolana se aprecia acatamiento sobre el mandato constitucional de darle promoción a los mismos, no obstante, al momento de plasmarlo en la norma, se incurre en errores de técnica jurídica.

Palabras clave: Instrumentos normativos, resolución del conflicto, ámbito comunitario, ordenamiento jurídico.

Normative analysis on alternative means of resolving the community conflict in Venezuela

Abstract

At the national level, the alternative means of resolving the community conflict have been positivated in a variety of normative instruments that become special of the content regulated subject; in this sense, the purpose of this is to analyze the nature and scope of the rules that regulate the alternative means of conflict resolution in the community in Venezuela, coming to reveal their antinomies and legal gaps with the rest of the legal system. The methodology used for carrying it out is the integrative-holistic on the law referred by Witker (2008). There it is argued that the rules governing the alternative means of resolving the conflict –and particularly at the community level– are public both in nature and condition by virtue not only of acquiring

2 Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas. Mención Ciencias Políticas. Abogado. Diplomado en Medios Alternos de Resolución del Conflicto. Diplomado en Formación Docente. Magíster en Ciencias para el Desarrollo Estratégico. Mención Organización Comunitaria y Poder Popular. Magíster en Ciencia Política y Derecho Público. Mención Derecho Público de la Universidad del Zulia (LUZ). Cursante del Programa de Doctorado en Ciencia Política. Investigador y Docente activo en el área de Ciencias Humanas y Sociales. Correo electrónico: jealgourd@yahoo.es Este trabajo se inserta en la Línea de Investigación Justicia y Métodos Alternos de Resolución de Conflicto.

such a condition by the subject that regulates them –which are in principle intended to meet collective needs and the general interest–, but also for the purpose pursued institutionally. It is concluded that the Venezuelan legislation appreciates compliance with the constitutional mandate to promote them, however, at the time of translating it into the standard, it incurs in errors of legal technique.

Key words: Normative instruments, conflict resolution, community sphere, legal system.

Análise normativa sobre meios alternativos de resolução do conflito comunitário na Venezuela

Resumo

No âmbito nacional, os meios alternativos de resolução do conflito comunitário têm sido positivados em uma diversidade de instrumentos normativos que se tornam especiais em virtude do conteúdo ou matéria regulamentada, nesse sentido o objeto deste trabalho é analisar a natureza e alcance das normas que regulamentam os meios alternativos de resolução do conflito no âmbito comunitário na Venezuela, chegando a desvendar as suas antinomias e lacunas jurídicas com o resto do ordenamento jurídico. A metodologia empregada para a sua realização é a integrativa-holística sobre o direito referida por Witker (2008). Nele, argumenta-se que as normas estruturadoras dos meios alternativos de resolução do conflito -e particularmente no âmbito comunitário- são de natureza ou caráter público em virtude não só de adquirir tal condição pela matéria que as regulamenta -as quais visam em princípio satisfazer as necessidades coletivas e o interesse geral-, mas também pelo objetivo visado institucionalmente. Conclui-se que na legislação venezuelana percebe-se a observância sobre o mandato constitucional de dar promoção a tais meios; porém, no momento de incluí-lo na norma, incorre-se em erros de técnica jurídica.

Palavras-chave: Instrumentos normativos, resolução do conflito, âmbito comunitário, ordenamento jurídico.

Análisis normativo sobre medios alternos de resolución del conflicto comunitario en Venezuela

Introducción

La naturaleza de las normas que regulan a los medios alternos de resolución de conflicto se presentan hoy día para la doctrina como un aspecto confuso, espinoso y poco ligero de dilucidar, por encontrarse dentro de los preceptos del texto constitucional vigente –que si bien son de carácter público–, llega a estatuir instituciones desarrolladas mayormente dentro del campo privado, tanto así que para una parte de la doctrina procesalista se ha concebido a los medios alternos como un tipo de justicia privada³ aspecto este que atenúa o matiza la esencia de las mismas al campo exclusivo del derecho público interno, ya que intermedia una mixtura de normas públicas e instituciones privadas sobre un ámbito de aplicación concreto como la comunidad que viene a ser el espacio público por excelencia.

En lo que respecta al alcance de las normas estructuradoras de los medios alternativos de resolución del conflicto del ámbito comunitario ha de indicarse, del mismo modo, que es otro aspecto dentro de la doctrina que presenta sus serios inconvenientes o propias limitaciones en virtud de que su determinación depende en gran medida de la claridad intelectual con la que el sujeto creador de la norma –la Asamblea Nacional y el Presidente de la República⁴ como cuerpos legisladores–, tiñe o marca su desarrollo preceptivo y a falta de ello de la actividad interpretativa que realizan los operadores del derecho, los estudiosos de la ciencia jurídica y los profesionales del derecho, quienes pueden o no coincidir en las maneras de entender al derecho o la norma estatuida (Haba, 2006, pp. 39-161).

La dilucidación de la naturaleza y alcance normativo se dificulta aún más toda vez que las normas objeto de interés se encuentran diseminadas en diferentes cuerpos normativos tales como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales de 2009, la Ley Orgánica de la Policía Nacional de 2008, la Ley Orgánica del Poder Popular de 2010, la Ley

3 Sobre el particular véase los trabajos presentados por Andrés Bordalí (2004) “Justicia Privada” e Iván Cordero (2011) “La finalidad del proceso”, entre los que se señalan que los medios alternos de resolución del conflicto suponen sustraer del Estado la aplicación de la ley a los casos concretos que le someten los ciudadanos, encargando su resolución a individuos o entidades sociales, lo que permite como tal una privatización del proceso de creación y aplicación del derecho.

4 En nuestro ordenamiento jurídico el Presidente de la República excepcionalmente está facultado para legislar en todas las materias que estime necesario.

Orgánica de las Comunas de 2010, el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de la Economía Comunal de 2012, la Ley sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes de 2010 y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal de 2012, con lo que se evidencia una dispersión normativa en la materia aludida⁵.

En este sentido el objeto de este trabajo es analizar la naturaleza y alcance de las normas que regulan los medios alternativos de resolución del conflicto en el ámbito comunitario en Venezuela, el cual para alcanzar el propósito planteado estructura su desarrollo en apartados, el primero titulado región ontológica de las normas de resolución de conflictos comunitarios el cual se orienta a precisar la naturaleza de las normas contentivas de la regulación de tales mecanismos en el ámbito comunitario, el segundo apartado designado es el carácter normativo de los medios alternativos de resolución de conflictos, donde se intenta analizar críticamente las previsiones normativas del legislador desarrolladas para darle impulso, y por último, unas consideraciones finales que se presentan a manera de conclusión.

Ahora bien, el análisis que se intenta desarrollar pretende darle una orientación distinta al positivismo formalista y que se fundamenta principalmente en el enfoque integrativo-holístico, que según Witker (2008) es aquel procedimiento metodológico que busca responder sobre una norma o institución jurídica interrogantes específicos: ¿Cómo?, Por qué?, ¿Para qué?, ¿Quién?, ¿Cuándo?, ¿Dónde?, y que en suma no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más con la que se fortalece el análisis jurídico, en tal sentido en el procedimiento integrativo-holístico se realiza la incorporación del contexto, la articulación vigencia- validez- eficacia y los valores e intereses protegidos⁶.

1. Región ontológica de las normas de resolución de conflictos comunitarios

La labor de precisar el carácter jurídico de las normas que regulan los Medios Alternos de Resolución de Conflictos Comunitarios en Venezuela, se ha considerado un elemento esencial que conduce sin lugar a dudas a hacerlas más asimilables y operables –esto para poder atinar en su marco de actuación–, tanto en la legislación como en la doctrina y la vida común de los ciudadanos, en virtud de que favorece

5 Es oportuno advertir que, si bien los Medios Alternos de Resolución de Conflictos pueden encontrarse en otros instrumentos jurídicos del ordenamiento jurídico venezolano, el interés en este trabajo se enfoca únicamente en los instrumentos jurídicos aludidos.

6 En consideraciones de Witker (2008) en su trabajo *Hacia una Investigación Jurídica Integrativa*, señala que “el objeto del conocimiento jurídico es complejo, de tal suerte que su método (...) no puede quedar reducido al positivismo formalista que lo segmenta” (pp. 958-959).

una visión más afinada o profunda sobre su definición (concreción), que conduce a una mejor comprensión (aprehensión), interpretación (elucidación), y realización (aplicación) en el tiempo y espacio donde tienen validez, con las cuales se hacen más efectivas toda vez que forman parte del ordenamiento jurídico vigente, y en ese sentido, merecen debida observancia, por tal motivo se afirma que:

La determinación de la naturaleza ontológica de una institución, fenómeno o concepto del mundo del derecho, resulta un punto de partida imprescindible para entender su existencia misma, su *ratio scendi*, y, a partir de ello, normarla y aplicarla a la realidad de modo adecuado (Rioja, 2013, p. 1).

En tal sentido la determinación de la naturaleza de la norma se constituye en el prefacio obligado del estudio, comprensión y realización de toda la acción normada y normadora sobre los Medios Alternativos de Resolución del Conflicto en el ámbito comunitario. Habiéndose expuesto el peso de fondo que se mueve tras la concreción de la naturaleza de la norma reguladora de la materia, esto es, el fundamento por el cual resulta conveniente su abordaje, compete ahora precisar que el camino o forma con el que se especificarán las particulares del objeto en cuestión será el descriptivo, que viene a ser con el que se privilegian aquellos aspectos de su institucionalización o regulación Estatal que más destacan y que como tal son los que imprimen las huellas de su esencia.

En el texto constitucional de 1999 que es de donde se desprende todo el plano de la legalidad material –entiéndase por tal a las leyes y normas que regulan a los Medios Alternativos de Resolución del Conflicto en el ámbito comunitario–, se encuentran los artículos 253 y 258 *eiusdem* que son clave para la dilucidación o esclarecimiento del objetivo planteado, en virtud de que los sitúa como elementos constitutivos del Sistema de Justicia y atinadamente ordena su promoción normativa, de tal modo que su desarrollo y fortalecimiento se haga efectivo en todos los ámbitos de la vida social y no únicamente en el judicial, que es al que se le reserva el derecho de ejercer el control de las actividades del Estado, el resguardo de las garantías fundamentales y la dilucidación de disputas conforme a derecho.

Es oportuno advertir que el hecho de que los Medios Alternativos de Resolución del Conflicto sean reconocidos como parte del Sistema de Justicia, no implica que se les esté confiriendo naturaleza jurisdiccional como se efectúa propiamente con los órganos del Poder Judicial –llámense Tribunales de la República–, y sobre este aspecto ha sido esclarecedora la sentencia N° 1541 del 17 de octubre de 2008 de la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), caso Recurso de Interpretación del artículo 258 de la Constitución y artículo 22 de la ley de promoción y protección de inversiones, publicada en Gaceta Oficial No. 39.055

de fecha 10 de Noviembre de 2008, la cual señala que los medios alternativos de solución de conflictos no constituyen al Poder Judicial en virtud de que son instituciones ajenas, logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz⁷, lo cual imposibilita que se les llegue a calificar de tales.

La referida sentencia señala asimismo que bajo la disposición del artículo 258 del texto constitucional, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en vías de hacer posible el fortalecimiento de su uso, condición esta que no se agota únicamente en la previsión de tales instituciones ni tampoco en la manera de darle impulso a los mismos ya que por disposición de la

Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia Comunal⁸ las Universidades Públicas y Privadas del país dentro de sus programas de formación deberán promocionar el conocimiento sobre los Medios Alternos de Resolución de Conflictos, con lo cual se infiere que su difusión viene a ser responsabilidad de todos los actores de la sociedad⁹.

Por otra parte, la sentencia en cuestión expresa que ella hace una precisión hermenéutica vinculante respecto a la naturaleza que doctrinalmente se le atribuye a los Medios Alternativos de Resolución del Conflicto, entre aquellos medios que son de naturaleza jurisdiccional, tales como el arbitraje o las cortes o comités internacionales con competencia en determinadas materias –verbigracia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina– y los de naturaleza no jurisdiccional o diplomática como la negociación, mediación o conciliación, que si bien es cierto esa naturaleza no se corresponde con la misma que poseen o pueda atribuírsele a las normas que las regulan en virtud de que son las propias normas las que confieren tal atributo a las instituciones y procedimientos alternativos¹⁰, ello sirve de guía referencial.

En sí el criterio según el cual son las propias normas las que confieren atributo a las instituciones y procedimientos alternativos, deviene de la aplicación de la

7 La tutela judicial efectiva según Chamorro (s/f), citado por René Molina (2002) “es el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en ejercicio de sus derechos e intereses legítimos haya planteado ante los órganos jurisdiccionales” (p. 190).

8 Este es el instrumento legislativo que sustituye en el año 2012 a la Ley Orgánica de Justicia de Paz de 1994 a los fines de adecuar la estructura normativa a la jurisdicción especial de la justicia de paz prevista en la Constitución de 1999.

9 Este supuesto se refuerza bajo el espíritu y propósito del Artículo 132 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

10 Tal planteamiento refuta o contradice a la Teoría del Órgano desarrollada en el seno del Derecho Constitucional, la cual enseña que la norma es de naturaleza pública o privada según el órgano que regule, de tal suerte que si el órgano es de carácter público la norma adquiere la condición de derecho público.

lógica jurídica en el ámbito legislativo y judicial que determina que es desde las propias normas –sean constitucionales, orgánicas, ordinarias o sub- legales–, de donde se desprende toda la institucionalidad y como tal su carácter existente. Así en sentencia No. 00289 de fecha 19 de febrero de 2002 de la Sala Político Administrativa (SPA) del Tribunal Supremo de Justicia, al plantearse la regulación de jurisdicción en una reclamación de derechos laborales¹¹ se precisó que el acuerdo de arbitraje era de naturaleza comercial y no laboral, por estar fundamentado en el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, por ello:

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva” (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 2008, p. 1).

En atención a tal consideración, los medios alternos de resolución de conflictos procedimentalmente configuran una modalidad no adversarial para abordar disputas –cuyo objetivo es sustituir la decisión de un órgano administrativo o judicial por una solución consensuada entre las partes–, lo que en ningún modo significa que las partes de manera conjunta o unilateralmente puedan invocarlos y hacer uso de ellos para evadir al orden público a razón que este principio fundamental del derecho opera o se erige como muro de contención para su activación, aspecto advertido por la Sala Constitucional en la Sentencia No. 1541/ 2008 al referir que la procedencia y validez de tales mecanismos se verifica a medida que respondan a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico impone, por ello:

(...) ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar (...), en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 2008, p. 1).

11 Se trata del caso *Texeira de Miguel vs. Shell Venezuela Productos C.A.*

Ahora bien, prosiguiendo con los planteamientos y presunciones que conlleven a dilucidar la naturaleza de las normas estructuradoras de los medios alternativos de resolución del conflicto en el ámbito comunitario, no puede perderse de vista su efectiva realización –o el hecho que hace que se les procure cumplimiento– y para ello resulta esclarecedora la aludida sentencia, al plantear que los mismos no se limitan o se realizan con el imperativo constitucional de que la Ley los promoverá, sino en la existencia de un derecho fundamental que está inserto en la tutela jurisdiccional eficaz, prerrogativa sustantiva esta que consiste en principio llegar a garantizarle acceder a toda persona a la justicia en defensa de sus derechos fundamentales e intereses particulares, y a este respecto indica que:

Dichos medios en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos (...). (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 2008, p. 1).

En este sentido, el planteamiento dado en la sentencia de la Sala Constitucional atribuye la materialización de los medios alternativos de resolución del conflicto al resguardo del derecho material de justicia, estableciendo un vínculo directo entre el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, para lo cual es oportuno señalar que si bien es cierto el Estado no tiene el monopolio absoluto en virtud de la previsión constitucional que la potestad de administrar de justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas, si la coordina, dirige y administra en nombre de la República, hecho jurídico este que además de constituirse en una de las manifestaciones del Poder Público, también alcanza el carácter de servicio público con el fin de satisfacer las necesidades colectivas y el interés general en el área.

Con base en las consideraciones establecidas, cabe afirmar entonces que las normas estructuradoras de los medios alternativos de resolución del conflicto –y particularmente en el ámbito comunitario– son de naturaleza o carácter público en virtud no solamente de adquirir tal condición por la materia que las regula –las cuales se hallan en principio destinadas a satisfacer las necesidades colectivas y el interés general–, sino también por el fin perseguido institucionalmente al activarlos dentro de una concepción de Estado democrático y social de derecho y de justicia que intenta superar los graves inconvenientes del actual sistema de administración de justicia con procedimientos informales y simples, poca infraestructura y formación jurídica y sociabilidad para la convivencia ciudadana.

2. Carácter normativo de los medios alternativos de resolución de conflictos

A partir de la aprobación mediante *referéndum* consultivo en 1999 del texto constitucional vigente, en Venezuela se instituye en un Estado Social de Derecho y de Justicia que configura fundamentalmente el norte de sus actuaciones en valores superiores como la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, de tal manera que busca la materialización efectiva de sus contenidos axiológicos en la vida social mediante los cuales se fortalece el sistema político democrático, la cultura cívica de los ciudadanos, la eficacia entre los órganos y entes del Estado, el reconocimiento de los derechos del otro, así como la resolución de los conflictos por vías pacíficas o no contenciosas.

Por otra parte, es oportuno reseñar que con el propósito de darle mayor viabilidad al Estado Social de Derecho y de Justicia, esto es que sus principios se vuelvan realizables o plenamente efectivos, en el texto constitucional se acoge al sistema político democrático participativo y protagónico, según el cual los ciudadanos están emplazados a ocupar y consolidar espacios legítimos y formales de intercambio, comunicación y expresión de la ciudadanía con los órganos del Poder Público, para gobernar y compartir responsabilidades en el control sobre el manejo de los recursos públicos, la ejecución de obras de trascendencia para el colectivo, el desarrollo del sistema económico, la elaboración de las leyes, la administración de justicia en los justiciables e íntegra observancia a la constitución.

En atención a lo señalado anteriormente, puede decirse que el constituyente venezolano de 1999, considera la participación en todos los ámbitos de la vida nacional, por lo cual tiende a distinguir entre sus diversas formas tanto en lo político como en lo social y económico, impulsándola desde el colectivo comunitario hasta los diversos órganos y entes del poder público. Al hacer referencia sobre los instrumentos de la Constitución que afianzan la participación de los ciudadanos en la política gubernamental, es importante referir que sobre ello Osborne y Gaebler (1994), habían apuntalado que se trataba de estatutos o normas que iluminan (*sunshine*) la gobernabilidad garantizando que ciertas reuniones de los órganos públicos sean abiertas para obligarlos a compartir su poder con los ciudadanos.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se señala que se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo con el objeto de que el Estado los fomente y promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias,

universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general, además, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo este puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La promoción e implementación de la resolución alternativa del conflicto en las comunidades venezolanas se fundamenta en el texto constitucional de 1999, concretamente en lo estatuido en los artículos 253 y 258 *eiusdem*, según la cual los medios alternativos de resolución de conflictos son componentes del sistema de justicia, y en este sentido la Ley ha de organizar la Justicia de Paz y dará promoción al arbitraje, la mediación, la conciliación, y demás medios alternativos para la solución de conflictos. Específicamente, en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se detalla una visión amplia de la estructura orgánica jurisdiccional del Estado venezolano, y sobre este aspecto particular se ha indicado que:

(...) dentro del sistema constitucional de justicia, coexisten e interactúan órganos jurisdiccionales con órganos no jurisdiccionales, de manera que también existe un componente jurisdiccional, sin que por ello deba entenderse que todo elemento del sistema constitucional de justicia deba ser necesaria y forzosamente parte de la jurisdicción (Longo, 2005, p. 5).

Bajo el planteamiento reseñado puede decirse que en el sistema normativo constitucional venezolano, la justicia es un fin del derecho que puede alcanzarse mediante formas diversas a las instancias administrativas y jurisdiccionales, dentro de los cuales los medios alternativos de justicia juegan una participación fundamental por cuanto ayudan a descongestionar al propio sistema de justicia, así como a ampliar los modos de resolución de conflictos que se presenten en los diversos contextos de la vida social, de allí que al hacer alusión directamente a lo expuesto en el artículo 258 del texto constitucional, se ha apuntalado esencialmente que esta norma en particular:

(...) es lo suficientemente extensa y flexible para poder ser considerada en todos los ámbitos de la vida social del país, sobre todo en las comunidades donde mayormente se generan los antagonismos y las confrontaciones en razón de la diversidad de visiones. En tal sentido, puede afirmarse que el procedimiento alternativo a la resolución de los conflictos previsto en el texto constitucional comienza en primer término desde la base comunitaria (González & Lauretti, 2011, p. 138)

Ahora bien, en la labor de esclarecer el sentido de las normas constitucionales en comento, resulta de considerable valor gnoseológico lo establecido en el artículo 4 del Código Civil de 1982 aún en vigencia el cual estatuye que “a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intensión del legislador”, de lo que resulta que se pueda interpretar sobre el artículo 253 del texto constitucional que los medios alternos de resolución de conflictos forman parte del sistema de justicia, donde su ubicación en la redacción de la norma no presupone que se le admita como de segundo plano dentro la justicia ordinaria, sino que en el caso de ser procedentes favorecerse su implementación, así se prevé que:

(...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio (Asamblea Nacional Constituyente de la República de Venezuela, 1999).

La elucidación formulada deviene concretamente del primer aparte del artículo que instituye a los ciudadanos y ciudadanas la potestad de administrar justicia – participando de conformidad a la Ley–, concatenado con el artículo 258 *eiusdem* que preceptúa el deber de promocionarlos, lo que sugiere que se les está instituyendo para ser aplicados directamente por las instituciones, órganos y ciudadanos, así como la circunstancia de considerar que la intención del constituyente no fue precisamente establecer una posición jerárquica de la justicia ordinaria sobre la alternativa o consensuada, ya que ello acarrearía en la inconveniente visión ciudadana de una justicia de primera y segunda categoría, donde nadie estaría dispuesto a hacer uso de ellos por considerarlos débiles e inseguros.

En lo que respecta al sentido del artículo 258 *eiusdem*, ha de indicarse que el mismo alude primordialmente dos aspectos totalmente diferentes, uno relativo a la organización mediante ley de la justicia de paz en las comunidades, y el otro concerniente a la promoción legal o en ley de los medios alternos de resolución de conflictos, lo cual pudiera hacer pensar que por estar insertos en la misma norma estaría fundamentalmente dirigida al caso concreto de ese instrumento legal –actualmente Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal–, no obstante el constituyente del momento fue sabio al insertarlo en un segundo aparte, el cual lo hace extensible a instituciones, órganos y ciudadanos en orden a procurar y hacer efectiva su utilización, en tal sentido expresa que:

La Ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la Ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (Asamblea Nacional Constituyente de la República de Venezuela, 1999).

En sí el segundo apartado del artículo 258 *eiusdem* se constituye en un mandato expreso que demanda impulso o desarrollo no solo del órgano legislador sino a todos los entes y demás órganos del poder público, las sociedades mercantiles, instituciones educativas, comunidades vecinales y ciudadanos en el seno de la familia en correspondencia a lo previsto por el artículo 132 *eiusdem*, según el cual todos los ciudadanos están obligados a participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria, y a razón de ello la Sala Constitucional en interpretación del artículo 258 *eiusdem* ha referido que no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), no obstante se aprecia que tal sentido queda corto a razón de lo planteado.

En atención a lo preceptuado en tal norma constitucional, corresponde ahora entrar de lleno sobre aquellas normas que el legislador ha previsto en diferentes instrumentos jurídicos para darle promoción a los medios alternos de resolución de conflictos en el área comunitaria, encontrando en orden de promulgación primeramente a la Ley Orgánica de los Consejos Comunales de 2009, instrumento jurídico que guarda un silencio absoluto sobre la aplicación de los procedimientos alternativos dentro de los Consejos Comunales y con los órganos y entes con los que relacionan directamente, en tal sentido se omite el mandato constitucional de darle promoción a los procedimientos alternativos al tiempo que se llega a desconocer la realidad conflictiva de los mismos como órganos de participación y ejecutores de las políticas públicas del Estado venezolano en el ámbito comunitario.

