

EDICIÓN

53

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE



Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 53, enero - junio de 2020
<http://dx.doi.org/10.14482/dere.52.340>
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

UNIVERSIDAD DEL NORTE

Adolfo Meisel Roca
RECTOR

Silvia Gloria De Vivo
DECANA DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Juan Pablo Sarmiento Erazo
EDITOR

Paulina Buitrago Cueto
ASISTENTE EDITORIAL

COMITÉ EDITORIAL

Viridiana Molinara Hassan
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Juan Luis Goldenberg Serrano
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (CHILE)

Julia Sandra Bernal Crespo
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Fernando López Ramón
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (ESPAÑA)

José María Miquel González
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Angel Menéndez Rexach
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Andrés Botero Bernal
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER (COLOMBIA)

Mario Alberto Cajas Sarria
UNIVERSIDAD ICESI (COLOMBIA)

COMITÉ CIENTÍFICO

Daniel Bonilla
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLOMBIA)

Beatriz Londoño Toro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (COLOMBIA)

María Lourdes Ramírez
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Andrea Macía Morillo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

María Amparo Alcoceba
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (ESPAÑA)

José María Gabilondo
FLORIDA INTERNATIONAL UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

David J. Myers
PENN STATE UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

Ricardo Rivero Ortega
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Pilar Benavente Moreda
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Carlos Mario Molina
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (COLOMBIA)

La REVISTA DE DERECHO es una publicación semestral de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.

Está incluida en:

- Index Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas de Colciencias –PUBLINDEX– **Categoría B** (<http://www.colciencias.gov.co/scienti/publindex/>).
- SciELO Citation Index - Thompson Reuters
- DOAJ - Directory of Open Access Journals
- Ulrich's Periodicals Directory
- SciELO: Scientific Electronic Library Online (www.scielo.org.co).
- REDALYC: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (<http://redalyc.uaemex.mx/>).
- LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (www.latindex.unam.mx).
- Bases de datos LEXBASE, EBSCO y DIALNET.
- CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (<http://clase.unam.mx/>)
- ERIH PLUS: European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS). <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/index>

Se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido siempre y cuando se cite la fuente. Los conceptos expresados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/rderecho@uninorte.edu.co>
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/issue/view/500>



Editorial

Dirección postal
División de Derecho, Ciencia Política
y Relaciones Internacionales
Universidad del Norte
Apartado aéreo 1569
Barranquilla (Colombia)

Realización de
Editorial de la Universidad del Norte

Coordinación editorial
María Margarita Mendoza

Asistente editorial
Leonardo Carvajalino

Arte y diseño
Joaquín Camargo Valle

Diagramación
Álvaro Carrillo Barraza

Procesos técnicos
Munir Kharfan de los Reyes

Corrección de textos
Eduardo Franco
Olga Gómez

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 53, enero - junio de 2020
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

CONTENIDO/*CONTENT*

vi **Editorial**

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

13 **Relaciones interculturales entre comunidades indígenas,
negras y campesinas del norte del Cauca**

*Intercultural Relations Between Indigenous,
Peasant and Black Communities in the North of Cauca*

Jairo Vladimir Llano Franco
Universidad del Cauca, Colombia

33 **Un giro restrictivo: nuevas direcciones de
la Corte argentina en derechos sociales**

*A Restrictive Turn. The Argentinian Court's
New Orientation on Social Rights*

Horacio Javier Etchichury
Universidad Nacional de Córdoba, Colombia

62 **Evaluación del éxito escolar: análisis de
Colombia frente al derecho a la equidad**

*Evaluation of School Success: an Analysis of
Colombia Facing the Right to Equality*

Elsa Lucía Escalante Barrios

Mónica Patricia Borjas
Universidad del Norte, Colombia

Mery Luz Pacheco Bohórquez
Universidad Pedagógica Nacional, Colombia

Marilyn Anturi Linero
Universidad del Norte, Colombia

- 88..... **Élites y restricciones institucionales de las reformas agrarias: la implementación del acuerdo de paz en Colombia**
Elites and Institutional Constraints of Agrarian Reforms: The Implementation of the Peace Agreement in Colombia
Luis Enrique Ruiz González
Universidad del Rosario, Colombia
- 111 **La importancia del sistema de gestión del riesgo aduanero**
The Importance of Customs Risk Management System
Roberto Meisel Lanner
Universidad Simón Bolívar, Colombia
- 136 **Formación de agentes escoltas: una apuesta efectiva en la reincorporación de exguerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia**
Bodyguard's Training: a Proposal to an Effective Reintegration Process of Former Combatants from the Revolutionary Armed Forces in Colombia
Elkin Gutiérrez Henao
CORPOTEPAS, Colombia
- 159 **Arbitraje de derecho administrativo y fuerza vinculante del precedente constitucional en Colombia**
Arbitration of Administrative law and Binding Force of the Constitutional Precedent in Colombia
Franklin Moreno Millán
Universidad Santiago de Cali, Colombia
- 183 **Alternativas jurisdiccionales para la restitución internacional de bienes culturales**
Jurisdictional Alternatives for International Restitution of Cultural Goods
María Julia Ochoa Jiménez
Universidad de los Andes, Venezuela
- 208..... **Las condiciones de trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia**
The Working Conditions and Collective Bargaining of Public Employees in Colombia
Diana Carolina Sánchez Zapata
Hernán Darío Vergara Mesa
Universidad de Antioquia, Colombia
- 235..... **Enemigos urbanos: control del crimen y gobierno de los habitantes de la calle en Bogotá**
Urban Enemies: Crime Control and Governance of Homeless People in Bogotá
Fernando León Tamayo Arboleda
David Orrego Fernández
Universidad de Antioquia, Colombia
- 257 **Alcaldes ordinarios en la Ciudad de los Ángeles: origen y aspectos jurídicos**
Ordinary Mayors in Ciudad de los Ángeles: Origin and Legal Aspects
Gustavo Efrén Mier Reyes
Marcos Gutiérrez Ayala
Universidad Autónoma de Puebla, México



Una agenda Legislativa regresiva en 2020

A regressive legislative agenda in 2020

JUAN PABLO SARMIENTO E.

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad del Norte. Director del Grupo de litigio de interés público de la Universidad del Norte. jpsarmiento@uninorte.edu.co, jua-sarm@uniandes.edu.co

Las últimas dos legislaturas han dado cuenta de una profunda regresión y desafío al Estado de Derecho. Por una parte, con dos estados de emergencia a causa de la pandemia del COVID-19, que extendió las facultades del Presidente y que permitieron realizar importantes intervenciones en el sistema de salud, comercio exterior, fiscal y tributario, judicial, entre otros, también permitieron que el ejecutivo prescindiera de la rama legislativa para sacar adelante un proyecto que podría ser irreversible. Por otra parte, parecería que la ausencia de una propuesta del Ejecutivo, así como la dificultad de llevar a cabo las audiencias de control político a los decretos emitidos en la citada emergencia, provocó una atomización de la agenda de los legisladores, sin unidad de materia, y con poca relación a la necesidad de superar la situación crítica que vive el país.

Ciertamente, los estragos en la economía, el avance de la pandemia y sus consecuencias en la salud pública y la realidad social de la población más vulnerable, justificaron muchas de las medidas de policía que han limitado

significativamente las libertades públicas, inclusive, a partir de normas ordinarias, de las que puede hacer uso la autoridad nacional, así como las autoridades locales, en el marco del artículo 315 de la Constitución Política.

Junto a lo señalado, la agenda legislativa que ha acompañado e impulsado el Ejecutivo permite constatar un debate conservador y regresivo en libertades públicas, que ya ha dado algunos resultados. Proyectos que se ven actualmente en la agenda, como la regulación de la protesta social, y quizá el más relevante en el último año, relativo a la cadena perpetua para delitos sexuales contra niños, permite confirmar una regresión a tiempos pretéritos, donde el derecho penal se convierte en el protagonista en una arena donde se le reconoce como el portador de todos los males, y a la vez, de todas las soluciones, con mayor razón, cuando ocurren actos atroces y cuando la cotidianidad y la frecuencia de estos delitos producen la certeza de un Estado que fracasa en sus fines más básicos.

Así pues, al haber renunciado el Ejecutivo a un diálogo con el Congreso de la República, le dejó a este una amplia libertad, que dará cuenta de la variopinta composición ideológica y partidaria del legislador. Sin embargo, el Acto Legislativo que modificó el artículo 34 es ahora, la victoria en el Congreso de la República más relevante que ostentó el Ejecutivo y que se tradujo en una verdadera regresión a los años de la Regeneración conservadora de finales del Siglo XIX, que se materializó con una maltrecha Carta de 1886, que estableció inclusive, la pena de muerte. El reciente Acto legislativo supone una propuesta desutópica¹ que se construyó desde afirmaciones éticas o morales difíciles de eludir y de debatir racionalmente, pero que capitalizó políticamente al Ejecutivo, muy a pesar de la poca eficacia y a las voces de expertos que cuestionaron la constitucionalidad, legalidad y respeto por el bloque de constitucionalidad de dicha reforma.

Este Acto Legislativo, sin duda, se construye desde un derecho penal que ha sido incapaz de cumplir con sus finalidades declaradas (la retribución, la prevención general y especial positiva y negativa y la protección al condenado) y, además, ha desarrollado funciones no declaradas, que han sido una muestra evidente de la instrumentalización política del derecho penal. De esa forma, la cadena perpetua se muestra como una expansión punitiva exacerbada e irracional, que seguramente no se limitará a los delitos sexuales contra niños, sino que poco a poco, empezará a reclamar nuevas conductas, con justificaciones igualmente irracionales, pero difíciles de resistir por su composición retórica, al encontrar una sociedad indignada por las fronteras materiales que tiene el Estado.

¹ La expresión desutópico hace referencia a una utopía que retrocedía los cambios sociales, siendo fundamental reconstruir las estructuras que ya habían sido modificadas, que en el caso de la Regeneración conservadora del siglo XIX coincidía con la cultura clásica y a la religión católica como referente moral e institucional. (Rubiano, 2007, p. 16).

Se trata de un camino “fácil”, pues la expansión penal materializa la eficacia simbólica del Derecho, que se convierte en un acto del lenguaje que no tienen la función de ser aplicada, simplemente comunicada, y que oculta una realidad inaceptable que, de ser visible, atentaría contra la legitimidad institucional (Villegas, 2014). Por supuesto, los actos atroces, en especial, en el marco del conflicto armado, permiten una adhesión rápida a propuestas represivas, como la cadena perpetua. Empero, es de insistir que se trata de un camino fácil, pues al final, el Acto Legislativo pretende consagrar un valor o un deber, pero no tienen el propósito ni la capacidad de hacer algo, más allá de consagrar valores muy apreciados por la sociedad (Villegas, 2014).

Es evidente que los efectos declarados de cadena perpetua son de entrada cuestionables. Su pretendida capacidad preventiva, fracasó a escasa dos semanas de aprobado, pues en un acto infame, miembros del ejército nacional abusaron de una niña indígena de 12 años de la etnia embera chamí. Más allá del poco probable cumplimiento de su función preventiva, es claro que la instrumentalización política, particularmente electoral, de la cuestión penal, probablemente no se detendrá allí. Como se mencionó previamente, estamos ante una regresión que puede ser irreversible, que, en palabras de Ferrajoli, logrará el consenso popular mediante la demagogia, en respuesta al miedo que genera la criminalidad haciendo “un uso coyuntural del derecho penal, tan duramente represivo y antigarantista, como ineficaz, respecto a las declaradas finalidades de prevención” (2013). Es probable que, con el señalado Acto Legislativo, así como la expansión del poder Ejecutivo en el marco de la Pandemia, el Congreso y el Ejecutivo hayan cerrado el vínculo con la opinión pública solo con las medidas restrictivas y punitivas de las libertades públicas. El “sentir popular” o por lo menos lo que interpretan los poderes constituidos, eludirán así reformas que superen el estado de cosas de desigualdad, represión estatal, expansión de poderes paraestatales, entre otros, que posiblemente resultase más efectivo que la restricción y punición.

Invitamos nuevamente a la comunidad académica a aprovechar estos espacios para construir una ciudadanía que no se deje seducir por los vacíos del fetichismo legal y permita identificar y desmitificar el poder fáctico de lo normativo. Este es seguramente el llamado que recibirán las Facultades de Derecho desde los mismos tribunales que tendrán que tomar medidas y controlar la expansión rápida y agresiva de las facultades de policía y la renuncia de las libertades públicas y los derechos fundamentales, bajo la excusa del orden, la seguridad y ahora, la salubridad. Es probable que, junto a la expansión de las facultades de policía, vengan decisiones judiciales que hagan efectiva la supremacía constitucional y el bloque de constitucionalidad, y sean duramente atacadas por quienes se han apropiado de la “voluntad popular” y que demuestran una baja sensibilidad hacia el Estado de Derecho y los derechos constitucionales.

REFERENCIAS

Ferrajoli, L. (2013) El populismo penal en la sociedad del miedo. En La emergencia del miedo (57-76). Buenos Aires: Ediar.

Rubiano, R. (2007) *Derecho y política, Miguel Antonio Caro y la regeneración en Colombia a finales del siglo XIX*, Opinión Jurídica, 6 (12), Universidad de Medellín.

Sarmiento, J. (2013) El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos. Estudios Socio-Jurídicos, 15(2), (75-109). Bogotá.

García, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina*. IEPRI: Debate. Bogotá.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

Relaciones interculturales entre comunidades indígenas, negras y campesinas del norte del Cauca

*Intercultural Relations Between Indigenous, Peasant
and Black Communities in the North of Cauca*

J A I R O V L A D I M I R L L A N O F R A N C O

Antropólogo por la Universidad del Cauca, especialista en Antropología Jurídica por la misma universidad y doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia.
Profesor e investigador de la Universidad Libre de Colombia.
jairoderecho1@hotmail.com - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4018-5412>

Resumen

Las comunidades indígenas, negras y campesinas llevan varias décadas instaladas en la región del norte del Cauca, donde han construido sus referentes culturales, pero, al mismo tiempo, ha sido un espacio de reivindicación social, política y económica que tiene como soporte central los territorios. Estos procesos han determinado relaciones interculturales para enfrentar la expansión de terratenientes, empresas nacionales y transnacionales que pretenden apoderarse de tierras que consideran productivas para sus intereses de acumulación privada, así como la afectación del medio ambiente y la producción de alimentos para las comunidades y las poblaciones vecinas. Precisamente, las alianzas interculturales, pese a tener momentos de tensión, recientemente se han fortalecido con la pretensión de la defensa del territorio a partir de las organizaciones que surgen de estas comunidades, como las guardias indígenas, cimarronas y campesinas, proceso que lo único que pretende es el bienestar colectivo.

PALABRAS CLAVE

Relaciones interculturales, identidad cultural, comunidad indígena nasa, comunidades negras, comunidad campesina, norte del Cauca.

Abstract

The indigenous, black and peasant communities have been installed in the North of Cauca region for several decades, where they have built their cultural references but at the same time, it has been a space of social, political and economic vindication that has the territories as central support. These processes have determined intercultural relations to face the expansion of landowners, national and transnational companies that claim to take over lands that they consider productive for their private accumulation interests, as well as the environmental impact and food production for communities and neighboring populations. Precisely, the intercultural alliances in spite of having moments of tensions in the most recent times, they have been fortified with the pretension of the defense of the territory from the organizations that arise from these communities like the indigenous, maroon and peasant guards, a process whose solely pretension is the collective welfare.

KEY WORDS

Intercultural relations, cultural identity, Nasa indigenous community, black communities, peasant community, Norte del Cauca.

1. INTRODUCCIÓN

Entre las regiones del suroccidente colombiano donde el conflicto armado fue intenso en las décadas finales del siglo XX y el inicio del siglo XXI se encuentra el norte del Cauca, zona que se ha caracterizado por tener una amplia diversidad cultural expresada por la comunidad indígena nasa que se ha posicionado en la región y logrado el reconocimiento cultural desde la perspectiva constitucional. Las comunidades negras también se encuentran asentadas en los distintos municipios que hacen parte del territorio, que han avanzado en su reconocimiento en la historia reciente de la región frente a las instituciones estatales. Por último, se encuentran las comunidades campesinas que han configurado movimientos que pretenden el reconocimiento cultural y ancestral de estas comunidades por parte del Estado y que en parte han logrado avances significativos ante la Corte Constitucional al brindarles especial protección constitucional, como ha sucedido con las comunidades indígenas y negras de la región.

Estas tres comunidades étnicas encontradas en la región componen la mayoría poblacional, sin embargo, en el área rural un sector representativo ha posibilitado a las comunidades la consolidación de sus identidades culturales, que diferencia a unas de otras y ha permitido las relaciones interculturales en lo respectivo a objetivos comunes, como la protección del territorio ante intereses colectivos. Desde la metodología, este artículo surge de las distintas visitas que se han realizado a las comunidades en los últimos años y la interacción en diferentes actividades académicas, investigativas y de asesoría llevadas a cabo en este periodo. Desde lo disciplinario, se referencia la antropología jurídica debido a que se relaciona la diversidad cultural y la interculturalidad, con el reconocimiento de los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional de las comunidades indígenas, negras y campesinas.

Este artículo es resultado de las actividades académicas y laborales que se han adelantado en la región. En el aspecto académico, se realizó trabajo de campo por medio de visitas a la comunidad indígena nasa que se encuentra en los cabildos y resguardos de Corinto, Miranda, Toribío, San Francisco, Tóez, Tacueyó y Canoas, que consistió en visitas a la sede de la parte administrativa de los cabildos donde se realizaron entrevistas e intercambios de ideas con los líderes indígenas. El interés que surge desde la antropología jurídica y el derecho constitucional llevaría a que se programaran visitas a los centros de armonización de la región del norte del Cauca en los municipios de Miranda, Corinto, Santander de Quilichao y Toribío ubicados en los respectivos resguardos nasa, que, por lo general, se encuentran en la parte rural.

En lo concerniente a las comunidades negras, se asistió profesionalmente desde la asesoría en consulta previa a los consejos comunitarios pertenecientes a la zona rural del municipio de Santander de Quilichao. Tal interacción llevó a conocer las cosmovisiones de estas comunidades desde el territorio, sus relaciones de parentesco, la forma en que regulan sus conflictos individuales y las interacciones con las instituciones estatales. Al conocer e interactuar con las cos-

movisiones de las comunidades negras e indígenas en las zonas rurales, necesariamente también se interactúa con las comunidades campesinas que han sido aliadas en reivindicaciones por la tierra en el norte del Cauca.

Los métodos que se han referenciado para la investigación han sido la etnografía con técnicas como la observación en comunidades indígenas, negras y campesinas que se ubican en el norte del Cauca, la hermenéutica con la técnica interpretativa para el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los tratados internacionales, y la estadística social con fuentes secundarias relacionadas con la medición poblacional de la región en estudio.

Este artículo se divide en tres secciones. La primera expone la caracterización de la región norte del Cauca, los municipios que la componen, la población y urbana y rural, para pasar a describir las tres más importantes comunidades de la región que son el pueblo indígena nasa, las comunidades negras y las comunidades campesinas, diferenciando cada una de las costumbres y tradiciones que configuran sus identidades culturales con un punto de encuentro que es el territorio para cada uno de estos grupos étnicos. Esta descripción parte de los recorridos realizados por la región nortecaucana por varios años de investigación, en que el compartir con la población rural fue la constante en las distintas visitas que fueron llevadas a cabo.

La segunda sección presenta antropológicamente cada una de las comunidades para pasar al reconocimiento que se ha realizado desde los tratados internacionales de derechos sobre los pueblos indígenas y las comunidades negras y campesinas. En la tercera sección, se reflexiona sobre las decisiones de la Corte Constitucional que protege cada una de las comunidades diferenciadas al considerarlas de especial protección constitucional, ya que reproducen las prácticas culturales ancestrales en lo respectivo a los indígenas y los afrocolombianos, y al medio ambiente y la alimentación a las comunidades campesinas.

La cuarta y última sección muestra cómo desde los inicios del siglo XX las comunidades indígenas, negras y campesinas han tenido alianzas interculturales por la recuperación del territorio ancestral, así como momentos de tensión por la distribución gubernamental de las tierras que le corresponde, para pasar en estos últimos años a una relación recíproca y solidaria intercultural por la defensa de los territorios ante los intereses de particulares por apropiárselos, como la llegada reciente de las empresas transnacionales a la región, exponiendo que la colaboración interétnica en momentos complejos dan resultados para beneficio de las colectividades.

2. POBLAMIENTO E IDENTIDADES CULTURALES EN EL NORTE DEL CAUCA

Las transformaciones en las últimas décadas en América Latina han sido intensas, las cuales han impactado cada uno de los Estados. Para el caso colombiano, una de las situaciones más llamativas ha sido el reconocimiento de la diversidad cultural, primero, en el aspecto constitucional

y después en la compleja realidad. Pasar de la exclusión y marginalidad de las comunidades indígenas, negras y campesinas sin la posibilidad de que sus derechos fueran reconocidos a convertirse en comunidades protegidas constitucionalmente y con múltiples derechos a su favor no ha sido fácil, para los gobernantes, las instituciones y los ciudadanos, particularmente los que se encuentran en las ciudades. Fue a partir de los avances constitucionales que el país ha sido considerado pluriétnico y multicultural desde el espacio internacional hasta lo local: “La Constitución Política de 1991 que reconoce a Colombia como una sociedad pluriétnica y multicultural. Los grupos étnicos fueron reconocidos como sujetos colectivos con derechos diferenciados como los de territorio, participación, autonomía, autodeterminación y autogobierno [...] identificados en términos de su cosmovisión” (Machado, López, Campo, Escobar & Weitzner, 2017).

Esta diversidad cultural se encuentra con mayor complejidad en algunas regiones del país, como el suroccidente colombiano, específicamente en el departamento del Cauca, donde la población indígena, negra y campesina es ampliamente representativa, precisamente, en un espacio más reducido como es en norte del departamento.

El norte del Cauca es una región del suroccidente colombiano donde confluyen varios municipios como Santander de Quilichao, que es la segunda ciudad más importante de esta región, después de la capital del departamento, Popayán; Miranda que limita con el departamento del Valle del Cauca, Corinto, Padilla, Buenos Aires, Suárez y Puerto Tejada que se encuentra a 15 minutos de la ciudad de Cali, a los que se suman los municipios de Caloto, Guachené, Villa Rica, Caldono, Jambaló y Toribío: “Para el año 2011, la población del departamento del Cauca ascendió a 1.330.666 personas, de las cuales 385.936 residen en los trece municipios de la Región del norte del Cauca, es decir, el 29 % del total de la población del Departamento” (Gobernación del Cauca, 2013, p. 19).

Esta región en la historia reciente del país ha sido protagonista por la intensidad del conflicto armado que se ha presentado en sus territorios, por lo que en cualquier estudio que se realice en esta zona la situación del conflicto no puede excluirse, ya que ha sido parte del devenir de estas comunidades. Asimismo, se encuentra una amplia diversidad cultural que representa a las comunidades asentadas en cada uno de estos municipios: “Por razones geográficas, históricas y sociales, este ha sido uno de los territorios con mayor presencia guerrillera en el país, al punto que prácticamente todas las organizaciones insurgentes que han operado en Colombia han tratado de implantarse en este escenario” (Peñaranda, 2006, p. 552).

En cuanto al elemento indígena, la comunidad nasa tiene una presencia notable en los distintos municipios del norte del Cauca, por lo que su población es mayoritaria en los municipios de Toribío y Jambaló:

Nuestro territorio de Çxhab Wala Kiwe se ubica en el norte del departamento del Cauca, entre la zona plana y la estribación occidental de la cordillera central de Colombia; la cobertura se localiza en los municipios de Miranda, Corinto, Caloto, Santander de Quilichao, Buenos Aires, Toribío y Jambaló; en los cuales se encuentran los resguardos de Miranda, Corinto, López Adentro, Huellas Caloto, Tóez, Munchique Los Tigres, Canoas, Guadualito, Las Delicias, La Concepción, Toribío, Tacueyó, San Francisco, Jambaló y los Cabildos del Pueblo Nuevo Ceral, Cerro Tijeras, Alto Naya, Nasa Kiwe Teck'sxaw (Cabildo Urbano de Santander de Quilichao) y Kite Kiwe en el municipio de Timbío, los cuales se encuentran en proceso de construcción como resguardos. (Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca [ACIN], s. f.)

Las comunidades negras tienen una presencia destacable en los distintos municipios de la región, de modo que son mayorías poblacionales en los municipios de Puerto Tejada, Villa Rica, Guachené, Padilla, Caloto y Buenos Aires: “La población que se reconoce como afrocolombiana asciende a un total de 290.000 personas. La mayoría de estas residen en la subregión Norte donde habita el 58 % de la población afro del departamento, principalmente en el Municipio de Caloto con 23.039” (Gobernación del Cauca, 2016, p. 26).

Las comunidades campesinas se encuentran distribuidas en los distintos municipios de la zona en su parte rural, las tradiciones y costumbres son las que distinguen las prácticas culturales del campesinado con las especificidades en las cosmovisiones del departamento que se tejen precisamente para diferenciarse de las etnias nasa y negra de estos territorios, así como de las prácticas de los pobladores que se encuentran en los centros urbanos o cabeceras municipales de esta región. Precisamente, estos procesos de identidad cultural han llevado a que el campesinado de la región logre mantenerse en las zonas rurales pese a la intensidad del conflicto armado: “El hecho de que los campesinos estuvieran organizados y desarrollando actividades productivas en sus tierras ayudó, en cierta forma, a fortalecer sus vínculos con el territorio y los lazos sociales entre ellos, minimizando en cierto grado los efectos negativos del conflicto” (Moreno, 2008, p. 155).

Cada una de estas comunidades posee sus propias tradiciones y costumbres que se han construido por varias décadas y que pasan de generación a generación, por lo que se configuran identidades colectivas que se diferencian entre sí. Estos procesos identitarios en que el territorio es esencial ha llevado a la consolidación étnica. Así, para los nasas, esta no solo se limita al territorio como forma de subsistencia, sino también se convierte en la esencia de su cosmovisión, ya que allí se encuentran los lugares sagrados que originaron la existencia de la comunidad indígena y donde se realizan los procesos de armonización entre los *te'wala* y los miembros de las comunidades, así como de las personas que llegan a realizar actividades con los colectivos indígenas. En los territorios nasas, el permiso espiritual es importante para vivir, convivir y trabajar con la comunidad, al referirse al territorio como sagrado y la central importancia para la consolidación y el fortalecimiento de la identidad:

Una premisa básica de la cosmovisión nasa es que la vida en sus diversas manifestaciones es producida y regulada por fuerzas (*tay*) intangibles cuyo desequilibrio genera conductas transgresoras del orden natural-social que trasciende la capacidad de control o voluntad del sujeto. Para prevenir estas conductas o para reincorporarse a la normatividad cultural al sujeto que las realiza es necesario acudir al *Te'wala* para que con su conocimiento ayude a restaurar el equilibrio perdido. (Gómez, 2015, p. 347)

Estos territorios son defendidos colectivamente ante cualquier agresión como intentos de intervención o explotación por parte de las instituciones estatales o particulares que pretendan adueñarse de los recursos naturales que hacen parte de esta región: “La resistencia indígena comunitaria del Cauca incorporó [...] resistencia no violenta frente a la globalización, bajo la consideración de que atenta contra la supervivencia de los pueblos, su autonomía, su cultura, su territorio y sus formas propias de producción, consumo y sostenimiento” (Hernández, 2006, p. 199).

Una de las diferencias de la comunidad indígena nasa con respecto a las otras culturas que se encuentran en la región es la lengua, ya que la comunidad indígena por medio de la tradición oral mantiene su lengua tradicional: “El nasa *yuwe* se ha constituido en uno de los sistemas simbólicos, culturales y conceptuales que les ha servido para mantenerse y manifestarse como grupo unido y autónomo ante la sociedad nacional” (Corrales, 2008, p. 210).

En cuanto a las comunidades negras, estas se encuentran en los territorios con sus tradiciones y costumbres que los distinguen de las comunidades indígenas y campesinas. La relación con la naturaleza es vital para este tipo de comunidades que ven en el territorio la representación de sus cosmovisiones, incluidas las espirituales. Para ellos, desde los nacimientos, que son atendidos por las parteras, hasta integración colectiva por medio de las fiestas tradicionales y la propiedad comunal de características familiares, se convierten en espacios de reproducción cultural que no pueden negociarse de forma individual y egoísta, como si fuera una propiedad privada más, ya que la familia gira en torno a ese territorio comunal:

En la comarca nortecaucana, entre los siglos XIX y XX, los campesinos negros más prósperos en alianza con capas pobres adoptaron una actitud defensiva para contrarrestar la arremetida de los terratenientes y capitalistas blancos, quienes intentaban despojarlos de sus parcelas. La posibilidad de perder sus terrenos, base de su economía, los llevó a asociarse en grupos familiares encargados de la defensa de sus propiedades, recurriendo a modalidades de bandidismo como principal forma de protesta social. Agrupaciones familiares, como las lideradas por la familia Cambindo y Balanta, convocaron y albergaron a su alrededor juntas de vecinos que se asociaron para defender sus parcelas y resistir la arremetida de terratenientes y capitalistas. (Hurtado y Urrea, 2004, p. 364)

Por su parte, las comunidades campesinas que se encuentran en las zonas rurales, especialmente en las laderas de los municipios del norte del Cauca, han configurado costumbres en que la

tierra es fundamental para su subsistencia como colectivo, lo que ha fortalecido el compadrazgo y la familia campesina, mientras que lo urbano o lo ciudadano se presenta como lo opuesto a las cosmovisiones campesinas, por eso, el espacio de lo rural recrea esas costumbres. La enfermedad y la salud, la reproducción de la familia, la alimentación, el trabajo, la vivienda y las relaciones sociales se tejen desde su espacio cultural, desde sus los territorios rurales. Así, las comunidades campesinas paulatinamente han asistido a cierto reconocimiento constitucional como comunidades diferentes que se encuentran en determinados territorios. Las tradiciones y costumbres que los diferencian de otros grupos culturales y étnicos es innegable, ya que conservan tradiciones por décadas y de generación en generación: “Los campesinos son un tipo de subcultura: son llamadas subculturas porque son variaciones de una tradición cultural más amplia y representan una forma de vida de segmentos significativos de la población de América Latina (Tocancipá, 2005, p. 23).

3. GRUPOS ÉTNICOS Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS

Desde las concepciones antropológicas sobre la cultura, las tres comunidades pueden considerarse grupos étnicos diferenciados: “Estudiar las diferencias y preocuparse por los que nos homogeneiza ha sido una tendencia distintiva de la antropología [...] Para las antropologías de las diferencias, cultura es pertinencia comunitaria y contraste con los otros” (García-Canclini, 2005, p. 13). Las comunidades indígenas han sido las de mayor reconocimiento por parte de las distintas disciplinas de las ciencias sociales y los investigadores provenientes de estas disciplinas realizan de forma permanente investigaciones en los territorios indígenas, que en la mayoría de los casos pretenden la protección del reconocimiento y de los derechos de los pueblos indígenas: “Estamos llamados a elaborar informes antropológicos especiales en defensa de los movimientos sociales y las organizaciones con las que trabajamos para apoyar las demandas de autonomía y justicia de los pueblos indígenas” (Sieder, 2018, p. 80).

Para el caso de las comunidades indígenas del Cauca, los investigadores provenientes de las ciencias sociales han impulsando las organizaciones indígenas y sus reivindicaciones locales: “Estos profesionales no indígenas compartieron un compromiso y participaron en la creación de organizaciones indígenas como el CRIC [Consejo Regional Indígena del Cauca], conjuntamente con los llamados solidarios. Sin embargo, mientras los colaboradores permanecieron en el CRIC los solidarios se distanciaron y apoyaron la aparición de una organización indígena paralela” (Caviedes, 2007, p. 35).

A este reconocimiento de profesionales y expertos sobre las comunidades indígenas se suman los convenios y tratados internacionales sobre derechos colectivos, y más recientemente sobre derechos de los pueblos indígenas que posibilitan su protección por parte de los Estados: “La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas hace énfasis en la necesidad de recono-

cimiento como sujeto colectivo para la supervivencia de las comunidades étnicas, y la vocación de ser titulares de derechos y obligaciones” (Albán, 2015, p. 17). Este reconocimiento internacional desde los derechos colectivos y étnicos ha posibilitado que las comunidades sean consideradas como reproductoras de las culturas tradicionales que son el precedente de las culturas contemporáneas, por eso su valor y las acciones que pretenden su consolidación en el contexto de diversidad que caracteriza el país.

Las comunidades negras que fueron trasladadas de forma abrupta desde sus territorios tradicionales en África hacia los desconocidos de las Américas, instalándose en lugares donde realizaban resistencia ante la esclavitud, pero también donde recreaban sus patrones y tradiciones culturales, configuraron identidades que los diferenciaban de otros grupos étnicos y que con el pasar del tiempo fueron fortaleciéndose: “Las formas de resistencia en condiciones históricas de esclavitud, colonialismo y racismo, condiciones que las poblaciones afrocolombianas han sufrido también a lo largo de cuatrocientos años [...] formas cotidianas de tradición oral en comunidades negras como expresión de resistencia” (Oslender, 2003, p. 206).

Los tratados y convenios internacionales de derechos reconocieron en las comunidades afro tradiciones y costumbres que deben protegerse por parte de las instituciones estatales, en un proceso que puede denominarse compensación ante las acciones inhumanas de las que fueron víctimas por varias décadas de dominación sobre las comunidades negras del continente, y que para el contexto colombiano se mantiene por el conflicto armado que se ha intensificado en sus territorios. Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado para la protección de sus territorios por parte de las instituciones estatales en situaciones de conflicto: “El artículo 21 de la Convención protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas y otras comunidades o pueblos tribales, como pueden ser las afrodescendientes, guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales” (Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia).

Por su parte, las comunidades campesinas producto de la agricultura intensiva que proporciona materias primas para la alimentación o para su transformación industrial determinaron la creación de patrones culturales que los diferencia de otros grupos étnicos. Entre los patrones particulares que diferencian a un campesino colombiano de otros de la región y de otros lugares del globo, está la práctica colonizadora que llevaron a cabo en las zonas de frontera agrícola, debido a que ingresaron a zonas selváticas inhóspitas donde las transformaban para la siembra de forma rudimentaria y por parcelas, proceso que configuraría costumbres que con el tiempo se fueron convirtiendo en tradiciones que caracterizan esta particular forma de organización social y cultural: “El origen y desarrollo del campesinado en Colombia, y por consiguiente su proceso de producción de una cultura diferente, es heterogéneo y dinámico [...] los campesinos tienen una forma particular de darle sentido y significado a su entorno, al mundo” (Quesada, Olaya, Sánchez y Labrador, 2015, p. 219).

La diferencia con los indígenas y las comunidades negras es que los campesinos no tienen un reconocimiento desde el derecho internacional por medio de declaración de derechos. Sus prácticas, costumbres y tradiciones tienen que adecuarse a los convenios y tratados internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas o étnicos, que en los contextos nacionales son excluidos por no lograr exponerse como grupo o colectivo culturalmente diferenciado. Por eso, el campesinado para incluirse en el reconocimiento de derechos organizativamente y desde una perspectiva internacional ha reivindicado nuevos derechos:

Estas nuevas reivindicaciones identitarias y sobre el reconocimiento del campesinado, ponen sus luchas también en un terreno de lo simbólico y lo cultural. El campesinado se ha subjetivado como un actor político con derechos específicos y punta de lanza para exigir los llamados derechos del buen-vivir, que incluyen aquellos que tienen que ver con la preservación del medio ambiente y con la garantía de que todas las sociedades tengan una alimentación sana e idiosincrática. (Palacio, 2011, p. 10)

Esto muestra que según los grupos étnicos se encuentra una menor o mayor protección de sus creencias, cosmovisiones, tradiciones y costumbres desde el campo jurídico. Las comunidades indígenas se pueden determinar como las que tienen una mayor protección desde el derecho internacional de los derechos humanos por medio de los diferentes tratados, convenios, declaraciones y pactos internacionales. Estos para el caso colombiano se vinculan por medio del bloque de constitucionalidad a que acude a la Corte Constitucional para sus diferentes decisiones, es el caso del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: “Las comunidades indígenas y tribales [...] ostentan las condiciones que reclama el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT para su aplicación, en cuanto son depositarios de condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguen de los otros sectores de la colectividad nacional” (Sentencia SU-383/2003, de 13 de mayo).

4. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMUNIDADES INDÍGENAS, NEGRAS Y CAMPESINAS

En varias de las decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, son vinculados profesionales, expertos y peritos en asuntos indígenas que, por lo general, son académicos e investigadores. En otras ocasiones, son referenciados los asesores de las organizaciones indígenas, que tienen una perspectiva sociojurídica, sin perder el horizonte de los procedimientos judiciales y textos que pretenden su respectiva protección: “La orientación de la Corte Constitucional respecto al reconocimiento de la diversidad cultural se ha basado en aportes conceptuales y procedimentales tanto del multiculturalismo liberal como del pluralismo progresista y ha contado con el apoyo de antropólogos y expertos” (Llano, 2016, p. 80).

Con respecto a la jurisprudencia constitucional y las decisiones judiciales en el ámbito interno, las comunidades indígenas son las más beneficiadas por la amplitud de precedentes relacionados con la protección del derecho fundamental de la diversidad étnica que caracteriza la nación: “Estos avances de reconocimiento de la Constitución por la diversidad cultural que benefició especialmente a los pueblos indígenas, ha sido consolidada por medio de la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional colombiana, convirtiéndose en un referente para los pueblos indígenas” (Dlestikova y Llano, 2018, p. 147).

En lo respectivo a la promulgación legislativa, se puede considerar a los indígenas como comunidades a las cuales las leyes que se promulgan son limitadas y reducidas, en comparación con otras comunidades y con la misma jurisprudencia constitucional, pese a que en el parlamento se encuentren representados de forma permanente por la circunscripción especial indígena donde se les permite dos parlamentarios. En los periodos en que se elige el legislador colombiano, la promulgación de leyes para su bienestar ha sido escasa.

En lo concerniente a las comunidades negras, estas colectividades tienen un reconocimiento por parte de declaraciones, convenios y pactos de derechos a nivel internacional de forma moderada y menor proporción que los pueblos indígenas, sin embargo, suficientes para que sus derechos sean reconocidos y se encuentren en el espacio de la diversidad étnica y cultural que caracteriza el país. Estas declaraciones de derechos se han reconocido desde el bloque de constitucionalidad y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en que los derechos de las comunidades negras se han igualado con los derechos que protegen las comunidades indígenas en lo respectivo a su identidad cultural: “Los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional” (Sentencia T-414/2015, de 2 de julio).