Es preciso señalar que los Consejos Comunales son instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias y grupos sociales a fin de gestionar directamente las políticas públicas y los proyectos que desde su creación tienen una relación de dependencia con el poder ejecutivo, que los vuelve proclive a la consolidación de la ideología del socialismo que el mismo profesa, la cual contraviene algunos principios constitucionales por hacer uso de los recursos públicos para favorecer a una parcialidad política. Por otra parte, los Consejos Comunales ejercen varias funciones en paralelo que pueden ser contradictorias, como por ejemplo, asumir la prevención y protección vecinal y organizar comités pro defensa del proceso revolucionario, y a tal razón se dice que:

Los Consejos Comunales desde sus inicios están caracterizados por una serie de situaciones problemáticas, tales como bloqueo en cuanto a la toma de decisiones, desacuerdos sobre la planificación, desarrollo y evaluación de las acciones administrativas, y evasión o falta de tratamiento a temas que comprometen los intereses y objetivos fundamentales de la comunidad en general, que evidencian el nivel de conflictividad y desavenencia que los ciudadanos tienen por las acciones seguidas en la organización y gestión del Consejo Comunal (González y Lauretti, 2011, p. 141).

Un aspecto que llama poderosamente la atención dentro de los Consejos Comunales es la absoluta asimetría en las relaciones de poder entre estos y el Ejecutivo. Se habla de un poder comunal sustentado en la participación de ciudadanos y ciudadanas, sin embargo, ese poder no es tal cuando a la cabeza se sitúa una Comisión Nacional, designada por el Presidente de la República que orienta, coordina y evalúa el desarrollo de los Consejos Comunales. Tampoco existe la posibilidad de que ese poder comunal se halle suficientemente cohesionado e integrado para objetar las decisiones que contravienen sus intereses o les son impuestas por razones ideológicas, en tal sentido no pueden presentarse como un órgano imparcial que actúe como un sistema de contrapesos.

A la hora de presentarse conflictos entre el Poder Ejecutivo y los Consejos Comunales por cuestiones de diferencia política no existe un órgano intermedio o superior que pueda canalizarlos, corriéndose el riesgo de que puedan ser excluidos o desintegrados por oponerse o ser contrarios a la voluntad del Presidente. Tampoco se tiene claro cuál es el esquema o las pautas procedimentales que han de seguir los Consejos Comunales para la resolución de los conflictos institucionalizados –que viene a ser donde se siguen las reglas establecidas y acordadas por la autoridad competente–, y no institucionalizados –donde los Consejos Comunales realizan acciones por su propia cuenta que al rebasar los marcos legales los llevan a la confrontación y una incontrolable escalada de violencia–.

Los planteamientos expuestos se constituyen en lagunas del referido instrumento jurídico que en una futura reforma parlamentaria o ejecutiva –por cuanto por vía excepcional también legisla sobre materias en las que se faculta por habilitación–, habrán de subsanarse ya que ello crea incertidumbre jurídica –no saber a qué atenerse al momento de surgir una disputa entre órganos y entes del Poder Ejecutivo y los Consejos Comunales–, así como mayor nivel de conflictividad social entre los grupos que se interrelacionan con el activismo político y la labor comunitaria en virtud de no haberse previsto la institucionalización de mecanismos y procedimientos que regulen y encaucen las diferencias y conflictos dentro de la democracia participativa en la vida local.

En lo que respecta a la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (LOSPCPNB) de 2009, se regulan los aspectos relacionados con el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos. Específicamente en el artículo 34 *eiusdem*, atendiendo a las atribuciones comunes de los cuerpos de policía, establece que tales organizaciones deben “propender a la solución de conflictos a través de la mediación, conciliación y demás mecanismos alternativos, a fin de garantizar la paz social”, por su parte el artículo 65 *eiusdem*, estatuye en relación a las normas básicas de actuación policial, el ejercicio de un Servicio de Policía utilizando los mecanismos y medios pertinentes y ajustados a la Constitución para preservar la paz y garantizar la seguridad individual y colectiva.

Al considerar el sentido del artículo 34 *eiusdem* se ha de precisar que se trata en primer momento de una norma genérica o típica que le es aplicable a todos los cuerpos de policías –nacional, regional y municipal– ya que se encuentra ubicada en el Título II De las Atribuciones de los Cuerpos de Policía del Capítulo I De las Atribuciones comunes de los Cuerpos de Policía, en tal razón sobre el tópico que es objeto de interés los autoriza en el Numeral 9 a tener preferencia por la solución pacífica de los conflictos mediante la mediación, conciliación y demás mecanismos alternativos, el cual además de una atribución –por cuanto se les faculta a hacer uso de ellos–, se constituye también en un mandato u obligación de apegarse a tales mecanismos, lo que activa su promoción institucional, y al respecto dispone que:

Son atribuciones comunes de los cuerpos de policía:

9. Propender a la solución de conflictos a través de la mediación, conciliación y demás mecanismos alternativos, a fin de garantizar la paz social (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2009).

En atención a tal precepto, los cuerpos de policías del país quedan normativamente exhortados a implementar los medios alternos en la solución de los conflictos que en materia de seguridad ciudadana se les presente, dando paso a un servicio policial esencialmente preventivo, lo cual queda evidenciado al prever el servicio de policía comunal a la cual se le estipula, al igual que el resto de las policías, el apego a los medios alternos –de cara a la resolución del conflicto del modo más beneficioso posible y al amparo de la regulación aplicable–, a fin de garantizar la convivencia, la paz social, el respeto a la dignidad y los derechos humanos (artículos 47 y 48 de la ley en concordancia con el numeral 9 del artículo 34 *eiusdem* y el artículo 332 de la Constitución Nacional).

En el texto legal considerado el legislador venezolano incurre en errores de técnica jurídica y legislativa sobre la previsión de los medios alternos de resolución, ya que pone a la paridad dos competencias totalmente antagónicas para la paz

social como son: 1. combatir las situaciones delictivas y facilitar la resolución de conflictos que amenacen la seguridad ciudadana –protección de la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes– mediante el diálogo, la mediación y la conciliación, debiéndose al respecto separar las competencias entre órganos represivos y preventivos, y 2. atribuirle al cuerpo policial de menor rango o jerarquía –la policía comunal–, la encomiable labor de actuar bajo los esquemas de resolución pacífica, como se refiere:

(...) el oficial puede actuar como agente de la realidad y factor que facilite la comunicación entre las personas que amenazan con un acto determinado, y las personas con quienes deben negociar. En caso de rehenes o secuestro... o el equipo de negociación táctica pueden constituir la autoridad, mientras que el oficial de policía local señala el proceso de mediación. Si las negociaciones entre la autoridad y el agresor no se llevan a cabo a través de la mediación dirigida por la policía local, es posible delinear un plan que resulte ideal para una solución rápida, aunque desde luego no estamos pronunciándonos a favor de un compromiso hacia la violencia o las amenazas (Folberg & Taylor, 1996, p. 206).

Abordando ahora los preceptos normativos de la Ley Orgánica del Poder Popular de 2010 que regulan los medios alternos de resolución de conflictos, ha de señalarse que se trata de un instrumento jurídico que tiene por objeto desarrollar y consolidar al Poder Popular a través de los diversos medios de participación y organización, reconociéndose el protagonismo del pueblo organizado sobre ese ámbito, ahora bien sobre el tópico objeto de interés se preceptúa a la justicia comunal, la cual hace referencia a los medios alternos de resolución de conflictos siguiendo los preceptos constitucionales del segundo aparte del artículo 258 *eiusdem* en el enunciado del Arbitraje, la Conciliación, la Mediación y cualesquiera otros medios alternos, como profesa el artículo 21 *eiusdem*:

La justicia comunal es un ámbito de actuación del Poder Popular, a través de medios alternativos de justicia de paz que promueven el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otra forma de solución de conflictos ante situaciones derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal, de acuerdo a los principios constitucionales del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, sin contravenir las competencias legales propias del sistema de justicia ordinario (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2010).

Este artículo se fundamenta en el reconocimiento concreto de la participación ciudadana de los actores socio-comunitarios –principalmente miembros de los Concejos Comunales y las Comunas–, en detrimento de la competencia exclusiva del municipio de la justicia de paz, lo cual normativamente configura una institucionalidad paralela –llamada justicia comunal–, que contradice el numeral

7 del artículo 178 constitucional al no estar contenida en las materias que con fundamento al artículo 184 *eiusdem* la ley puede crear mecanismos abiertos y flexibles para transferir o delegar servicios a las comunidades y grupos organizados capaces, y a razón de ello es procedente referir que la justicia de paz tiene clara precisión constitucional que no debe confundirse con formas sustitutas, indicándose que:

El numeral 7 del artículo 178 establece la justicia de paz como una competencia propia del Municipio, y en consecuencia, es de interés para la vida local y la convivencia vecinal, en consecuencia se puede concebir como un servicio municipal asociado a la resolución de conflictos, en materias propias de la vida de la comunidad municipal, a partir del desarrollo de la justicia de paz (Delgado, 2015, p. 2).

La norma comentada –artículo 21 *eiusdem*– hace una definición formal de la justicia comunal que se diferencia de la justicia de paz formal porque se encuentra determinada por la participación ciudadana, de allí a que se indique precisamente que –es un ámbito de actuación del Poder Popular–, hasta aquí todo lo preceptuado en la norma va sin mayores complicaciones de precisión para su comprensión, la confusión se presenta cuando refieren que –a través de los medios alternativos de justicia de paz–, obviando el legislador que en principio la justicia de paz se fundamenta en un procedimiento que se rige por principios diferentes a la filosofía que mueve a los medios alternos, así como también que la participación pregonada al redactarse así, queda circunscrita a la elección y revocatoria de los jueces de paz.

Por otra parte refiere –sin contravenir las competencias legales propias del sistema de justicia ordinario–, lo que indica que esta justicia comunal no subroga la jurisdicción de los tribunales –por cuya actuación se le puede conceder justicia a los justiciables–, sino que la complementa en una suerte de lograr el tratamiento integral y pacífico de las disputas que se presentan generalmente entre las partes conflictuadas, que en el caso concreto de la materia regulada por el referido artículo serían todas aquellas las derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal, términos ambiguos o poco claros para determinar su ámbito de actuación, ya que no precisa los hechos concretos donde se vulnera la convivencia ciudadana de los grupos comunitarios.

En sintonía con la norma anteriormente analizada, el mismo instrumento jurídico procede en la disposición subsiguiente –artículo 22 *eiusdem*– a instituir a la jurisdicción especial comunal, previendo sus elementos constitutivos y principios de acción a los fines de orientar su desarrollo legislativo, no obstante ha de precisarse en el ámbito particular de los principios que los mismos son una reproducción exacta del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

(LOJCA), lo que genera una recelosa sensación de incertidumbre respecto a los principios característicos de la justicia comunal dada su previsión de naturaleza participativa y no contenciosa –en virtud que no se subroga las competencias de la jurisdicción ordinaria–, como se expone a continuación:

La ley que regule la jurisdicción especial comunal, establecerá la organización, el funcionamiento, los procedimientos y normas de la justicia comunal, así como su jurisdicción especial. La actuación de la jurisdicción comunal especial estará enmarcada dentro de los principios de justicia gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos por reposiciones inútiles (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2010).

En la norma comentada el legislador obvia que existen principios de la jurisdicción de justicia formal que no pueden ser aplicables a la jurisdicción de la justicia comunal, porque si bien ambas intentan darle resolución a las disputas –bien mediante la dilucidación de derechos o la satisfacción de los intereses–, las mismas se impulsan bajo lógicas procedimentales distintas –una bajo el efectivo cumplimiento de los actos, donde debe operar la preclusión. Esto es alcanzar el cierre de uno para que inmediatamente se inicie el siguiente, y la otra bajo la voluntariedad e informalidad–, en tal sentido lejos de acercarse a la especialidad de la jurisdicción comunal se enmarca en una posición de familiaridad con las garantías fundamentales de la justicia ordinaria, que la muestra como algo más de lo mismo.

Antes de continuar en el desarrollo de la labor hermenéutica sobre las normas con relación directa a la promoción de los medios alternos de resolución de conflictos en el ámbito comunitario, ha de referirse que tanto la Ley Orgánica del Poder Popular de la cual antecedió su abordaje, como la Ley Orgánica de las Comunas que prosigue forman parte de lo que se denominó el compendio de leyes que configuran el Poder Popular, contenido de cinco instrumentos normativos como son la Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular –derogada por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Planificación Pública y Popular de 2014–, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal y Ley Orgánica de Contraloría Social, que forman un tejido organizacional.

Así la Ley Orgánica de las Comunas de 2010 impulsa una nueva institucionalidad fundamentada en una territorialidad espacial, la cual se encuentra constituida por la integración de comunidades vecinas que se identifican plenamente con la ideología socialista según el contenido desarrollado en el artículo 5 *eiusdem*, aspecto este que contraviene al texto constitucional en lo relativo al desarrollo de un ordenamiento jurídico que propugna la democracia y el pluralismo jurídico preceptuado en el

artículo 2 del texto constitucional, así como en el paralelismo institucional que desarrolla, por cuanto el artículo 168 *eiusdem* estipula que la primera entidad política espacial de organización nacional lo constituyen los municipios, a quienes compete la justicia de paz (numeral 7 del artículo 178 *eiusdem*), en tal sentido se indica que:

Particular comentario exige la regulación de la ley que rige a las Comunas que postula la creación de una jurisdicción especial comunal que promueva medios alternativos de justicia, tales como, el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otra forma de solución de conflictos derivados directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal. Sin dudas, se trata de una jurisdicción especial con vocación a sustituir al sistema de la Justicia de Paz actualmente existente en el país (Sánchez, 2011, p. 230).

En el artículo 56 de la Ley Orgánica de las Comunas de 2010, se define igualmente de manera formal a la justicia comunal, pero esta definición a diferencia de la establecida en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Popular la precisa como medio alternativo de justicia –en la cual el legislador incurre en error de precisión ya que la justicia alternativa comunal si bien es una modalidad de naturaleza diferente a la justicia ordinaria no se puede equiparar con los mecanismos de los que hace uso para abordar los conflictos por constituirse en instancia no en el procedimiento mismo–, no pudiendo contravenir las funciones propias ni tampoco de los tribunales ordinarios, en virtud que su naturaleza es de carácter no adversarial o del tipo diplomático como se estipula a continuación:

Es un medio alternativo de justicia que promueve el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otra forma de solución de conflictos ante situaciones derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal, de acuerdo a los principios constitucionales del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, sin contravenir las competencias legales propias del sistema de justicia ordinario (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2010).

El contenido en la norma comentada es un intento del legislador por dejar asentada la naturaleza y conexión de la justicia de paz comunal con los medios alternos de resolución de conflictos en el ámbito comunitario –y concretamente dentro de las Comunas–, sin embargo, al disponer tal especificación confunde dos elementos del derecho procesal como lo son el procedimiento –que se refiere al método propio para la actuación de la instancia y que puede adquirir la connotación de arbitral, conciliatorio o mediado según sea el caso del medio alterno ejercido– y la instancia –que alude al grado, etapa o nivel de la institucionalidad jurídica establecida, es decir, del propio ordenamiento jurídico–, para lo cual lo más acertado era referir que ella es la que se efectúa por medio tales mecanismos.

Por su parte, el artículo 57 del mismo texto legal sienta las bases para la creación de la jurisdicción especial comunal al igual que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Popular, pero que a diferencia de aquel, este precepto normativo avanza hacia el establecimiento de la elección como procedimiento para ejercer la función de coadyuvar en la resolución de los conflictos en el ámbito comunal, así como sobre la edad mínima requerida para participar en el proceso de elección de los jueces o juezas comunales que irán a ejercer tal ocupación, pudiendo apreciarse que la norma actúa en sí a manera de reglamentación sobre cuestiones determinantes para su futuro desenvolvimiento –como lo viene a constituir el establecimiento de los sujetos pasivos y activos del proceso– al precisar que:

La ley respectiva establecerá la naturaleza, los procedimientos legales, las normas y condiciones para la creación de una jurisdicción especial comunal, donde se prevea su organización y funcionamiento, así como las instancias con competencia para conocer y decidir en el ámbito comunal, donde los jueces o juezas comunales serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta de los y las habitantes del ámbito comunal mayores de 15 años (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2010).

La edad que estipula el artículo 64 del texto constitucional para que los ciudadanos puedan sufragar es la de los dieciocho años –además de imponerles otras condiciones objetivas como no estar sujeto a interdicción civil que es la privación de la capacidad negocial del sujeto a razón de un estado habitual de defecto intelectual grave o de condena penal, o inhabilitación política que es la privación limitada de la capacidad de goce y ejercicio de los derechos políticos en razón de una condena penal–, sin embargo el legislador desafiando el criterio del constituyente ha optado por flexibilizar la norma al establecer una edad inferior a la instituida así como silenciar o no prever los demás requisitos requeridos, aspecto este al que le es aplicable la siguiente crítica por analogía:

El artículo antes mencionado lo consideramos un tanto peligroso toda vez que el menor de edad no tiene capacidad jurídica para actuar o no es una persona que se encuentre psicológicamente madura para abordar situaciones complejas. En nuestro criterio, la solicitud (...) deben estar avalado o realizado por una defensoría de menores (Osorio, 2013, p. 158).

En lo que respecta al Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal de 2010, –instrumento jurídico de rango sub-legal tendiente a darle desarrollo a los preceptos de ley–, el artículo 8 *eiusdem* ubicado en el capítulo II titulado “La Coordinación y Rectoría del Sistema Económico Comunal” en su sección “Del servicio de mediación y arbitraje de las organizaciones

socioproductivas”, prevé la creación del servicio de mediación y arbitraje a cuya cabeza funge el titular del Ministerio del ramo con el objeto de abordar todas aquellas situaciones conflictivas que resulten en el seno de las organizaciones socioproductivas del Sistema Económico Comunal, así como de sus relaciones con los consejos comunales y demás instancias del Poder Popular, precisándose que:

El Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social creará un servicio de mediación y arbitraje para conocer y resolver las disputas y conflictos internos de las organizaciones socioproductivas del Sistema Económico Comunal, así como los generados entre ellas con los consejos comunales y demás instancias del Poder Popular, como un medio alternativo de resolución de conflictos. Este servicio se regirá por los principios y valores establecidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal.

Las actas constitutivas y estatutos de las organizaciones socioproductivas deben sujetar la resolución de los conflictos entre sus integrantes, productores, productoras, prosumidores y prosumidoras, así como entre ellas con los Consejos Comunales y demás instancias del Poder Popular, al servicio de mediación y arbitraje del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social (Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

La norma como tal considera al servicio de mediación y arbitraje como un medio alternativo de conflicto, confundiendo como lo ha venido haciendo el legislador patrio la instancia con el procedimiento, a los cuales se suman otros errores de técnica jurídica muy graves como lo es establecer como principios del servicio de mediación y arbitraje los mismos que rigen al sistema económico comunal, obviando que se trata de realidades distintas por una parte, y por la otra, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal hace también alusión a valores socialistas –tales como cogestión, autogestión, control social, libre debate de ideas, defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional–, los cuales no atinan o se corresponden con lo que ha de ser la prestación del servicio en el área.

Así mismo ha de referirse que resulta toda una contradicción precisar al servicio como un medio alterno y estipular en el segundo aparte del artículo que las actas constitutivas y estatutos de las organizaciones socioproductivas deben sujetar la resolución de sus conflictos al servicio de mediación y arbitraje del respectivo ministerio, ya que al tener el carácter de obligatoriedad dejan de convertirse en alterno –esta posibilidad de acudir a él o no– para convertirse en una instancia forzosa tendiente a limitar la autonomía de las partes en los asuntos que atañen a sus legítimos intereses y que como tal contraria al principio de voluntariedad que caracteriza el uso de tales servicios y mecanismos en aras de darle protagonismo a un actor ajeno a la situación conflictiva.

Aludiendo ahora a los preceptos normativos contenidos en la Ley sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes de 2010 –la cual tiene como finalidad regular los procesos de conciliación y mediación como medios alternativos para la solución de conflictos, promover a través de la conciliación y mediación relaciones familiares fundamentadas en la cooperación así como contribuir a la desjudicialización en la solución de los conflictos familiares–, se ha de indicar que se hará abordaje únicamente de aquellas normas que tengan vinculación directa con el área comunitaria, en tal sentido el artículo 3 *eiusdem* resulta sumamente apreciable al especificar su ámbito de aplicación, estableciendo que:

La presente Ley se aplica a todos los procedimientos administrativos y judiciales referidos a conflictos familiares tramitados ante:

1. Los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes de los Consejos Comunales.
2. Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes.
3. Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
4. Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (...) (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

El referido artículo a pesar de regular esencialmente los procedimientos que se activan en instancia administrativa y judicial para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, procede a considerar, en primer lugar a los Comités del área de los Consejos Comunales –los cuales no poseen tal carácter por no ser parte de la estructura del aparato público y coercitivo del Estado–, haciéndolos partícipes en la implementación de los medios alternos de resolución de conflictos familiares. Ahora bien, el referido instrumento hace un deslinde sobre la aplicación de uno y otro procedimiento en ámbito administrativo y judicial, disponiendo que la conciliación sea en instancias administrativas en tanto que la mediación aplicada en instancia jurisdiccional (artículo 4 *eiusdem*).

El mismo artículo 4 de la Ley sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes, establece que conciliación y mediación son considerados medios de solución de conflictos análogos, con el cual debe entenderse que desde el punto de vista procedimental no incurren en diferencia alguna, sino que el uso de uno y otro término en la norma lo que trata de diferenciar es la instancia, como se aprecia en la expresión “desarrollado el primero en procedimientos administrativos y el segundo en procesos judiciales”, para lo cual los Consejos Comunales no tendrían ningún problema en utilizarlos

indistintamente, no obstante el segundo aparte del artículo 7 *eiusdem* lo acredita solo en la conciliación, esto es en instancia administrativa.

Ahora bien, el hecho de distinguir mediación y conciliación adjudicándolos a la instancia judicial o administrativa no se haya sustentado en ninguna doctrina que desarrolle la caracterización de tales mecanismos, desestimando o apartándose en el orden interno del criterio normativo existente que lo precedía, ya que el reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006 al aludir los métodos de resolución del conflicto refiere que la conciliación, es donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo, en tanto que la mediación, es donde el tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes, fórmulas específicas de arreglo, criterio este que deja máxime entrever que su diferencia radica en la posición que asume el interventor.

Por su parte el artículo 7 *eiusdem* precisa las personas –sean estas naturales como los propios padres o representantes involucrados en el conflicto familiar– o jurídicas –tales como las instancias administrativas y jurisdiccionales– con legitimidad para intervenir en los procesos de resolución de conflictos familiares o que ayuden a mitigarlos, y entre estas alude primeramente a los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes de los Consejos Comunales sobre los cuales señala que intervienen en calidad de conciliadores, aspecto normativo este que hace prever una equiparación legislativa de tales personas jurídicas –adquieren dicha condición con la protocolización del acta constitutiva del consejo comunal– con las instancias administrativas, como se aprecia de lo transcrito:

En la conciliación y mediación participan las personas en controversia familiar, quienes reciben el apoyo de una tercera persona debidamente legitimada por la Ley, con la finalidad de orientar y asistir con imparcialidad a las familias para que alcancen acuerdos justos y estables que resuelvan una controversia o, al menos, contribuyan a reducir el alcance de la misma.

En la conciliación familiar quienes intervienen como conciliadores y conciliadoras son los Comités de Protección Social de niños, niñas y adolescentes de los Consejos Comunales, los Defensores y Defensoras de Niños, Niñas y Adolescentes, los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y el Ministerio Público. En la mediación familiar intervienen como mediadores y medidoras son los Jueces y Juezas de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (...) (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Este artículo se muestra un tanto controversial al facultar a los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes de los Consejos Comunales a intervenir en asuntos que en principio únicamente le compete dilucidar a la propia

familia por ser la más interesada, además de considerarse una intromisión impuesta por el legislador sobre el grupo familiar de atribuirle inherencia a instancias socio-políticas movidas por el elemento ideológico, cuestión esta que no es bien vista en el colectivo ciudadano, considerándose un absoluto error que las disputas o conflictos surgidas al seno de la vida familiar puedan verse intervenidas por sujetos o representantes politizados –como lo constituye el caso concreto de los referidos comités– al estar impulsados más por una creencia política que en la vida social.