En lo respectivo a las leyes que promulga el parlamento, las comunidades negras han sido más beneficiadas que los indígenas, aunque sus curules como comunidades especiales en ocasiones sean ocupadas por representantes de los partidos políticos y no por representantes reales de las comunidades. Una expresión del desarrollo legal para las comunidades negras es que constitucionalmente fueron relegadas a la promulgación de una ley que las reconociera como colectivo diferenciado, incluso, internacionalmente se reconoce por los avances legislativos:

..., desde el año 1967, el Estado de Colombia ya había adoptado normatividad interna en la cual se reconocía a las “comunidades negras” el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente. Del mismo modo, otras normas posteriores fueron reconociendo el derecho a la propiedad colectiva sobre esos territorios, como por ejemplo la Ley 70 de 31 de agosto de 1993, mediante la cual se ha reconocido a las comunidades negras que han venido ocupando

tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico. (Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia)

Para los campesinos, las declaraciones de derechos en el ámbito internacional son limitadas en comparación con los indígenas y las comunidades negras, en que la protección internacional es notable. Sin embargo, en algunas esporádicas declaraciones y de una connotación secundaria, aparece el campesinado, postulado que se imparte desde las mismas instancias internacionales: “En el 2011, el Informe de Desarrollo Humano hecho por PNUD, acompaña distintas posturas contemporáneas clásicas sobre nuestro sector agrario, al afirmar que el modelo de desarrollo rural colombiano es injusto y adolece de una falla de reconocimiento del campesinado” (Olaya, 2015, p. 190). En lo respectivo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se han realizado pronunciamientos que los llevan a configurarse como sujetos de especial protección constitucional: “La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que los campesinos y los trabajadores rurales son sujetos de especial protección constitucional en determinados escenarios. Lo anterior, atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad y discriminación que los han afectado históricamente” (Sentencia C-077/2017, de 8 de febrero).

Esta especial protección constitucional del campesinado puede avanzar hacia su reconocimiento cultural y étnico. En lo concerniente a leyes para el campesinado, estas abundan en la historia jurídica del país y son constantes en torno a producción agropecuaria y la distribución de la tierra, excepto, por supuesto, la identidad y la diversidad cultural que caracteriza a estas comunidades, por lo cual de las tres comunidades en estudio es la que más leyes tiene a su favor, pero reducidas a lo productivo y lo económico.

Precisamente, las comunidades indígenas por medio de los nasas, las comunidades negras y los campesinos que se encuentran mayoritariamente en los municipios nortecaucanos se han organizado y participado activamente en el devenir sociocultural de la región. Una de las prioridades de las tres comunidades ha sido el territorio desde sus cosmovisiones, tradiciones y costumbres, ya que en el territorio se enmarca la reproducción cultural debido a que la vida en comunidad solo es posible a partir de la tierra y a que es allí donde se encuentra lo esencial para el vivir y la alimentación, ya sea de forma directa con cultivos de pancoger, ya sea de forma indirecta por medio del mercadeo de los productos agropecuarios en las cabeceras municipales y los centros urbanos.

5. RELACIONES INTERCULTURALES EN LAS COMUNIDADES DEL NORTE DEL CAUCA

Estas relaciones entre las comunidades indígenas, negras y campesinas se han tejido históricamente, ya que han habitado estos territorios por varias generaciones, por lo que se asistiría a un espacio de relación intercultural que puede determinarse complementario o de tensión, según

las circunstancias y los momentos históricos en que logran configurarse alianzas para avanzar hacia objetivos comunes para enfrentar problemas, como la exclusión o el conflicto armado: “Las relaciones interculturales entre las distintas comunidades indígenas, afro, campesinas, pobladores urbanos marginados, entre otras, logran alianzas que permiten avanzar en su proceso reivindicativo” (Llano, 2019, p. 197).

Las interacciones de los colectivos humanos son permanentes y constantes en estas últimas décadas, y en que fenómenos como la globalización, las innovaciones tecnológicas y las comunicaciones han intensificado las relaciones individuales y grupales, por eso, la interculturalidad se convierte en la forma más plausible de las relaciones entre las culturas, las sociedades y los individuos: “Interculturalidad remite a la confrontación y entrelazamiento, a lo que sucede cuando los grupos entran en relaciones e intercambios [...] interculturalidad implica que los diferentes son lo que son en relaciones de negociación, conflicto y préstamos recíprocos” (García-Canclini, 2005, p. 15).

Las relaciones interculturales de características solidarias y recíprocas entre indígenas y campesinos en el norte del Cauca se trasladan a las primeras décadas del siglo XX y durarán hasta mediados de siglo, cuando la recuperación de la tierra era primordial para la subsistencia de ambas comunidades, además porque se enfrentaban a los intereses expansionistas de los terratenientes: “[Para] la recuperación de tierras y de reconocimiento, los indígenas nasa establecieron alianzas con sectores populares (campesinos y obreros) [...] Esto les permitió recuperar tierras [...] en Jambaló hacia 1929. Avanzados los años sesenta, los indígenas seguían construyendo alianzas con sectores alternativos” (Guzmán y Rodríguez, 2014, pp. 162-163).

Como se muestra, la recuperación de la tierra en el transcurso del siglo XX era esencial, ya que lo prioritario era acceder a recursos que garantizaran la reproducción de los colectivos, en que la vivienda, la alimentación y el trabajo eran fundamentales; en un segundo plano, se encontraba la identidad cultural, que paulatinamente entraría a convertirse en una reivindicación importante para las respectivas comunidades. En este contexto socioeconómico, las relaciones de diálogo y alianzas interculturales eran primordiales para alcanzar las pretensiones de cada una de las comunidades, mientras que la participación de forma aislada pondría en riesgo los procesos de expansión y consolidación de cada colectivo.

En la década de 1980, las alianzas entre comunidades diferenciadas se mantendría con la pretensión de mejorar sus condiciones de vida. Entre las acciones que realizarían, se encuentra la recuperación de tierras, por eso, en el norte del Cauca, las comunidades indígenas, negras y campesinas en un proceso intercultural avanzarían en sus pretensiones con la invasión y recuperación de predios que consideraban esenciales para sus respectivos colectivos en lo concierne a la reproducción cultural:

Hacia mediados de la década del 80 por 95 familias de gente negra, campesinos, asalariados y residentes urbanos, quienes en asocio con comunidades indígenas Páez invadieron la hacienda El Pílamo, en la vereda de Guachené, zona rural del municipio de Caloto, con el ánimo de recuperar tierras agrícolas [...] en pleno apogeo los movimientos cívicos y las luchas campesinas lideradas por la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), en diferentes regiones del país, pero en el caso del Cauca, la CRIC (Confederación Regional Indígena del Cauca, de hegemonía Páez) era la organización que lideraba la recuperación de tierras. (Hurtado y Urrea, 2004, p. 372)

Estas relaciones interculturales de colaboración y alianzas entre las comunidades indígenas, negras y campesinas por la recuperación y defensa de los territorios se transformarían con la proclamación de la Constitución Política de 1991, que pasaría de un texto constitucional de papel a un documento que iría a la realización material que caracteriza los modelos de Estado social de derecho y constitucional democrático de derecho, el primero reconocido formalmente por la Constitución y el segundo con desarrollo constitucional por medio de los pronunciamientos de la Corte Constitucional: “En el contexto de América Latina la adopción del modelo de Estado constitucional ha sido compleja y se ha incorporado paulatinamente por medio de nuevas Constituciones o reformas a las mismas, que determinan la supremacía constitucional” (Velasco y Llano, 2015, p. 54).

La pretensión de la materialización de los derechos que se encontraban plasmados en la Constitución llevaría a un reconocimiento desigual de las comunidades desde esta perspectiva constitucional. Las comunidades indígenas serían reconocidas en varios artículos constitucionales que se convertirían desde la teoría constitucional reciente en mandatos de optimización que deben realizarse en la mayor medida posible: “De acuerdo con Alexy, los derechos fundamentales abstractos que se encuentran recogidos en los catálogos constitucionales son principios, en sus palabras, mandatos de optimización. Ellos exigen que algo se realice en la mayor medida posible” (Kumm, 2013, p. 189). El reconocimiento de los indígenas estaba garantizado desde la diversidad cultural, la jurisdicción especial indígena, la protección de sus territorios, la autonomía administrativa, entre otros derechos reconocidos. Para el caso de las comunidades negras y campesinas, este reconocimiento cultural desde el texto constitucional y en comparación con las comunidades indígenas se puede catalogar de débil e, incluso, marginal.

Lo anterior llevaría a que los más beneficiados por las instituciones estatales serían las comunidades indígenas debido al cumplimiento que debería realizarse por la orientación constitucional, que se convierte prácticamente en obligatorio. De los beneficios que serían culturales en un primer momento, se pasaría al reconocimiento de los territorios ancestrales, que en el transcurso del siglo XX fue una de sus principales banderas reivindicativas. Situación que varía para el caso de las comunidades negras, que entrarían en un primer proceso reivindicativo de reconocimiento constitucional, objetivo que logró cumplirse en el siglo XXI por medio de la jurisprudencia de la

Corte Constitucional en que plasma la igualdad en lo respectivo al reconocimiento étnico entre las comunidades indígenas y negras: “La Corte precisó que las comunidades afrodescendientes, al igual que los pueblos indígenas, tienen derecho a la subsistencia de acuerdo con sus formas y medios tradicionales de producción dentro de sus territorios [...] su derecho a la integridad cultural, social y económica” (Sentencia C-253/2013, de 25 de abril).

En lo respectivo al territorio ancestral de las comunidades negras, solo fue reconocido constitucionalmente con el impulso de la creación de los consejos comunitarios: “Los consejos comunitarios de las comunidades negras, en calidad de máximas autoridades de administración interna dentro del territorio de cada comunidad, están obligados a velar por la preservación de la identidad cultural de su comunidad” (Sentencia T-292/2017, de 8 de mayo).

Para los campesinos, el reconocimiento constitucional ha sido más débil que lo sucedido con las comunidades negras; solo las más recientes sentencias de la Corte Constitucional determinan la especial protección constitucional de estas comunidades. Este reconocimiento constitucional desigual desde la década de 1990 desencadenaría tensiones por los territorios, ya que los más beneficiados serían las comunidades indígenas. Asimismo, en un segundo momento, en las comunidades negras y de forma marginal en los colectivos campesinos, que precisamente se trasladan a los territorios, como el caso de la región nortecaucana: “Los indígenas, luego de cinco años de ocupación, pueden solicitar ante el Incora [Instituto Colombiano de la Reforma Agraria] la conformación de un resguardo y constituir una ETI (Entidad Territorial Indígena). Mientras que las poblaciones negras no pueden optar por este tipo de conquista territorial” (Hurtado y Urrea, 2004, p. 380).

Las confrontaciones por la tierra entre indígenas, campesinos y afro comenzó a presentarse de forma continua en la región. Se pasaría de relaciones interculturales complementarias y de alianzas a relaciones interculturales de conflicto y tensiones por los territorios que cada comunidad ha considerado como propio. Estas confrontaciones interétnicas en un contexto en que el conflicto armado es intenso por la presencia de distintos grupos guerrilleros y la llegada de algunos grupos paramilitares a la región llevarían a que las comunidades comenzaran a proponer medidas de convivencia para no desencadenar situaciones que estarían en contra de sus reivindicaciones por décadas.

Por eso, se proponen diálogos interculturales entre las comunidades indígenas, negras y campesinas ubicadas en la región a fin de que la convivencia sea un punto de encuentro para que las reivindicaciones por el territorio los beneficien colectivamente: “Las comunidades del Norte del departamento del Cauca, donde transformaron las tensiones entre comunidades negras, campesinas e indígenas paeces, por ciertos territorios, a la reivindicación intercultural por la adquisición de nuevos predios por peticiones [...] o por acciones de hecho” (Llano, 2017, p. 496).

A partir de los acuerdos de La Habana entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), la región logró avanzar en la convivencia, ya que este actor armado tenía una incidencia que en algunos casos se podía considerar como determinante para los pobladores de la región. Su paulatino desmonte llevaría a que las comunidades indígenas, negras y campesinas fortalecieran el diálogo intercultural con el objetivo de proteger los territorios debido a la aparición de los intereses de empresas nacionales y transnacionales de expandirse e instalarse en los territorios. Por eso, desde la comunidad indígena nasa se consolida la guardia indígena: “La Guardia Indígena se concibe como organismo ancestral propio y como un instrumento de resistencia, unidad y autonomía en defensa del territorio y del plan de vida de las comunidades indígenas. No es una estructura policial, sino un mecanismo humanitario” (Consejo Regional Indígena del Cauca [CRIC], s. f.).

Por su parte, las comunidades negras organizan la guardia cimarrona y las comunidades campesinas configuran las zonas de reserva campesina con las guardias campesinas. Es indispensable reconocer que la experiencia en la protección del territorio por las guardias es de las comunidades indígenas que han trasladado sus experiencias a las restantes guardias de característica étnicas: “Las comunidades afrodescendientes, campesinas e indígenas en Colombia han dado diferentes significados propios a la resistencia civil que responden a las necesidades de los contextos determinados y las distintas formas de violencia que los aquejan” (Rudqvist y Anrud, 2013, p. 519).

Este proceso reciente ha consolidado una relación intercultural entre las comunidades de solidaridad y reciprocidad, debido a que la protección de sus territorios es fundamental y se encuentra relacionado con la historias de reivindicaciones por décadas de cada una de las comunidades o de alianzas en un determinado momento. Entre las comunidades han logrado relaciones de protección del territorio, como la defensa ante la explotación minera ilegal que se ha extendido por la región, donde los cabildos, los consejos comunitarios y las reservas campesinas han sido los promotores de la terminación de estas acciones mineras que afectan de forma directa el territorio, primero, por su impacto ambiental y, segundo, por la convivencia en el interior de las comunidades. A esto se suman proyectos de infraestructura, como la doble calzada Popayán-Santander de Quilichao, que han llevado a que las comunidades negras, indígenas y campesinas se unifiquen en torno a procesos de consulta previa y de movilizaciones colectivas, debido a la afectación que realiza este tipo de proyectos en los territorios ancestrales.

CONCLUSIONES

La comunidad indígena nasa que se encuentra en los territorios en el norte del Cauca es un referente histórico por su presencia por siglos en la región, pero también en sus reivindicaciones por los territorios para la reproducción cultural que llevan difundiendo de generación en generación y que ha dado resultados aceptables, ya que cuentan con resguardos que se han ampliado paulatinamen-

te con el tiempo; por su parte, las comunidades negras, y sus reivindicaciones que también llevan varias décadas, han sido reconocidas sutilmente por las instituciones estatales, su constancia en las exigencias ha llevado a que se amplié no solo su reconocimiento cultural, sino también los territorios, aunque falta avanzar en esta reivindicación; las comunidades campesinas, pese a que han logrado un reconocimiento constitucional de su labor con la tierra y sus cosmovisiones, deben mantenerse y consolidarse para avanzar como colectivo diferenciado y que impulsa los derechos al buen vivir y la alimentación que beneficia a las comunidades vecinas y de la región.

Las tensiones vuelven a aparecer ante los intereses privados que incluyen transnacionales que quieren apropiarse de estos territorios étnicos para su explotación, aunque el reconocimiento cultural y de territorios para estas comunidades ha sido aceptable, situación que ha logrado indirectamente ampliar las relaciones interculturales para la defensa de los territorios considerados étnicos, y que según la orientación constitucional y del derecho internacional no pueden afectarse por intereses privados. Los acontecimientos venideros demostrarán la protección especial constitucional de las comunidades ante el desarrollo económico que promueven las empresas privadas, que de antemano es un progreso para las comunidades, ya que estos intereses fortalecen las relaciones interculturales en defensa del territorio ancestral que promueve la identidad cultural de cada una de las comunidades. Este será el escenario a que se acudirá en los próximos años en la rica región del norte del Cauca.

REFERENCIAS

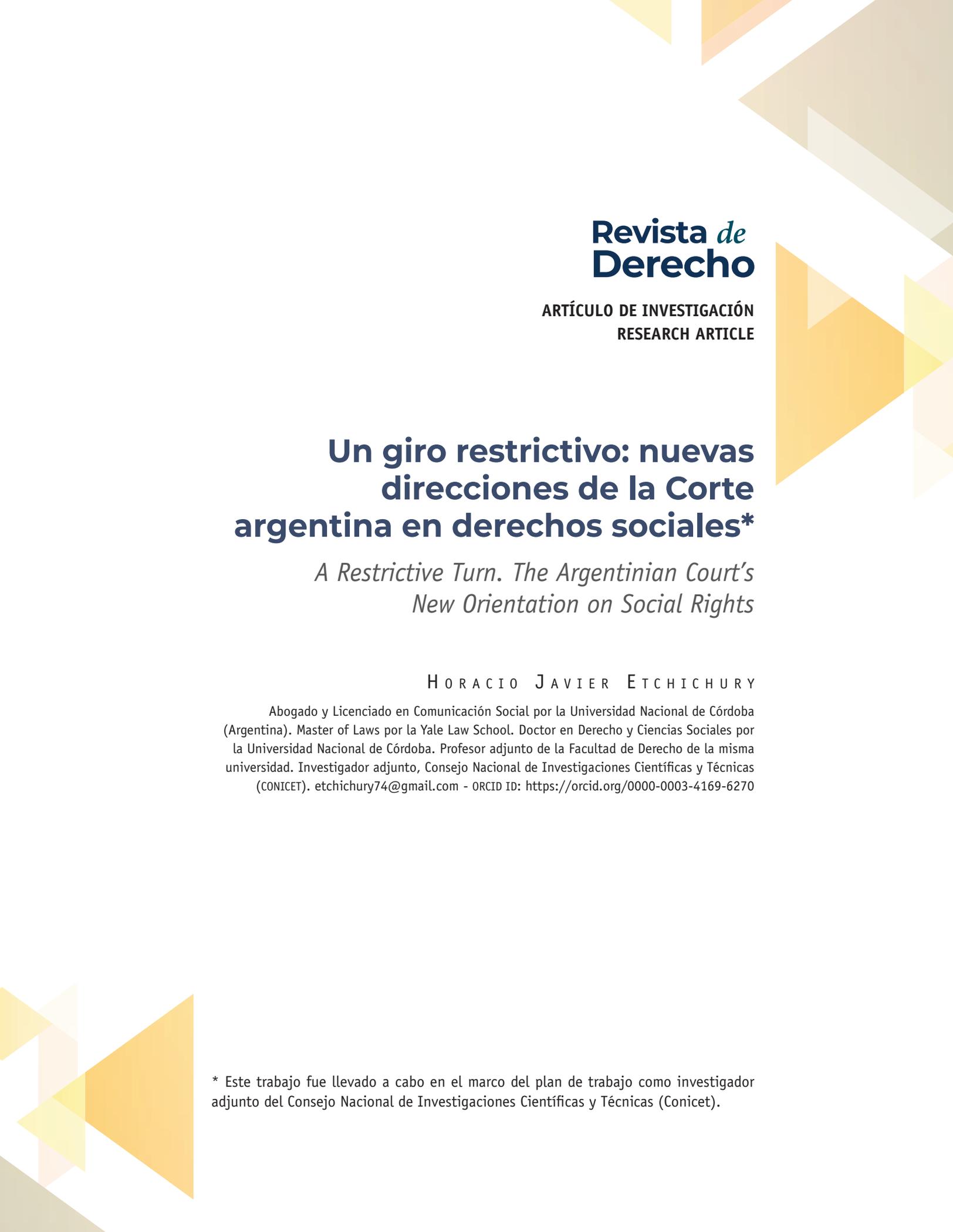
- Albán Domínguez, D. (2015). ¿Es posible reglamentar la consulta previa? En Héctor León Moncayo (Coord.), *Las rutas de la consulta: una discusión sobre la reglamentación de la consulta previa, libre e informada* (pp. 15-90). Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho alternativos.
- Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca. (s. f.). *Territorio autónomo*. Recuperado de <https://nasaacin.org/quien-lo-conforma/>
- Caviedes, M. (2007). Antropología apócrifa y movimiento indígena: algunas dudas sobre el sabor propio de la antropología hecha en Colombia. *Revista Colombiana de Antropología*, 43, 33-59. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1050/105015277002.pdf>
- Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.
- Consejo Regional Indígena del Cauca. (s. f.). *Guardia Indígena*. Recuperado de <https://www.cric-colombia.org/portal/proyecto-politico/defensa-vida-ddhh-cric/guardia-indigena/>
- Corrales Carvajal, M. E. (2008). Algunas dinámicas socioculturales y educativas de la escritura del nasa yuwe, lengua ancestral de Colombia. *Revista Educación y Pedagogía*, 20(51), 209-223. Recuperado de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/revistaeyp/article/view/9907>

- Dlestikova, T y Llano Franco, J. V. (2018). Jurisdicción especial indígena en materia penal: comparación entre Perú y Colombia. En J. V. Llano Franco y N. Velasco Cano (Coords.), *Globalización hegemónica y alternativas locales de justicia por las comunidades étnicas*. (pp. 137-178). Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- García-Canclini, N. (2005). *Diferentes, desiguales y desconectados: mapas de interculturalidad*. Barcelona España: Gedisa.
- Gobernación del Cauca. (2013). *Contrato Plan de la Nación con la Región Norte del Cauca. Acuerdo Estratégico para el Desarrollo del Territorio*. Popayán, Colombia: Gobernación del Cauca. Recuperado de shorturl.at/bwZ69
- Gobernación del Cauca. (2016). *Plan Departamental de Desarrollo 2016-2019*. Popayán, Colombia: Gobernación del Cauca. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/0B88B9ZZJsmHkMzVoTHR-JX2hhQTA/view>
- Gómez Valencia, H. (2015). *Justicias indígenas en Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político*. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.
- Guzmán Barney, Á. y Rodríguez Pizarro, A. N. (2014). Reconfiguración de los órdenes locales y conflicto armado: el caso de tres municipios del Norte del Cauca (1990-2010). *Revista Sociedad y Economía*, 26, 155-184. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/996/99630967011.pdf>
- Hernández Delgado, E. (2006). La resistencia civil de los indígenas del Cauca. *Papel Político*, 11(1), 177-220. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092006000100007
- Hurtado, T. y Urrea, F. (2004). Políticas y movimiento social negro agrario en el norte del Cauca. En O. Barbary y F. Urrea (Eds.), *Gente negra en Colombia: dinámicas sociopolíticas en Cali y el Pacífico*. (pp. 359-388). Cali, Colombia: Universidad del Valle.
- Kumm, M. (2013). Liberalismo político y estructura de los derechos fundamentales: sobre posición y los límites de la exigencia de proporcionalidad. En G. Pavlakos (Eds.), *Derecho, Derechos y Discurso: la filosofía jurídica de Robert Alexy*. (pp. 181-225). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Llano Franco, J. V. (2016). Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(1), 49-92. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/16400>
- Llano Franco, J. V. (2017). *Teoría del Estado y del derecho: pluralismo jurídico*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Llano Franco, J. V. (2019). Derecho constitucional global, constitucionalismo crítico y emancipación desde América Latina. En R. A. Duarte Cuadros (Ed.), *Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica*. (pp. 185-201). Bogotá, Colombia: Universidad Libre de Colombia. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/16012>

- Machado, M., López Matta, D., Campo, M. M., Escobar, A. & Weitzner, V. (2017). Weaving hope in ancestral black territories in Colombia: The reach and limitations of free, prior, and informed consultation and consent. *Third World Quarterly*, 38(5), 1075-1091. <https://doi.org/10.1080/01436597.2017.1278686>
- Moreno Quintero, R. (2008). Las organizaciones indígenas y campesinas frente al conflicto armado en el norte del Cauca. *Sociedad y Economía*, 15, 145-167. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/996/99612494008.pdf>
- Olaya Díaz, C. E. (2015). Justicia comunitaria y zonas de reserva campesina: aproximación a la experiencia del Catatumbo. En G. Mesa Cuadros (Ed.), *Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de caso sobre conflictividad ambiental*. (pp. 190-210). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Oslander, U. (2003). Discursos ocultos de resistencia: tradición oral y cultura política en comunidades negras de la costa pacífica colombiana. *Revista Colombiana de Antropología*, 39, 203-235. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0486-65252003000100007&script=sci_arttext&tlng=pt
- Palacio Castañeda, G. (2011). Presentación. *Revista el Otro Derecho*, 44.
- Peñaranda, R. (2006). Resistencia civil y tradiciones de resistencia en el suroccidente colombiano. En F. Gutiérrez (Coord.), *Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia*. (pp.543-569). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Quesada Tovar, C. E., Olaya Díaz, C. E., Sánchez Supelano, L. F. y Labrador Forero, J. A. (2015). Consulta previa con comunidades campesinas como sujetos culturales diferenciados. En G. Mesa Cuadros (Ed.), *Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de caso sobre conflictividad ambiental*. (pp. 212-240). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Rudqvist, A. y Anrup, R. (2013). Resistencia comunitaria en Colombia: los cabildos caucanos y su guardia indígena. *Papel Político*, 18(2), 515-548.
- Sentencia SU-383/2003, de 13 de mayo, comunidad indígena.
- Sentencia C-253/2013, de 25 de abril, exigencia de consulta previa en medidas legislativas.
- Sentencia T-414/2015, de 2 de julio, acción de tutela contra providencias judiciales.
- Sentencia C-077/2017, de 8 de febrero, norma que crea zonas de interés de desarrollo rural, económico y social (Zidres).
- Sentencia T-292/2017, de 8 de mayo, aval de reconocimiento cultural.
- Sieder, R. (2018). Anthropology and law in Latin America: Towards transformative collaborations? *Journal of Legal Anthropology*, 2(2), 79-85. <https://doi.org/10.3167/jla.2018.020207>

Tocancipá-Falla, J. (2005). El retorno de lo campesino: una revisión sobre los esencialismos y heterogeneidades en la antropología. *Revista Colombiana de Antropología*, 41, 7-41. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0486-65252005000100001

Velasco Cano, N. y Vladimir Llano, J. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 9(2), 49-73. <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2015.9.2.2>



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

Un giro restrictivo: nuevas direcciones de la Corte argentina en derechos sociales*

*A Restrictive Turn. The Argentinian Court's
New Orientation on Social Rights*

H O R A C I O J A V I E R E T C H I C H U R Y

Abogado y Licenciado en Comunicación Social por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Master of Laws por la Yale Law School. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Investigador adjunto, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). etchichury74@gmail.com - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4169-6270>

* Este trabajo fue llevado a cabo en el marco del plan de trabajo como investigador adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet).

Resumen

Luego de una década de progresiva aplicación de derechos sociales, la Corte Suprema argentina inició un nuevo camino a partir de una sentencia sobre derecho a la vivienda emitida en 2012. Allí el tribunal adoptó un enfoque más restrictivo en cuanto a la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En los años posteriores, también limitó el alcance de los grupos titulares de estos derechos y no incluyó en sus sentencias criterios pertinentes elaborados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dos nuevos jueces se incorporaron a la Corte en 2016 y parecen consolidar esta visión restrictiva. El artículo examina una serie de sentencias emitidas entre 2012 y 2018 para brindar una descripción más detallada del proceso en curso y su posible desarrollo futuro.

PALABRAS CLAVE

Argentina, derechos sociales, Corte Suprema, exigibilidad judicial.

Abstract

After a decade of progressively enforcing social rights, Argentina's Supreme Court started a new course in a 2012 decision on the right to housing. There the Court adopted a more restrictive approach to judicial enforcement of social rights. In the following years, it also limited the scope of the groups entitled to those rights and did not include relevant criteria adopted by the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Two new judges joined the Court in 2016, and they seem to consolidate this restrictive approach. The article examines a series of decisions on social rights from 2012 to 2018 in order to provide a more detailed description of the process and its possible future development.

KEYWORDS

Argentina, Social rights, Supreme Court, Judicial enforcement.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente politizada, inestable y con baja legitimidad técnica (Kapiszewski, 2013), la Corte Suprema argentina intentó —a comienzos de este siglo— recuperar su rango, especialmente tras la crisis de 2001 y el posterior cambio en su integración. Una de las vías elegidas fue el reconocimiento y la puesta en vigor de los derechos sociales, invocando incluso doctrina y conceptos del derecho internacional de los derechos humanos, para ganar estatura global y respaldarse en el trabajo de los comités de las Naciones Unidas o en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A través del control judicial de constitucionalidad la Corte puso límites y fijó obligaciones a los otros dos poderes. El manejo del tiempo fue una importante herramienta para ajustar la frecuencia y profundidad de sus intervenciones en materia socioeconómica. La posibilidad de rechazar recursos sin fundamentación, dictar sentencias con efectos colectivos o solo exhortativas, además de la introducción del mecanismo de audiencias públicas, también resultaron útiles para dar mayor visibilidad al tribunal y regular sus intervenciones.

Un fallo sobre vivienda en 2012 parece haber sido un punto de inflexión. Enfrentó a la Corte con la posibilidad de intervenir en una cuestión de alta importancia política y proyección social, pero con el riesgo de verse obligada a asumir la gestión del problema. Para evitarlo, el tribunal decidió restringir al mínimo la proyección de la decisión, aun a riesgo de afectar su estatura técnica.

A partir de entonces, la Corte inicia un periodo de lecturas menos ambiciosas sobre derechos sociales. En diciembre de 2015, el recién asumido titular del Poder Ejecutivo impulsó el nombramiento de dos nuevos ministros de la Corte, uno de los cuales llegó a la presidencia del cuerpo en octubre de 2018.

En este trabajo (concluido en noviembre de 2018), relevamos una serie de fallos sobre derechos sociales emitidos desde 2012 y señalamos aquellos aspectos que convalidan o proponen interpretaciones restrictivas en la materia. Primero, describimos el orden constitucional argentino y el rol de la Corte Suprema. Luego, revisamos la trayectoria de los derechos sociales, particularmente a partir de la crisis del cambio de siglo. Nos detenemos en el fallo sobre derecho a la vivienda emitido en 2012 para luego examinar el rumbo interpretativo seguido por la Corte en los años posteriores.

2. EL ORDEN CONSTITUCIONAL ARGENTINO

En 1994, una amplia reforma de la Constitución de la Nación Argentina expandió el listado de derechos (Dalla Vía, 2006, pp. 125-126), incluso los sociales, a través del otorgamiento de jerarquía constitucional a una serie de convenios internacionales y regionales de derechos humanos (Constitución de la Nación Argentina, art. 75, inc. 22), tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de los Derechos del Niño. A la vez, quedó habilitado un procedimiento para dar esa misma jerarquía a otros tratados mediante el voto de mayorías legislativas agravadas. Así se hizo, por ejemplo, en 2014 con la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad. Todos estos instrumentos se reconocen “en las condiciones de su vigencia”: para su interpretación, deben considerarse las reservas formuladas por Argentina al tiempo de ratificación y las diferentes decisiones emitidas por los organismos de monitoreo de cada tratado (Gelli, 2005, pp. 712-713; Quiroga Lavié, 2000, p. 483; Sagüés, 1999, vol. 2, pp. 279-280). Ello incluye, entre otros elementos, las Observaciones Generales que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) utiliza para aportar criterios de interpretación sobre los derechos consagrados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por otra parte, desde 1957, existe en la Constitución de la Nación Argentina el artículo 14 *bis*, que consagra derechos de las personas que trabajan y de los sindicatos, además de derechos relacionados con la seguridad social.

3. LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

El Poder Judicial argentino está encabezado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), diseñada a partir del modelo estadounidense. Hoy está integrada por cinco miembros (denominados ministros), designados a propuesta del presidente con el acuerdo de dos tercios del Senado, la cámara legislativa donde las provincias (unidades subnacionales) cuentan con una representación igualitaria. La Corte, inaugurada en 1863, ha sufrido inestabilidad, especialmente con los cambios de Gobierno por golpes de Estado o renunciadas anticipadas del Ejecutivo (Molinelli, Palanza y Sin, 1999, pp. 644-645). La CSJN trata los planteos que, por vía del llamado recurso extraordinario, discuten la interpretación de una norma de carácter federal o señalan la aplicación indebida de una norma de jerarquía inferior y contenido contrario a la Constitución de la Nación Argentina (Molinelli et al., 1999, pp. 639-640). El tribunal ha ampliado esta jurisdicción extraordinaria, incluso categorías abiertas como “arbitrariedad” o “gravedad institucional” (Carió y Carió, 1983; Miller, 2000, p. 411), que ensanchan el campo de discrecionalidad del tribunal en el momento de admitir recursos. Por otra parte, en 1990, se aprobó la posibilidad de que la Corte pueda rechazar recursos sin necesidad de fundamentos (Oteiza, 1998). Argentina tiene un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso y de efectos solo para el caso, también siguiendo el modelo estadounidense. Hace poco más de una década, en *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*, el tribunal introdujo la posibilidad de dictar resoluciones que abarquen a todos los casos similares al planteado: el control de constitucionalidad puede tener así efectos colectivos (a ello se alude con la expresión latina *erga omnes*); es una “acción de clase” creada por vía pretoriana (Centro de Información Judicial [CIJ], 2009).

A fines de 2015, Mauricio Macri, un empresario que había gobernado la Ciudad de Buenos Aires en los ocho años previos, llegó a la Presidencia tras triunfar en una segunda vuelta y sin lograr una mayoría parlamentaria propia, de la mano de una alianza descrita como “nueva derecha pragmática” (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales [Flacso], 2016, p. 10; Vommaro, 2017; Vommaro, Morresi y Bellotti, 2015, p. 23).

Debido a fallecimientos y jubilaciones, el tribunal contaba entonces con solo tres integrantes: Juan Carlos Maqueda, nombrado en 2002 durante el interinato de Duhalde; Ricardo Lorenzetti y Elena Highton, designados en 2004 a propuesta del entonces presidente Néstor Kirchner. Tres candidaturas propuestas por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner no habían logrado la aprobación del Senado. Cuatro días después de asumir, el presidente Macri dictó un decreto en que nombraba “en comisión” (provisoriamente y sin acuerdo del Senado) dos nuevos integrantes de la Corte: Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz (Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS], 2016). Las dudas y objeciones en la opinión pública (véase Concursos Transparentes, s. f.). llevaron a postergar la asunción hasta que se cumpliera con el trámite de debate público (creado en 2003 por decreto presidencial) y la votación del Senado. A mediados de 2016, ambos se unieron al tribunal.

La ministra Highton alcanzó la edad de 75 años en diciembre de 2017. Ella había presentado previamente un amparo para evitar que se le aplicara el artículo 99, inciso 4, de la Constitución de la Nación Argentina, que exige un nuevo acuerdo ante el Senado para renovar por cinco años el nombramiento de los ministros que cumplan aquella edad. Resultó beneficiada por un fallo en primera instancia en febrero de 2017 y el Gobierno no recurrió la decisión, que quedó firme. Ello le permitió gozar de estabilidad vitalicia en el cargo (CIJ, 2017). Pocos días después, la Corte en *Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa* declaró aplicable el límite de edad a todos los jueces, lo que resaltó el carácter excepcional de la situación de Highton. En síntesis, tres de los cinco integrantes actuales del tribunal deben su cargo al presidente Macri (dos por designación y una por omisión de recurrir un fallo favorable a ella).

Poco después del ingreso de los dos nuevos ministros, la Corte sufrió dos momentos de marcada exposición y crítica pública. En primer lugar, hubo reacciones adversas a la decisión tomada en *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, emitida en febrero de 2017.¹ Allí el tribunal por mayoría se negó a dejar sin efecto una sentencia firme propia que la Cor-

¹ Remitiendo a la causa originaria, la Corte denomina estos autos *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios - sumario. Resolución N° 4015/2017 del 5 de diciembre de 2017 - Declaración de incompatibilidad respecto de la sentencia dictada por la Corte IDH el 29 de noviembre de 2011, Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina.*

te Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) había considerado contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos (véase CIJ, 2017b).² Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz integraron el voto mayoritario, al que se sumó un voto concurrente de Rosatti; Maqueda disintió. Una segunda y masiva ola de críticas se produjo tres meses más tarde por la sentencia en *Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario*. Allí, por mayoría, la Corte aplicó en beneficio de un condenado por delitos de lesa humanidad una ley ya derogada que permitía computar dos días de prisión por cada uno pasado en detención preventiva (véase CIJ, 2017c).³ El multitudinario rechazo público a esta sentencia condujo a la acelerada aprobación de una ley “interpretativa” (Ley 27.362) destinada a revertir la interpretación fijada en el fallo por los vocales Highton, Rosatti y Rosenkrantz (Huais, Rodríguez y Seleme, 2018). Este último asumió como presidente de la Corte en octubre de 2018.

4. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA REFORMA DE 1994

Al resumir la trayectoria de los derechos sociales en Argentina, la reforma de 1994 representó un punto de inflexión. Ciertamente —como ya señalamos— el artículo 14 *bis* fue integrado en 1957 al texto de la Constitución de la Nación Argentina. Sin embargo, en las décadas siguientes, ese texto no se consideró directamente exigible ante los juzgados. Por otra parte, ya a fines de la década de 1950 la Corte creó por vía pretoriana la acción de amparo, destinada a proteger la efectiva vigencia de derechos civiles y políticos contra ataques llevados a cabo por autoridades o, incluso, por personas particulares (Gelli, 2005, p. 481). ¿Cómo se justificaba entonces el grado diferenciado de protección para un grupo y otro de derechos? Un nutrido grupo de constitucionalistas lo hacía a través de un par de conceptos: “derechos programáticos” y “derechos operativos” (véanse Bidart Campos, 1978, pp. 40-41; González Calderón, 1967, p. 168; Quiroga Lavié, 1987, p. 139).⁴ Los primeros no podían reclamarse directamente ante los tribunales: se necesitaba que el Legislativo o el Ejecutivo los reglamentaran previamente (Badeni, 1997, p. 497; Bidegain, 1994, p. 145; Sagüés, 1999, p. 110). Esa distinción no tenía, ni tiene, ninguna base en el texto constitucional.

Una nueva época se abrió tras la reforma de 1994, que, al otorgar rango constitucional a tratados de derechos humanos, introdujo conceptos cruciales de la normativa internacional, tales

² Véanse apreciaciones críticas sobre este fallo de la CSJN en Gialdino (2017) y en Hitters (2017). Para un análisis de la sentencia en el contexto regional, véase Contesse (2019).

³ Muiña estaba acusado por crímenes de lesa humanidad cometidos contra profesionales de un hospital público donde funcionaba un centro clandestino de detención y tortura (véase CIJ, 2017c).

⁴ Incluso en un texto posterior a la reforma de 1994, Gordillo et al. (1997, VI.34) expone una visión escéptica: “los así llamados” derechos sociales son “poéticamente atractivos”, pero no son realmente derechos, porque Argentina no tiene los recursos para garantizarlos.

como la paridad e interdependencia de los derechos, incluso los sociales (Charvin, 1998; Scott y Macklem, 1992). Comenzó a cuestionarse sobre nuevas bases la frontera entre derechos “operativos” y “programáticos” (Abramovich y Courtis, 2002). Se consagró al amparo como garantía para todo derecho (Constitución de la Nación Argentina, art. 43), lo que brió la posibilidad formal de exigir judicialmente derechos sociales.

5. DERECHOS SOCIALES ANTE LA CORTE SUPREMA: FIN DE SIGLO, CRISIS Y DESPUÉS

Hacia fines de la década de 1990, en un marco de acelerada crisis, la CSJN, desprestigiada y sometida a cuestionamientos múltiples (Miller, 2000, pp. 372-374, 432; Santiago, 2014, p. 1670), emitió sus primeros fallos favorables a reclamos por derechos sociales. Se concentró en el derecho a la salud, por su conexión con el derecho a la vida (Santiago, 2014, pp. 1523-1525), que algunos vocales católicos deseaban destacar bajo un paradigma de derecho natural.⁵ En junio de 2000, la sentencia en *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*,⁶ ordenó al Poder Ejecutivo, con fundamento en el derecho a la salud, proveer medicamentos contra el VIH a todas las personas portadoras. El fallo sorprendió a sectores críticos de la Corte, que señalaron la incompatibilidad entre el sostenido acompañamiento a políticas neoliberales y esta decisión a favor del derecho a la salud (Biagini et al., 2005). Al día siguiente, sin embargo, el tribunal convalidó en *Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público* una reducción salarial a los empleados estatales, una decisión favorable a las necesidades del Ejecutivo. Pocos meses después, la salud convocó otra vez a la Corte. La decisión en *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho*, resolvió que el Gobierno federal tenía responsabilidad por la vida y la buena salud de un niño que había perdido la cobertura médica. Los gobiernos locales y las prestadoras de salud sindicales o privadas no quedaban por ello eximidos de sus deberes.