En sí la naturaleza de los consejos comunales es binaria –comporta lo político al erigirse como una de las instancias tendientes a consolidar al modelo de Estado socialista en el marco del Poder Popular y lo social identificado con el ejercicio de ciudadanía y las prácticas democráticas–, no obstante en la exposición de motivos a la reforma de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes introducida en el 2015, se indica que “se incluyen los consejos comunales y los comités de protección social como organizaciones sociales” pretendiendo encubrir la naturaleza política de tales instancias en virtud que la reforma efectuada a dicho instrumento jurídico se debió precisamente a la visión ganada del legislador sobre la sociedad socialista, y en relación a lo indicado un líder comunitario expresa que:

Los consejos comunales se han convertido en el ala política de este Gobierno, es decir, del Psuv, tanto es así que han ocultado por ser todos miembros de una tolda política la corrupción cuando han dado importantes recursos para ejecutar obras en las comunidades y no lo han hecho, en Alberto Adriani se han señalado un sinnúmero de obras que han quedado en las listas de obras ficticias, donde el presupuesto ha sido dilapidado por consejos comunales. La politización indiscriminada del Gobierno actual ha hecho una parálisis de estas organizaciones que no deberían ser brazos ejecutores del Psuv, sino unos brazos que están al servicio de las comunidades, pero sin importar su partido, por ese único detalle los consejos comunales no han podido funcionar de manera exitosa (Gutiérrez citado en Villalobos, 2015, p. 1).

En lo que respecta al artículo 8 *eiusdem*, ha de apuntarse que el mismo regula los derechos de las personas que participan en la conciliación y mediación familiar –entre los cuales se encuentran los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes de los Consejos Comunales– estipulando en el numeral 1 del referido artículo el participar de forma protagónica en los procedimientos, sin obviar los que han de ser el norte de sus actuaciones, para lo cual el artículo 10 *eiusdem* preceptúa la facilitación de la comunicación y el diálogo, la inducción al íntegro respeto por los derechos humanos y garantías de protección, la verificación sobre asimilación de los procedimientos activados, la promoción en toma de decisiones autónomas de las partes, así como el respeto, la imparcialidad y la confidencialidad en el proceso.

En el capítulo II titulado “Participación de los Consejos Comunales en la Conciliación Familiar” del referido instrumento jurídico su norma constitutiva sobre las atribuciones conferidas a los Consejos Comunales, especialmente a sus Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes como instancias de participación del pueblo organizado –artículo 11 *eiusdem*–, ratifica la obligación de desarrollar una actividad protagónica en los procedimientos de conciliación, y particularmente el numeral 3 destaca la labor de promoción provisoria de éstos –divulgación y formación de las familias y entre estas a niños, niñas y adolescentes–, a los fines que los conflictos en su seno sean resueltos preferentemente a través del diálogo democrático de los integrantes.

Al preverse en el mismo artículo el deber de cada consejo comunal en constituir y darle funcionamiento al Comité de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con el procedimiento contemplado en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, se instituyen las atribuciones generales de promover y defender los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, así como de fomentar los procedimientos especiales de solución de conflictos, de tal manera que se asegure la implementación de tales mecanismos, aspecto normativo este que se muestra cónsono con el mandato expreso del artículo 258 *eiusdem* de darle promoción a los medios alternos de resolución de conflictos en concordancia con el artículo 132 *eiusdem* que alude las responsabilidades ciudadanas en la comunidad.

Por otra parte, el artículo 13 de la Ley sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes les impone a los consejos comunales, las organizaciones sociales de la comunidad y las instituciones públicas, coadyuvar con los Comités de Protección social de Niños, Niñas y Adolescentes en la consecución de espacios y materiales adecuados con los que se aseguren instalaciones, mobiliario e insumos mínimos para el desarrollo de los procesos de conciliación familiar, norma previsorá ésta a la cual si bien no puede atribuírsele el éxito en el desarrollo de los procedimientos, si ayuda a su desenvolvimiento eficaz al responsabilizar a las entidades sociales y políticas en la facilitación de todo lo requerido para efectuar las audiencias conciliatorias.

Finalmente, considerando los preceptos normativos de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal de 2012, que viene a ser el instrumento jurídico que regula todo lo relativo a la organización y funcionamiento de la jurisdicción especial de la justicia de paz comunal, el artículo 1 *eiusdem* primero la instituye como ámbito del Poder Popular e integrante del sistema de justicia, previendo como su finalidad el logro o preservación de la armonía en las relaciones familiares, en la convivencia vecinal y comunitaria, así como también

la resolución de aquellos asuntos que derivan del efectivo ejercicio del derecho a la participación ciudadana, en vinculación directa con las actuaciones de las instancias y organizaciones integrantes del Poder Popular.

El artículo comentado dispone como mecanismo de apertura y flexibilización descentralizadora a comunidades y grupos vecinales organizados, la transferencia de la competencia de la justicia de paz comunal del municipio a los ciudadanos mediante las instancias y organizaciones del Poder Popular –léase comités sociales, consejos comunales y comunas–, obviando el legislador que las competencias constitucionales no pueden ser relajadas –esto es reformadas mediante un procedimiento distinto al establecido para modificar parcialmente sus preceptos normativos– por consiguiente relegadas vía legislativa ya que ello constituye violación por despojo legislativo a la norma constitucional, y a este respecto se ha referido a manera de crítica que:

El primer artículo de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal atribuye directamente a los consejos comunales competencias que anteriormente correspondían a los Municipios, al determinar que corresponde a los consejos comunales prestar los servicios de la Justicia de Paz y determinar su organización, de conformidad con esta Ley. Según la Constitución quien tiene la competencia en esta materia son los municipios, lo que indica que la Ley está violando la carta magna... que es una instancia superior sobre la que no puede prevalecer ninguna Ley Orgánica (Montaña, 2012, p. 1).

Por su parte, el artículo 2 *eiusdem* refiere que la justicia de paz comunal promueve el arbitraje, la conciliación y la mediación a los fines aludidos anteriormente, no obstante se aprecia que el instrumento legislativo no previó normas tendientes a desarrollar el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos comunitarios, omisión esta que se considera ha de ser subsanada en futura reforma legal ya que si bien es cierto que la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 vigente aún le resulta análogamente aplicable, debe considerarse la especialidad de la misma –esto es, va dirigida al ámbito comercial o lucrativo– que es absolutamente opuesta a los intereses prevalecientes en la comunidad y a los que el legislador desea proteger con este tipo de instrumento en el ámbito comunitario.

El artículo 3 *eiusdem* estatuye que la jurisdicción especial de la justicia de paz comunal comprende la facultad del juez de decidir los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la comprensión y la reparación del daño, el cual se considera con graves errores de técnica jurídica en virtud de que el juez de justicia comunal al utilizar el procedimiento alternativo de resolución de conflictos como la mediación o la conciliación, no decide asuntos sino que respalda los acuerdos que resulten

–ya que esta facultad le corresponde únicamente llevarla por consenso a las partes conflictuadas–, igualmente se considera errado que pueda avalar la reparación del daño cuando tal resarcimiento deviene por inobservancia de normas constitutivas de orden público.

En el artículo 6 *eiusdem* se define a la conciliación como el mecanismo donde un tercero neutral –entiéndase juez de justicia comunal–, canaliza el diálogo entre las partes conflictuadas, en tanto que la mediación el mecanismo donde el juez de justicia comunal ayuda a identificar los puntos coincidentes de las partes en controversia, así como a exponer los distintos escenarios para un acuerdo consensuado, criterio legislativo este absolutamente opuesto al que había venido desarrollando la doctrina en el área de los medios alternos de resolución de conflictos para quien es la conciliación y no la mediación el medio alternativo que permite al tercero neutral realizar una labor más participativa o de intervención sobre las situaciones conflictivas que demanden su interposición.

En lo atinente a los principios que orientan a la justicia comunal, llama poderosamente la atención que el legislador en el artículo 7 *eiusdem* erija en su seno a la garantía del derecho a la defensa, la igualdad procesal y el debido proceso, en razón de tratarse de una justicia sin formalismos distinta a la ordinaria para la cual la doctrina arguye que su empleo obedece a una nueva forma de concebir la solución de los conflictos, fundada sobre todo en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, así como en formas de abordaje menos coercitivas o autoritarias, en tal sentido desacierta infelizmente el legislador al pretender instituir un tipo de justicia distinta a la formal asimilando los principios que se le son propios a esta, los cuales se hallan todos fundamentados en su característica naturaleza.

Ahora bien, los fines de consolidar el impulso y desarrollo a los medios de resolución de conflictos así como la justicia comunal, en el capítulo V titulado “De los programas de formación y capacitación de los jueces y juezas de paz comunal” del referido instrumento jurídico, el artículo 23 *eiusdem* dispone que el ministerio con competencia en el área educativa así como las universidades –tanto públicas como privadas–, inserten en sus programas educativos el estudio de los medios alternos de resolución de conflictos, así como de la justicia comunitaria, aspecto este que se aprecia muy propicio a los fines de consolidar una cultura que permita hacerlos mayormente efectivos en todos los campos y áreas de la vida ciudadana, y a este respecto es oportuno traer a referencia el planteamiento siguiente:

Enseñar contenidos que comprometen opciones de vida diferentes sólo es posible sobre la base de poder compartir principios de racionalidad y de diálogo, que den lugar al respeto por las diferencias, y que permitan también reconocer una base de principios éticos comunes.

La constitución nacional y la declaración de los Derechos Humanos ofrecen esa base valorativa común que permite el reconocimiento de valores universales, con el debido respeto a las convicciones y opciones personales de vida (Darino & Gómez, 2007, p. 33).

En el capítulo VIII que se titula “De los procedimientos de conciliación, mediación y equidad”, el artículo 33 *eiusdem* consagra el derecho a ser informado que tienen las partes sobre el alcance y significado de los procedimientos de conciliación y mediación emprendidos, así como del valor jurídico de los acuerdos que resulten y los mecanismos judiciales existentes para exigir su cumplimiento, lo cual se constituye en una obligación para el juez de justicia de paz comunal tendiente al esclarecimiento de las condiciones que determinan la validez de los procesos de mediación/conciliación en las instancias comunitarias según principios legales y dogmáticos, con los que busca conseguir legitimidad para sí mismo como facilitador del procedimiento, al tiempo que también para el procedimiento como tal.

El artículo 34 *eiusdem* le impone igualmente al juez de justicia comunal el deber de indicarle a las partes involucradas el comportamiento que deberán observar en el desarrollo de las audiencias de mediación o conciliación –diálogo, respeto y consideración– a los fines de generar un clima favorable para el entendimiento y los acuerdos, y que a los efectos de la eficacia comunicacional tal comportamiento previsto también le es aplicable al propio operador en aras de que la partes puedan expresar sus ideas sin interrupciones inadecuadas, así como también para que se alcance la circularidad procedimental que cristaliza la comprensión de los mensajes entre las partes y su interlocutor, pudiendo así prever oportunamente los aspectos positivos de los mensajes entre las partes, en tal sentido la doctrina refiere que:

El mediador tiene la obligación de clarificar en estos temas y fundamentalmente explicar su función; se busca desde el comienzo que la gente sepa quién es el mediador, su función y cómo va ayudar en el proceso de resolución.

Es sensato suponer que antes del comienzo de la mediación las partes están un poco dispuestas a hablar entre sí. Durante la exposición introductoria del mediador, las partes se sienten inseguras sobre lo que va a pasar y lo que les pedirá que hagan (...) (Garat, 1997, p. 253).

En último lugar, y no por ello menos importante, es oportuno referir que en lo atinente a terceros involucrados en los conflictos comunitarios, el artículo 36 *eiusdem* faculta al juez de justicia de paz comunal a convocar de oficio o a instancia de parte a los miembros de las instancias y organizaciones del Poder Popular en los procedimientos de conciliación y mediación que tengan vinculación directa en el conflicto con la intención de escuchar su opinión respecto al mismo, aspecto que se tiene como mecanismo de función más esclarecedora que de participación activa

en el procedimiento en virtud que tal rol le corresponde desarrollarlo únicamente a las partes directamente conflictuadas con el auxilio del juez, quien solo podrá sugerirle opciones que las propias partes podrán negarse acertarlas.

Consideraciones Finales

Toda vez que se ha podido apreciar el trasfondo comprendido en el entramado régimen jurídico regulador de los medios alternos de resolución de conflictos del ámbito comunitario, ha de indicarse que muy a pesar de los esfuerzos legislativos dados en aras de darle promoción a tales mecanismos, se vislumbra que sigan exteriorizando escaso avance institucional en todas las áreas de la vida comunitaria –familia, escuela, comunidad– en virtud de las imprecisiones o errores de técnica jurídica en las que incurren las normas que los regulan. Esta situación genera un alto nivel de inseguridad jurídica, que se torna más propicio para alejar la confianza de las partes enfrentadas más que a ganar su interés en la utilización de tales mecanismos sobre las disputas presentadas en su seno.

Las contradicciones de las normas establecidas en los diferentes instrumentos jurídicos para regular la implementación de los medios alternos de resolución de conflictos en el ámbito comunitario son evidencia clara que el legislador del momento carece de una visión precisa sobre la esencia democrática y límites institucionales de tales mecanismos en el vecindario al minar toda la estructura del poder político establecido, violentando competencias constitucionales que atañen al municipio, facultando actores identificados a parcialidades políticas a inmiscuirse en conflictos familiares, e introduciendo la participación de púberes en el abordaje de situaciones complejas como son los conflictos, lo cual en vez de llegar a desescalar el nivel de conflictividad social existente lo que hace es potenciarlo de manera recurrente a su máxima expresión.

La sobreabundancia de normas reguladoras de los medios alternos de resolución del conflicto en el ámbito comunitario no es lo más favorecedor para su eficacia legal, sobre todo si sus contenidos se contradicen entre sí o son incorrectos para precisar el objeto de regulación, tienden a ser opuestos a normas especiales o de mayor jerarquía, o sencillamente son incompatibles con las instituciones del sistema político instituido, a razón que tales situaciones generan inseguridad jurídica e incertidumbre sobre los destinatarios al no saber qué norma acatar al momento de presentarse un conflicto, lo cual hace inútil e inoperativo al sistema normativo, complicando su aplicación, planteando conflictos de interpretación y obstaculizando su cumplimiento o en el peor de los casos creando toda una cultura de la ilegalidad que se vuelve un círculo vicioso.

Referencias

- Bordalí, A. (2004). Justicia Privada. *Revista de Derecho*, 16, 165- 186.
- Cordero, I. (2011). La finalidad del proceso. *Diálogos de Derecho y Política*, 2, (8), 1-11.
- Código Civil. Gaceta Oficial Extraordinario No. 2.990. 26 de Julio de 1982.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial No. 5.453. 24 de marzo de 2000.
- Darino, M. & Gómez, M. (2007). *Resolución de Conflictos en las Escuelas. Proyectos y ejercitación*. Buenos Aires, Argentina: Espacio Editorial.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Gaceta Oficial No. 5.880. 9 de abril de 2008.
- Delgado, J. (2015). *Justicia de Paz. Una Competencia Municipal Participativa*, 1-6, Recuperado de <http://www.paggmunicipal.net/justicia-de-paz-una-competencia-municipal-participativa/>.
- Folberg, J. & Taylor, A. (1996). *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México, D.F., México: Editorial Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores.
- Garat, S. (1997). El encuentro de Mediación. En: De Horowitz, S.; López, N. y Garat, S. (1997). *Mediación una respuesta interdisciplinaria*. (243- 265). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba).
- González, J. & Lauretti, P. (2011). Consejos Comunales y resolución de conflictos en Venezuela. *Cuestiones Políticas*, 27, (46), 129- 151.
- Haba, E. (2006). Normativismo y realismo como opciones del Juez (de la razón práctica amputada a la racionalidad jurídica integral. En: Zerpa, I. y Delgado, J. (Coord.) *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Serie Eventos No. 3. (39- 161). Caracas, Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia.
- Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial Extraordinario No. 36.430. 7 de abril de 1998.
- Ley Orgánica de las Comunas. Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.011. 21 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica de los Consejos Comunales. Gaceta Oficial Extraordinario No. 39.335. 28 de diciembre de 2009.
- Ley Orgánica de Controlaría Social. Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.011. 21 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Gaceta Oficial Extraordinario No.39.451. 22 de junio de 2010.
- Ley Orgánica del Poder Popular. Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.011. 21 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.011. 21 de diciembre de 2010.

- Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal. Gaceta Oficial No. 39.913. 2 de mayo de 2012.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.185. 8 de junio de 2015.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 37.504. 13 de agosto de 2002.
- Ley sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial No. 39.570. 9 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria No. 6.076. 7 de mayo de 2012.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.015. 28 de diciembre de 2010.
- Longo, P. (2004). *Jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos*, 1- 43. Recuperado de http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Paolo_Longo.pdf.
- Montaña, G. (21 de septiembre de 2012). Según Abogados: Ley de Justicia Comunal viola competencias de otros poderes. *Diario El Venezolano*. Recuperado de www.diarioelvenezolano.com.ve/?p=32592.
- Osborne, D. y Gaebler, T. (1994). *La Reinención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Osorio, E. (2013). *La Mediación a la luz de la Tutela Judicial efectiva*. Salamanca, España: Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial No. 38.426. 28 de abril de 2006.
- Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de la Economía Comunal. Gaceta Oficial No. 8.795. 2 de febrero de 2012.
- Rioja, A. (2013). *Naturaleza ontológica de la medida cautelar*. Recuperado de <http://www.blog.pucp.edu.pe/item/.../naturaleza-ontol-gica-de-la-medida-cautelar>.
- Sánchez, E. (2011). Las leyes del Poder Popular como el orden jurídico de una pretendida transición hacia el socialismo. Análisis crítico. *Revista Jurídica Erga Omnes*, (7), 211- 242.
- Sentencia sobre Interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución. Gaceta Oficial No. 39.055. 10 de noviembre de 2008.
- Villalobos, T. (15 de febrero de 2015) Consejos comunales: una buena idea, pero manejados como instrumento político. *Diario de los Andes*. Recuperado de <http://diariodelosandes.com/index.php?r=site/noticiaprincipal&id=1919>.
- Witker, J. (2008). Hacia una Investigación Jurídica Integrativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLI, (122), 943- 964.



Autor: Marlon Alexis Monsalve Arias
Título: mujer en traje típico
Técnica: óleo y acrílico sobre lienzo
Año: 2009

Impacto de la ampliación de los derechos de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a10

- 1 Artículo producto de la investigación *Impacto de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano*, en el marco de las actividades del Grupo de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia -Seccional Armenia-.

Citación de este artículo con el sistema APA: Rincón Angarita, D. (2016). Impacto de la ampliación de los derechos de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral. *Estudios de Derecho*. 73 (162), 243-267. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a10.

Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 3 de febrero de 2017

Impacto de la ampliación de los derechos de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral

*Dubán Rincón Angarita*²

Resumen

Siendo que la violencia sexual es uno de los fenómenos más execrables en la dinámica de la confrontación armada en Colombia, y que se traduce en graves violaciones de Derechos Humanos, el legislador ha decidido sancionar esta específica tipología de violencia como un ataque al Derecho Internacional Humanitario -y eventualmente como crimen de lesa humanidad- mediante la expedición de la ley 1719 de 2014.

Como correlato de la creación de nuevos tipos penales, la norma, entre otros desarrollos, elabora una regulación especial respecto del incidente de reparación integral para las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, teniendo como norte las necesidades de ampliar los derechos de estas víctimas, y de que el trámite incidental se traduzca en un verdadero recurso efectivo en orden a la realización de las garantías fundamentales del ofendido.

Esta nueva regulación aumenta las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso penal, y es expresión de un aumento en el catálogo de los derechos de la víctima en la etapa del incidente de reparación integral. Así, el problema jurídico de este escrito se formula como ¿Cuál es el impacto de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral? De esta pregunta se desprende el objetivo general del artículo como *Establecer el impacto de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral*.

Se trata de una investigación cualitativa, basada en la revisión de fuentes secundarias sobre el tema (pronunciamientos jurisprudenciales, artículos de investigación, e instrumentos normativos internos e internacionales) que, en suma, logra establecer que el legislador de la ley 1719 de 2014 amplió las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso penal, especialmente a partir de ciertas excepciones al principio dispositivo de la pretensión, la consagración de facultades *extra* y *ultra petita* en cabeza del fallador, y otras modificaciones a la regulación vigente en la ley 906 de 2004, con la finalidad de hacer del incidente de reparación integral un recurso efectivo en la realización de los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual en el contexto de la confrontación.

Palabras clave: violencia sexual, conflicto armado interno, incidente de reparación integral, derechos de las víctimas, sistema acusatorio.

2 Abogado de la Universidad Industrial de Santander, graduado con la distinción “Cum Laude”. Magister en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador de la Universidad La Gran Colombia -Seccional Armenia-.

Impact of the extension of the rights of victims of sexual violence during the armed conflict in the exercise of the integral reparation incident

Abstract

Since sexual violence is one of the most execrable phenomena in the armed confrontation in Colombia, which translates into serious human rights violations, the legislator has decided to sanction this specific typology of violence as an attack on International Humanitarian Law –and eventually as a crime against humanity- by issuing Law 1719 of 2014.

As a corollary of the creation of the new criminal types, the norm, among other developments, elaborates a special regulation regarding the incident of integral reparation for the victims of sexual violence in the context of the armed conflict, taking as a basis the needs of extending the rights of these victims, and that the incidental procedure is translated into a real effective remedy for the realization of the fundamental guarantees of the victim. This new regulation increases the possibilities of intervention of the victim in the criminal process, and it is an expression of an increase in the catalog of the rights of the victim in the stage of the integral reparation incident. It is qualitative research that manages to establish that the legislator of Law 1719 of 2014 extended the possibilities of intervention of the victim in the criminal process, especially from certain exceptions to the principle of pretension, the consecration of *extra* powers and *ultra petita* in the head of the ruling judge, and other modifications to the current legislation in Law 906 of 2004, with the purpose of making the incident of integral reparation an effective remedy in the realization of the fundamental rights of victims of sexual violence in the context of confrontation.

Key words: sexual violence, internal armed conflict, integral reparation incident, victim's rights, and accusatory system.

Impacto da ampliação dos direitos das vítimas de violência sexual por ocasião do conflito armado no exercício do incidente de reparação integral

Resumo

Sendo a violência sexual um dos fenômenos mais execráveis na dinâmica do confronto armado na Colômbia, e que se traduz em graves violações de Direitos Humanos, o legislador decidiu sancionar esta específica tipologia de violência como um ataque ao Direito Internacional Humanitário –e eventualmente como crime de lesa-humanidade- por meio da emissão da lei 1719 de 2014.

Como correlato da criação de novos tipos penais, a norma, entre outros progressos, elabora uma regulamentação especial a respeito do incidente de reparação integral para as vítimas de violência sexual no quadro do conflito armado, tendo como norte as necessidades de ampliar os direitos destas vítimas, e que o procedimento incidental se traduza em um verdadeiro recurso efetivo em favor da realização das garantias fundamentais da vítima. Esta nova regulamentação aumenta

as possibilidades de intervenção da vítima no processo penal, e é expressão de um aumento no catálogo dos direitos da vítima na etapa do incidente de reparação integral. Trata-se de uma pesquisa qualitativa que consegue estabelecer que o legislador da lei 1719 de 2014 ampliou as possibilidades de intervenção da vítima no processo penal, especialmente a partir de certas exceções ao princípio dispositivo da pretensão, a consagração de faculdades *extra e ultra petita* na figura do juiz, e outras modificações à regulamentação vigente na lei 906 de 2004, com o intuito de tornar o incidente de reparação integral um recurso efetivo na realização dos direitos fundamentais das vítimas de violência sexual no contexto do confronto.

Palavras-chave: violência sexual, conflito armado interno, incidente de reparação integral, direitos das vítimas, sistema acusatório.

Impacto de la ampliación de los derechos de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral

Introducción

El conflicto armado en Colombia no ha sido ajeno a la dinámica de la violencia sexual como estrategia de guerra, a través de prácticas como el acceso carnal, el aborto forzado, la esterilización forzada o los actos sexuales abusivos, por solamente consignar algunos ejemplos de este tipo de ataques, que constituyen serias violaciones a los derechos humanos, y de contera, agravando la situación de las víctimas del conflicto, que además de padecer fenómenos como el desplazamiento forzado, el despojo de tierras o la pérdida de seres queridos, tienen que vérselas con el despliegue de conductas que lesionan su esfera sexual, perpetradas por los actores del conflicto.

Estas formas de violencia han sido constantemente invisibilizadas, y es así que la sensibilización y sanción frente a la violencia sexual ha de ser prevalente en el desarrollo del ordenamiento jurídico colombiano, máxime cuando los avances teóricos en materia de derechos de las víctimas han denotado la necesidad de superar el paradigma de la justicia retributiva, en el que el objeto prevalente de los mecanismos punitivos es la efectiva sanción del delincuente, a favor de los sistemas de justicia restaurativa, en los que, de manera paralela a la mera sanción penal, el proceso ostenta como finalidades la realización de los derechos del ofendido, es decir, la posibilidad de convertir el diligenciamiento mismo en un espacio de desvictimación.