⁵ Los ministros Boggiano y Moliné O'Connor subrayaron la obligación estatal de preservar el derecho a la salud, en cuanto parte del derecho a la vida, al cual definieron como “el primer derecho natural de la persona humana, previo a toda legislación positiva” (cons. 9). Así quedaba fijado un precedente para eventuales planteos sobre eutanasia, anticoncepción o ampliación de casos no punibles de aborto. Ambos ministros (junto con Vázquez) volvieron a sostener esta noción de la vida como derecho natural al sumarse al voto mayoritario que prohibió en 2002 la producción y venta de un anticonceptivo de emergencia en *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro- c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*.

⁶ Para un análisis de la evolución del derecho a la salud en el caso de las personas afectadas por VIH, véase Bergallo (2011).

La gravísima crisis de 2001 (Zícarí, 2018) no solo afectó a la Presidencia y al Congreso. También la Corte se volvió objeto de repulsa social: manifestaciones a las puertas del tribunal comenzaron a reiterarse con mayor frecuencia (Benente, 2010); ahorristas bancarios con sus fondos inmovilizados se contaban entre los más insistentes. A comienzos de 2002 se presentaron pedidos de juicio político a todos los integrantes del tribunal (Santiago, 2014, pp. 1580-1582). Intentando afirmar su legitimidad en la opinión pública y fortalecerse frente a los otros poderes, la Corte dictó en febrero de 2002 *Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo*. La decisión, fundada en el derecho de propiedad, invalidó las medidas que impedían la libre disposición de los depósitos bancarios. Si bien el fallo benefició a un solo ahorrista, los demás tribunales pronto comenzaron a aplicar el mismo criterio en miles de planteos semejantes. No todos los derechos gozaron de la misma tutela. Cuatro semanas más tarde, la Corte rechazó en *Ramos, Marta R. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros*-el pedido de una mujer desempleada que exigía salud, alimentos y educación para sus ocho hijos. Contra este reclamo por derechos sociales de niños, el voto mayoritario esgrimió argumentos formales: no se había demostrado que el Gobierno se negara a cumplir con lo pedido. Invocando la división de poderes, ese voto señaló que el planteo de la mujer, “si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte” (considerando [cons.] 7). Tras el cambio de composición en la Corte, impulsado por el presidente Kirchner (Ruibal, 2009), el tribunal dictó fallos favorables a la vigencia efectiva de los derechos sociales. Dentro de una lenta recuperación económica, es probable que estas decisiones apuntaran a restablecer la legitimidad del tribunal (Hauser, 2016, pp. 11, 134), esto es, su aceptación tanto en la población general como en la comunidad profesional y académica del derecho (Kapiszewski, 2013, p. 54).

Una temprana serie de fallos, a partir de 2004, invocó los derechos sociales como fundamento para invalidar numerosas cláusulas de la legislación laboral adoptada durante el auge neoliberal (Bianchi, 2014, pp. 1872-1875). En *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*, el tribunal, invocando el artículo 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina, entre otras normas, declaró inconstitucional la prohibición de demandar civilmente a la patronal por un accidente de trabajo. Lo mismo hizo en *Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido* respecto de los estrictos límites fijados a la indemnización por despido. Más adelante tuteló a representantes gremiales en *Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales*, una sentencia de 2008; lo mismo hizo un año más tarde, en *Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo*. En 2010 ordenó la reincorporación de empleados despedidos por razones discriminatorias y gremiales en *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo*. El fallo *Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación*, en 2007, reconoció sobre la base del ya mencionado artículo constitucional 14 bis el derecho del personal estatal a tener estabilidad en su cargo, y así modificó una jurisprudencia contraria asentada por décadas. Bajo esta nueva visión ningún agente del sector público puede ser cesado sin justa causa. Además, con cita del

artículo 7.c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el voto de la mayoría agregó que la estabilidad forma parte de las “condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” que el Estado está obligado a cumplir. Pese a que la mayoría no distinguió entre categorías del personal, el voto concurrente de los ministros Highton y Maqueda sí lo hizo. Ambos señalaron (cons. 10) que podía darse un trato diferenciado de acuerdo con los contratos que cada agente hubiera firmado.

La Corte también confirmó en *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios*, emitida en 2006, la obligación estatal fundada en el artículo 14 *bis* de la Constitución de la Nación Argentina de asegurar la periódica actualización de las jubilaciones y pensiones. En este caso, dictó una sentencia exhortativa, esto es, no resolvió directamente el fondo de la cuestión. Solo informó al Congreso sobre ese deber de actualizar y le instó a brindar una solución general en un plazo razonable. Este tipo de sentencias, infrecuentes hasta entonces en el derecho argentino (Sagüés, 2008, p. 340), también amplían el margen de maniobra de la Corte ante los demás poderes: puede influir sobre ellos, sin riesgo de sufrir el desconocimiento de lo resuelto. Ante la inacción del Legislativo, poco más de un año después el tribunal fijó por sí mismo un índice de actualización para el reclamante en *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios*. La decisión era válida solo para el caso: el resto de la población jubilada debería seguir trámites individuales. En otro amparo interpuesto por una madre que exigía alimentación y prestaciones de salud para sus hijos, el tribunal, abandonando su precedente de *Ramos, Marta R. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros*- dictó en 2006 su sentencia en *Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo*; allí tomó medidas protectorias de emergencia, pese a que la intensidad de la crisis ya era menor. El derecho a la salud también se consolidó a lo largo de estos años (Bianchi, 2014, pp. 1787-1791).

Esta enumeración, no exhaustiva, de decisiones permite reconocer, a grandes rasgos, una curva de interpretación que deriva obligaciones estatales positivas a partir de los derechos sociales, utilizados para controlar la constitucionalidad de normas inferiores y para fundar órdenes a los demás poderes públicos. Esta línea se profundiza desde 2004. A comienzos de 2012, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la vivienda. Esta sentencia, en nuestra opinión, expone los riesgos y las tensiones que los derechos sociales plantean al tribunal y representó un punto de inflexión.

6. LA TENSION ENTRE LEGITIMIDAD Y COEXISTENCIA

El derecho a la vivienda quedó usualmente incluido entre los denominados derechos programáticos. Su exigibilidad judicial parecía imposible o, incluso, injusta. Por ejemplo, Gelli (2005) sostiene que el artículo constitucional 14 *bis* implica apenas el deber estatal de “diseñ[ar] políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna” (p. 176). En el mismo sentido,

se pronuncian Dalla Vía (2006), Fayt (2008), Midón (1997) y Sagüés (1999), entre otros. Sin embargo, las actas de la Convención de 1957 marcan otra dirección. La propuesta inicial era reconocer “la *posibilidad* de la vivienda digna” [cursivas mías], pero la redacción aprobada adoptó la palabra *acceso*” (Convención Nacional Constituyente, 1957, p. 1491).

En *Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, emitida en 2012, la Corte reconoció, con citas del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Observación General 4 (1991) del Comité, no solo el derecho a la vivienda, sino también la obligación estatal de proteger los sectores en estado de vulnerabilidad extrema. Reconoció al CESCER como el “intérprete autorizado” de dicho pacto (cons. 10). Sobre esa base, ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que otorgara adecuada vivienda a una mujer extranjera que vivía en la calle junto a su hijo de corta edad afectado por una grave discapacidad. Antes de dictar sentencia, la Corte celebró una audiencia pública con la presencia de autoridades de la ciudad (CIJ, 2011). Este mecanismo, reglamentado por la Acordada 30/2007, permite dar visibilidad a las partes, al tema y también al tribunal mismo.⁷ Pese a reconocer el derecho a la vivienda, el voto de mayoría subrayó (cons. 11) que no siempre es exigible ante los tribunales, por las razones que exponemos más abajo.

Tomar una decisión sobre vivienda permitía a la Corte consolidar su legitimidad política y técnica. Por una parte, mostraba atención a un problema generalizado y serio; por otra, se atenía a sus propios precedentes sobre el valor y la exigibilidad de los derechos sociales. Al mismo tiempo, se presentaban riesgos importantes: por una parte, la previsible tensión con el Congreso, el Ejecutivo y las administraciones provinciales; por otra, la segura multiplicación de reclamos similares, con el correspondiente impacto presupuestario.

En una apreciación crítica del fallo, Bianchi (2014, p. 1928) destaca que no resulta fácil saber “cuántas veces puede fallar la Corte de esta misma forma, antes de convertirse en un instituto de la vivienda”. El interés del tribunal, entonces, consistiría en resolver el caso favorablemente y, al mismo tiempo, brindar razones técnicas adecuadas para impedir la llegada de un número inmanejable de casos.

Para lograrlo, la Corte introdujo una nueva distinción. Luego de reconocer el carácter operativo del derecho a la vivienda, destacó que ciertos derechos imponen al Estado obligaciones de hacer y exigen el uso de recursos públicos, lo que impacta, además, en otros derechos. En esos casos, la operatividad no es “directa” sino “derivada” (cons. 10 y 11). La implementación de esos derechos corresponde al Parlamento y la Administración. La intervención judicial solo es admisible cuando la regulación no garantiza los niveles mínimos del derecho en cuestión o

⁷ Sobre las audiencias públicas ante la Corte, véase Benedetti y Sáenz (2016).

cuando se amenaza gravemente la existencia misma de una persona, es decir, el derecho a la vida. Así ocurría en el caso sentenciado: según la Corte, madre e hijo se hallaban en una situación “desesperante” (cons. 12). Así, la Corte resuelve el caso presentado y, a la vez, fija un umbral muy alto para los próximos reclamos: será necesario acreditar la violación de un mínimo o la amenaza a la vida.

El tribunal logra mantener una relación pacífica con los otros poderes y mostrar sensibilidad y prudencia frente al caso extremo en que un niño está en peligro. No obstante, la barrera para impedir nuevos pedidos se basa en conceptos carentes de apoyo textual en la Constitución de la Nación Argentina, como “operatividad derivada”. Esto debilita la fuerza técnica de la posición, que, por otro lado, no concuerda con la línea consolidada desde 2004.

7. UNA NUEVA DIRECCIÓN EN DERECHOS SOCIALES

En nuestra opinión, a partir de este fallo, la Corte introduce, lentamente, lecturas más restrictivas sobre derechos sociales. Por *restrictiva* queremos decir que se reduce la extensión, desde un punto de vista conceptual, independiente del número de instancias concretas (Nino, 1980, pp. 251-252), de los casos en que el tribunal reconoce la existencia de un derecho judicial exigible. Por una parte, estas lecturas reducen, como vimos en *Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, la posibilidad de la exigibilidad judicial. En segundo lugar, limitan la titularidad del derecho en cuestión, fijan condiciones o introducen distinciones: así se hizo, como exponemos más adelante, en materia de salud, sindicalización, huelga, gastos de vivienda o estabilidad en el empleo público. En tercer lugar, se evita el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales que excluyen, en cada situación planteada, el caso origen del reclamo. Y, finalmente, se prescinde de las fuentes internacionales aplicables que podrían sostener una visión más amplia, inclusiva del caso planteado: ello ocurrió con las Observaciones Generales u otras decisiones del CESCR. En principio, estos enfoques restrictivos le permiten al tribunal preservar su posición y mantener la convivencia frente a los otros poderes sin descuidar su legitimidad técnica: no incurre en interpretaciones directamente contrarias al texto constitucional o a sus decisiones previas. Simplemente, distingue el caso planteado de lo resuelto en sentencias anteriores, y, en consecuencia, reduce el alcance de aquellas.

Esta línea parece fortalecerse con la incorporación de los dos nuevos ministros en 2016. Ello se desprende de las posturas en esta materia publicadas por los nuevos ministros antes de su incorporación.

Por ejemplo, Rosenkrantz (2003), propone no incluir derechos sociales en una constitución, debido a la falta de consenso sobre cómo distribuir los recursos materiales. Si ya están consagrados, la judicatura debe poner en vigencia únicamente “los márgenes” de esos derechos (pp. 245,

249, 251). Consultado sobre esta posición en la audiencia ante el Senado, describió ese artículo como “teórico”, y agregó que no se aplicaba a Argentina. En su opinión, agregó, “los derechos económico-sociales son ejecutables”. Respondiendo una pregunta sobre el derecho a la vivienda, Rosenkrantz insistió en que no había derechos no ejecutables, pero aclaró que sí “hay condiciones que hacen a la ejecutabilidad de los derechos”. Añadió que, si los tribunales intentan “realizar derechos que se mantienen deshonrados por tanto tiempo y frente a tanta gente [...] los únicos que van a encontrar solución son los primeros que vienen. Y esto es terriblemente injusto”, porque “los más pobres no acceden a abogados, ni acceden a tribunales”. No explicó qué alternativa existe para reconocer la existencia de un derecho social exigible judicialmente sin incurrir en una solución “terriblemente injust[a]”.

Rosatti (2010), por su parte, señala que el artículo 14 *bis* de la Constitución de la Nación Argentina no impone en materia de vivienda “un deber reclamable judicialmente al Estado, sino un programa de responsabilidad estatal y social, pudiendo satisfacerse plenamente con el acceso a la propiedad y —menos plenamente— con el acceso facilitado a la locación de la vivienda por parte de los carecientes” (p. 675). En la audiencia de confirmación, Rosatti expresó su coincidencia con la posición de la Corte en *Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, y destacó la necesidad de dar un sentido progresivo a las políticas. Sin embargo, distinguió explícitamente derechos como la libertad personal, cuya garantía consideró inmediata (a través del *habeas corpus*) de otros derechos, como la vivienda. Allí consideró aplicable el concepto de operatividad “derivada”, a la que definió como “mucho más que una expectativa”, ya que “es un derecho, un derecho, pero que se ejercita en función de una política pública general”. Se trataría, en síntesis, de un derecho, pero no exigible judicialmente.

En otras palabras, el ideario, al menos, el publicado, de ambos ministros podría sustentar la restauración de las interpretaciones previas a 2004, tales como la programaticidad, la no justicia-bilidad y la subordinación a las decisiones presupuestarias o reglamentarias de los otros poderes estatales. Este giro podría tener un carácter regresivo: así calificamos a las interpretaciones que implican “un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido” (Courtis, 2006, p. 6). En este caso, la aplicación de lecturas restrictivas podría, acumulativamente, terminar por incidir en el alcance de estos derechos, ahora sí desde el punto de vista de su efectiva vigencia empírica. Podría haber regresividad en los resultados (o fáctica) sin que necesariamente la Corte efectúe interpretaciones regresivas en el plano normativo.⁸ La regresividad implica en Argentina no solo una cuestión de derechos humanos sino también constitucional. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dotado de jerarquía constitucional, establece que cada Estado “se compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente,

⁸ La distinción entre regresividad normativa y de resultados es explicada por Courtis (2006, pp. 3-4, 7).

por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El mandato es avanzar hacia grados cada vez más altos de vigencia de cada derecho. De este texto se derivan el principio de progresividad y también el de no regresividad (Sepúlveda, 2006, p. 124). Este último, aplicable a todos los poderes del Estado, significa que el Pacto exige también no dar pasos en sentido contrario a la consolidación de los derechos. En 2015, la Corte reconoció la vigencia de este principio en el voto mayoritario en *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y Otro s/ Acción de amparo*, afirmando que es no solo “un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional”.

El riesgo de interpretaciones regresivas, incluso en el plano normativo, quizá estuvo en la mente del ministro Maqueda cuando redactó su voto propio en *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo*, el fallo de 2016 sobre la tarifa del gas que analizamos más adelante. Al declarar la nulidad de los incrementos tarifarios impugnados, Maqueda agregó un considerando que no está en los restantes votos. En él señala, citando un fallo con décadas de antigüedad, que la Corte “no p[uede] apartarse de su doctrina sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio” (cons. 43). No hizo referencia al principio de no regresividad; sin embargo, planteó esta advertencia a pocas horas de que se incorporara a la Corte el ministro Rosenkrantz. Por otra parte, la ministra Highton manifestó en *Sosa Eusebio Domingo y otros c/ Ministerio de Defensa s/ Personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad*, una sentencia de 2017, un explícito cambio de criterio que, en principio, puede calificarse de regresivo en plano conceptual. En ese caso la Corte, revocó la sentencia del tribunal inferior que había otorgado, invocando la necesidad de un criterio amplio en la valoración de los hechos, una pensión por incapacidad laboral a un hombre que no reunía el porcentaje mínimo de invalidez exigido por la ley. En su voto propio, Highton reconoció que la Corte “en reiteradas oportunidades” había considerado que “la exigencia de un 66 % de minusvalía requerida por las normativas aplicables no debía ser interpretada de una manera rigurosa y prescindente de las finalidades tutelares de la legislación previsional” (cons. 4). Luego, explicitó su giro: “en un nuevo examen de la cuestión, esta Corte estima pertinente adoptar un criterio riguroso en la ponderación de los requisitos de admisibilidad del beneficio [...] que se atenga —primariamente— a la literalidad de la normativa [...], con el objeto de poner límite a situaciones abusivas que derivaron de la precedente laxitud interpretativa, y de preservar el patrimonio del organismo previsional” (cons. 5). Más allá de las alegadas justificaciones, lo relevante en este punto es que la ministra Highton expresó con claridad un giro interpretativo que puede calificarse de regresivo. Exige rigurosamente una cifra específica en el porcentaje de invalidez, mientras que previamente podían admitirse pedidos formulados por quienes no llegaran a esa cifra, pero acreditaran “incapacidad previsional” de acuerdo con otros factores, tales como “la profesión, la edad y las posibilida-

des [...] de reinsertarse en el mercado laboral” (cons. 4). Esto significa excluir casos presentes y futuros que bajo la interpretación anterior hubieran quedado tutelados, aplicando la misma norma.

A continuación, exponemos decisiones de la Corte emitidas luego de 2012 que presentan, en mayor o menor medida, una visión más restringida del alcance de los derechos sociales que la elaborada entre 2004 y 2012. Como expusimos más arriba, se limita la exigibilidad judicial o el alcance del grupo titular del derecho, o se prescinde del control de constitucionalidad o de las fuentes internacionales aplicables. A través de este recorrido, podremos reconocer con mayor claridad la dirección general que el tribunal sigue en esta materia, en atención a su nueva postura frente a las fuentes internacionales, adoptada en *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y las críticas a su actuación pública, en particular luego de *Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario*.

8. DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo, emitida en 2015, es una de las primeras decisiones con sentido restrictivo en materia de salud o, incluso, podría considerarse regresiva. Una persona con discapacidad exigió cobertura médica completa para aliviar su enfermedad. Dejando de lado el criterio de la sentencia de 2000 en *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho*, el tribunal concluyó que la sola afectación del derecho a la salud no genera por sí misma la responsabilidad del Gobierno federal. La Corte, citando la legislación infraconstitucional vigente sobre discapacidad, sostuvo que la persona tenía que probar la carencia de cobertura de salud y de medios económicos que le impedían pagar el tratamiento. Solo pueden exigir atención del Estado quienes acreditan esas dos condiciones requeridas por la ley regulatoria de las prestaciones por discapacidad. En otras palabras: la atención pública corresponde a quienes no pueden pagar por ella. Esta visión presupone que la forma “natural” para acceder a la salud es el mercado, mientras que el derecho social a la salud opera apenas como una solución subsidiaria o excepcional (Lema, 2010, p. 173). Esta interpretación resulta difícil de armonizar con el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 12 garantiza el derecho de “toda persona” al “máximo nivel posible de salud”, sin fijar restricciones por ingresos o cobertura.

Esta discusión no se planteó en el fallo. El tribunal no examinó la constitucionalidad de esa ley. No la evaluó a la luz de las exigencias fijadas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene, como ya señalamos, jerarquía constitucional desde 2014. Tampoco consideró la Observación General 14 (2000) del CESCR sobre derecho a la salud. En re-

lación con el fallo de 2000, esta nueva decisión agregó condiciones para la exigibilidad judicial del derecho a la salud: por tanto, consideramos que también podría considerarse no solo restrictiva, sino regresiva en el plano normativo.

En 2017, la sentencia en *A. M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/ sumas de dinero* consideró imprescindible presentar ante la prestadora de salud un certificado de discapacidad del niño afiliado para reclamar reintegros por gastos de asistencia médica relativos a su discapacidad. En el caso, la entidad sanitaria tenía conocimiento de la condición a través de la historia clínica, pero el requisito formal estaba contenido en la legislación infraconstitucional; el máximo tribunal no vio razones para dejar de lado la exigencia. Más aún, la Corte destacó que, por tratarse de un reclamo de contenido patrimonial, en el caso no estaba en juego el derecho a la salud del niño. Prescindió de un examen de constitucionalidad de la exigencia reglamentaria y tampoco analizó en su razonamiento la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad o las Observaciones Generales del CESCR.

9. LOS GASTOS DE VIVIENDA Y LOS DESALOJOS

Dos fallos de gran impacto político se produjeron en 2016, pocos meses después del recambio presidencial. Ambos trataron aumentos tarifarios en los servicios de gas y electricidad.

En el caso del gas, el Ministerio de Energía y Minería incrementó a través de resoluciones administrativas las tarifas sin convocar la audiencia pública previa exigida por la normativa vigente. Organizaciones de usuarios iniciaron planteos judiciales a nombre de toda la población afectada (tal como lo habilita el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina). Exigieron la suspensión de los aumentos hasta que se celebrara la audiencia pública. En agosto de 2016, la Corte resolvió la cuestión en *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo*, el primer fallo en que votó el ministro Rosatti, uno de los propuestos por el presidente Macri.

Esta sentencia anuló los incrementos, aunque solo para los clientes residenciales. El recorte se basó en una distinción entre clases de usuarios (residenciales y no residenciales) no completamente justificada. El voto mayoritario sostuvo que para dar alcance general a un amparo es necesario que esté en riesgo el acceso a la justicia, y ello solo se daba en el caso de las conexiones hogareñas; los demás usuarios podían plantear sus propias demandas judiciales (cons. 13). Esta posición limitó el alcance del fallo y dejó fuera de su cobertura al conjunto de usuarios no residenciales.

Un aspecto interesante es que la sentencia citó la Observación General 4 (1991), relacionando el derecho a la vivienda con el acceso “a agua potable y a la energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado”. Por ello, según la Corte, el costo de tales servicios no deberían poner en

riesgo “la satisfacción de otras necesidades básicas” (cons. 33). La soportabilidad de los gastos hogareños forma parte del derecho a la vivienda adecuada, por lo que las autoridades deben considerarlo al definir el cuadro de tarifas.

Sin embargo, diecinueve días más tarde, en septiembre de 2016, el tribunal, que había sumado como nuevo integrante al ministro Rosenkrantz, emitió el fallo *Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y Otro s/ Amparo ley 16.986*. Allí declaró inadmisibles un reclamo similar al del gas, pero referido ahora al aumento tarifario en la electricidad, igualmente resuelto por el Ministerio sin audiencia pública previa. También aquí organizaciones sociales y de usuarios, así como legisladores, interpusieron un planteo judicial de alcance colectivo. Dando una respuesta favorable, los tribunales de instancias inferiores ordenaron suspender el incremento.

La Corte revocó la suspensión del aumento en el servicio eléctrico y negó legitimación activa a quienes interpusieron la acción.⁹ No discutió el fondo de la cuestión, como sí lo hizo en *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo*. Los legisladores también se habían presentado como usuarios individuales (cons. 1), lo que habilita para estos casos representar al conjunto (Constitución de la Nación Argentina, art. 43). Tampoco este punto mereció comentarios o análisis del tribunal. En síntesis, la Corte adoptó una visión sobre la legitimación activa más restrictiva que la utilizada en el caso del gas. La cuestión en juego, sin embargo, era la misma: soportabilidad de los gastos internos en relación con el derecho a la vivienda.

La decisión en *Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y Otro s/ Amparo ley 16.986* implica, en nuestra opinión, el incumplimiento del derecho a una tutela judicial efectiva (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25), y también trata de modo diferente a los usuarios según el servicio, sin que ello tenga fuerza justificatoria. En efecto, los usuarios del gas lograron, aunque con limitaciones, una decisión que reconoce la necesidad de las audiencias públicas previas. En cambio, los usuarios de electricidad no consiguieron cruzar el umbral de admisibilidad. *Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y Otro s/ Amparo ley 16.986*, además, no incluyó, a diferencia de *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo*, ninguna mención de la Observación General 4 (1991). Resulta difícil comprender por qué la Corte pudo dar respuestas tan diferentes frente a dos reclamos centrados en los mismos derechos (vivienda) y en la misma omisión procedimental (falta de audiencia pública previa). En síntesis, el tribunal en este par de casos limitó el alcance del grupo titular del derecho en debate (incluso solo a los usuarios no residenciales de gas); en la segunda decisión prescindió

⁹ Únicamente dejó abierta la posibilidad de reconocer legitimación de un club deportivo, aunque condicionado a una averiguación sobre su representatividad (cons. 29).

de fuentes internacionales expresamente utilizadas en la primera y limitó la exigibilidad judicial del derecho invocado.

El problema de la vivienda, analizada en 2012 en *Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, tiene otras aristas importantes. Una de ellas son los desalojos. La Defensoría General de la Nación, integrante del Ministerio Público, órgano independiente de los otros poderes (Constitución de la Nación Argentina, art. 120), representa (entre otras funciones), los intereses de niños, niñas y adolescentes en causas que les afecten. En 2008, una resolución de la Defensoría ordenó a todos sus profesionales que intervinieran en aquellos procesos en que existiera riesgo de desalojo para personas menores de 18 años. El objetivo era proteger sus derechos solicitando, por ejemplo, la suspensión del desalojo hasta contar con una alternativa de vivienda.

La Corte, por lo menos en dos oportunidades, rechazó tales presentaciones de defensores públicos. En *Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 181 inc. 1º C.P.* una sentencia de 2013, se ordenó desalojar en un proceso penal un inmueble con ocupantes ilegales. Ante la presencia de niños en la casa, la defensora pública solicitó intervenir. Fundando su rechazo, la Corte señaló que los niños no eran parte porque no tenían derecho a estar en el inmueble. Agregó que la Observación General 4 (1991) es aplicable solo a favor de ocupantes legales (cons. 1). Por ello, no reconoció el derecho de la defensora a ser parte y confirmó el desalojo. Sin embargo, indicó al tribunal inferior que comunicara oficialmente a las oficinas de protección social que había niños en situación de riesgo (cons. 3). El desalojo no se postergó.

Dos años más tarde, en *Plusfratria S.R.L. c/ Ocupantes Av. Scalabrini Ortiz 1963/5/6/7/71/73 y 1977 y otro s/desalojo*, la Corte confirmó por omisión este rumbo, ahora en una causa civil. La Defensoría pública solicitó suspender el desalojo, porque había niños habitando el edificio. Ante la negativa del tribunal actuante, recurrió a la Corte que, sin dar fundamentos, según lo autoriza el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, rechazó el pedido. Ello habilitó la continuidad del desalojo, sin que la Defensoría pudiera intervenir.

En ninguna de las dos decisiones, la CSJN hizo referencia a la Observación General 7 (1997), que señala expresamente: “Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda” (párr. 16). Además, el CESCR ha reforzado esta postura en su Comunicación N° 5/2015. Dictamen aprobado por el Comité en su 61º periodo de sesiones (29 de mayo a 23 de junio de 2017). Allí sostuvo, en frente a un reclamo individual planteado de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que España violó los derechos humanos de una familia al no garantizarles una vivienda alternativa con anterioridad al desalojo de la habitación que alquilaban. En estas decisiones de la Corte, nuevamente se observa una

delimitación dentro del grupo titular del derecho en juego (solo ocupantes legales) y la omisión de la producción relevante del CESCR.

10. DESPIDOS EN EL ESTADO

Antes señalamos que *Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación* reconoció en 2007 la estabilidad en el empleo público. Sin embargo, poco después la Corte introdujo algunas limitaciones a esta posición. En *Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido*, una sentencia de 2010, señaló que la estabilidad no corresponde al personal contratado por periodos determinados, aunque las designaciones se hubieran renovado por plazos extensos. En esos casos, de acuerdo con la Corte, sí es posible despedir sin justa causa; solo es necesario pagar la indemnización, tal como ocurre en el ámbito privado.¹⁰ La separación entre el personal estatal permanente y el contratado de manera reiterada y sucesiva sirve como argumento para negarle al segundo grupo el derecho a la estabilidad.

Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso administrativa marcó una posición diferente. En este caso, resuelto en 2015, un municipio había anulado pases a planta permanente por no haberse cumplido con el ingreso por concurso. La Corte invalidó esa decisión municipal: alegó que la administración no podía anular decisiones anteriores salvo en casos de grave vicio legal, y que ello no se daba en el caso. No estaba clara jurídicamente la exigencia del procedimiento de concurso como condición para alcanzar permanencia. Poco después la Corte retomó el criterio de *Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido* en 2016, al dictar sentencia en *Galeano Torres, Facundo Martín y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ varios*. La misma solución adoptó un año más tarde en *Aladín. Gerardo Omar c/ Municipalidad de la Ciudad de San Francisco s/ acción contencioso administrativa*: convalidó el despido de más de 170 trabajadores municipales que habían sido incorporados a la plantilla permanente, aunque reconoció, invocando a *Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido*, que debían recibir una indemnización, como la que se abona a empleados privados. El tribunal argumentó que ese pase a la permanencia carecía de un requisito importante (la selección por concurso) y que no había sido aprobado por los organismos de control locales. El personal en cuestión llevaba más de seis años trabajando. Esta posición de la Corte parece regresiva frente a su propia sentencia de 2007, en la que no hay clasificación del personal público, salvo, como ya señalamos, en un voto concurrente.

¹⁰ No cabe pasar por alto una importante diferencia entre el despido sin causa en el ámbito privado y el que ocurre en el ámbito público. En el primero, la indemnización es afrontada por la patronal con sus propios recursos. En el caso del empleo estatal, se cubre con fondos públicos; la autoridad que despide no debe responder con fondos personales. La decisión de cesantear no le acarrea consecuencias patrimoniales.

Una segunda clasificación quedó planteada en *Luque Rolando Baltasar c/ Sociedad Del Estado Casa De Moneda s/ Despido*. En esa decisión de 2015, el tribunal señaló que quien trabaja en empresas que sean propiedad del Estado no está alcanzado por la estabilidad en el empleo. También aquí es posible, según la Corte, despedir sin causa abonando una indemnización. Sin embargo, en la Observación General 23 (2016), el CESCR señala que el Estado empleador incluye los casos de empresas “que son propiedad del Estado o controladas por él” (párrs. 58 y 14). Por tanto, la distinción adoptada por la Corte es contraria a la posición del Comité, “intérprete autorizado” del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales según el mismo tribunal.

La Corte introduce una diferencia de trato entre dos categorías de trabajadores, para negar a un grupo ciertas condiciones laborales (la estabilidad en el empleo) que le reconoce al otro. El eje distintivo (la presencia de una empresa estatal como empleadora) no tiene para el CESCR relevancia clasificatoria. Sin embargo, las nuevas delimitaciones de la Corte reducen la extensión del grupo titular del derecho a la estabilidad y, con ello, la aplicabilidad de *Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación*.

11. DERECHO DE HUELGA

Desde 1957, el artículo 14 *bis* de la Constitución de la Nación Argentina consagra el derecho de huelga como atribución de los “gremios”, entendidos como el conjunto de los trabajadores de una determinada actividad, en tanto que los “sindicatos” son grupos políticos que compiten por representar a los gremios (Quiroga Lavié, 2000). En *Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo*, una sentencia de 2016, la Corte determinó que solo los sindicatos formalmente organizados están habilitados para llevar adelante una huelga. En cambio, los “grupos informales de trabajadores” no pueden hacerlo (cons. 14). El tribunal, revocando la sentencia de una instancia inferior, convalidó el despido de un trabajador del Correo Argentino por haber participado de asambleas en el ámbito de trabajo. Dichas asambleas no habían sido convocadas por organizaciones sindicales registradas formalmente: esa fue la clave argumentativa de la Corte. Sostuvo que el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de huelga solo para los sindicatos, no para las personas individualmente (cons. 12).

Esta visión de la Corte, por una parte, encubre la auténtica discusión planteada en el caso. No se debate si es un derecho “individual” o “grupal”. El trabajador despedido no actuó solo: de hecho, participó en una asamblea con el resto del personal. La controversia se centra en la formalidad o informalidad del grupo que lleva adelante la medida (asamblea o huelga, por ejemplo). No es relevante el número de individuos, sino su encuadre sindical, que depende del Ministerio de Trabajo.

Por otro lado, las afirmaciones de la Corte contradicen el texto del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sus secciones (b) y (c) hacen explícita referencia a los “derechos de los sindicatos”; en cambio, la sección (d) reconoce “el derecho de huelga” sin atribuirlo a los sindicatos. El tribunal tampoco citó ni examinó la Observación General 23 (2016) sobre condiciones justas y equitativas de labor, publicada un mes y medio antes de la sentencia. En esa observación general, el Comité menciona el derecho a huelga sin incluirlo entre los “derechos sindicales” (par. 1). Para sostener su interpretación, en cambio, la Corte recurrió a dos Observaciones Finales (esto es, los informes periódicos sobre cada país): una referida a Burundi (2015) y otra a Kazajistán (2010); ninguna resuelve la cuestión para Argentina; ambas son previas a la Observación General 23 (2016). La prescindencia de fuentes internacionales relevantes y la demarcación de la titularidad del derecho a huelga contribuyen a la lectura restrictiva que funda la decisión de la Corte.

12. SINDICALIZACIÓN POLICIAL

También con una audiencia pública previa (CIJ, 2015), la Corte trató una cuestión de alta relevancia política en *Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales*. El tribunal convalidó en 2017, por una mayoría de tres votos contra dos, el decreto del gobernador de la Provincia de Buenos Aires que prohíbe al personal policial formar un sindicato. En principio, el artículo 14 *bis* de la Constitución de la Nación Argentina no introduce ningún límite para la creación de sindicatos. El artículo 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales permite fijar “restricciones legales” al derecho a sindicalizarse; pero no es posible eliminarlo completamente, como lo hace el decreto cuestionado. Por ello, la Corte basó su decisión (cons. 14) en el artículo 16.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ese instrumento, también dotado de jerarquía constitucional desde 1994, admite efectivamente la “privación” completa del derecho de asociación para el caso del personal policial y militar. El tribunal eligió la cláusula de rango constitucional que permite la restricción más fuerte del derecho reclamado. Restaba un problema para la Corte: la Convención Americana sobre Derechos Humanos exige que la prohibición de sindicalizarse esté contenida en una ley, no en un decreto. Pese a ello, el tribunal sostuvo que a estos fines un decreto es equiparable a una norma emitida por el Legislativo (cons. 19). De modo que el enfoque restrictivo en cuanto a la titularidad del derecho a sindicalizarse se contrapone a una lectura amplia de las facultades estatales para eliminarlo en el caso de las fuerzas de seguridad.

Algunos pasajes del razonamiento de la Corte dan pie a lecturas todavía más restrictivas. Repasando el debate en la Convención de 1957, el tribunal destaca que uno de los constituyentes aclaró que el artículo que se iba a incorporar (el 14 *bis*) no permitiría la huelga policial. A continuación, la Corte afirma que el derecho a huelga es el principal derecho de los sindicatos; en consecuencia, si el personal no puede declarar huelga, entonces tampoco tendría sentido que

formen un sindicato. A partir de la supuesta intención de la Convención de limitar un derecho (huelga), el tribunal deriva la prohibición de otro (sindicalizarse).

Este razonamiento adquiere relevancia en lectura conjunta con las pautas de *Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo*. En aquel fallo, la Corte entendió que solo el sindicato puede hacer huelga. Aquí hay un argumento inverso: solo quien puede hacer huelga tiene derecho a formar sindicato. De esta forma, se limitan ambos derechos y se fija cada uno como condición recíproca del otro.

13. CONCLUSIONES

Como parte de un esfuerzo por recuperar su legitimidad, la Corte argentina reconoció, especialmente a partir de 2004, el carácter vinculante y operativo de los derechos sociales contenidos en la Constitución de la Nación Argentina. Se fundó en ellos para declarar inconstitucionalidades y ordenar acciones positivas a las autoridades públicas. El derecho a la salud y los derechos laborales, sindicales y de la seguridad social recibieron el mayor impulso inicial.

El fallo sobre derecho a la vivienda, en 2012, puso a la Corte en una encrucijada: proseguir su línea interpretativa la obligaría a resolver la cuestión de modo general, con consecuencias políticas y presupuestarias, mientras que eludir la cuestión podría afectar su legitimidad técnica y política. La salida consistió en restringir el alcance del fallo y adoptar así una lectura restrictiva de los derechos sociales. Desde entonces, el tribunal fue más allá: no solo redujo la exigibilidad judicial de ciertos derechos sociales, como en *Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo* o en *Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y Otro s/ Amparo ley 16.986*, sino que también limitó el alcance del grupo titular del derecho, como en *P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo, Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo, Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo, Luque Rolando Baltasar c/ Sociedad Del Estado Casa De Moneda s/ Despido o Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales*. Además, eludió el control de constitucionalidad de normas inferiores que negaban un derecho en el caso concreto, como en *A, M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero* y se omitió considerar fuentes internacionales relevantes con jerarquía constitucional, tal como vimos en *Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo, Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y Otro s/ Amparo ley 16.986, P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo* o *A, M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero*.

Hemos mostrado que se fijó la falta de recursos como condición para acceder a prestaciones estatales de salud. Se limitó el alcance de aspectos específicos del derecho a la salud a quienes cuenten con un certificado de discapacidad exigido por una norma infraconstitucional. El derecho de huelga se limitó a organizaciones formalmente inscriptas. En materia de sindicalización policial, el tribunal se apoyó en el texto de la norma constitucional que permitía excluir a un grupo del conjunto titular del derecho, pero adoptó una pauta interpretativa amplia para la facultad estatal de prohibir los sindicatos. La Corte también introdujo distinciones entre el personal estatal para limitar a solo un grupo el derecho a la estabilidad en el cargo. Ha prescindido, en distintos temas, de tratados internacionales con jerarquía constitucional o de material pertinente producido por el CESCR, pese a reconocerlo como “intérprete autorizado” del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Corte, además, redujo la exigibilidad judicial de la soportabilidad de los gastos como parte del derecho a la vivienda: tras admitir un reclamo colectivo en el caso de las tarifas del gas, se negó a hacerlo respecto de la electricidad invocando motivos formales.

Todavía no es posible determinar si la consolidación de estas visiones restrictivas, especialmente tras la llegada de los dos nuevos ministros en 2016, podrá dar lugar a fallos abiertamente regresivos. La nueva posición frente a las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos puede impulsar esos retrocesos. El voto de la ministra Highton en *Sosa, Raúl c/ANSeS s/retiro por invalidez (artículo 49 P4 ley 24.241)*, en particular, muestra el abandono explícito de pautas interpretativas adoptadas a partir de 2004. El futuro inmediato definirá si se trató de una postura aislada o el inicio de un nuevo giro, de la restricción a la regresividad.

REFERENCIAS

A, M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero. *Fallos*, 340:1149.

Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y Otro s/ Amparo ley 16.986. *Fallos*, 339:1223.

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, España: Trotta.