Pues bien, el logro de la justicia restaurativa tiene como correlato la necesidad de ampliar los derechos y las posibilidades de intervención de las víctimas, si lo que se quiere es la conversión del proceso penal en un recurso efectivo en orden al logro de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

En el proceso penal colombiano vigente en virtud de la ley 906 de 2004, el principal instrumento con que cuentan las víctimas es el incidente de reparación integral, trámite que procede ante la sentencia condenatoria en firme, y que se traduce en un escenario de realización de los derechos fundamentales del ofendido, y que se ejercita a través de la formulación de pretensiones frente al declarado penalmente

responsable mediante condena en firme. Estas pretensiones, y no es inútil reiterarlo, superan con creces el llano contenido económico, pudiendo presentarse pretensiones que realicen el derecho a la verdad, la justicia, la restitución o las garantías de no repetición, entre otras, facultades que se maximizan cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, que es precisamente el acontecer respecto de la violencia sexual ejercida en el marco de la confrontación.

Con lo hasta ahora dicho, aparecen los dos ejes fundamentales del escrito: de una parte, la violencia sexual en el contexto del conflicto armado como práctica execrable y merecedora de sanción, como evento de lesión de los derechos humanos y como preocupación el Estado colombiano, de una parte, y de otra, el incidente de reparación integral como herramienta de realización de los derechos fundamentales del ofendido.

Surge de esta forma la pregunta de investigación en los siguientes términos: ¿Cuál es el impacto de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral? De esta pregunta se desprende el objetivo general: *Establecer el impacto de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación integral.*

Se trata en este caso de una investigación cualitativa, basada en la revisión de fuentes secundarias sobre los temas objeto de estudio (pronunciamientos jurisprudenciales, artículos de investigación e instrumentos normativos de Derecho interno e internacionales), con un alcance correlacional.

Fundamentalmente, el artículo logra establecer que tanto en el concierto internacional como en el derecho interno se asiste a un movimiento de ampliación de los derechos de las víctimas, especialmente los de aquellas que sufren violaciones de derechos humanos, y que este aumento de las garantías ha traído consigo la necesidad de nuevas regulaciones sustanciales y procesales que pretenden convertir el proceso penal, y más específicamente el incidente de reparación integral, en un recurso efectivo en orden a la realización de las garantías fundamentales del ofendido.

Se establece en consecuencia que el aumento de las posibilidades de intervención de la víctima ha impactado el ejercicio del incidente de reparación integral, cuyo resultado más palpable es la regulación especial del trámite incidental contenida en la ley 1719 de 2014, que presenta sensibles diferencias respecto de la redacción de la norma ordinaria de la ley 906 de 2004, ante la necesidad de cobijar con mayor atención los derechos de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto.

Para ello, se seguirá el siguiente esquema de resolución del problema de investigación: En primer lugar, se hará un breve recorrido en torno a las diversas posiciones que ha ostentado la víctima frente a la pretensión punitiva, para posteriormente elaborar una contextualización del lugar de la víctima en el proceso penal colombiano. Posteriormente, se perfilará el incidente de reparación integral en la legislación colombiana como instrumento en orden a la realización de los derechos fundamentales de la víctima.

A continuación, se hará alusión a la violencia sexual en el marco del conflicto, como práctica y estrategia de la guerra, y como lesión a los derechos humanos, así como a las posibilidades de que esta forma de violencia sea considerada como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad para, a renglón seguido, establecer las notas dominantes del ejercicio de reparación integral para las víctimas de violencia sexual, resaltando las diferencias respecto de la legislación ordinaria contenida en la ley 906 de 2004, respecto de los siguientes aspectos comparativos: i) la legitimación por activa en la iniciación del incidente; ii) el saneamiento de las pretensiones; iii) las restricciones a las facultades conciliatorias de la víctima; iv) las facultades *extra petita* y *ultra petita del fallador*; v) el término de caducidad, y vi) la debida diligencia del fiscal y el representante judicial de víctimas.

1. El lugar de la víctima en el proceso penal

La posición de la víctima en el diligenciamiento punitivo ha mudado a lo largo de la historia, siendo tal aspecto dependiente de diversas razones políticas e ideológicas. De forma en extremo sucinta, puede hablarse de tres escenarios, o más bien, de tipos ideales en la comprensión del lugar del ofendido:

i) desde la Antigüedad hasta los comienzos de la Edad Moderna, época que ha sido denominada como “Edad de oro de la víctima”, que en esencia se tradujo en sistemas autocompositivos, con amplísimas potestades dispositivas del ofendido, en materias como la decisión sobre la acción o la sanción a imponerse.

Estos sistemas que abogaban por una suerte de venganza privada fueron asimilados como de crueldad excesiva en algunos casos, y comenzó a cuestionarse su legitimidad en el marco de la organización política (Sampedro Arrubla, 2010). En todo caso, puede decirse con Maier (1992), que:

(...) no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaban la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal (p. 185).

ii) desde el surgimiento del Estado moderno hasta prácticamente el último tercio del Siglo XX, que significó un radical movimiento de inflexión, y que implicó el relegamiento de la víctima a la posición de mero espectador, o cuando más en el rol de testigo de cargo, en apoyo del recaudo probatorio del ente investigador. Este olvido de la víctima se ha explicado desde la asunción del Estado como detentador del monopolio de la fuerza, conduciendo así a un panorama reduccionista, en donde el crimen se asimila como un enfrentamiento entre la autoridad estatal y el acusado.

De acuerdo con García-Pablos de Molina (1999), “La víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono. Disfrutó del máximo protagonismo -su «edad de oro»- durante la justicia primitiva, siendo después drásticamente «neutralizada» por el sistema legal moderno” (p. 130). Esta varianza se explicaría ante la introducción del concepto de acción pública como norte del proceso penal, en la que la objetivación del daño (lesión al bien jurídico) permite que el Estado se apropie del conflicto generado con el delito (Bovino, 1992).

En la práctica, tal estado de cosas condujo al protagonismo de la figura del delincuente: sus garantías, su enfrentamiento a la potestad punitiva del Estado y la preocupación por la justicia de la sentencia como respuesta al crimen, se convirtieron en los ejes de discusión de las ciencias penales, ahondándose el olvido del rol del ofendido. Para Solé Riera (1997):

La construcción del sistema de garantías del proceso penal, se ha hecho pensando básicamente en el imputado, olvidando a las víctimas del delito. Seguramente la explicación de ello reside en el derecho a la presunción de inocencia, que a modo de estado de gracia inicial de cualquier ciudadano, hace surgir ese contenido inherente a la función de garantía que cumple el proceso penal. (...) Sin que sirva de velada crítica a la presunción de inocencia, el sistema no ofrece iguales garantías proteccionistas al perjudicado (p. 27).

iii) desde la década de los setenta y ochenta del siglo XX a nuestros días puede reconocerse a grandes rasgos una “nueva victimología”, que en general reconoce que el conflicto causado con el delito solamente puede solucionarse mediante el logro de la paz social, que requiere la inclusión de la víctima en la reconstrucción de la historia del delito, y que comprende al ofendido como sujeto de derechos constitucionales, dejándose de lado la comprensión del proceso como una actuación cuyo único fin es el establecimiento de la responsabilidad del encausado, para proceder a asignarle finalidades de reconstrucción del tejido social, escenario de realización de derechos fundamentales no solo del procesado sino de la víctima y, en últimas, como tablado dialógico, de encuentro de posiciones que permitan el logro de la justicia en el caso concreto.

Posturas como la de Larrauri (1992) afirman que “(...) junto a esta victimología originaria surgió, en la década de los ochenta, una nueva victimología (...) que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, por: su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, y su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente” (p. 158). En el entendimiento de esta posición, fundamental es comprender que no defiende la anulación de los derechos del procesado a favor de los de la víctima, sino que propende por la concesión a favor de esta última de garantías susceptibles de ejercerse en el diligenciamiento, a la par con las garantías del sujeto sometido a potestad punitiva (Leza Betz, 2003).

Puede afirmarse, en consecuencia, que se asiste a un redescubrimiento de la víctima, que se refleja en los debates académicos y en los instrumentos normativos. Una de las consecuencias más relevantes de la inversión del paradigma que se comenta es, para efectos del tema tratado en este escrito, la transición del sistema de justicia retributiva (un proceso penal que tiene como finalidad última (¿única?) la imposición de una sanción por el delito cometido), a un sistema de justicia prevalentemente restaurativa, concentrada en la reparación del perjuicio aún más que en el castigo del delincuente (Márquez Cárdenas, 2007). De opinión semejante es Gaviria Londoño (2012), para quien:

(...) en nuestro medio se ha perpetuado la creencia de que el proceso penal se justifica sólo en cuanto propenda por la imposición de sanciones penales, que en realidad en nada contribuyen a la restauración de la armonía individual y social quebrantada con la conducta punible, donde la víctima ha sido y continúa siendo un mero objeto útil en cuanto de ella pueda obtenerse prueba para consolidar la responsabilidad penal del procesado (p. 125).

Así, tal como acaba de afirmarse, si la realización de los derechos de las víctimas se asume como una de las finalidades del proceso penal, debe el diligenciamiento contener mecanismos efectivos en el logro –o al menos la aproximación– de la restitución de la víctima al *statu quo ante*. De acuerdo con la Sala de Casación Penal, la reparación integral alude al conjunto de medidas tendientes a “hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011).

De forma que, para la efectiva realización de los derechos de las víctimas en los casos concretos, los sistemas procesales deben contar con herramientas que posibiliten a la víctima un suficiente campo de actividad, pues sus derechos fundamentales no son un simple enunciado teórico, y de allí el carácter indispensable

de los mecanismos procesales, con la finalidad de que el debate en sede judicial permita la realización de la verdad, la justicia y la reparación integral.

2. El incidente de reparación integral en el proceso penal colombiano

En el sistema acusatorio colombiano, la víctima cuenta con posibilidades de actuación a lo largo de todo el diligenciamiento, con mayor o menor intensidad dependiendo de la fase que se trate, dado que “Los derechos de las víctimas del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral son derechos que se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado mediante Acto Legislativo 03 de 2002” (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-250 de 2011). Por cuestiones de espacio, no es éste el lugar para establecer estos diversos campos de acción del ofendido, pues este artículo se limita a la esfera de influencia de la víctima en el trámite incidental previsto en la ley 906 de 2004, pero debe contemplarse que tanto el Código de Procedimiento Penal como los desarrollos jurisprudenciales, especialmente los de la Corte Constitucional, han definido los roles de la víctima a lo largo del proceso.

En este orden de ideas, el incidente de reparación integral se proclama como el principal mecanismo procesal en orden a la realización de los derechos fundamentales de la víctima (Aponte Cardona, 2011). Son de resaltar los siguientes aspectos: i) su procedencia se condiciona a la sentencia condenatoria ejecutoriada; ii) su éxito tiene como basamento la demostración de un daño cierto; iii) respecto de las etapas anteriores del proceso, en donde mayormente la víctima se halla limitada a la representación de sus intereses procesales por parte del acusador, en el incidente se activan las facultades procesales, especialmente las de presentación de una pretensión concreta, el aporte de pruebas por sí misma y la argumentación en orden a la demostración del perjuicio, en tanto “el incidente constituye una primera oportunidad judicial como posición jurídica definitiva para hacer efectivo el derecho a la reparación integral de la víctima (...)” (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-059 de 2010); iv) su objetivo trasciende la mera reparación económica, comprendiendo la reparación integral, que atañe a las “acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas” (Márquez Cárdenas, 2007, p. 206).

Este trámite incidental se halla regulado en el Código de Procedimiento Penal (artículos 102 a 108), y tiene como requisitos para su procedencia la solicitud elevada por la víctima (directamente) o por el fiscal o el Ministerio Público a instancia de ella (indirectamente), siempre que haya sentencia condenatoria en firme, y su

finalidad es la reparación de los perjuicios causados con la conducta criminal, y el ejercicio de los derechos a la verdad y a la justicia.

La normativa enunciada aplica para cualquier incidente de reparación integral incoado por la víctima. Pero es de destacarse que a partir de la vigencia de la ley 1719 de 2014 existen ciertas normas especiales aplicables al trámite incidental, cuando se trata de víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado. Ello obedece, evidentemente, a la gravedad de este tipo de conductas, y es de todo punto importante constatar que se consagraron ciertas innovaciones que permiten diferenciar los presupuestos y trámite del incidente cuando se trata de víctimas de esta forma de violencia, frente a las víctimas de otra clase de delitos.

En orden a la comprensión de las razones del legislador para estas modificaciones, deben referirse en primer término ciertos aspectos puntuales de la violencia sexual en el marco del conflicto, tarea que se avoca a continuación.

3. La violencia sexual en el contexto del conflicto armado en Colombia

En el marco del conflicto armado en Colombia se ha reconocido desde diversas fuentes que una de las prácticas más execrables es la violencia sexual ejercida contra personas protegidas, especialmente la población civil. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (2002):

(...) la violencia sexual abarca el sexo bajo coacción de cualquier tipo incluyendo el uso de la fuerza física, las tentativas de obtener sexo bajo coacción, la agresión mediante órganos sexuales, el acoso sexual incluyendo la humillación sexual, el matrimonio o cohabitación forzados incluyendo el matrimonio de menores, la prostitución forzada y comercialización de mujeres, el aborto forzado, la denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción o a adoptar medidas de protección contra las enfermedades, y los actos de violencia que afecten la integridad sexual de las mujeres tales como la mutilación genital femenina y las inspecciones para comprobar la virginidad (p. 161).

Es de observar que la violencia sexual no surge con el conflicto, pues es a todas luces claro que es anterior. No obstante, se estima que estas formas de violencia se exacerbaban en el desarrollo de las hostilidades, y es clave en el estudio del fenómeno la comprensión de que se trata, además de una forma de violencia en sí misma, de la expresión de otras formas de violencia estructural, y que se relaciona generalmente con otras tipologías, como la violencia de género o el crimen de odio, pero que en todo caso ha servido a finalidades como arma de guerra, como castigo o forma de tortura, como mecanismo para la humillación del enemigo o como forma de esclavitud (Galvis, 2009).

Además, es usual que la violencia sexual en el contexto del conflicto sirva para apuntalar finalidades relacionadas con las hostilidades, como el control del territorio, la imposición de pautas de comportamiento, el establecimiento de control social y, por supuesto, puede tener como finalidad la satisfacción de un interés libidinoso. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la violencia sexual en contra de la mujer, ha identificado las siguientes finalidades en su ejercicio: a) como forma de lesión al enemigo y el avance en el control territorial; b) como herramienta para lograr el desplazamiento forzado y el desarraigo; c) como forma de lograr el reclutamiento forzado para la prestación de servicios sexuales; d) para el fomento de pautas de control social (CIDH, 2006).

Sirva lo anterior para afincar que la perpetración de estas formas violentas en el conflicto puede constituir un fin en sí misma (satisfacción libidinoso, ensañamiento y crueldad contra la población civil), o pueden significar un mecanismo para el logro de fines relacionados con el conflicto (el logro del desplazamiento forzado, la implantación de formas de control social, el control del territorio, etc.). De acuerdo con Hoyos y Medina (2013), la violencia sexual

(...) ha sido utilizada por todos los grupos armados como una estrategia y un arma de guerra, de manera sistemática y generalizada, con el objetivo de atacar al enemigo, causarle sufrimiento y demostrar el poder de su opositor, lograr y ejercer control sobre el territorio y los recursos, así como ejercer control social, buscando llegar a las esferas más íntimas de una comunidad (p. 4).

Los instrumentos normativos a nivel nacional e internacional sobre la materia, han tenido como norte la sensibilización, erradicación y sanción de todas las formas de violencia sexual, incidiendo particularmente en la ejercida en el desarrollo de un conflicto armado. Por obvias razones de espacio, solamente a título de mención, se cuenta con la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la Declaración de Viena sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la violencia y la discriminación y los conflictos armados, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entre otros instrumentos.

Siendo patente la gravedad del fenómeno en cuestión, la ley 1719 de 2014 se inclinó por la creación de diversos tipos penales que castigan las formas de violencia sexual más frecuentes en el contexto del conflicto, aumentando el catálogo de conductas atentatorias contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, previendo además la posibilidad de que constituyan crímenes de lesa humanidad, siempre que se practiquen de forma sistemática y generalizada contra la población civil, y con conocimiento de dicho ataque.

No obstante, a la par con la creación de estas figuras punitivas, el legislador reguló el ejercicio del incidente de reparación integral a favor de las víctimas de esta forma de violencia, cuestión que se aborda a renglón seguido.

4. El incidente de reparación integral a favor de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado

Puede afirmarse que el incidente de reparación integral, además de procurar la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, se relaciona con el derecho de acceso a la administración de justicia -ello sin contar, por supuesto, con los referentes a la dignidad humana, la igualdad, la tutela judicial efectiva, el derecho a un recurso judicial efectivo, entre otros derechos-. Por estas razones, la ley 1719 de 2014, que es en la actualidad el principal instrumento normativo en la lucha contra la violencia sexual en el marco del conflicto armado en Colombia, desde el mismo título de la norma y su artículo 1º refiere la adopción de medidas en orden a “garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado”.

Es así como bajo la égida de la ley 1719 de 2014 se consagran diversos parámetros que diferencian el incidente de reparación integral cuando los hechos victimizantes tienen que ver con la violencia sexual en el marco del conflicto armado, respecto de la normativa ordinaria plasmada en la ley 906 de 2004, atendiendo, claro está, a que estas formas de violencia implican graves violaciones de derechos humanos, que por tanto ameritan un tratamiento diferencial.

El contraste entre las disposiciones de la ley 906 de 2004 y la preceptiva de la ley 1719 de 2014 permiten asimilar además el esfuerzo del legislador por convertir el incidente de reparación integral en un verdadero recurso efectivo contra estas formas de violación de los derechos humanos. Sobre el punto, sostienen diversos instrumentos internacionales que el recurso efectivo es aquel capaz de reivindicar los derechos ante un órgano independiente e imparcial, con el fin de que se reconozca la violación, se cese en su ejercicio si continúa, y se repare adecuadamente a la víctima (Comisión Internacional de Juristas, 2009).

Es factible, en consecuencia, establecer la siguiente aserción: dado que la violencia sexual en el marco del conflicto armado es una violación tan grave de los derechos humanos, se hace necesario aumentar el campo de acción de la víctima en el ejercicio del incidente de reparación integral, con la finalidad de convertir este trámite en un recurso efectivo, que conduzca a la realización, en los casos concretos, de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Debe aclararse que las disposiciones de la ley 1719 de 2014 relativas al trámite incidental, no crean una nueva forma de incidente, ni derogan las disposiciones de la ley 906 de 2004. Se trata de un conjunto de disposiciones especiales, aplicables solamente a los incidentes de reparación integral que tengan que ver con sentencias condenatorias ejecutoriadas por delitos relativos a la violencia sexual en el contexto del conflicto armado. Se presentan a continuación las principales innovaciones en el ejercicio del incidente:

4.1 Respetto de la legitimación por activa en la iniciación del incidente de reparación integral

Una de las modificaciones más trascendentales que se efectuaron respecto del incidente de reparación integral en materia de violencia sexual en el contexto del conflicto armado, tiene que ver con la legitimación por activa en la iniciación del incidente. Esta legitimación se ha entendido como “la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que inicie la tramitación del juicio o de una instancia” (Díaz, 2000, p. 199).

Retomando el incidente de reparación integral, la regulación de dicho trámite en la preceptiva de la ley 906 de 2004 es diáfana en establecer que el comienzo del rito procesal debe provenir del ofendido, ya sea directamente, o por parte del fiscal o el Ministerio Público, pero siempre a instancia de la víctima (artículo 102 del Código de Procedimiento Penal). Por tanto, cabe afirmar que la regla general es que la legitimación activa en la iniciación del incidente de reparación integral se radica en cabeza de la víctima, con notables excepciones, como es el caso de la iniciación oficiosa del incidente cuando se trata de víctimas menores de edad (artículo 197 de la ley 1098 de 2006).

A su turno, cuando se trata de víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, la legitimación por activa se amplía al fiscal. Efectivamente, y de acuerdo con el numeral 1º del artículo 27 de la ley 1719 de 2014, “Si la víctima directa no puede ser ubicada dentro del término legal previsto para iniciar el incidente de reparación integral, el fiscal deberá solicitar su inicio dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término dispuesto en el artículo 102

de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010". No quiere ello significar, por supuesto, que la víctima haya perdido la legitimación en la iniciación del incidente, sino que se suple la imposibilidad de ubicación de la víctima directa, asignando al fiscal la legitimación en la formulación del trámite incidental.

Ello se relaciona además con el contexto de la vivencia estas víctimas, toda vez que el hecho victimizante se corresponde con una experiencia altamente traumática, en las esferas física y psicológica, generando secuelas emocionales como consecuencia del suceso y que interfieren en todas las esferas de la existencia (Echeburúa *et al.*, 2002) que puede motivar un natural deseo de no concurrir al diligenciamiento, pretendiendo entonces suplir la norma la no realización de los derechos de las víctimas que surgiría en el caso de aplicar la regla general de acuerdo con la cual la legitimación corresponde solamente al ofendido, trasladando este deber al fiscal en el anotado caso de no poderse ubicar a la víctima.

Igualmente, sucede de ordinario que la víctima de estos atentados se debate entre sentimientos de temor a represalias, miedo a la repetición de lo sucedido y la desconfianza en los mecanismos legales del Estado y sus funcionarios, lo que en la práctica redundaría en la negativa a iniciar el trámite incidental, deficiencia que, se reitera, se suple con la radicación de la legitimación en cabeza del fiscal. Ahora bien, como corolario de la ampliación de la legitimación por activa, la Fiscalía debe comunicar el inicio del incidente a la Defensoría del Pueblo, con la finalidad de que se designe un representante judicial para las víctimas (artículo 27, numeral 1º, in fine, de la ley 1719 de 2014).

De otra parte, mención a espacio merece el caso de las víctimas menores edad. Sobre el punto, el numeral 2º del mismo artículo 27 trata el caso de las víctimas menores de edad que carecen de representación legal o cuyo representante se abstiene de dar inicio al incidente, indicando para el fiscal la misma obligación acabada de explicitar (es decir, la iniciación del trámite dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término dispuesto en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal). Debe citarse en estos casos al Ministerio Público, al defensor de familia del ICBF y al representante de víctimas que designe la Defensoría del Pueblo.

Se considera que en estos casos debe asimismo darse aplicación a la regla general contenida en el artículo 197 de la ley 1098 de 2006, que prevé la iniciación oficiosa del incidente. Así las cosas, en el caso de víctimas menores de edad en casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado, la legitimación por activa se amplía a los representantes del menor de edad, a la fiscalía (de acuerdo con el numeral 2º del artículo 27 de la ley 1719 de 2014), y al propio juez de

conocimiento, quien podrá actuar *ex officio* (de acuerdo con el artículo 197 de la ley 1098 de 2006).

Es de prenotada importancia decantar que la regulación actual de la ley 906 de 2004 consagra la relevancia del principio dispositivo en el ejercicio del incidente de reparación integral, esto es, que el impulso en la iniciación debe provenir de la víctima, se insiste, ya sea de manera directa o indirecta. Pues bien, en los eventos de violencia sexual en el marco del conflicto armado opera una excepción a este principio dispositivo, en tanto se amplía la esfera de sujetos procesales que pueden iniciar el trámite incidental, por sobre todo el fiscal.

La razón de ser de esta excepción estriba, se itera, en la gravedad de la violación de los derechos humanos que comportan este tipo de ataques, motivándose así una mayor protección de las entidades del Estado en procurar la reparación de las víctimas. Pero, además de ello, y como también había tenido oportunidad de indicarse, la fuerte victimización secundaria en este tipo de casos concretos amerita que se cuente con la posibilidad de radicar en el fiscal la posibilidad de dar inicio al incidente, pues cuando se toma distancia respecto del agresor, “se suelen dar condiciones más propicias para la superación de los efectos emocionales, toda vez que se cuenta con condiciones de tranquilidad y de disminución de las probabilidades de que hechos similares les vuelvan a ocurrir” (Morales Arias, 2012, p. 5).