Aladín, Gerardo Omar c/ Municipalidad de la Ciudad de San Francisco s/ acción contencioso administrativa. Expediente CSJ 275/2015/RH1.

Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo. *Fallos*, 333:2306.

Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. *Fallos*, 327:3753.

Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. *Fallos*, 323:1339.

Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales. *Fallos*, 331:2499.

Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios. *Fallos*, 329:3089.

Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios. *Fallos*, 330:4866.

Badeni, G. (1997). *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.

Benedetti, M. A. y Sáenz, M. J. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema: apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Benente, M. (2010). "Fuera la Corte Suprema": breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal. *Lecciones y Ensayos*, 88, 231-295. Recuperado de shorturl.at/crux5

Bergallo, P. (2011). Courts and social change: Lessons from the struggle to universalize access to HIV/AIDS treatment in Argentina. *Texas Law Review*, 89, 1611-1641.

Bertranou, F., Cetrángolo, O., Grushka, C. & Casanova, L. (2012). *Beyond the Privatisation and Re-nationalisation of the Argentine Pension System: Coverage, Fragmentation, and Sustainability*. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2191202

Biagini, G., Escudero, J., Nan, M. & Sánchez, M. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la obligación del Estado Nacional de suministrar tratamiento antirretroviral a las PVVS. *Jurisprudencia Argentina* (2005-IV), 1033-1035.

Bianchi, A. (2014). La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012. En A. Santiago (Dir.), *Historia de la Corte Suprema argentina. Tomo III*. (pp. 1893-1949). Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.

Bidart Campos, G. J. (1978). *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Bidegain, C. M. (1994). *Curso de derecho constitucional. Tomo 1*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho. *Fallos*, 323:3229.

Carrió, G. y Carrió, A. (1983). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. (3.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Centro de Estudios Legales y Sociales. (2016, enero 14). *El CELS impugnó ante el ministro de Justicia la designación de los candidatos a integrar la CSJN*. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/2016/01/el-cels-impugno-ante-el-ministro-de-justicia-la-designacion-de-los-candidatos-a-integrar-la-csjn/>

Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo. *Fallos*, 339:1077.

Centro de Información Judicial. (2009, febrero 24). *La Corte crea acción colectiva y da alcance general a un fallo*. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-615-La-Corte-reconoce-accion-colectiva-y-da-alcance-general-a-un-fallo.html>

Centro de Información Judicial. (2011, septiembre 15). *La Corte Suprema realizó audiencia pública en un caso por el derecho a una vivienda digna*. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-7670-La-Corte-Suprema-realiz--audiencia-p-blica-en-un-caso-por-el-derecho-a-una-vivienda-digna.html>

Centro de Información Judicial. (2015, agosto 13). *La Corte realizó una audiencia pública en una causa por la inscripción gremial de un sindicato policial*. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-17295-La-Corte-realiz--una-audiencia-p-blica-en-una-causa-por-la-inscripci-n-gremial-de-un-sindicato-policial.html>

Centro de Información Judicial. (2017a, febrero 10). *El juez Lavié Pico hizo lugar a un amparo presentado por Elena Highton de Nolasco, vicepresidenta de la Corte Suprema*. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-24789-El-juez-Lavi--Pico-hizo-lugar-a-un-amparo-presentado-por-Elena-Highton-de-Nolasco--vicepresidenta-de-la-Corte-Suprema.html>

Centro de Información Judicial. (2017b, febrero 14). *La Corte sostuvo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede revocar sentencias del Máximo Tribunal argentino*. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

Centro de Información Judicial. (2017c, mayo 3). *La Corte Suprema, por mayoría, declaró aplicable el cómputo del 2x1 para la prisión en un caso de delitos de lesa humanidad*. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-25746-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--declar--aplicable-el-c-mputo-del-2x1-para-la-prisi-n-en-un-caso-de-delitos-de-lesa-humanidad.html>

Centro de Información Judicial. (2017d, diciembre 14). *Identificaron los restos de Jorge Roitman, médico desaparecido en 1976 en el Hospital Posadas*. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-28842-Identificaron-los-restos-de-Jorge-Roitman--m-dico-desaparecido-en-1976-en-el-Hospital-Posadas.html>

Charvin, R. (1998). René Cassin et la Déclaration universelle des droits de l'homme. *Revue belge de droit international*, 31(2), 321-337.

Comunicación N° 5/2015. Dictamen aprobado por el Comité en su 61° periodo de sesiones (29 de mayo a 23 de junio de 2017).

Concursos Transparentes. (s. f.). *La designación en comisión*. Recuperado de <https://concursos-transparentescsjn.wordpress.com/designacion-en-comision/>

Contesse, J. (2019). Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, 44.

Convención Nacional Constituyente. (1957). *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957. Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Imprenta del Congreso de la Nación.

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. (pp. 3-52). Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.

Dalla Vía, A. (2006). *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.

Delamata, G. (2013). Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea. *Sociologías*, 15(32), 145-180. Recuperado de <https://www.seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/38646>

Ekmekdjian, M. A. (1994). *Tratado de derecho constitucional. Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 181 inc. 1° C.P. *Fallos*, 336:916.

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. (2016). La naturaleza política y económica de la alianza Cambiemos. *Documento de Trabajo*, 15. Recuperado de <http://www.centrocifra.org.ar/publicacion.php?pid=92>

Fayt, C. S. (1998). Los derechos sociales en la Constitución Nacional. *La Ley*, 2008-A, 779-795.

Forcinito, K. y Tolón Estarellas, G. (2009). *Reestructuración neoliberal y después... 1983-2008: 25 años de economía argentina*. Los Polvorines, Argentina: Universidad Nacional de General Sarmiento.

Galeano Torres, Facundo Martín y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ varios. Expediente CSJ 3915/2014/RH1.

Gargarella, R. (2010). Democracia y derechos en los años de Raúl Alfonsín. En R. Gargarella, M. V. Murillo y M. Pecheny (Comps.), *Discutir Alfonsín*. (pp. 23-40). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Gelli, M. A. (2005). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Gialdino, R. (2017). Incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina. *Estudios Constitucionales*, 15(2), 491-531. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200491>

González Calderón, J. A. (1967). *Curso de derecho constitucional*. (4.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Kraft.

Gordillo, A., Flax, G., Loianno, A., Gordo, G. A., López Alfonsín, M., Ferreira, M., Tambussi, C. E. y Rondanini, A. (1997). *Derechos humanos*. (2.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.

Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público. *Fallos*, 323:1566.

Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986. *Fallos*, 332:111.

Hauser, I. (2016). *Los Supremos: historia secreta de la Corte*. Buenos Aires, Argentina: Planeta.

Hitters, J. C. (2017). Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso Fontevéchia vs. Argentina). *Estudios Constitucionales*, 15(2), 533-568. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200533>

Huais, V., Rodríguez Nasuti, F. y Seleme, H. (2018). El remedio parlamentario al fallo de la Corte. *Anuario XVII*. Recuperado de <https://tinyurl.com/ybsm7m7q>

Kapiszewski, D. (2013). Economic Governance on Trial: High Courts and Elected Leaders in Argentina and Brazil. *Latin American Politics and Society*, 55(4), 47-73. <https://doi.org/10.1111/j.1548-2456.2013.00214.x>

Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso administrativa. *Fallos*, 338:212.

Lema Añón, C. (2010). Derechos sociales: ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales. *Derechos y Libertades*, 22, 179-203. Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/14564>

Luque Rolando Baltasar c/ Sociedad Del Estado Casa De Moneda s/ Despido. *Fallos*, 338:1104.

Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación. *Fallos*, 330:1989.

Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios - sumario. Resolución N° 4015/2017 del 5 de diciembre de 2017 - Declaración de incompatibilidad respecto de la sentencia dictada por la CorteIDH el 29 de noviembre de 2011, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina

Midón, M. (1997). *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Argentina: Plus Ultra.

Miller, J. M. (2000). Evaluating the Argentine Supreme Court under presidents Alfonsín and Menem (1983-1999). *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 7(2), 369-433.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Fallos*, 340:47.

Molinelli, N. G., Palanza, M. V. y Sin, G. (1999). *Congreso, presidencia y justicia en Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Temas.

Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo. *Fallos*, 339:760.

Oteiza, E. (1998). El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 3(1), 71-85. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf

P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo. *Fallos*, 338:488.

Plusfratria S.R.L. c/ Ocupantes Av. Scalabrini Ortiz 1963/5/6/7/71/73 y 1977 y otro s/desalojo. Expediente CSJ 551/2013.

Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro-. c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo. *Fallos*, 325:292.

Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. *Fallos*, 335:452.

Quiroga Lavié, H. (1987). *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Quiroga Lavié, H. (2000). *Constitución de la Nación Argentina: comentada*. Buenos Aires, Argentina: Zavalía.

Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido". *Fallos*, 333:311.

Ramos, Marta R. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros. *Fallos*, 325:396.

Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario. *Fallos*, 340:549.

Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y Otro s/ Acción de amparo. *Fallos*, 338:1347.

Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo. *Fallos*, 329:553.

Rosatti, H. (2010). *Tratado de derecho constitucional. Tomo I*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Rosenkrantz, C. (2003). La pobreza, la ley y la Constitución. En A. Bullard et al., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. (pp. 241-257). Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.

Rossetti, A. y Etchichury, H. (2015, diciembre 21). Siete días después: ¿golpe institucional o mero cumplimiento de la Constitución? *Comercio y Justicia*, p. 13A. Recuperado de <http://t.co/rN3EmnHV02>

Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo. *Fallos*, 332:2715.

Ruibal, A. (2009). Self-restraint in search of legitimacy: The reform of the Argentine Supreme Court. *Latin American Politics and Society*, 51(3), 59-86. <https://doi.org/10.1111/j.1548-2456.2009.00056.x>

Sagüés, N. (1999). *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Sagüés, N. (2008). Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino. *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 12, 333-356. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44702>

Santiago, A. (2014). La Corte de los nueve (1990-2003). En A. Santiago (Dir.), *Historia de la Corte Suprema argentina. Tomo III*. (pp. 1295-1676). Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.

Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa. *Fallos*, 340:257.

Scott, C. y Macklem, P. (1992). Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1-148.

Sepúlveda, M. (2006). La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. (pp. 117-150). Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.

Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales. *Fallos*, 340:437.

Sosa, Raúl c/ ANSeS s/ retiro por invalidez (art. 49 P4 ley 24.241). *Fallos*, 340:2021.

Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo. *Fallos*, 325:28

Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido. *Fallos*, 327:3677.

Vommaro, G. (2017). *La larga marcha de Cambiemos: la construcción silenciosa de un proyecto de poder*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Vommaro, G., Morresi, S. y Bellotti, A. (2015). *Mundo PRO: anatomía de un partido fabricado para ganar*. Buenos Aires, Argentina: Planeta.

Zicari, J. (2018). *Camino al colapso: cómo los argentinos llegamos al 2001*. Buenos Aires, Argentina: Continente.

Evaluación del éxito escolar: análisis de Colombia frente al derecho a la equidad

*Evaluation of School Success: an Analysis of
Colombia Facing the Right to Equality*

E L S A L U C Í A E S C A L A N T E B A R R I O S

Licenciada en Pedagogía Infantil por la Universidad del Norte, magíster en Estudios en Infancia, Juventud y Familia por la University of Nebraska y doctora en Ciencias Humanas con énfasis en Estudios de Infancia, Juventud y Familia por la misma universidad. Coordinadora del énfasis de Educación Infantil de la Maestría en Educación.
eescalante@uninorte.edu.co - ORCID ID : <https://orcid.org/0000-0002-0776-6733>

M Ó N I C A P A T R I C I A B O R J A S

Licenciada en Educación con Especialidad en Biología y Química por la Universidad del Atlántico, especialista en Enseñanza de las Ciencias Naturales por la misma universidad y doctora en Diseño Curricular y Evaluación Educativa por la Universidad de Valladolid. Coordinadora del Grupo de Investigación en Cognición y Educación de la Universidad del Norte.
mborjas@uninorte.edu.co - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7823-477X>

M E R Y L U Z P A C H E C O B O H Ó R Q U E Z

Licenciada en Educación Infantil por la Universidad Pedagógica Nacional, magíster en Educación por la Universidad del Norte y estudiante de Doctorado en Educación de la misma universidad. Docente investigadora.
meryp@uninorte.edu.co - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0767-7068>

M A R I L Y N A N T U R I L I N E R O

Estudiante de Licenciatura en Pedagogía Infantil de la Universidad del Norte.
manturi@uninorte.edu.co - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2780-7176>

Resumen

La educación es un derecho universal. Los Estados deben garantizar para sus ciudadanos una educación de calidad para todos sin diferencia de sexo, raza, condición social, cultural, entre otros. Desde la educación, particularmente desde la educación formal, se deben generar espacios que contribuyan a este ideal de reducir las brechas y posibilitar la inclusión de todos los individuos. La evaluación se constituye en un elemento curricular que, según la visión de quienes la organizan, puede servir para este fin o para excluir. De hecho, los resultados de las pruebas estandarizadas para la medición del éxito escolar son un escenario riesgoso desde el punto de vista del proceso de homogeneización o exclusión de la diversidad y pluralidad del ser humano. Por ello, este artículo presenta una reflexión sobre la situación internacional y nacional de Colombia alrededor de las pruebas estandarizadas desde una perspectiva inclusiva. Se realiza una revisión de literatura en la que se puntualiza la relación entre los resultados de las pruebas estandarizadas ante la calidad de la educación educativa y, finalmente, se presentan recomendaciones y futuras orientaciones sobre la toma de decisiones e implementación de políticas.

PALABRAS CLAVE

Calidad de la educación, evaluación, estandarización, evaluación formativa, derecho a la educación.

Abstract

Education is a universal right. States must guarantee for their citizens a quality education for all without difference of gender, race, social or cultural condition, among others. From education, particularly from formal education, spaces must be created that contribute to this ideal of reducing gaps and making the inclusion of all individuals possible. The evaluation constitutes a curricular element that, according to the vision of those who organize it, can serve this purpose or to exclude. In fact, the results of standardized tests for measuring school success are a risky scenario in terms of the process of homogenization and / or exclusion of the diversity and plurality of the human being. Therefore, this article presents a reflection on the international and national situation in Colombia around standardized tests from an inclusive perspective. A literature review is carried out, pointing out the relationship between the results of standardized tests with regard to the quality of educational education, and finally, recommendations and future guidelines on decision-making and policy implementation are presented.

KEYWORDS

Quality of education, evaluation, standardization, formative evaluation, Right to education.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que toda persona, sin distinción de raza, sexo, religión o cualquier otra categoría tiene derecho a la educación. Una educación orientada al desarrollo pleno de la personalidad y bajo la premisa del “respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”. Esto lo ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. En Colombia, su adopción se ratifica a través de la Ley 12/1991, de 22 de enero: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la educación”, el cual debe ser garantizado dentro de la dignidad humana. En coherencia con lo anterior, el artículo 67 de la Constitución Política de 1991, reafirma este derecho y le asigna a la educación una característica esencial: la calidad, la cual, según lo dispuesto en la carta magna, no solo tiene que ver con la garantía del acceso y la permanencia, sino con el cumplimiento de los fines propios de la educación integral.

La calidad es un término complejo, según Vásquez (2013), la calidad de la educación implica el cumplimiento de las metas y predicciones que las teorías científicas y pedagógicas proponen para el desarrollo humano, la convivencia feliz y el fortalecimiento del trinomio: hombre-sociedad-universo. De manera concreta, la calidad de la educación se evidencia en la eficacia y eficiencia de su sistema, es decir, en el cumplimiento de lo que por naturaleza está llamada a ser maximizando la capacidad de las instituciones y de sus actores (García, Juárez y Salgado, 2018; Guevara, 2017). Una educación de calidad que aporte al pleno desarrollo integral de los individuos y que sienta las bases para la construcción de proyectos de vida digna en ambientes de bienestar es un buen indicador de la atención y el respeto frente a este derecho fundamental.

Garantizar la observancia por el derecho a la educación implica vincular procesos de evaluación. En este orden de ideas, la calidad se ve articulada con la evaluación como proceso que posibilita el examen cuidadoso, crítico y oportuno que permite identificar falencias y fortalezas tanto en los resultados como en los insumos y procesos educativos, a fin de tomar decisiones orientadas a mejorar continuamente la calidad de los procesos formativos que se ofrecen en cada uno de los niveles curriculares: desde las instancias ministeriales hasta en el aula y desde la actuación de cuidadores, docentes y directivos.

La evaluación puede analizarse desde dos grandes perspectivas: la formativa y la sumativa (Scriven, 1981). La primera tiene como propósito central el análisis y la valoración continua de los procesos que se desarrollan en un sistema, programa o curso. Apuesta por una mirada cualitativa y profunda de los procesos con el propósito de comprenderlos para mejorarlos (Gerritsen van, Joostent en & Kester, 2017; Romero, Castejón, López & Fraile, 2017; Rosales, 2014). Casado y Casado (2017) resaltan, además, las posibilidades que ofrece este tipo de evaluación de recon-

ducir los procesos formativos y adecuarlos a las diferencias y particularidades de los individuos. Se trata de una evaluación que forma en que los procesos de retroalimentación se constituyen en escenarios de aprendizaje en todos los actores del proceso formativo. Una evaluación de este tipo atiende las diferencias, la pluralidad, al derecho a no ser discriminado, tal como lo plantea la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 2 y 23. Este último artículo propone la atención de los niños y niñas con capacidades excepcionales, con necesidades educativas especiales. En ese contexto, la evaluación formativa acoge los principios de flexibilidad pedagógica, de tal forma que se adecúen los eventos evaluativos a estas particularidades. Como lo señalan Backhoff y Contreras (2014), este tipo de evaluación tiene un bajo impacto porque beneficia directamente solo a un grupo particular de estudiantes y docentes.

La evaluación sumativa, por el contrario, centra su interés en la verificación y en el análisis de los resultados, por cuanto está asociada a la rendición de cuentas. Esta se presenta a través de escalas estandarizadas que permiten la comparación bajo unos mismos criterios o puntos de referencia. La evaluación sumativa, de talante cuantitativo, permite establecer niveles de desarrollo nacional, institucional o en un grupo particular de estudiantes, para el caso del contexto educativo. Este tipo de evaluación homogeneiza a los participantes y los resultados que se obtienen, y es la que se prefiere a la hora de medir la calidad, incluso la calidad educativa. De sus resultados, en general se generan incentivos, reconocimientos y financiación para instituciones, docentes o estudiantes. Es decir, que, según sean estos resultados, se incluye o se excluye a los sujetos.

En este contexto, se inscriben las pruebas objetivas o estandarizadas como instrumentos que permiten realizar procesos de medición alrededor de variables, categorías o tópicos. En el plano de la evaluación educativa, la calidad educativa (institucional, de los desarrollos, competencias y aprendizajes) se mide bajo los mismos parámetros y estándares, homogeneizando la evaluación para la justicia y la objetividad. Si bien es cierto la utilización de las pruebas estandarizadas tiene sus ventajas, entre ellas, la posibilidad de tener un panorama objetivo e imparcial (Álvarez, 2001), así como una visión general de una situación que puede llegar a ser compleja y tomar mucho tiempo si se realizara de manera comprensiva (Soubirón y Camarano, 2006). Además, Sánchez y Del Sagrario (2013) y Guevara (2017) hacen alusión al poder y control que ejercen los resultados de estos exámenes frente a las decisiones curriculares.

La aplicación de instrumentos de medición de la calidad educativa, como referente para la toma de decisiones en diferentes instancias, tiene riesgos. Uno de ellos tiene que ver con la corrupción de la práctica educativa en pos de los resultados. Autores como Geiser (2016), Glewwe, Ilias & Kremer (2010) o Martínez-Rizo (2016), entre otros, señalan que la orientación a los resultados lleva a los docentes a subordinar el currículo y su práctica pedagógica al servicio de la preparación de los estudiantes para los exámenes y no necesariamente para aprender para la

vida, lo que hace de la enseñanza un acto técnico que en general tiene un efecto transitorio en la formación integral del estudiante. Esto podría entonces constituirse en un atentado al derecho a una educación de calidad, aunque lo que se quiera llegar a concretar sea la calidad misma de la educación. En palabras de Campbell (1979, p. 35), “cuanto más se utilice un indicador para tomar decisiones sociales, este estará más sujeto a las presiones de corrupción y será más propenso a distorsionar y corromper los procesos sociales que pretende monitorear”.