4.2 Respeto del saneamiento de las pretensiones

En la normativa del Código de Procedimiento Penal, las causales de rechazo de la pretensión formulada se hallan previstas en el artículo 103 de la ley 906 de 2004 y se contraen a las siguientes hipótesis: i) si quien promueve la pretensión no es víctima; ii) si se halla acreditado el pago efectivo de los perjuicios, si es que es la única pretensión formulada –ello, se aclara, con la finalidad de dejar a salvo las pretensiones relacionadas con los derechos a la verdad, a la justicia, y las medidas de rehabilitación, restitución o garantías de no repetición-.

Por el contrario, de acuerdo con la ley 1719 de 2014, el espectro de posibilidades de acuerdo con la cuales el juez puede inadmitir la pretensión se amplía. Así, en el trámite del incidente, cuando se trata de víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, el juez debe analizar las pretensiones formuladas, cuidando de que en ellas se recojan los criterios de reparación integral y los criterios diferenciales. En caso contrario, el funcionario inadmitirá la solicitud y permitirá al representante judicial de la víctima la adición de medidas complementarias (numeral 3º del artículo 27 de la ley 1719 de 2014).

Se trata, en consecuencia, de una verdadera facultad de saneamiento de la pretensión, con miras a la efectiva realización de los derechos de las víctimas. Cabe además resaltar que, aunque la dinámica del sistema acusatorio es más acorde con la sustracción de facultades oficiosas al funcionario de conocimiento, en este caso se amerita una excepción a dicha regla, pues tiene que ver con el cumplimiento de cometidos constitucionales, que no son otros que los derechos de las víctimas, tratándose además de atentados tan graves como los de violencia sexual en el contexto de la confrontación armada.

Esta facultad de saneamiento, procesalmente ha de interpretarse asimismo como una excepción al principio dispositivo, toda vez que, en principio, corresponde al interesado formular la pretensión procurando que en ella se impliquen todos los aspectos merecedores de reparación. *Contrario sensu*, y con la misma finalidad de procurar una efectiva realización de los derechos de las víctimas, el principio de disposición de la pretensión debe ceder a ciertas facultades oficiosas del juez de conocimiento, en orden a restablecer los derechos del ofendido.

4.3 Respetto de las restricciones a las facultades conciliatorias de la víctima

La regulación del incidente en la ley 906 de 2004 no contempla restricciones a las facultades conciliatorias de los sujetos procesales. El inciso final del artículo 103 de la ley en comento indica:

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

En suma, no se adveran limitaciones a las facultades conciliatorias de la víctima en el trámite del incidente.

No es tal la situación que cabe predicar, sin embargo, cuando se trata de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado, pues se consagra una restricción a las facultades conciliatorias de la víctima, entendiéndose que solamente son conciliables las medidas indemnizatorias, pero no las medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición (numeral 4º del artículo 27 de la ley 1719 de 2014).

Esta modificación no es caprichosa si se comprende que en los casos de graves violaciones a los derechos humanos se erige en razón de interés público la realización de los derechos de las víctimas. Además, medidas como la restitución o las garantías

de no repetición tienen un contenido que trasciende la mera individualidad de la víctima e impregnan al conglomerado social de las víctimas de hechos del mismo tipo, y por qué no decirlo, a la población en general, contribuyendo a su vez en la reconstrucción del tejido social menguado con estas formas delictivas.

4.4 Respeto de las facultades *extra* y *ultra petita* del fallador

En la sentencia que ponga fin al incidente, el juez tiene la posibilidad de incluir medidas de indemnización, restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición que aparezcan como necesarias de acuerdo con los hechos probados y el contexto de los criterios diferenciales que aparezcan demostrados en el trámite, aun cuando tales medidas no hayan sido invocadas expresamente por el solicitante (numeral 5° del artículo 27 de la ley 1719 de 2014).

Esta disposición se armoniza con lo previsto en el artículo 28 de la norma, que indica que, en la liquidación de los perjuicios, el juez podrá incluir medidas de reparación que aparezcan como necesarias en virtud del principio de reparación integral, los hechos demostrados, el contexto en que los hechos ocurrieron y los criterios diferenciales que resulten aplicables al caso, aun cuando no se hayan invocado en el momento procesal correspondiente. Cabe apuntar que estas facultades son novedosas, y no se hallan en parte alguna de la ley 906 de 2004.

Las aludidas potestades parten del doble deber que tiene el juez, en los siguientes sentidos: i) reconocer e identificar a las víctimas directas e indirectas; ii) individualizar los daños materiales, inmateriales, individuales y colectivos. Todo ello teniendo como basamento los criterios diferenciales de edad, grupo étnico, orientación sexual, identidad o expresión de género, condición de discapacidad, entre otros, (artículo 25 de la ley 1719 de 2014).

Ahora bien, estas facultades oficiosas del juez no deben entenderse en desmedro de la facultad de la víctima o su representante de ser escuchada sobre las razones de su pretensión. Insiste además el artículo 26 de la ley 1719 de 2014 sobre el caso en que el juez en su decisión se aparta de la pretensión de la víctima, indicando que en tal caso debe justificar su decisión, cuestión que a primera vista aparece como ociosa, toda vez que debe darse aplicación al principio constitucional de necesidad de motivación de las providencias judiciales.

Procesalmente, estos poderes del fallador deben interpretarse como verdaderas facultades *extra petita* y *ultra petita*, que constituyen una excepción al principio de congruencia de las decisiones judiciales. Tradicionalmente, se ha entendido que las sentencias judiciales deben pronunciarse sobre lo pedido por las partes, pues de esta forma se entiende que el fallo es congruente. No obstante, en algunos casos, el

fallador tiene la posibilidad de aplicar las facultades *extra* y *ultra petita*, tal como ocurre en el caso de la violencia sexual en el marco del conflicto armado. La regla general y su excepción han sido tratadas por parte de la doctrina procesalista. Así, verbigracia, Devis Echandía (1966) refiere que:

Se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido y alcance de las resoluciones judiciales que deben proferirse a instancia de parte y de acuerdo con el sentido y alcance de tal instancia, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones (en sentido general) y excepciones de los litigantes, oportunamente aducidas, a menos que la Ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas (p. 536).

De acuerdo con Tarigo (1998), la congruencia se define entre dos términos, que son la sentencia y la pretensión, como

(...) una relación entre dos términos: uno de los cuales es la sentencia misma y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizantes de tal objeto: los sujetos que en el figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila (p. 186).

Esta posibilidad obedece igualmente a las finalidades de la ley 1719 de 2014: la verdadera realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, de una parte, y de otra, que el trámite incidental previsto sea ciertamente un recurso efectivo en la garantía de los derechos mencionados.

4.5 Respecto del término de caducidad

En materia de caducidad del trámite incidental, debe atenderse a lo estipulado por el artículo 106 de la ley 906 de 2004, norma que prevé un término de treinta (30) días a partir de la firmeza del fallo condenatorio para que se formule la respectiva solicitud ante el juez.

En el caso de víctimas de violencia sexual, el término de caducidad del incidente se entiende ampliado por la suma de los plazos previstos para la citación del agente del Ministerio Público, el defensor de familia y el representante judicial de la víctima de la Defensoría del Pueblo, y el plazo que eventualmente se conceda para la adición de medidas complementarias (numeral 6° del artículo 27 de la ley 1719 de 2014). Estos plazos aparecen como absolutamente razonables, teniendo en cuenta que en la redacción de la ley 906 de 2004, que rige el trámite del incidente de reparación tratándose de delitos diferentes a la violencia sexual en el marco del conflicto, no

opera la facultad de inadmisión de la pretensión cuando no contempla las medidas de reparación y los criterios diferenciales, ni deben hacerse las citaciones previstas en la ley 1719 de 2014.

4.6 Respeto de la debida diligencia del fiscal y el representante judicial de la víctima

Respecto del fiscal y el representante judicial de la víctima, se erige en un verdadero deber jurídico evitar conductas omisivas en la solicitud de las medidas de indemnización, restitución, satisfacción, rehabilitación o garantías de no repetición, toda vez que la omisión en la debida diligencia se tendrá como falta disciplinaria de acuerdo con los presupuestos del Código Disciplinario del Abogado (parágrafo 1° del artículo 27 de la ley 1719 de 2014).

Esta norma ha de interpretarse en forma armónica con el parágrafo 1° del artículo 13, *éjusdem*, que refiere, a la letra, cuanto a continuación se consigna: “Los funcionarios públicos que en el desarrollo del proceso penal o cualquier otro tipo de actuación jurisdiccional o administrativa incumplan sus obligaciones respecto de la garantía de los derechos de las víctimas de violencia sexual, responderán ante los Tribunales y Juzgados competentes, y ante las autoridades disciplinarias por dichas conductas”.

Esta es una de las novedades incorporadas a partir de la vigencia de la norma en cita, con la que se pretende, al menos frente a estas víctimas, poner freno a la morosidad y el desinterés de los funcionarios que tienen que ver directamente con la protección de los intereses del ofendido, y se armoniza con las previsiones del parágrafo segundo del mismo artículo 27, de acuerdo con el cual,

La Defensoría del Pueblo establecerá criterios de selección e implementará programas de formación especializados y continuos para los representantes judiciales de víctimas, con el fin de garantizar que este servicio sea suministrado a través de personal idóneo y con conocimiento suficiente sobre los derechos humanos de las mujeres, de las niñas, los niños y adolescentes, sobre el enfoque diferencial, y sobre los mecanismos para garantizar plenamente los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral.

En todo caso, no puede dejarse de lado que la debida diligencia es una auténtica obligación de carácter internacional por parte del Estado colombiano, de acuerdo con la cual debe acudir a todos los medios disponibles para que las violaciones a los derechos humanos sean tratadas como ilícitos, que den lugar al castigo de los responsables y a la indemnización de las víctimas (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

Conclusiones

El resurgimiento por la consideración de los intereses de la víctima no puede limitarse a los debates académicos, y ni siquiera a las reformas legislativas, siendo evidente que se hace necesaria una efectiva actividad de los órganos del Estado en orden a la realización de los derechos de la víctima; a su vez, esta realización pende de las posibilidades que el ofendido tenga en el proceso penal para su petición, argumentación y prueba.

Estas necesidades se hacen más lógicas cuando se trata de graves atentados a los derechos humanos. Precisamente, la violencia sexual en el contexto del conflicto armado es una leve conculcación de las garantías fundamentales de los afectados con estas conductas, y es por ello claro que en las medidas de restitución al *statu quo* ante, debe el ofendido contar con efectivas posibilidades de intervención en el diligenciamiento, y no es otra la mecánica en la que se inscribe la regulación contenida en la ley 1719 de 2014 sobre el incidente de reparación integral.

No obstante, si los instrumentos procesales consagrados a favor de la víctima no se erigen en instrumentos eficaces para la realización de sus derechos, se corre el riesgo de la victimización secundaria, ahondando los efectos emocionales adversos de la conducta victimizante. Se ha estimado que la falta de atención del operador judicial, la falta de credibilidad de las pruebas testimoniales, la reiterada exposición a los procedimientos judiciales, se convierten en verdaderos obstáculos para el ejercicio del derecho al acceso y la administración de justicia (Morales Arias, 2012, p. 4).

Aun cuando los avances normativos analizados propenden por la sensibilización y sanción de la violencia sexual en el conflicto armado, y en el mejoramiento de las regulaciones existentes sobre el incidente de reparación integral, es patente aún la impunidad. Hoyos y Medina (2013), citando las cifras presentadas por Oxfam, señalan que:

(...) de 2001 a 2009 al menos 33.960 mujeres colombianas fueron víctimas de violencia sexual cometida por grupos armados en las zonas de Antioquia, Cauca, Córdoba, Arauca, Nariño, Tolima, Risaralda, Quindío, Valle del Cauca y Norte de Santander. Adicionalmente indica que la Unidad de Justicia y Paz ha registrado más de 700 casos de violación y otras formas de violencia sexual contra mujeres (p. 16).

Como contraste, las mismas autoras indican que, a noviembre de 2012, “*tan sólo cuatro personas (incluidos dos líderes paramilitares) han sido condenadas por violación y otras formas de violencia sexual*” (p. 26).

Con todo, no solamente la impunidad es preocupante en los eventos de violencia sexual en el marco del conflicto armado. Respecto de las formas efectivas de reparación integral, la situación es igualmente crítica, pues diversos sectores cuestionan la posibilidad real de indemnizar a las víctimas, especialmente en materia de reparaciones económicas (Vargas Ortiz, 2010).

Y, en medio de las preocupaciones normativas por el mejoramiento del trámite incidental, permanecen los rastros del hecho victimizante, que son de extrema crudeza en los eventos violentos aquí descritos. Es innegable que “La característica central de la violencia sexual es que el hecho violento es un evento disruptivo que en todos los casos tiene un impacto traumático y siempre deja huella que conlleva un dolor psíquico” (Escribens, 2012, pp. 21-22).

Si fuese necesario condensar en una frase el conjunto de modificaciones sufridas por el incidente de reparación integral cuando se trata de víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, podría decirse que se trata esencialmente de excepciones a los principios procesales de congruencia y principio dispositivo, todo ello en guarda de los intereses superiores de las víctimas.

Estas excepciones se asientan en la asimilación del proceso como vehículo en la realización de los derechos sustanciales. Los principios procesales no son absolutos, y la Ley 1719 de 2014 es un claro ejemplo de la necesaria flexibilidad de que debe hacer gala el incidente de reparación integral si es que puede considerarse un mecanismo efectivo en la realización de los derechos de las víctimas.

El principio dispositivo tiene aplicabilidad sobre todo si se entiende que el interés privado es el que debe determinar la actuación de las partes. No obstante, en materia del incidente de reparación integral, se trasciende la mera noción de interés particular, y además no de otra forma se explica la excepción al principio dispositivo incorporada en la ley 1719 de 2014, y es así que la flexibilización del principio de congruencia contribuye a que la sentencia pueda ser expresión de la justicia material en el caso concreto.

Es importante tener en cuenta la relación procesal que se conforma en el incidente de reparación integral para comprender los roles de los sujetos que lo integran. Como ha podido advertirse, el fiscal tiene un rol de enorme importancia en la proposición del incidente de reparación integral, pues a partir de la ley 1719 de 2014, se halla legitimado para la iniciación del trámite incidental.

Ahora bien, cabe examinar el papel del juez en el incidente. En primer término, es de advertir que, dado que no se halla atado a las pretensiones elevadas por el incidentante, tiene un rol más activo, que le permite tomar medidas de reparación aun cuando no hayan sido solicitadas por quien formula el incidente. Ello implica

que la labor del juez no se limita a una simple solución de la controversia, sino que se le encomienda un rol más proclive a la realización de la justicia en el caso concreto.

Referencias

- Aponte Cardona, A. (2011). Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. El impacto de los incidentes de reparación integral. Recuperado de http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/Monografico_3_Incidentes_de_reparacin_en_JyP.pdf.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Bovino, A. (1992). La víctima como preocupación del abolicionismo penal. En: De los delitos y de las víctimas. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica.
- Comisión Internacional de Juristas. (2009). Manual de observación de procesos penales. Guía para profesionales No. 5. Ginebra, Suiza.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal colombiano.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006.
- Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1719 de 2014.
- Convención de Belém do Pará. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-250 (2011). Expedientes D-8231, D-8232 y D-8240, acumulados.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-059 (2010).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2011). Providencia de 19 de enero de 2011, Rad. 34.634. Magistrado Ponente, Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.
- Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales de Derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar.
- Díaz Barriga, M. (2000). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Echeburúa, E. et al. (2002). Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicothema*. (14).
- Escribens, P. (2012). Proyecto de vida de mujeres víctimas de violencia sexual en conflicto armado interno. DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Lima, Perú.
- Galvis, M. C. (2009). *Situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres*. Bogotá: Corporación Humanas – Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.
- García-Pablos de Molina, A. (1999). *Criminología. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gaviria Londoño, V. E. (2012). Víctimas, acción civil y sistema acusatorio. 4ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hoyos, C. & Medina, M. (2013). *Represión de la violencia sexual en Colombia y justicia internacional. Informe de observación de juicio de violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá: Abogados sin Fronteras y Humanas Colombia.
- Larrauri, E. (1992). Victimología. En: De los delitos y de las víctimas. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Leza Betz, D. (2003). El nuevo papel de la sociedad civil organizada en el proceso penal venezolano. La representación de las víctimas del delito. *Revista de la Facultad de Derecho*. 58.
- Maier Julio B. J. (1992). La víctima y el sistema penal. En: De los delitos y de las víctimas. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Márquez Cárdenas, Á. E. (2007). La justicia restaurativa vs. La justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*. (X), 20. pp. 201-212.
- Morales Arias, C. (2012). Violencia sexual contra las mujeres: comprensiones y pistas para un abordaje psicosocial. Notas en Clave de Psicología: reflexiones urgentes en torno a la violencia sociopolítica y el malestar ético. Vol. 1, 2012. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1993). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Adoptada en la 85ª Sesión Plenaria de 20 de diciembre de 1993.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2006). La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2002). Informe mundial sobre la violencia y la salud. Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas

de la Organización Mundial de la Salud. Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica.

Sampedro Arrubla, J. A. (2010). *Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Solé Riera, J. (1997). *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editores.

Tarigo, E. (1998). *Lecciones de Derecho procesal civil*. Tomo II. 2ª Ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vargas Ortiz, A. (2010). El índice de reparación integral (IRI): propuesta metodológica para evaluar la reparación judicial de las víctimas de homicidio en Colombia. *Pensamiento Jurídico*, 29. pp. 33-70.

Simón Bolívar y Baldomero Sanín Cano. A propósito de los 200 años de la Carta de Jamaica (1815-2015)¹

Rafael Rubiano Muñoz²

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a11

Resumen

El artículo propone colocar, en el contexto contemporáneo y actual, los contenidos y las reflexiones de la *Carta de Jamaica* de Simón Bolívar, a propósito de los 200 años de haberse escrito y de su importancia en el pensamiento y las letras latinoamericanas. A la par de la conmemoración de la epístola ensayo, llamada “carta profética” se reconstruyen las imágenes del “Libertador”, en la obra y pensamiento del ensayista y crítico colombiano Baldomero Sanín Cano, considerado uno de los “Maestros de América” y un faro de la intelectualidad del continente en el siglo XX. Bajo esos referentes el escrito realiza la pertinencia y la actualidad de ambos personajes, se propone igualmente darle vigencia y memoria, a la *Utopía* de América, concebida y trazada por estos dos arquitectos de América, a partir de sus opiniones, escritos, debates y reflexiones.

Palabras clave: Carta de Jamaica, Independencias, Emancipación, América Latina, Baldomero Sanín Cano, Utopía de América.

Simón Bolívar and Baldomero Sanín Cano. With regard to the 200 years of the Charter of Jamaica (1815-2015)

Abstract

The article proposes to place in the current and contemporary context the contents and reflections of Simón Bolívar’s *Jamaica Charter* concerning the 200 years of its writing and its importance in the Latin American thought and literature. Along with the commemoration of the epistle, called “prophetic letter”, the images of the “Liberator” are reconstructed, in the work and

1 Este artículo es parte de la tesis doctoral titulada: Baldomero Sanín Cano: un intelectual liberal, humanista y transeúnte del siglo XX realizada en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso-Argentina) en Buenos Aires en el Doctorado en Ciencias Sociales (2011-2015).

Citación de este artículo con el sistema APA: Rubiano Muñoz, R. (2016). Simón Bolívar y Baldomero Sanín Cano. A propósito de los 200 años de la Carta de Jamaica (1815-2015). *Estudios de Derecho*. 73 (162), 269-287. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n162a11.

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 10 de octubre de 2015

2 Sociólogo y Magister en Ciencia Política. Profesor Titular Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia. Estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales, Flacso-Argentina. Correo electrónico: rafael.rubiano@udea.edu.co; A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: Calle 70 N° 52-21, Medellín Colombia

thought of the Colombian essayist and critic Baldomero Sanín Cano, considered one of the “Masters of America” and beacon of the continent’s intellectuality in the XX century. Under these references, the writing emphasizes the relevance and timeliness of both characters; it also proposes to give effect and memory the *Utopia* of America, based on their opinions, writings, debates and reflections.

Key words: Jamaica Chart, Independence, Emancipation, Latin America, Baldomero Sanín Cano, Utopia of America.

Simón Bolívar e Baldomero Sanín Cano. Por ocasião dos 200 anos da Carta da Jamaica (1815-2015)

Resumo

Este artigo propõe pôr no contexto contemporâneo e atual, os conteúdos e as reflexões da *Carta da Jamaica* de Simón Bolívar, por ocasião dos 200 anos de ter sido escrita e da sua importância no pensamento e as letras latino-americanas. Paralelamente à comemoração da epístola-ensaio, chamada “carta profética”, reconstruem-se as imagens do “Libertador”, na obra e pensamento do ensaísta e crítico colombiano Baldomero Sanín Cano, considerado um dos “Mestres da América” e um farol da intelectualidade do continente no século XX. Sob esses referentes, o texto salienta a pertinência e a atualidade de ambos os personagens, ele visa, ainda, dar vigência e memória à *Utopia* da América, concebida e traçada por estes dois arquitetos da América, a partir das suas opiniões, textos, debates e reflexões.

Palavras-chave: Carta da Jamaica, Independências, Emancipação, América Latina, Baldomero Sanín Cano, Utopia da América.

Simón Bolívar y Baldomero Sanín Cano. A propósito de los 200 años de la Carta de Jamaica (1815-2015)

Con cada generación que pasa se comprende mejor la personalidad de Bolívar y a la par del mejor conocimiento crece, con su figura moral, la admiración de la posteridad. Con el correr de los años se ensancha el panorama de su época, se serena el ambiente, no sin que los tiempos le ofrezcan al hombre de estudios una perspectiva más propicia por la luz y la distancia para apreciar en su conjunto la grandeza del héroe y juzgar sus actos con más liberalidad, dentro del humano criterio (Sanín Cano, 1946, p. 14).

En 1946, el destacado ensayista y pensador antioqueño Baldomero Sanín Cano, publicó en el diario socialista *La Prensa* de San Antonio Texas, una corta pero sentida semblanza del “Libertador” Simón Bolívar (Sanín Cano, 1946, p. 14). Tres años después, ese mismo escrito apareció en una revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad, *Letras Universitarias. Tribuna cultural al servicio del estudiantado antioqueño* (Sanín Cano, 1949, p. 25), un impreso estudiantil con contenido muy inclinado a la protesta y a las reivindicaciones sociales universitarias. No deja de ser una curiosidad, que esta revista estudiantil, publicara el texto de Sanín Cano sobre Bolívar, en medio de una variedad de escritos sobre Goethe, Leibniz, Guillermo Valencia y muchos otros más.

La lectura de la semblanza sobre Bolívar da la impresión del conocimiento que Sanín Cano tuvo no solo de las obras y del pensamiento del libertador, sino también, se puede asegurar que en el escrito es notable la simpatía que no fue tenue, frente al proyecto de la unidad hispanoamericana y que, en su opinión, según se colige de lo que aprecia sobre Bolívar, Sanín Cano lo estimó, no solamente como un héroe militar, sino más bien, lo elevó al lugar de ser artífice y arquitecto de América. La semblanza pone en un terreno común, las aspiraciones – con las debidas y exigidas distancias – de dos grandes forjadores del pensamiento crítico latinoamericano, no obstante, parecería que estos dos individuos no guardan ni podrían colocarse bajo el mismo lugar y en el mismo peldaño que ambos merecen, dadas sus divergencias temporales.

Sin embargo, la presencia de Simón Bolívar (1783-1830) en Baldomero Sanín Cano (1861-1957) no fue fortuita, ni casual, menos aún se la puede considerar

forzosa o circunstancial. Es muy posible que, para el lector de hoy, ambas personalidades sean antitéticas, que sus obras, pensamientos y trayectos sean tan inconexos como inexistentes los vínculos o comunicaciones. El Libertador, como se le conoció al venezolano, fue el gestor y artífice principal del proceso de emancipación independentista de nuestro continente y el “Maestro de América” como se le llamó en variados homenajes y reconocimientos³ al rionegrino, fue el precursor y el aliento de un pensamiento crítico latinoamericano, el impulsor de un cosmopolitismo cultural e intelectual de la modernidad en nuestras tierras.

Estos dos individuos no parecen guardar ninguna cercanía o familiaridad. No obstante, ellos dos, provenientes de épocas disímiles, están ligados por los derroteros comunes que encararon, no solamente a través de la obra y pensamiento que desarrollaron, sino también, por los anhelos y aspiraciones que asumieron en sus trayectorias vitales; esto es, luchar por la unidad e integridad de los pueblos de América. “El Libertador” y “El Maestro de América” han sido nuestros arquitectos; el uno, combatiendo con las armas y las ideas; el otro, con el periodismo y el pensamiento, por lo que no resulta inaudito colocarlos en el mismo nivel, y no es desatinado asegurar que se esforzaron por alcanzar la soberanía, la libertad, la autonomía y la independencia de nuestros pueblos.

Pese a la lejanía generacional, lo que los comunica de modo ineludible es su desvelo por el destino y el futuro de nuestros territorios. En este corto, pero sentido escrito, veremos cómo Bolívar y Sanín Cano comparten y tienen unos lazos fuertes que los vinculan de modo inextricable. Es de recordar que hace 200 años, se escribió la *Carta de Jamaica*, la que fue enviada a Mr. Henry Cullen (Navarro, 1956) por Bolívar, quien, entre otras cosas, siempre firmaba en los diarios de Kingston bajo los seudónimos de “Un suramericano” o “El americano” (Navarro, 1956, p. 14). La epístola ensayo constituye la Carta Magna de nuestros pueblos y ha sido el derrotero para salir de no pocas de las encrucijadas y problemas que han azotado al continente y, seguro, leyendo en la clave de la actualidad, contiene algunos asuntos vigentes.

Como se recordará, la *Carta* fue concebida en un ambiente en que se dio la restauración de Fernando VII, después que Napoleón Bonaparte, como en una partida de ajedrez, obligó a Carlos IV y a su hijo Fernando VII, a abdicar del trono

3 A lo largo del continente, Sanín Cano fue aclamado y reconocido como un “Maestro de América”; se le ubicó en la misma horma de personajes de la talla de Andrés Bello, Domingo F. Sarmiento, José Martí, Enrique José Varona, Manuel González Prada, José Enrique Rodó, Alfonso Reyes o Pedro Henríquez Ureña entre muchos otros. Véase el homenaje de *Lecturas Dominicales, El Tiempo*, 20 de marzo de 1932; *Revista Nosotros*, Buenos Aires, nro. 46-47, enero de 1940; la *Revista Iberoamericana*, México, nro. 26, 15 de febrero de 1948; *Revista Babel*, Santiago de Chile, nro. 59, 1951; *Revista Repertorio Americano*, San José de Costa Rica, nro. 16, 15 de abril de 1952.

en Bayona en 1808, y en un contorno en que se disparó el ansia de reconquista, el sueño del imperio español era recuperar su dominio: Fernando VII envió a Pablo Morillo a las denominadas colonias, con más de diez mil hombres a la cabeza, en un ambiente de juntas, congresos, movilizaciones, altercados y ambiciones que campeaban en América.

No sin ambigüedades, por lo demás, pues algunos pobladores nativos no ocultaron su deseo de combatir al invasor extranjero francés y defender la corona del imperio hispánico; otros muchos aprovecharon las circunstancias de la incertidumbre y expresaron decididamente sus ambiciones personales por la independencia, la autonomía y la libertad de sus territorios ante el yugo hispánico de tres siglos.

En la *Carta de Jamaica* se pueden atisbar los gruesos problemas del continente. De manera notable, Bolívar describió cómo se desenvolvía el proceso de independencia, cuáles eran sus posibilidades y sus desaciertos, hasta esos momentos; comentaba con una valoración inusitada la composición geopolítica y demográfica del continente, además señaló cómo se encontraba frente al orden político internacional, tras insistir en la decadencia y la crueldad en más de tres siglos de violencia, horrores e injusticia cometidos por la casa real hispánica; para ello citó a Alexander von Humboldt, Bartolomé de las Casas, Guillaume Raynal, Servando Teresa de Mier, José María Blanco Crespo (“Blanco White”), Montesquieu, entre otros.

En el anterior sentido la epístola ensayo de Bolívar, sigue –aunque sin repetir ni plagiar como se cree de común –el escrito del exjesuita peruano Juan Pablo Viscardo, quien escribió otro manifiesto en 1792, con la intención de alentar y de denunciar las injusticias cometidas por los Borbones bajo Carlos III y en general por el imperio español en tres siglos frente a los americanos. Su escrito se titula *Carta Dirigida a los españoles americanos* (Viscardo, 2004), que constituye entre otros manifiestos políticos e intelectuales de la época, una entre algunos de los escritos en los que se puede decir que las ideas propiciaron algunos de los derroteros de las revoluciones latinoamericanas (Palacios, 2009).

Daniel Mornet, por ejemplo, en su libro *Los orígenes intelectuales de la Revolución Francesa 1715-1787* de 1969, hurga en el papel que las ideas -las nuevas e innovadoras- a través de diversos medios, fueron la base y el fundamento que incitaron a la revolución y por ende se opusieron a las que soportaban el *Antiguo Régimen*. Mientras de otro lado, Roger Chartier, en su obra *Espacio público, crítica y desacralización en el siglo XVIII, los orígenes culturales de la revolución francesa* (1996), en confrontación con Mornet, trata de mediar la relación entre ideas y revolución, para lo cual se centra en dos figuras principales quienes abordaron desde ópticas divergentes el proceso de la Revolución Francesa: Alexis de Tocqueville

con su obra *El antiguo régimen y la revolución* (1856) e Hipolitte Taine con el libro *Orígenes de la Francia contemporánea* (1876).

Para el caso de lo que investiga Chartier, los contornos de la revolución son comprensibles, antes que dividiendo o apartando las ideas de la revolución, es observando sus vínculos y sus alejamientos. Chartier se propuso buscar cómo ambas, en su dinamismo y en sus confrontaciones, se acercaban o apartaban, se entrelazaban a partir de escenarios y espacios de debate y de discusión, y sin duda, -aseguró el investigador francés- trataba de mostrar de qué manera se constituyeron las nuevas formas de opinión y de representación del mundo, que al fin, condujeron al resquebrajamiento del viejo orden aristocrático y nobiliario. Las ideas precipitaron la revolución, pero la revolución las hizo públicas, desatando las ansias de emancipación de las clases medias -burguesas con la aquiescencia del proletariado- que hasta entonces se encontraban como clases aisladas, marginadas y excluidas del escenario político, sin participación ni representación.

¿Hacen las revoluciones las ideas o las ideas propician las revoluciones? Aunque la bibliografía sobre la revolución francesa es amplia e inabarcable y ha sido objeto de detalladas y variadas investigaciones a lo largo del tiempo, algunas ya clásicas pese a que han sido escritas en nuestro tiempo contemporáneo (Groethuysen, 1943; Furet, 1980; Soboul, 1987; Darnton, 1987; Rudé, 1989), en el caso de América Latina, aunque de modo incipiente, los esfuerzos por la investigación de las ideas en las revoluciones de independencia apenas han despegado en un largo tiempo (Levene, 1956; Rama, 1982; Brading, 1988; Lynch, 2001; Xavier Guerra, 1992 y 2012; Góngora, 2003; Dongui, 2013), entre algunos otros.

No obstante, el historiador argentino José Luis Romero fue quien emprendió con algunas similitudes que se pueden derivar de las lecturas de Mornet y Chartier, el debate sobre el papel de las ideas en el proceso de emancipación e independencia del continente americano. En su libro titulado *Pensamiento político de la emancipación (1790-1825)*, argumenta la variedad de dificultades y los obstáculos que plantea el interrogarse sobre las relaciones mutuas entre las ideas y la revolución en Latinoamérica.

En su prólogo aduce que es necesario la aplicación de un enfoque metodológico y para ello, asegura que un adecuado análisis e investigación sobre las independencias, debe partir de las conexiones entre historia social e historia política (Romero, 1985, pp. 9-37), sin restringirse primordialmente a algunas de ellas. La historias nacionales y patrias se hicieron, o bajo el triunfo ideológico de una tendencia partidista o legitimando una clase en el poder, por tanto, es fundamental aplicar otros instrumentos de análisis, como argumenta Romero, ampliando la anterior perspectiva.

De otro lado, asevera que, para descifrar las relaciones entre revolución e ideas en Latinoamérica, es imprescindible aplicar un enfoque que logre captar la reconstrucción de variados encuadres, algunos de los cuales -el metodológico es ineludible-, podrán permitir sortear las dificultades que se presentan debido o quizás a causa de la complejidad, las variantes y las paradojas del proceso de emancipación independentista de nuestro continente.

En los encuadres destaca Romero, la selección e interpretación de las fuentes; la reconstrucción de los discontinuos tiempos y la recomposición de las corrientes de ideas. A partir de estos tres encuadres, Romero hurga las problemáticas conexiones entre las ideas y las revoluciones latinoamericanas, frente a las cuales considera: “La preparación de una antología del pensamiento político de la Emancipación no sólo obliga a seleccionar según cierto criterio -siempre discutible-, los textos que se juzguen más significativos, sino que se propone inexcusablemente ciertos problemas de interpretación sobre los que caben diversas respuestas” (Romero, 2001, p. 51).

Las variables históricas, el mestizaje y una discordante estratificación social, también difusa, constituyen algunos de los dilemas sobre los cuales han de operar los analistas para descifrar cuáles fueron las ideas o cómo las ideologías se filtraron en el proceso de emancipación de las tierras americanas. Con persistencia aduce que las ideas revolucionarias no fueron originales y propias y los matices de su recepción se dieron a partir de unas clases sociales variables, que condujeron por ello a que las ideas se “bastardizaran”, quiere decir, llegaron y se apropiaron bajo unas condiciones específicas, adquiriendo una peculiaridad frente a otras revoluciones conocidas, por lo que refiriéndose al anterior aspecto asegura:

Pero es bien sabido que no siempre -o casi nunca- tuvieron auténtica y profunda vigencia real. Esa contradicción proviene, precisamente, de la inadecuación de los modelos extranjeros a las situaciones locales latinoamericanas y, sobre todo, de la existencia de otras ideas, imprecisas pero arraigadas, acerca de esas situaciones y de las respuestas que debía dárselas. Eran ideas espontáneas, elaboradas en la experiencia ya secular del mundo colonial en el que el mestizaje y la aculturación habían creado una nueva sociedad y una nueva y peculiar concepción de la vida. Lo más singular -y lo que más dificulta el análisis- es que esas ideas no eran absolutamente originales, sino transmutaciones diversas y reiteradas de las recibidas desde los comienzos de la colonización, de modo que pueden parecer las mismas y reducirse conceptualmente a ellas. Pero la carga de experiencia vivida -irracional generalmente- con que se las transmutó introdujo en ellas unas variantes apenas perceptibles, y las mismas palabras empezaron en muchos casos a significar otras cosas (Romero, 2001, p. 52).

Volviendo a Viscardo, Miranda en Londres, fue contactado por el ministro estadounidense Rufus King, quien años atrás había entablado amistad con Juan Pablo

Viscardo y Guzmán, exjesuita peruano, exiliado y perseguido, quien además por esas circunstancias firmaba con el seudónimo de Paolo Rossi. Entre los papeles que Viscardo confió a King, antes de morir en 1798, se encontraba una epístola panfleto que llevaba el título *Carta dirigida a los españoles americanos*, escrita en francés entre 1787-1792, publicada en Londres en español por Miranda en el año de 1799 y reseñada por James Mill en 1809, en la *Edinburgh Review* (Brading, 2004, p. 16). La Carta de Viscardo, un panfleto reflexivo palpitante, contenía muchas de las denuncias que Miranda había concebido contra el despotismo hispánico en sus escritos de “América espera” de 1790 (Miranda, 1982, p. 104).

Una mirada en detalle de la *Carta* de Viscardo se centra en la acusación contra el autoritarismo de la monarquía española y procura tras de argumentar sobre las denuncias del despotismo y la crueldad del imperio español, desenmascarar de qué modo el “pacto histórico” establecido desde la conquista entre el rey y las colonias, se ha violado continuamente y con persistencia, y la violación de dicho pacto exige una ruptura que ha de convocar en causa común a los pueblos de América por su liberación. Por eso inicia la *Carta* diciendo:

La inmediatez al cuarto siglo del establecimiento de nuestros antepasados en el Nuevo Mundo es una ocurrencia sumamente notable para que deje de interesar nuestra atención. El descubrimiento de una parte tan grande de la tierra es y será siempre, para el género humano, el acontecimiento más memorable de sus anales... Aunque nuestra historia de tres siglos acá, relativamente a las causas y efectos más dignos de nuestra atención, sea tan uniforme y tan notoria, que se podría reducir a estas cuatro palabras, *ingratitude, injusticia, servidumbre y desolación*; conviene, sin embargo, que la consideremos aquí con un poco de lentitud (Viscardo, 2004, p. 73).

La Conquista, según se puede ver al inicio de la *Carta*, fue un hecho histórico universal, no obstante, del derecho de Conquista no se desprende -observa Viscardo- que se puedan practicar las actitudes que la han definido en el tiempo, es decir, la violencia y la crueldad que subyacen a un despotismo que no solamente es de ingratitude e injusticia, sino igualmente de exclusión y de esclavitud, como se puede advertir en las cuatro palabras con que Viscardo sintetiza la dominación hispánica en tres siglos. Por tanto, el patrimonio producto del derecho de la dominación, no recaía con exclusividad en los españoles peninsulares establecidos en América, correspondía como adujo Viscardo a los españoles americanos, por eso afirmó:

Todo lo que hemos prodigado a la España ha sido pues usurpado sobre nosotros y nuestros hijos; siendo tanta nuestra simpleza que nos hemos dejado encadenar con unos hierros, que si no rompemos a tiempo, no nos queda otro recurso que el de soportar pacientemente esta ignominiosa esclavitud. Si como es triste nuestra condición actual fuese irremediable,

sería un acto de compasión ocultarla a vuestros ojos; pero teniendo en nuestro poder su más seguro remedio, descubramos este horroroso cuadro para considerarle a la luz de la verdad. Ésta nos enseña que todo rey que se opone al bien universal de aquellos para quienes está hecha es un acto de tiranía, y que el exigir su observancia es forzar a la esclavitud; que una ley que se dirigiese a destruir directamente las bases de la prosperidad de un pueblo sería una monstruosidad superior a toda expresión; es evidente también que un pueblo, a quien se despojase de la libertad personal y de la disposición de sus bienes, cuando todas las otras naciones, en iguales circunstancias, ponen su más grande interés en extenderlas, se hallaría en un estado de esclavitud mayor que el que puede imponer un enemigo en la embriaguez de la victoria (Viscardo, 2004, p. 75).

El documento panfleto, que figura como un manifiesto alegato de hondo sentido intelectual, trazó una explicación sobre la urgencia de la emancipación, pero, ante todo, sostuvo la importancia de la defensa de los derechos naturales e individuales que, para la época, fueron conculcados, en su parecer, por la desidia y por la crueldad de la monarquía española -no ante los españoles peninsulares radicados en América- frente a la capa de españoles americanos, nativos ya de las tierras de América.

Las independencias latinoamericanas no estuvieron exentas de las batallas y discusiones ideológicas. Basta señalar las enardecidas y argumentadas polémicas que se tejieron posteriormente entre el dominico mexicano Fray Servando Teresa de Mier y el heterodoxo exiliado español, José María Blanco White (Pons, 2006), para quienes desde ópticas diferentes, les obligó asumir ante el azar y la ambivalencia, las reflexiones o el análisis de si la separación de América frente a España debió realizarse de modo relativo o a plenitud, en un contexto de luchas regionales, de erección de Congresos radicales, de aspiraciones nacionales o continentales y de levantamientos caudillistas locales o in y extra-regionales (Lynch, 1987, pp. 71-128).

Pero la *Carta* de Bolívar fue más allá. Son admirables la manera y la propiedad con las que *El Libertador* señaló los avatares y las premuras del proceso de emancipación, sus dificultades en la organización y desenvolvimiento de las futuras repúblicas independientes. Esgrimió y avizoró la necesidad de la idea de unidad e integración de los pueblos de América y bajo ese argumento explicó la importancia, antes que del federalismo, de establecer el republicanismismo constitucional como fundamento de nuestra historia y cultura, porque: “garantiza la división o separación orgánica de los poderes públicos, las libertades individuales, la independencia política y la unidad continental hispanoamericana” (Gómez, 2015, p. 102).

Lo interesante de la *Carta* es cómo Bolívar le apostó a una gran República, un Estado central unificado, que reuniera la fragmentación de los territorios de América; planteó la necesidad de un organismo internacional que regulara y limitara la intervención e injerencia de los imperios en las colonias y estimó

además, bajo un criterio jurídico humanista, la importancia de la educación para erigir las leyes, en la que no hay constitución y ella no es aplicable, sin la formación de los ciudadanos, para gobernar y ser gobernados. Incluso en el contexto de las Relaciones Internacionales, la autonomía y la independencia de los pueblos, su soberanía y autodeterminación son indispensables, lo que es un derecho esencial de las relaciones a nivel global, y además había que insistir, la idea de la “Grande Patria”, era la noción de la unidad continental, a partir de la posibilidad de crear la justicia y libertad, valores esenciales de lo que las repúblicas de América brindarían en un mundo imperialista y ya caduco.

Hay algunas argumentaciones que en el orden actual siguen siendo vigentes para pensar los retos de nuestra América Latina. En la *Carta*, por ejemplo, Bolívar acepta el mestizaje como uno de los elementos centrales de la identidad continental y, por ende, defiende el pluralismo étnico y enarbola la idea de un Estado laico, defendiendo siempre las nociones de libertad, de educación y formación de nuestros ciudadanos a partir de la ilustración; así mismo, plantea la descolonización como plataforma central de nuestra existencia y de nuestras costumbres, y emprende el proyecto de buen gobierno a partir de la promulgación de la tolerancia y la justicia como resortes de los pueblos de América, concebidos por Bolívar, no solamente como “patrias autónomas”, sino que, bajo el amparo de las independencias que constituyeron el giro histórico de la esperanza frente a la decadencia del mundo Occidental, los denominó como la “patria de la humanidad”.

Ahora, si bien, Sanín Cano no escribió un abultado o sonoro texto sobre Bolívar, es de rescatar la semblanza que, con el título de “Simón Bolívar”, escribió para el periódico de San Antonio Texas y para la revista estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. En la semblanza, amplió y argumentó que:

Cada día es mayor el número de las obras que aparecen para fijar su posición en la historia de los grandes hombres y de los acontecimientos que marcan época en el paso del hombre sobre la tierra. Ha pasado más de un siglo desde el día de su muerte y todavía la civilización, la ciencia, la experiencia de los grandes observadores de la conciencia humana se empeñan ansiosamente en resolver los problemas por él planteados ante un mundo privado del saber de la disciplina y la virtud necesarios para organizarse y obrar con la alteza moral a que aspiran sus palabras. Tuvo la visión profética del mundo americano, al cual dedicó toda su vida y su pensamiento. Se adelantó a su tiempo, dominó a los hombres y las circunstancias. Desconoció el desaliento y supo en más de una ocasión, sobreponerse a las pruebas más recias de la fortuna. Derrotado en Venezuela, fugitivo, todavía sin rumbo en el camino del desastre, hablaba con sus fieles acompañantes de las futuras campañas con que le daría término y remate a su obra de liberación (Sanín Cano, 1946, p. 25).

Y, en un tono de admiración, agregó:

Tuvo sobre los creadores de naciones la excelsa recompensa del éxito. Conquistadores contemporáneos suyos vieron deshacerse en humo la obra de quince o dieciséis años. La obra de Bolívar dura aún incólume y tiene caracteres indelebles de eternidad. El éxito en su caso no era satisfacer una ambición personal sino la realización de una idea en beneficio de un mundo. Habiendo completado su obra tuvo la grandeza de dar por terminados sus esfuerzos y quiso dejar a otros la lucha con los apetitos, la liquidación de la conquista por entre las aspiraciones justas o desproporcionadas de algunos conquistadores. Su obra de escritor y de hombre de pensamiento sorprende a quienes pasan por alto la calidad de su inteligencia y sus capacidades de observador frente al panorama de la época en que le tocó medir su alma con las eventualidades del mundo. Con un campo de observación amplio y cambiante, con un mentor excepcional, profundamente escéptico, dotado de grandes capacidades de observador y copiosamente versado para su tiempo, en varias disciplinas. El Libertador formó su espíritu para las armas y las letras en proporción admirablemente adecuada para cumplir la obra a que le impulsaban sus sentimientos y las necesidades de la época” (Sanín Cano, 1946, p. 25).

En variados escritos, Sanín Cano puso al frente de sus argumentos algunas de las ideas o de las reflexiones que Bolívar elaboró y muchas otras de las que pudo conjugar en sus batallas armadas y desplegarlas a través del terreno de la opinión pública americana. A lo largo de 70 años de producción escrita, el antioqueño puso al frente de sus escritos dos convicciones que le arrojaron a arduas confrontaciones y polémicas en Europa como en nuestro continente, y que siguen las huellas bolivarianas; la primera, la de la independencia cultural y política de América y su inclusión en la órbita de la historia universal. Sanín Cano por ejemplo aceptó que el etnocentrismo -y se incluye allí al racismo- era tanto un problema europeo como también latinoamericano y que, como prejuicio, era una tarea intelectual fundamental la descolonización de América, pero no se arrojó a caer en la bandera romántica de un suelo americano por fuera de la rueda de la historia mundial.

La segunda, como ningún otro, y quizás fue en ello un precursor como Bolívar, Sanín Cano analizó el mestizaje, como elemento histórico primordial, problema ante el cual arguyó no fue exclusivo de América, porque también se constituyó en una experiencia europea, en diversos tramos de la cultura occidental. Por ejemplo, Sanín Cano, se dio a la tarea de desfanatizar y se podría decir de quitarle el monopolio a los prejuicios dominantes de una época, la de la modernidad del siglo XX. La tarea del intelectual entonces, admitió Sanín Cano se dirige a confrontar mediante la crítica a los fanatismos y a los fanáticos, acaso sea esta idea otra de las huellas que se hallan en la esencia de la *Carta de Jamaica*.

El carácter ensayístico de Sanín Cano se orienta a abrir la ilustración, de un lado y del otro de los continentes y procura desenmascarar a los más reaccionarios, a los extremos sean llamados, indigenismos, catolicismos, nacionalismos, fascismos, totalitarismos, a los patriarcalismos o incluso a los feminismos a ultranza que, como moda, hoy se catapultan encriptados bajo la denominación del *postcolonialismo*. ¿Entenderán estos adalides de esta moda mercantil semicientífica y cuasiintelectual, algunos de los argumentos analíticos que se desarrollan en *La Carta de Jamaica*?

De algunos de los registros existentes sobre Bolívar en Sanín Cano, son excepcionales los dos que publicó en la revista *Hispania* (1912-1916) (Sanín Cano, 1912, pp. 251-252 y 1914, pp. 974-976) de Londres, que entre otras, fue un impreso que se constituyó como proyecto político cultural hispanoamericano fundado por liberales radicales exiliados. Su mentor fue Santiago Pérez Triana (1858-1916), hijo del expresidente Santiago Pérez Manosalbas (1830-1900), quienes se exiliaron a causa de la persecución del régimen conservador autoritario de la *Regeneración*, liderado por Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro. Se debe recordar que Sanín Cano llegó a Londres en febrero de 1909, enviado por el presidente Rafael Reyes para representar a Colombia en una empresa inglesa de explotación de esmeraldas. A la renuncia de Reyes al poder en 1909, Sanín Cano, cesante y “en el asfalto”, tal como él mismo lo relató (Sanín Cano, 1937, p. 2), se vio obligado durante cinco años a pasar horas en la biblioteca del Museo Británico, leyendo y preparando sus alimentos en un restaurante situado en la insigne institución.

Fue allí en Londres -no por casualidad, porque en esta misma capital Andrés Bello y Juan García del Río emprendieron la publicación de dos proyectos editoriales, propios de las aspiraciones hacia la emancipación de América: la *Biblioteca Americana* y el *Repertorio Americano* (1823) y (1826-1827), respectivamente- donde de modo secreto Sanín Cano tuvo ese encuentro espiritual con Bolívar, suceso especial en el que se conectan las generaciones y tienen, con el encuentro del pensamiento, esa ansia de renovar y recrear para la posteridad las tradiciones intelectuales o del pensamiento. De modo que, en la biblioteca, Sanín Cano hurgó los archivos y encontró documentos desconocidos, pero determinantes de la historia latinoamericana, y que no por casualidad serían publicados entonces en *Hispania*, en la capital inglesa, para el conocimiento de los ciudadanos de nuestro continente.

De las reseñas de *Hispania* sobresalen dos; su comentario analítico de la obra de Jules Mancini sobre Bolívar, que lleva por título *Fuera del dominio de la leyenda*, publicada en el año de 1912, donde destaca la importancia de la labor histórica para la construcción de la conciencia y la identidad de los pueblos y advierte sobre la primera gran biografía académica escrita sobre *El Libertador*, de la que destaca la importancia para la historia y los pueblos de los Héroes, no bajo la óptica del

heroísmo vulgarizado, que es proclive a la beligerancia o al fanatismo; sino como emulación, como valores y principios que son necesarios en las sociedades o para los ciudadanos. De la obra de Mancini titulada: *Bolívar y la emancipación de las colonias españolas desde sus orígenes hasta 1815*, dice:

En un libro concienzudo, bellamente escrito y documentado sagazmente, M. Julio Mancini ha venido a reducir a contornos humanos la figura de Bolívar. No hay que inquietarse ante la labor de esta pluma sabia y discreta. Bolívar ha tenido la mala suerte de haber sido durante un siglo personaje puramente legendario. Lo cual no quiere decir que sobre su vida y obras no hayan manado ríos de tinta. Pero fue su actitud tan decidida en el momento histórico en que le tocó vivir, que en un siglo la posteridad no ha logrado desembarazarse del influjo personal de este magnífico ejemplar de la especie humana (...) El verdadero retrato de Bolívar estaba pues, por hacer. La historia ha dejado de ser apologética. La labor del historiador es hoy principalmente obra de expurgación y de despojo de documentos (Sanín Cano, 1912, p. 251).

Sobre esta primera historia académica de Bolívar, considera Sanín Cano, el saber y el conocimiento, que no se estrecha al ámbito personal, a lo excepcional del individuo, sino por el contrario, destaca cómo el historiador francés ubica al personaje, al héroe en el contexto más definido de las condiciones humanas y lo posiciona en los encuadres históricos, políticos y culturales de una etapa decisiva del continente. Por eso de nuevo sobre la biografía de Bolívar de Mancini, añade Sanín Cano:

El señor Mancini ha acometido esta obra con una fastuosa preparación. Ha recorrido los lugares en que aquella existencia prodigiosa dejó las huellas de su paso. Conoce la psicología de los pueblos libertados; la lengua española, que es su lengua nativa no tiene para él secretos ninguno. Ha tenido a su disposición los archivos en Colombia, en Venezuela, en Cuba, en España, en París y en Londres. Tiene lazos de familia con amigos de Bolívar, y ha podido escuchar en el hogar los últimos ecos de una tradición encargada de conservar los hechos más estupendos de la historia militar del siglo pasado. A esta posesión del documento, añade una cultura universal vasta y generosa y dotes de escritor invaluable (Sanín Cano, 1912, p. 251).

De otro lado, Sanín Cano subraya de Mancini la reconstrucción que sobre Bolívar hace en la línea de los contornos de un romántico que procuró transformar la realidad y superarla a través de sus ideas y pensamiento, pero advierte que este Bolívar romántico no lo teje Mancini como reaccionario, ni menos aún, nostálgico, sino como revolucionario y utopista, por eso, una vez más agrega sobre la obra:

La posteridad ha sido injusta con él porque nada es tan odioso para la humanidad como el éxito. Bolívar murió después de haber satisfecho todos sus ideales. Napoleón, un

soñador de mayores vuelos, ligó su nombre al más bullicioso de los fracasos. Forzó a la realidad durante unos años, a que se acomodase servilmente dentro de las mallas de una bella ilusión. El desastre de su carrera romántica le ha conquistado los sufragios de este público póstumo denominado la posteridad (Sanín Cano, 1912, p. 251).

Hay un Bolívar para todas las tendencias, gustos e ideologías, para el detractor como para el apologista. Lo que no se puede negar, añade Sanín Cano, es la incidencia de su obra y acción, su influencia en el destino y el futuro de América, como se puede colegir y es notorio en la *Carta de Jamaica* comentada aquí. En el segundo registro de *Hispania*, Sanín Cano se detiene en Rufino Blanco Fombona, el gran historiador venezolano, y promotor de la gran obra de la Biblioteca Ayacucho y de los pensadores latinoamericanos en Europa. A propósito del *Epistolario de Bolívar*, la reseña se destina a enaltecer este importante registro de la obra del “libertador”, el de su correspondencia, como se sabe se dice que Bolívar escribió cientos y cientos de cartas, que apenas son conocidas en las compilaciones que han realizado algunos investigadores de renombre.

Hay un par de párrafos que son hablan de la capacidad valorativa y del enfoque analítico aplicado por Sanín Cano, cuando de valorar las obras históricas se trata. Del registro de Rufino Blanco Fombona, explica el antioqueño:

Con los grandes hombres y con las épocas históricas es imposible ser imparcial. Generalmente hay una opinión formada cuando un hombre se sienta a escribir la vida de otro hombre o a comentar sus hechos. Es una fortuna para los amantes de la historia que no haya historiadores imparciales y desapasionados: ese género literario vendría siendo en tal caso desesperadamente tedioso e inabordable. Hace falta un poco de amor o un poco de odio para narrar con vivacidad la vida de un personaje histórico. Quien no tenga sobre su personaje una emoción que comunicar a los lectores, debe abstenerse de escribir historia y limitarse a publicar los documentos, en los cuales puede el lector, en ocasiones, hallar la emoción viva, el detalle pintoresco, la anécdota característica para reconstruir por sí solo la vida de un grande hombre o la fascinadora vitalidad de una época. Existen muchos infolios de documentos relativos a Bolívar, pero nadie como Blanco Fombona ha logrado engarzar con el hilo de un cariñoso entendimiento esta clase de testimonios vivos de una época. La pasión intelectual de Blanco Fombona antes favorece que desvirtúe sus capacidades de narrador, tratándose de Bolívar. Y es necesario que haya un entusiasmo razonado como éste, ya que hemos tenido el empeño denigrador, fríamente obcecado, de parte de uno, y el ditirambo insubstancial y fastidioso de parte de los otros (Sanín Cano, 1914, p. 974).

Y establece un parangón de Fombona y Mancini, en la que hace constar que estos dos registros que reseña, antes que ensombrecer, alumbran para la posteridad la figura del libertador, porque según insiste Sanín Cano, la correspondencia de Bolívar

construida por Fombona será una fuente de sin igual valor para las generaciones futuras, ya que:

Importa decir en beneficio de quienes no hayan leído aún este volumen, que las *Cartas de Bolívar* recogidas aquí por la solicitud de Blanco Fombona, tienen a más de su valor histórico, un mérito literario que no es preciso encarecer. Bolívar tenía fácil la palabra y la pluma. Había trasegado sin duda por entre los libros donde se hallan las ideas disolventes o salvadoras de que se alimentó su siglo, y al hacer acopio de ellas las convirtió en su propia sustancia espiritual. La asimilación fue tan perfecta, que ni el estilo ni el pensamiento dan ocasión de imaginar que hay un hombre de letras detrás de las preciosas ráfagas que de tiempo en tiempo pasan por la correspondencia del Libertador. Leídas con el auxilio de las discretas glosas que ha interpolado el autor, las *Cartas de Bolívar* son mucho más que un documento histórico. Palpita en ellas la vida de una época, toman cuerpo las aspiraciones de un Continente y por medio de ellas puede el lector desprevenido diseñar el tamaño relativo de los hombres y el alcance de su influjo sobre los tiempos (Sanín Cano, 1914, p. 974).

De modo que Mancini y Fombona, según el enfoque de Sanín Cano, constituyen dos contribuciones excelsas en la labor de divulgación, así mismo de pedagogía política, porque brindan una cercanía con uno de los personajes centrales de nuestra nacionalidad y, además, impulsan el conocimiento de nuestra historia en los ciudadanos -no a partir de fechas, héroes o acontecimientos- que es una de las principales tareas del intelectual en los tiempos. Una vez más reitera que la historia debe poner a reflexionar o pensar en el presente y el futuro, y es un arma contra la superchería o el fanatismo, porque debe motivar entre los ciudadanos a que se apropien con los temas o problemas de modo que se pueden derribar los mitos, las ficciones o las supersticiones que hacen más maleables a los pueblos y más susceptibles al sometimiento o a la subordinación frente al poder, otras de las huellas de Bolívar en Sanín Cano.

Es inapelable expresar, el que a lo largo de sus setenta años de activa, continua e innumerable producción intelectual, Sanín Cano dejó un amplio registro en el que las huellas continentales de *El Libertador* fungen no solamente como ideal, sino como letra y pensamiento en acción. Recordemos para la ocasión su ensayo titulado *El papel de la literatura en la fraternidad hispano-americana* (Sanín Cano, 1902, pp. 212-221) un ensayo escrito en 1901 y publicado en España en 1902. Allí el llamado que hizo Sanín Cano, por la unidad e integración de los pueblos de América es notorio, y recaba en la importancia que en la unión o la solidaridad de los pueblos de América tienen la literatura, sus escritores, el comercio y la política, asunto que evoca y emula, sin duda, algunos de los trazos e ideales de la *Utopía de América* concebida por Bolívar, en la *Carta de Jamaica*.

Algunos otros escritos de Sanín Cano, por ejemplo, en sus editoriales del diario *El Tiempo*, en sus más de tres décadas de publicaciones, exaltan y realzan la figura del libertador, para esgrimir la importancia de su proyecto y de su pensamiento. Pero es inevitable mencionar un ensayo, que no se podrá objetar, junto a la *Carta de Jamaica*, constituye uno de los manifiestos políticos intelectuales más representativos del pensamiento latinoamericano en el siglo XX, su escrito titulado: *El descubrimiento de América y la higiene*, (Sanín Cano, 2010, pp. 43-54), publicado en 1914, cuando ya se había convertido en corresponsal del mundialmente reconocido diario *La Nación* de Buenos Aires. En el texto habla Sanín Cano de la crueldad de los españoles y del mestizaje, del encuentro de dos mundos, de la diferencia cultural en la salubridad – los españoles invadieron con sus ideas y sus cuerpos a los grupos indígenas que fueron diezmados por los virus y las enfermedades que traían – y ello fue el problema épico, sociológico, histórico y político por excelencia de nuestros territorios.

Ese texto ampliamente admirado y reseñado en América de Sanín Cano, al tiempo que es denuncia analítica histórica de la tragedia de Latinoamérica, plantea sin duda, el principio de esperanza de nuestros pueblos, porque logra desenmascarar uno de los tramos fundamentales para entender nuestra identidad y nuestra idiosincrasia, el proceso de conquista y colonización, que en los cursos de América Latina, ya no constituyen ni objeto de interés ni de atracción para el estudio y la investigación. La postmodernidad y el postcolonialismo, paradójicamente, han liquidado sin conocer, menos aún profundizar en los temas y problemas que esos dos procesos exigen para lograr encarar los dilemas del siglo XX y el XXI. Otra de las huellas que es dable expresar y fijar de Sanín Cano, fue su humanismo americano, es decir, su convicción que proveniente de Bello o Bolívar, acepta que América es la tierra o el terreno abonado de la libertad, la justicia y la igualdad, para decirlo con Alfonso Reyes, es *El presagio de América* (Reyes, 2012), que ya está en las utopías del Renacimiento.

Sanín Cano fue un humanista y transeúnte, cabalgó -como Bolívar para utilizar una expresión- los territorios de América, a partir de su opinión y pensamiento que se desplegó de norte a sur, a través de periódicos, revistas, cursos, congresos, conferencias, reuniones, tertulias y cafés, entre otros. De un continente a otro, Sanín y Bolívar fueron por esencia, viajeros intelectuales, ambos vivieron en Madrid y Londres y ambos percibieron el derrumbe de una civilización; Bolívar la de las monarquías absolutas, Sanín Cano, la democrática liberal del siglo XX.

En Londres, Madrid, Ginebra y París, como en Argentina, México, Venezuela, y Colombia, Sanín Cano se vinculó a importantes nombres luchadores de América, junto a Samuel Glusberg -Enrique Espinoza-, José Carlos Mariátegui, Gabriela

Mistral, Waldo Frank, Joaquín García Monge, Roberto Giusti, Victoria Ocampo, Juan Marinello y muchos otros, por medio de revistas y otros diarios entonces, desplegó el antioqueño su consciencia y madurez latinoamericana. No obstante, ningún dato ofrece mejor radiografía de las huellas continentales de Bolívar en Sanín Cano como cuando, con exaltación, se publica y reseña en la revista *La Vida Literaria (1928-1932)* de Buenos Aires, un trazo de su ensayo publicado originalmente en el diario bogotano *El Tiempo* con el título de *Un Estado de espíritu continental*. (Sanín Cano, 1928, pp. 336-337). Dice allí Sanín Cano, imbuido con el espíritu del libertador:

“América fue un continente descubierto para servirle de patria de elección al género humano, y ese destino manifiesto y generoso no puede cumplirse sino dentro de un régimen de completa libertad. El calificativo con que la historia universal va a designarnos al fijar las corrientes ideológicas en que se fraguará nuestro destino es el de libreamericanos”.

Sea esta la ocasión pues, para darle vigencia y memoria a dos grandes arquitectos de nuestra “Magna Patria”, Bolívar y Sanín Cano.

Referencias

- Brading, D. (1988). *Los orígenes del nacionalismo mexicano*. México: ediciones Era.
- Bolívar, S. (1985). *Doctrina del Libertador*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Chartier, R. (1996). *Espacio público, crítica y desacralización en el siglo XVIII. Los orígenes culturales de la Revolución francesa*. Barcelona: Gedisa.
- Darnton, R. (1987). *La gran matanza de gatos y otros episodios en la historia de la cultura francesa*. México: Fondo de Cultura Económica.
- De las Indias, J. (1937). *Una Hora con Sanín Cano*. En: *El Tiempo. Lecturas Dominicales*. Bogotá, mayo 20. p. 7.
- De Tocqueville, A. [1856] (1996). *El antiguo régimen y la revolución*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Furet, F. (1980). *Pensar la revolución francesa*. Madrid: Pretel.
- Gómez García, J. G. (2015). *La Carta de Jamaica 200 años después. Vigencia y memoria de Bolívar*. Bogotá: Ediciones B.
- Góngora, M. (2003). *Historia de las ideas en la América Española y otros ensayos*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Groethuysen, B. (1943). *La formación de la conciencia burguesa en Francia durante el siglo XVIII*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Halperin Dongui, T. (2013). *Letrados y pensadores. El perfilamiento del intelectual hispanoamericano en el siglo XIX*. Buenos Aires: Emecé.
- Levene, R. (1956). *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Lynch, J. (2001). *América Latina entre colonia y nación*. Barcelona: Crítica.
- Lynch, J. (1987). *Hispanoamérica, 1750-1850. Ensayos sobre el Estado y la sociedad*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Lynch, J. (1983). *Las revoluciones hispanoamericanas (1808-1826)*. Barcelona: Ariel.
- Mancini, J. (1914). *Bolívar y la emancipación de las colonias españolas desde los orígenes hasta 1815*. París: Librería de la viuda de Ch. Bouret.
- Miranda, F. (1982). *América espera*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Montesquieu, C.L. [1748] (2005). *El espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Heliasta.
- Mornet, D. (1969). *Los orígenes intelectuales de la revolución francesa: 1715-1787*. Buenos Aires: Paidós.
- Navarro, N. E. (1956). *El destinatario de la Carta de Jamaica. (En torno a un luminoso hallazgo)*, Caracas: Imprenta Nacional.
- Osorio, L.E. (1941). "Sanín Cano me dijo". En: *Revista Vida: Revista de arte y literatura*. Bogotá, Compañía Colombiana de Seguros, No. 40. Pp. 26-29; 34-35.
- Palacios, M. (2009). *Las independencias hispanoamericanas. Interpretaciones 200 años después*. Bogotá: Norma.
- Pons, A. (2006). *Blanco White y América*. Universidad de Oviedo: Instituto Feijoo de Estudios del siglo XVII.
- Rama, C. (1982). *Historia de las relaciones culturales entre España y América Latina. Siglo XIX*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Reyes, A. (2012). *América en el pensamiento de Alfonso Reyes*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Romero, J. L. (1985). *Pensamiento político de la Emancipación*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Romero, J. L. (2001). *Situaciones e ideologías en América Latina*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Rudé, G. (1989). *La revolución francesa*. Bogotá: Tercer Mundo.
- Sanín Cano, B. (1949). *Simón Bolívar*. En: *Revista Letras Universitarias*. Medellín, No. 16, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad de Antioquia. p. 25.
- Sanín Cano, B. (1946). *Simón Bolívar*. En: *La Prensa, Magazin Dominical*. San Antonio, Texas. p. 14.

- Sanín Cano, B. (1912). Fuera del dominio de la leyenda. Revista *Hispania*, No. 8, Londres, agosto. Pp. 251-252.
- Sanín Cano, B. (1914). El epistolario de Bolívar. Revista *Hispania*, No. 27, Londres, marzo. Pp. 974; 976.
- Sanín Cano, B. [1901] (1902). Papel de la literatura en la fraternidad Hispano-Americana. En: *Revista Nuestro Tiempo, Revista mensual ilustrada, ciencias, artes, política y hacienda*. No. 14, Madrid.
- Sanín Cano, B. [1904] (2010). El porvenir del castellano. En: *Revista Contemporánea (1904-1905)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sanín Cano, B. [1914] (2010) *El Descubrimiento de América y la higiene*. En: *Indagaciones e Imágenes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pp. 43-54.
- Sanín Cano, B. (1998). Un estado de espíritu continental. En: *Ideología y cultura*. Vol. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 336-337.
- Soboul, A. (1983). *La revolución francesa: principios ideológicos y protagonistas colectivos*. Barcelona: Crítica.
- Taine, H. [1876] (1986). *Los orígenes de la Francia contemporánea*. Madrid: Orbis.
- Viscardo, J. P. (2004). *Carta dirigida a los españoles americanos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Xavier Guerra, F. (1992). *Modernidad e independencias*. Madrid: Mapfre.
- Xavier Guerra, F. (2012). *Figuras de la modernidad. Hispanoamérica siglos XIX-XX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Taurus.

Instrucciones a los autores para la presentación de artículos a la revista Estudios de Derecho

Convocatoria permanente

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, invita a la comunidad académica nacional e internacional, a presentar sus artículos para evaluación y publicación en la revista Estudios de Derecho. La revista está dirigida a profesionales e investigadores interesados en divulgar y conocer, de manera esencial y prioritaria, resultados de investigaciones en temas relacionados con el Derecho y la Ciencia Política y las Ciencias Sociales, desde cualquier perspectiva. Los artículos se reciben permanentemente, mediante el *Open Journal System* registrándose en: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>.

La revista Estudios de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con ISSN 0120-1867, se encuentra en las bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, Categoría B en el Publindex (Colciencias), CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest Social Science y Scielo.

Se dará prioridad a los artículos resultado de investigación que según Colciencias¹ son:

Artículo de investigación: Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

Artículo de revisión: Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

¹ Documento Guía del Servicio de Indexación de Revistas Seriadadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas -2010, 2013.

Es conveniente resaltar que según los mismos documentos Colciencias:

En ningún caso se aceptará como <<artículo de investigación e innovación>> contribuciones como publicaciones no derivadas de investigación, resúmenes, comunicaciones a congresos, cartas al editor, reseñas de libros, bibliografías, boletines institucionales, notas editoriales, necrologías, noticias o traducciones de artículos ya publicado en otro medio, columnas de opinión o coyuntura, y similares (esto aplica aún en los casos en que se documente que los mencionados tipos de contribución han sido objeto de evaluación por pares).

A los interesados en postular sus artículos, los invitamos a leer las siguientes **instrucciones:**

Los autores enviarán sus artículos atendiendo los términos de referencia aquí expresados, de lo contrario, el artículo será devuelto para los ajustes correspondientes; asimismo, remitirá una constancia en la que se indique que el texto es de su autoría, que no ha sido remitido a otra revista simultáneamente y que es inédito -salvo los textos que hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación inicial)-.

Aprobado el artículo para publicación, deberán diligenciar un formato que les enviará la dirección de la revista para ceder derechos patrimoniales; allí autorizarán la reproducción del artículo, su distribución, comercialización y divulgación por cualquier medio, impreso o electrónico, incluida la internet. El artículo debe tener en su estructura:

- Título, subtítulo si lo hubiere y resumen, todo en español e inglés.
- Pie de página al título en el cual se indique: 1) tipo de artículo, 2) título del proyecto de investigación del cual se deriva; 3) grupo de investigación y línea; 4) nombre del investigador principal y de los coinvestigadores; 5) instituciones que financiaron el proyecto; y 6) fecha de terminación de la investigación.
- Nombres y apellidos del autor o autores. En pie de página: 1) filiación institucional; 2) formación académica; 3) grupo y línea de investigación al que pertenece el autor; 4) dirección electrónica.
- Resumen del artículo de máximo 200 palabras. Contiene una descripción breve del problema o tema, la relevancia, objetivos y perspectiva teórica y metodológica. Debe presentarse en español e inglés.
- Palabras clave. Mínimo 3, máximo 5. Presentarlas en español e inglés.

- Introducción. En ella se amplía el problema o tema estudiado y su relevancia; los objetivos y perspectiva teórica y metodológica utilizada, se enuncia la discusión o algunos resultados de la investigación y se presenta la estructura del artículo.
- Desarrollo del artículo. Se ajustará al tipo de artículo.
- Conclusiones, resultados, hallazgos, recomendaciones o discusiones, esto según el tipo de artículo.
- Referencias.

La presentación del artículo se debe ajustar a los siguientes aspectos formales:

- Utilizar solo el Sistema de citación APA, versión 2006.
- La extensión del artículo es de máximo 25 páginas incluyendo referencias.
- Usar en todo el artículo el tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado 1.5, hoja tamaño carta, márgenes de 2.5 cm; los pie de página en Times New Roman, tamaño 10. Las citas directas superiores a 40 palabras, van en tamaño 11.
- Formato Microsoft Word 97-2003.

Algunos parámetros para la citación de autores, atendiendo al uso del sistema de citas APA (Asociación Americana de Psicología), versión 6

Cita directa: entre paréntesis el apellido del autor, el año de publicación de la obra y la página citada. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, p. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis incluye solo el año y la página. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011, p. 3).

- Cita directa inferior a 40 palabras: se escribe inmersa en el texto y entre comillas, seguida de la información de la fuente, sin cursiva.
- Cita directa superior a 40 palabras: se inicia un nuevo párrafo, antecedido por dos puntos (:) aparte, con 1 cm. de sangría, sin comillas y tamaño de letra 11, sin cursiva.
- Reglas según autores. Cuando son dos autores, se separan los apellidos por “&”, ejemplo: (Quiceno & Hernández, 2009, p. 10). Cuando son tres a cinco autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, las subsiguientes incluyen solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

- En el caso de las normas jurídicas y textos religiosos, tenga en cuenta la Norma Técnica Colombiana –NTC- 5613.
- Cita de artículo *on line* con DOI. Según las normas APA, el DOI “es un código único que tienen algunos artículos extraídos de bases de datos en la web. Cuando el artículo tiene DOI se omite la URL y la fecha de recuperación del artículo”. Al elaborar la cita, incluya al final el DOI.
- Cita de artículo *on line* sin DOI. En este caso se incluye al final la URL.
- Citas textuales de material en línea sin paginación. Indique el autor, año y número de página entre paréntesis. Si la fuente no tiene las páginas, utilice el número del párrafo utilizando abreviación (párr.).
- Al final del artículo se incluye en **Referencias** las fuentes usadas en el contenido del artículo y en **Bibliografía consultada**, otros textos que hayan sido revisados y no citados.
- Cita de entrevistas. Apellidos, iniciales del nombre del entrevistado. (Día, mes y año en que se realizó la entrevista). Título dado a la entrevista (Testimonio). (Inicial del nombre. Apellido, Entrevistador). Lugar donde se realiza la entrevista. Se registran solo los datos autorizados por el entrevistado (a).

A continuación se ofrecen algunos ejemplos de referencias.

Libro

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Capítulo de libro colectivo

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Artículo de revista

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Título de la publicación*, volumen (número), pp. xx-xx. DOI: xx.xxxxxxx

Documentos institucionales

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo*, 2012. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tesis

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

Documento electrónico

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Sentencias nacionales

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Consejo de Estado, Radicación 10009987765555, 5 de septiembre (2010)

Sentencias internacionales

Nombre v. Nombre, Dato identificador (Año)

Periódico

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Entrevista

Jiménez González, G. (14 de noviembre de 2014). Testimonio. (M.Suárez, Entrevistador) Pereira, Risaralda, Colombia.

Conversación con mujer desplazada. (12 de febrero de 2013). (J. Benítez, Entrevistadora). Apartadó, Antioquia, Colombia.

Proceso de selección, arbitraje y edición para publicación

- Los autores reciben comunicación de recepción de los artículos.
- El editor revisa el artículo según los términos de referencia y la política editorial, si lo encuentra necesario, devuelve el texto a los autores para correcciones.
- Si el artículo cumple con los términos de referencia y la política editorial, el director/editor y el Comité Editorial proceden a la designación de evaluadores.
- El editor consulta a los evaluadores su disposición a servir de árbitros.
- El editor remite el artículo a los árbitros nombrados con la guía para revisión por pares.
- Recibida la evaluación, el editor y el Comité Editorial deciden sobre la publicación o no del artículo, lo cual se le comunicará al autor.
- Seleccionado el artículo para publicación, se realiza la edición del texto y se remite al autor para que verifique la fidelidad al texto y adicione la información que sea necesaria.
- Corregido el artículo por el autor lo devuelve a la revista en el término que se le indique.

Responsabilidades éticas de los autores

- Garantizar mediante texto escrito que: i) el artículo es de su autoría; ii) los soportes para su construcción fueron obtenidos de manera ética; iii) no ha publicado el artículo en otra revista impresa o virtual, evento académico o científico.
- Respetar los derechos de autor, por tanto, las citas cortas, extensas o paráfrasis deben estar debidamente referenciadas. La información obtenida a través de entrevistas, conversaciones, observaciones, grupos de discusión o cualquiera otra técnica de registro y recolección de información, deben tener la autorización expresa para su empleo dentro del texto y contar con los consentimientos informados.
- Evitar el plagio, esto constituye una conducta académica no ética que da lugar al rechazo de plano del artículo correspondiente.

- Evitar el exceso y abuso de las autocitas.
- Cumplir con la revisión del artículo por parte de todos los autores, de tal manera que la versión final sea aprobada por todos para evitar conflictos de intereses con respecto a los porcentajes de coautoría o con relación al contenido publicado.
- Reconocer las fuentes y tipo de financiación para la ejecución del proyecto.
- Informar de manera oportuna al editor cualquier error que advierta en el texto para proceder a enmendarlo antes de su publicación definitiva.
- Tener en sus archivos los Consentimientos informados utilizados en la investigación.
- Garantizar la veracidad de los datos utilizados en el artículo
- Mantener y respetar el rol asumido en los proyectos de investigación no suplantando a otros.
- Mantener la reserva de la información suministrada bajo estricta confidencialidad.

Instructions to authors submitting articles for the *Estudios de Derecho* journal

Permanent call for papers

The Faculty of Law and Political Science of Universidad de Antioquia, invites both national and international academic community to submit their papers for evaluation and publication in the *Estudios de Derecho* journal. The journal is aimed at professionals and researches interested in disclosing and knowing, in an essential and priority manner, research findings on topics related to Law and Political Science and Social Sciences, from any perspective. Papers are permanently received, by the *Open Journal System* through registering on:

<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>.

The *Estudios de Derecho* journal, from the Faculty of Law and Political Science of Universidad de Antioquia, with ISSN 0120-1867, is found in the bibliographic databases IBSS, Sociological Abstracts, Category B in the Publindex (Colciencias), CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest Social Science and Scielo.

Priority will be given to papers resulting from research which according to Colciencias² are:

Research paper: Document that presents in detail the original results of completed research projects. The structure generally used contains four important sections: introduction, methodology, findings and conclusions.

Reflection paper: Document that presents results of completed research from an analytical, interpretative or critical perspective of the author, on a specific subject, resorting to original sources.

Review paper: Document resulting from a completed research where published or unpublished research findings are analyzed, systematized and integrated, on a field of science or technology, in order to account for the progress and development trends. It is characterized by presenting a careful bibliographic review of at least 50 references.

2 Guidance document of Indexing Service of Colombian Science, Technology and Innovation Serial Journals -2010, 2013.

It is worth noting that according to the same documents Colciencias:

In no case <<research and innovation articles>> will be accepted as contributions like publications not derived from research, abstracts, conference papers, letters to the editor, book reviews, bibliographies, institutional newsletters, editorials, obituaries, news or translations of articles already published in other journals, opinion or situation columns, and the like (this even applies in cases where it is documented that the mentioned type of contribution has been subject to peer reviews).

Those interested in postulating their papers are encouraged to read the following **instructions:**

The authors will submit their papers addressing the reference terms set forth herein, otherwise, the paper will be sent back for the appropriate settings; likewise, they will also forward a record attesting that the paper is their own work, which has not been submitted to other journals simultaneously and that it is unpublished - except the texts that have been published in other languages (in this case, reference should be made to the initial publication) -.

Once the paper is approved for publication, they must fill out a format that they will receive from the journal's directions in order to cease their property rights; there they will authorize reproduction of the paper, its distribution, marketing and dissemination by any means, printed or electronic, including internet. The paper in its structure should have:

- Title, subtitle, if any, and abstract, written in Spanish or English.
- Title footer in which is indicated: 1) paper type, 2) title of the research project from which it is derived; 3) group and research line; 4) main researcher's name and of co-researchers; 5) institutions that financed the project; and 6) date of research completion.
- Full names of the author or authors. In footnote: 1) institutional affiliation; 2) academic training; 3) group and research line to which the author belongs; 4) e-mail address.
- Paper summary of 200 words. It contains a brief description of the problem or issue, its relevance, its objectives and theoretical and methodological perspective. It must be written in Spanish or English.
- Keywords. Minimum 3, maximum 5. Given in Spanish or English.
- Introduction. In which the problem or issue studied and its relevance is extended; the objectives and theoretical and methodological perspectives

used, the discussion of research findings are enunciated and the paper's structure is presented.

- Development of the paper. It will conform to the paper type.
- Conclusions, results, findings, recommendations or discussions, this according to the paper type.
- References.

Paper submission must conform to the following formal aspects:

- Use only the APA citation system, version 2006.
- The length of the paper is maximum 25 pages including references.
- Use throughout the paper the font Times New Roman, size 12, line spacing 1.5, letter sheet, margins 2.5 cm; footnotes in Times New Roman, size 10. Direct quotations over 40 words in size 11.
- Microsoft Word 97-2003 format.

Some parameters for citation of authors, considering the use of APA citation system (American Psychological Association), version 6

Direct citations: the author's last name should be written in parenthesis along with the year of publication and the page being cited. Example: "The importance of properly citing in indexed journals" (Quiceno, 2011, p. 3). If the author's last name has already been mentioned in the text, the citation in parentheses should include only year and page. Example: According to Quiceno (2011, p. 3).

- Direct quotations of less than 40 words: they should be written inside the text and surrounded by quotation marks and followed by the information regarding the source, no italics.
- Direct quotations above 40 words: they should be placed in a new paragraph and the preceding sentence should end with a colon (:). In addition, said paragraph should be indented (1 cm), the text should be normal (no italics, no quotation marks), and its font size should be 11.
- Rules regarding authors. When there are two authors, their last names should be separated by an ampersand (&), for example: (Quiceno & Hernández, 2009, p. 10). When there are three to five authors, the first citation should include all last names; any subsequent citations include only the first last name followed by the words *et al.* Example: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

- In the case of legal norms and religious texts, consider the Colombian Technical Standard -NTC- 5613.
- Citing *on-line* papers with DOI. According to the APA guidelines, the DOI “is a unique code belonging to some papers obtained from databases on the web. When the paper has a DOI, the URL and date of retrieval are omitted from the reference. Include the DOI at the end of a citation.
- Citing *on line* papers without DOI. In this case, the URL should be included at the end.
- Verbatim citations from material online without paging. Indicate the author, year and page number in parentheses. If the source does not have pages, use the paragraph number using abbreviation (para).
- At the end of the paper it is included in the **References** the sources used in the paper’s content and in **Consulted Bibliography**, other texts that have been reviewed and not cited.
- Citing interviews. Interviewee’s last names and initials. (Day, month and year in which the interview was conducted). Title given to the interview (Testimony). (First name initials. Last name, interviewer). Place where the interview was conducted. Data only authorized by the interviewee are recorded.

Here some examples of references are provided.

Book

Last name, A. A. (Year). *Title*. City: Publisher.

Last name, A. A. (Year). *Title*. Retrieved from <http://www.xxxxxx.xxx>

Last name, A. A. (Year). *Title*. DOI: xx.xxxxxxxx

Last name, A. A. (Ed.).(Year). *Title*. City: Publisher:

Collective book chapter

Last name, A. A. & Last name, B. B.(year). Chapter or entry title. In Last name, A. A. (Ed.), *Book title* (pp. xx-xx). City: Publisher:

Journal Article

Last name, A. A., Last name, B. B. & Last name, C. C. (Date.)Paper title. *Journal title*, volume (number), pp. xx-xx.DOI: xx.xxxxxxx

Institutional documents

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Retrieved from <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Thesis

Last name, A. A. (Year). *Title*. (Unpublished undergraduate or graduate thesis in ---Law --- Sociology ----- Psychology ---etc-----). Institution name, Location.

Electronic document

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01), 1-27. Retrieved from <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

National sentences

Constitutional Court of Colombia, Sentence C-230 (2010)

Supreme Court of Justice, sentence file No. 45987 (2011)

State Council, File No. 10009987765555, September 5 (2010)

International Sentences

Name v. Name, Identifying data (Year)

Newspaper

Kalmanovitz, S. (January 06, 2013). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Retrieved from <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Interview

Jiménez González, G. (November 14, 2014). Testimony. (M.Suárez, Interviewer) Pereira, Risaralda, Colombia.

Conversation with a displaced woman. (February 12, 2013). (J. Benítez, Interviewer). Apartadó, Antioquia, Colombia.

Selection process, arbitration and editing for publication

- Authors receive communication of receipt of their papers.
- The editor revises papers according to the terms of reference and editorial policy, if deemed necessary he sends back the text for the authors to make corrections.
- If the paper meets the terms of reference and editorial policy, the director/publisher and the Editorial Committee proceed to appoint the evaluators.
- The editor consults the evaluator's willingness to serve as arbitrators.
- The editor sends the paper to the appointed arbitrators with the guidance for peer review.
- Upon receipt of the evaluation, the editor and the Editorial Committee decide on the publishing of the paper, which will be communicated to the author.
- Selected the paper for publication, text editing is done and it is send to the author to verify fidelity to the text and add necessary information.
- Once the paper is corrected by the author he sends it back to the journal within the term directed.

Ethical responsibilities of authors

- Ensure through written text that: 1) the paper is his own work; ii) stands for its construction were obtained in an ethical manner; iii) he has not published the paper in another printed or virtual journal, academic or scientific event.
- Respect copyright, therefore, short quotes, long ones or paraphrased must be properly referenced. Information obtained through interviews, conversations, observations, discussion groups or any other recording technique and data collection must have the express authorization for use within the text and the informed consent.
- Avoid plagiarism: it is an unethical academic behavior that leads to outright rejection of the corresponding paper.
- Avoid excess and abuse of self-citations.
- Comply with the review of the paper by all the authors, so that the final version is approved by all to avoid conflicts of interests regarding the percentage of co-authorship or in relation to content published.
- Recognize the sources and types of funding for project implementation.

- Report timely to the editor any errors in the text to proceed to amend them before final publication.
- Have in your files the informed consent used in the research.
- Ensure the accuracy of the data in the paper.
- Maintain and respect the role assumed in research projects not impersonating others.
- Keep confidential the information provided under strict confidentiality.

Instruções aos autores para a submissão de artigos à revista *Estudios de Derecho*

Convite permanente

A Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia, convida a comunidade acadêmica nacional e internacional para submeterem os seus artigos para avaliação e publicação na revista *Estudios de Derecho*. A revista está voltada para profissionais e pesquisadores interessados em divulgarem e conhecerem, de maneira essencial e prioritária, resultados de pesquisas em temas relacionados com o Direito e a Ciência Política e as Ciências Sociais, desde qualquer perspectiva. Artigos são recebidos permanentemente, por meio do *Open Journal System* cadastramento em: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>.

A revista *Estudios de Derecho*, da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia, com ISSN 0120-1867, encontra-se nas bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, Categoria B no Publindex (Colciencias), CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest Social Science e Scielo.

Artigos decorrentes de pesquisas terão prioridade, os quais segundo Colciencias³ são:

Artigo de pesquisa: Documento que apresenta, de maneira pormenorizada, os resultados originais de projetos concluídos de pesquisa. A estrutura geralmente utilizada contém quatro partes importantes: introdução, metodologia, resultados e conclusões.

Artigo de reflexão: Documento que apresenta resultados de pesquisas concluídas desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, sobre um tema específico, mediante fontes originais.

Artigo de revisão: Documento decorrente de uma pesquisa concluída no qual se analisam, sistematizam e integram os resultados de pesquisas publicadas ou não publicadas, sobre um campo em ciência ou tecnologia, visando informar dos avanços e das tendências de desenvolvimento. Caracteriza-se por apresentar uma cuidadosa revisão bibliográfica de pelo menos 50 referências.

3 Documento Guia do Serviço de Indexação de Revistas Seriadadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas -2010, 2013.

É conveniente salientar que segundo os mesmos documentos Colciencias:

Em caso algum serão aceitos como <<artigo de pesquisa e inovação>> contribuições como publicações não decorrentes de pesquisa, resumos, comunicações em congressos, cartas ao editor, resenhas de livros, bibliografias, boletins institucionais, notas editoriais, necrologias, notícias ou traduções de artigos já publicados em outro meio, colunas de opinião ou conjuntura, e similares (isto aplica ainda nos casos em que for documentado que os mencionados tipos de contribuição têm sido objeto de avaliação por pares).

Convidamos os interessados em submeter seus artigos a lerem as seguintes **instruções**:

Os autores enviarão os seus artigos respeitando os termos de referência aqui expressos, caso contrário, o artigo será devolvido para os ajustes correspondentes; do mesmo modo, deverá enviar um atestado indicando que o texto é da sua autoria, que não tem sido submetido a outra revista simultaneamente e que é inédito -exceto os textos que tenham sido publicados em outros idiomas (nesse caso deverá fazer-se referência à publicação inicial)-.

Após aprovação da publicação do artigo, os autores deverão preencher o formato que enviará a diretoria da revista para a cessão dos direitos patrimoniais; nele autorizarão a reprodução do artigo, a sua distribuição, comercialização e divulgação por qualquer meio, impresso ou eletrônico, incluída a internet. O artigo deve conter na sua estrutura:

- Título, subtítulo se tiver, e resumo, tudo em espanhol e inglês.
- Nota de rodapé ao título indicando: 1) tipo de artigo, 2) título do projeto de pesquisa do qual decorre; 3) grupo de pesquisa e linha; 4) nome do pesquisador principal e dos copesquisadores; 5) instituições que financiaram o projeto; e 6) data de conclusão da pesquisa.
- Nomes e sobrenomes do autor ou autores. Na nota de rodapé: 1) filiação institucional; 2) formação acadêmica; 3) grupo e linha de pesquisa ao qual pertence o autor, 4) endereço eletrônico.
- Resumo do artigo no máximo de 200 palavras. Contém uma descrição breve do problema ou tema, a relevância, objetivos, e perspectiva teórica e metodológica. Deve ser apresentado em espanhol e inglês
- Palavras-chave. Mínimo 3, máximo 5. Devem ser apresentadas em espanhol e inglês.
- Introdução. Nela, amplia-se o problema ou tema estudado e a sua relevância, os objetivos e perspectiva teórica e metodológica empregada, enuncia-se

a discussão ou alguns resultados da pesquisa e se apresenta a estrutura do artigo.

- Desenvolvimento do artigo. Deverá ser ajustado ao tipo de artigo.
- Conclusões, resultados, descobertas, recomendações ou discussões, isto de acordo com o tipo de artigo.
- Referências.

A apresentação do artigo deve-se ajustar aos seguintes aspectos formais:

- Utilizar só o Sistema de citação APA, versão 2006.
- A extensão do artigo é de no máximo 25 páginas incluindo referências.
- Usar em todo o artigo o tipo de fonte Times New Roman, tamanho 12 pontos, espaçamento 1,5, folha tamanho carta, margens de 2,5 cm; notas de rodapé em Times New Roman, tamanho 10. As citações diretas superiores a 40 palavras, irão em tamanho 11.
- Formato Microsoft Word 97-2003.

Alguns parâmetros para a citação de autores, obedecendo ao uso do sistema de citações APA (Associação Americana de Psicologia), versão 6

Citação direta: entre parênteses o sobrenome do autor, o ano de publicação da obra e a página citada. Exemplo: “A importância de citar em revistas indexadas de maneira adequada”(Quiceno,2011, p. 3). Se o sobrenome do autor já tiver sido indicado no texto, a citação entre parênteses incluirá só o ano e a página. Exemplo: Como afirma Quiceno (2011, p. 3).

- Citação direta inferior a 40 palavras: escreve-se dentro do texto e entre aspas, seguida da informação da fonte, sem itálico.
- Citação direta superior a 40 palavras: inicia-se um novo parágrafo, precedido por dois pontos (:) à parte, com 1 cm de recuo, sem aspas e tamanho de fonte 11 pontos, sem itálico.
- Regras segundo os autores. Quando são dois autores, separam-se os sobrenomes com “&”, exemplo: (Quiceno & Hernández, 2009, p. 10). Quando são três a cinco autores, a primeira citação deverá indicar todos os sobrenomes, as sucessivas incluem só o primeiro sobrenome, seguido das palavras *et al.* Exemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

- No caso das normas jurídicas e textos religiosos, tenha em mente a Norma Técnica Colombiana -NTC- 5613.
- Citação de artigo *on line* com DOI. Segundo as normas APA, o DOI “é um código único que têm alguns artigos extraídos de bases de dados na web. Quando o artigo tem DOI omite-se a URL e a data de recuperação do artigo”. Ao elaborar a citação, inclua ao final o DOI.
- Citação de artigo *on line* sem DOI. Neste caso inclui-se no final a URL.
- Citações textuais de material em linha sem paginação. Indique o autor, ano e número de página entre parênteses. Se a fonte não tem o número da página, utilize o número do parágrafo utilizando abreviação (parág.).
- No final do artigo incluem-se em **Referências** as fontes usadas no conteúdo do artigo e em **Bibliografia consultada**, outros textos que tenham sido revisados e não citados.
- Citação de entrevistas. Sobrenomes, iniciais do nome do entrevistado. (Dia, mês e ano em que foi realizada a entrevista). Título dado à entrevista (Depoimento). (Inicial do nome. Sobrenome, Entrevistador). Lugar onde é realizada a entrevista. Registram-se só os dados autorizados pelo entrevistado (a).

A seguir oferecem-se alguns exemplos de referências.

Livro

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. Cidade: Editora.

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Sobrenomes, A. A. (Ed.). (Ano). *Título*. Cidade: Editora.

Capítulo de livro coletivo

Sobrenomes, A. A. & Sobrenomes, B. B. (Ano). Título do capítulo ou a entrada.
Em Sobrenomes, A. A. (Ed.), *Título do livro* (pp. xx-xx). Cidade: Editora.

Artigo de revista

Sobrenomes, A. A., Sobrenomes, B. B. & Sobrenomes, C. C. (Data). Título do artigo. *Título da publicação*, volume (número), pp. xx-xx. DOI: xx.xxxxxxxx

Documentos institucionais

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo*, 2012. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tese

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. (Tese inédita de graduação, mestrado ou doutorado em ---Direito --- Sociologia ----- Psicologia ---etc.----). Nome da instituição, Localização.

Documento eletrônico

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01), 1-27. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Sentenças nacionais

Corte Constitucional Colômbia, Sentença C-230 (2010)

Corte Suprema de Justiça, Sentença arquivo n° 45987 (2011)

Conselho de Estado, Arquivo n° 10009987765555, 5 de setembro (2010)

Sentenças internacionais

Nome v. Nome, Dado identificador (Ano)

Jornal

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de janeiro). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Entrevista

Jiménez González, G. (14 de novembro de 2014). Depoimento. (M. Suárez, Entrevistador) Pereira, Risaralda, Colômbia.

Conversação com mulher deslocada. (12 de fevereiro de 2013). (J. Benítez, Entrevistadora). Apartadó, Antioquia, Colômbia.

Processo de seleção, arbitragem e edição para publicação

- Os autores recebem comunicação de recepção dos artigos.
- O editor revisa o artigo segundo os termos de referência e a política editorial, se ele achar necessário, devolverá o texto aos autores para correções.
- Se o artigo cumpre com os termos de referência e a política editorial, o diretor/ editor e o Comitê Editorial procedem à nomeação de avaliadores.
- O editor consulta a disposição dos avaliadores para servirem de árbitros.
- O editor remete o artigo aos árbitros nomeados com o guia para revisão por pares.
- Recebida a avaliação, o editor e o Comitê Editorial decidem sobre a publicação ou não do artigo, o qual será comunicado ao autor.
- Após a seleção do artigo para publicação, realiza-se a edição do texto e se envia ao autor para que confira a fidelidade ao texto e acrescente a informação que for necessária.
- Corrigido pelo autor, o artigo deverá ser devolvido à revista no termo que lhe for indicado.

Responsabilidades éticas dos autores

- Garantir mediante texto escrito que: i) o artigo é da sua autoria; ii) os suportes para a sua construção foram obtidos de maneira ética; iii) o artigo ainda não foi publicado em outra revista impressa ou virtual, evento acadêmico ou científico.
- Respeitar os direitos de autor, portanto, as citações curtas, extensas ou paráfrases devem estar devidamente referenciadas. As informações obtidas através de entrevistas, conversações, observações, grupos de discussão ou qualquer outra técnica de registro e coleta de informações, devem ter a autorização expressa para o seu uso dentro do texto e contar com os consentimentos informados.
- Evitar o plágio, isto constitui uma conduta acadêmica não ética que dá lugar à recusa total do artigo correspondente.
- Evitar o excesso e abuso das autocitações.

- Cumprir com a revisão do artigo por parte de todos os autores, de tal maneira que a versão final seja aprovada por todos para evitar conflitos de interesses no que respeita às percentagens de coautoria ou em relação ao conteúdo publicado.
- Reconhecer as fontes e tipo de financiamento para a execução do projeto.
- Informar de maneira oportuna ao editor qualquer erro que advirta no texto para proceder à sua correção antes da sua publicação definitiva.
- Ter nos seus arquivos os Consentimentos informados utilizados na pesquisa.
- Garantir a veracidade dos dados empregados no artigo
- Manter e respeitar o papel assumido nos projetos de pesquisa não suplantando outros.
- Manter a reserva da informação fornecida sob estrita confidencialidade.

ESTUDIOS DE DERECHO

Suscripción nacional



Nombre _____

Documento _____

Departamento _____

Dirección _____

Teléfono _____

Ciudad _____

Correo electrónico _____

Fecha de la suscripción _____

Firma del suscriptor _____

Consignación N.º _____

Efectivo _____

Consignación

Valor de la Suscripción anual \$20.000

Cuenta de ahorros BANCOLOMBIA 1053-7037272

A nombre de la Universidad de Antioquia

*Para surtir el proceso de suscripción deberá enviarse este cupón al correo electrónico:

revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N.º. 53-108, Bloque 14, Oficina 106

Teléfono: 219 58 60 – 219 58 61

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>

ESTUDIOS DE DERECHO



International subscription

Name _____
Identification _____
Country _____
City _____
Address _____
Telephone number _____
Postal code _____
Email _____

Intermediary bank

Citibank New York
111 Wall street New York,
N.Y. 10103
ABA: 021000089
Swift: Citius 33

Paying bank

Bancolombia Colombia
Bank Count Citibank of New
York: 36006658
Swift: Colocobm
CHIPS UID: CH005211

Deposit

Cost of the annual subscription USD \$30

Checking account BANCOLOMBIA Colombia 001-980040-25

Universidad de Antioquia Nit: # 890.980.040

*To accomplish the subscription process you have to send this checking account in an email to this address: revistaestudiosdederecho@gmail.com

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N° 53-108, Bloque 14, Oficina 111

Teléfono: 219 58 60 – 219 58 61

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red>

Se terminó de imprimir en la editorial
L. Vieco S.A.S.
en el mes de diciembre de 2016