El otro riesgo tiene que ver con los procesos de inequidad, pues, al ser propuesta para generalizar sobre un factor o tópico y estar bajo la regulación de estándares igualitarios, impide comprender componentes estructurales, que para nuestro caso son de índole educativa o pedagógica.

En palabras de Olvera y Arrellano (2015), definir normativamente el término *equidad* es controversial y genera mucha polémica y debates casi inacabables. Para estos autores, ante las grandes brechas de desigualdades sociales y económicas existente en los países latinoamericanos, se hace necesario que las democracias garanticen la política de la equidad y la justicia social, y para ello es necesario que se haga operativo y práctico el término en sus políticas públicas (Olvera y Arrellano, 2015; Toledano, 2009).

Esta posición cobra mucha más importancia cuando se destaca en las políticas públicas de América Latina una perspectiva de equidad con enfoque netamente distributivo (Toledano, 2009). El término *equidad* no puede (ni debe) minimizarse solo al aspecto distributivo de la riqueza, sino que se deben resaltar, desde la ética del reconocimiento de la diversidad, la valoración del pluralismo y el respeto por las diferencias. En el mismo camino, se encuentra Bolívar (2005), quien define la equidad como la posibilidad de garantizar igualdad de oportunidades amparado en los principios de justicia y en el respeto de las libertades fundamentales y de la diversidad. Bolívar trae a colación las obras de Rawls (2002) y de Sen (1995), quienes sostienen que al hablar de equidad es necesario superar la visión que justifica una igualdad estricta en que a todos se juzgan por igual al margen de su situación particular, lo cual pone en situación desfavorable a un grupo de individuos.

La equidad en este sentido es (y debe) ser un referente obligado para medir el éxito educativo (entendida principalmente como formación integral de los actores educativos), ya que por definición es un proceso formativo con poder de incidencia en la construcción de justicia social (Toledano, 2009).

Desde esa perspectiva, la equidad en educación como derecho de los niños y las niñas posibilitará que se atiendan las diferencias y diversidades en coherencia con los derechos fundamentales, los principios democráticos, con énfasis en valores como la justicia y la inclusión educativa, y viabilizará el debilitamiento de la asociación existente entre la distribución de las oportunidades, los beneficios y bienes sociales, y las particularidades de posibilidades dadas por los rasgos de adscripción, como sexo, etnia, entre otros, ofreciendo a todos una educación

de calidad, resumida en la apropiación de los niveles superiores de conocimiento (en general reservada a los sectores privilegiados de la sociedad) (Barrios, 2006; Márquez, Gutiérrez-Barroso y Gómez-Galdona, 2017; Sánchez y Manzanares, 2014; Toledano, 2009). Así es como la calidad educativa necesariamente está asociada a la equidad educativa.

En este orden de ideas, Casassus, Arancibia y Froemel (1996, p. 239) señalan que “las apreciaciones de la calidad pueden ayudar a superar el problema de la falta de equidad en el servicio educativo, al identificar las escuelas más carentes y que consecuentemente requieren acciones concretas que les permitan mejorar la calidad de la Educación entregada a los sectores más desfavorecidos en lo cultural, social y económico”. No obstante, resulta importante tener claro, tal como lo señaló Juan Carlos Tedesco, pedagogo y educador argentino: “Medir no mejora los resultados y la competencia entre escuelas, lejos de mejorar la calidad del conjunto del sistema, fortalece la desigualdad, la segmentación y la inequidad, particularmente en la educación obligatoria” (Tedesco, 2016, p. 6).

Es importante anotar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 28, no explicita de manera directa la demanda por una educación equitativa; menciona el derecho del niño a la educación y que esta se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, con el fin de que todos los niños y las niñas dispongan de ella y tengan facilidad de acceso. La Declaración de los Derechos del Niño tampoco menciona la palabra *equidad* de manera manifiesta, no obstante, en su artículo 2, demanda el derecho a no ser discriminado. Frente a esto, se necesita insistir que equidad e igualdad no es lo mismo. Desde este panorama, si según los resultados de las pruebas estandarizadas utilizadas en los informes nacionales e internacionales para dar cuenta de la calidad educativa solo se admiten los mejores, el derecho a continuar el camino de la educación formal se puede ver truncado. La pregunta será, entonces, ¿responderá esto a las necesidades de equidad de nuestro país? Cavieres (2014) afirma que los resultados, asociados a los puntajes obtenidos por docentes y estudiantes en las pruebas estandarizadas, refuerza la ventaja que le posibilita o no a un sujeto “elegir y ser seleccionado” en el campo escolar, universitarios o laboral, entre otros contextos, permitiendo a unos sí y a otros no avanzar en su proceso de movilidad tanto social como económica. Medir la calidad, bajo el referente de los resultados de estas pruebas, deja de lado el análisis crítico de la complejidad de la educación como acto social (Mosquera, 2018; Samaniego, 2016) y la complejidad de las dinámicas de enseñanza y de aprendizaje que permanentemente se desarrollan y emergen en el aula. Samaniego (2016, p. 397) considera que esto constituye “una evidencia de lo apremiante de su revisión a la luz del análisis crítico de Estandarización y Medición de la Calidad Educativa”.

Los sistemas de medición de la calidad de la educación según Arancibia (1997) permiten determinar el nivel en que se encuentra dicha calidad en los respectivos países, lo que brinda insumos para tomar decisiones en el diseño y en la ejecución de políticas públicas para el mejoramiento permanente de los indicadores de la calidad de esta. A nivel, el Instituto Colombiano para la

Evaluación de la Educación (Icfes), que tiene como función brindar apoyo al Ministerio de Educación Nacional (MinEducación) en la ejecución de la política relacionada con la evaluación de la calidad educativa, toma como referencia, entre otros, los resultados de las pruebas estandarizadas Saber (Icfes, 2018b) aplicadas a niños, niñas y jóvenes en los grados 3º, 5º, 9º y 11. La prueba Saber en los grados 3º, 5º y 9º evalúa las áreas de lenguaje y matemáticas (Icfes, 2018a). Para el grado 11 evalúa lectura crítica, matemáticas, sociales y competencias ciudadanas, ciencias naturales e inglés (Icfes 2018b). Esta prueba debe ser presentada por todos los estudiantes que en su momento se encuentren cursando dichos grados.

A nivel internacional, los organismos que han propuesto sistemas con mayor impacto a efectos de medición de la calidad de la educación son la International Association for the Evaluation of Educational Achievement (IEA) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La primera ha aplicado instrumentos para medir los desempeños de los estudiantes como el Trends in International Mathematics and Science Study (TIMSS) o el aplicado para evaluar la comprensión de textos literarios e informativos (Progress in International Reading Literacy Study (PIRLS) en que participan niños entre 9 y 10 años, el utilizado en el International Computer and Information Literacy Study (ICILS) y el Teacher Education and Development Study in Mathematics (TEDS-M) dirigidos a los futuros profesores de Matemáticas en Educación Primaria y Secundaria Obligatoria al finalizar su formación inicial para medir el conocimiento en matemáticas y en didáctica de las matemáticas. Por su parte, la OCDE se apoya en la prueba conocida como Programme for International Student Assessment (PISA) que tiene como propósito fundamental la evaluación de la formación de los estudiantes cuando se encuentran ante la iniciación de la educación postsecundaria o que están a punto de iniciar su vida laboral, la cual evalúa las áreas de matemáticas, lectura y competencias científicas a los estudiantes que terminan la educación media (OCDE, 2016). La página oficial de PISA declara que el impacto de la prueba redundará en la formulación de las políticas educativas relacionadas con la evaluación nacional y con los ajustes y las propuestas curriculares para incluir competencias similares a las que evalúa el instrumento, así como los sistemas de mejora nacional. No obstante, a estos aportes, en 2014, más de 80 expertos internacionales entre ellos Elizabeth Bloom, Peter McLaren, Henry Giroux o Lori Atkinson, en carta dirigida a Schleicher, en su momento director de PISA, señalaron, entre otras cosas, que el formato empleado en esta prueba objetiva lleva a cargos de sesgos y comparaciones injustas.

En general, podemos afirmar que, cuando se insiste en determinar la calidad educativa centrado en resultados cuantitativos, se corre el riesgo de no visibilizar, por ejemplo, los avances de los aprendizajes y la relación con las dinámicas de enseñanza de los docentes o las prácticas de exclusión al constituirse en requisitos de selección (Ministerio de Educación, República de Chile, 2003), por lo que se aporta a la inequidad y se viola, en este orden de ideas, el derecho fundamental de la educación de calidad para todos.

2. EL DERECHO A LA EQUIDAD DE GÉNERO EN EL CONTEXTOS DE LAS EVALUACIONES ESTANDARIZADAS PARA MEDICIÓN DE ÉXITO ESCOLAR

Es mundialmente reconocido que la educación es un derecho humano básico y fundamental para el desarrollo personal, social y cultural de los individuos. Por esto, en la Declaración Mundial sobre educación para todos “Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje” Jomtien, Tailandia, 5 al 9 de marzo, 1990, se afirma que la educación debe ser accesible para todos (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [Unesco], 2004). Tristemente, la inequidad de género se constituye en un notable obstáculo para alcanzar este objetivo y llevar a la educación a constituirse en la herramienta para el desarrollo pleno e integral que se espera. En 2017, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) reconoció que, para acabar con la pobreza extrema y el hambre, se debían encaminar los esfuerzos hacia la equidad sexual, por lo que planteó la eliminación de las desigualdades entre géneros en todos los niveles educativos como una de sus principales metas y prioridades del milenio (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2017; Unesco, 2004). Asimismo, en 2017, gracias a un esfuerzo entre la Comisión Económica para América Latina (Cepal), la Organización de las Naciones Unidas para la Mujer (ONU Mujeres), el PNUD y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), se propuso como uno de los objetivos que debía asumir Colombia la promoción de la equidad de género y la autonomía de la mujer mediante el aumento de la participación política de la mujer y la reducción de las brechas existentes en cuanto a las tasas de desempleo y de ingresos laborales en relación con los varones, como reducir los índices de violencia de género, que se constituyen en un síntoma del problema de desigualdad de género en Colombia (PNUD, 2017).

Si bien muchos países han logrado que exista igualdad de participación entre los estudiantes en los diferentes niveles educativos (paridad de género), la mayoría está en deuda con el acceso a la igualdad de oportunidades educativas de calidad que les permita romper las desigualdades sociales, laborales y económicas que permean a mujeres y hombres en nuestra sociedad (equidad de género) (Unesco, 2010). Es cierto que al inicio se pensaba que la razón de la inequidad de género estaba marcada por las diferencias sexuales determinadas por la naturaleza (*nature*), sin embargo, las investigaciones de las últimas décadas demuestran que esta afirmación carece de soporte teórico, por ejemplo, desde el punto de vista neurológico, por lo que se deduce que son las normas sociales de género las responsables de la existencia de estas brechas (De la Rica y González, 2013).

El análisis y la interpretación que se realiza a los resultados de las pruebas estandarizadas (nacionales o internacionales) permiten, entre otros fines, evidenciar esta inequidad educativa entre géneros. Por ejemplo, las investigaciones reportadas por De la Rica y González (2013), Gue-

rrero (2016) y Abadía y Bernal (2017) dan cuenta de a) una brecha de género significativa en el desempeño en matemáticas en el contexto del PISA, con una marcada tendencia en la mayoría de los países (44 de 63) de un rendimiento bajo de ellas en matemática en comparación con los hombres; b) que en algunos países, como Albania y Qatar, las mujeres superan a los varones en matemáticas, pero constituyen casos aislados; c) los polos opuestos lo representan Suecia, donde las niñas superan a los hombres (1,08); y d) que en Colombia existe una importante brecha de género (-33,32) que se invierte en lectoescritura en que se obtienen valores promedio para las mujeres de 40,54 puntos más que los hombres. El estudio de De la Rica y González (2013) reveló que, cuando más alta es la ventaja en lectura de una mujer con respecto a los hombres, también menor es su desventaja en matemáticas con respecto a ellos.

En este mismo orden de ideas, investigaciones de Fryer & Levitt (2010) demostraron una gran brecha de género en matemáticas en los primeros años de educación de hombres y mujeres en los Estados Unidos. Para ello, los investigadores evaluaron a 20 000 estudiantes de 10 000 escuelas utilizando una gran base de datos administrado por el Departamento de Educación norteamericano llamado Early Childhood Longitudinal Study, Kindergarten Class of 1998-99 (ECLS-K), consistente en evaluar las experiencias escolares tempranas de los niños desde el jardín de infantes (*kindergarten*) hasta la escuela intermedia (octavo grado) (Fryer & Levitt, 2010; National Center for Education Statistic [NCES], s. f.). Estos datos proporcionan información descriptiva no solo de la transición de los hombres y mujeres durante la escuela, sino también de su estado al ingresar y su progresión hasta octavo grado (Fryer & Levitt, 2010; NCES, s. f.). Además, los datos ECLS-K permiten estudiar la relación entre el rendimiento escolar con los factores familiares, escolares, comunitarios e individuales de los hombres y mujeres (Fryer & Levitt, 2010; NCES, s. f.). Fryer & Levitt (2010) hallaron que al ingresar a la escuela prácticamente no existen diferencias significativas entre hombres y mujeres, pero en los primeros seis años de vida escolar, e independiente de su estrato social, las mujeres pierden un 25 % de la desviación estándar en comparación con los hombres. Estos mismos investigadores utilizaron los resultados del TIMSS para estimar la brecha de género en matemáticas. Los investigadores usaron un subconjunto de 17 países que estaban incluidos tanto en PISA como en TIMSS, además de la World Economic Forum, Global Gender Gap Index. El estudio reveló sorprendentemente que, cuando se utiliza el conjunto más amplio de naciones, desaparece cualquier relación entre la brecha de género en las matemáticas y la igualdad de género. Incluso, se observa que las mujeres superan a los niños en matemáticas en países con bajo estatus de las mujeres (como Bahrein e Irán). Las explicaciones que dan los investigadores ante estos inusuales resultados se mueven entre la falsedad de los datos y el alto grado de educación segregada por sexo (escuelas del mismo sexo) en estos países musulmanes.

En esta misma línea, Mizala (2016) utilizó los resultados del Sistema de Medición de la Calidad de la Educación (Simce) de estudiantes de 4º y 8º básico y 2º medio en matemáticas, y los resultados de la Prueba de Selección Universitaria (PSU), que es un test escrito estandarizado

para el proceso de admisión a la educación universitaria, para evaluar la brecha de género en matemáticas en Chile (Agencia de Calidad en Educación [ACE], s. f.). En todas las pruebas, se demostró la brecha de género en matemáticas dado que los hombres comparados con las mujeres obtuvieron mejores puntajes (Mizala, 2016; Radovic, 2018).

En este sentido, Mizala (2016) y Fryer & Levitt (2010) demostraron una correlación de estos resultados con el estatus social, la participación, las oportunidades de promoción y la estabilidad laboral de las mujeres. Además, las investigaciones encontraron variaciones en cuanto la equidad de género en variables como oportunidades educativas, sociales, económicas y laborales de las mujeres en los países de estudio. Lo anterior se ve en la escasa representación del género femenino en carreras técnicas o *science, technology, engineering and mathematics* (STEM) o, incluso, en participación política o trabajos de investigación científica y tecnológica, lo que podría afectar de forma negativa los futuros salarios de las mujeres en su profesión y acentuar la inequidad (Else-Quest, Hyde & Linn, 2010; De la Rica y González, 2013; Campos y Santillán, 2016; Fernández, 2017). Así es como en Chile se observa que las mujeres, en comparación con los varones, obtienen ingresos promedio del 32,2 % por debajo y se desempeñan principalmente en el sector terciario (Instituto Nacional de Estadísticas [INE], 2015; Fernández, 2017).

Un aspecto que demostró relevancia en el mantenimiento de la brecha de equidad de género es la expectativa y creencia de padres, cuidadores y docentes acerca del desempeño de las niñas y niños en ciertas áreas del saber (p. ej., matemáticas o ciencias) en pruebas estandarizadas Simce, PSU y PISA (Martínez, 2015; Mizala, Martínez & Martínez, 2015; Árias, 2016). Diversos estudios confirman un gran sesgo de parte de los adultos sobre los educandos femeninos y masculinos, sobre todo, cuando existen estereotipos de género, que evidencian rotulación del estudiantado y la generación de expectativas de desempeño de género de acuerdo con el área del saber (Gunderson et al., 2013; Mizala et al., 2015; Mizala, 2016).

En este mismo orden de ideas, Mizala (2016) y Mizala et al. (2015) en su investigación en Chile demostraron que los resultados de equidad de género están correlacionados con el nivel de interacción de los docentes con los estudiantes. En este estudio, se utilizó un diseño de investigación basado en una metodología de encuesta experimental previamente utilizada para estudiar los efectos de las variables en los estudiantes sobre las expectativas de los docentes. En el experimento, se entregó un párrafo a cada docente participante para que lo leyera. En este párrafo, se describía a un estudiante de escuela primaria con bajo rendimiento en matemáticas y dificultades de comportamiento. Se construyeron cuatro párrafos de igual estructura básica, pero variando el sexo (niña y niño) y el estatus socioeconómico del estudiante (bajo y alto). Luego de leer el párrafo, cada participante llenó un cuestionario sobre el estudiante como si se tratase de su propio estudiante. Este cuestionario incluía escalas para medir sus expectativas de rendimiento con respecto al estudiante y el tipo de apoyo que consideraban que el estudiante ficticio debería recibir. Además, se utilizó

un modelo *analysis of variance* (ANOVA) de tres vías para evaluar la ansiedad ante las matemáticas de los maestros de escuela primaria (Mizala et al., 2015; Martínez, 2015). Así, se observó mayor tiempo de atención, de retroalimentación y de reto de los docentes con los niños que con las niñas en clases de matemáticas, lo cual puede incidir en los resultados de desempeño de las estudiantes mujeres, en la medida en que los procesos de enseñanza docente (y la motivación de los padres) inciden en el nivel de autoconfianza del estudiante (o del hijo, según el caso), lo que afecta su capacidad de aprendizaje no solo en matemáticas sino en cualquiera otra área del saber (Correa, 2016; Mizala et al., 2015; Árias et al., 2016). Además, esta brecha de equidad de género aumenta con competencias docentes, como manejo de grupo, desempeño académico y las prácticas pedagógicas (Bassi, Lesser & Mateo, 2016; Espinoza y Taut, 2016).

Otra investigación similar en Chile fue realizada por Del Río, Strasser y Susperreguy (2016). En este estudio, se exploraron los estereotipos de género tanto implícitos como explícitos de 180 estudiantes, sus madres y padres de familia, y de 19 de sus educadoras de escuelas urbanas de la capital chilena. Para ello, se utilizaron dos instrumentos diseñados por Cvencek, Meltzoff & Greenwald (2011) del Institute for Learning and Brain Sciences (I-LABS), uno que asocia género y habilidades académicas de forma explícita (TEE, por sus siglas en inglés) y otro de manera implícita (IAT, por sus siglas en inglés). Estos cuestionarios se adaptaron a las capacidades de los participantes, de tal forma que contenían imágenes para los niños y las niñas, y conceptos para los adultos. En general, los resultados reflejaron que tanto los infantes como los adultos del estudio tienen un estereotipo que asocia las matemáticas con el género masculino (Del Río et al., 2016).

Por otra parte, la investigación de De la Rica y González (2013) basados en los resultados de PISA de 2009 concluyen que un factor determinante de la inequidad educativa identificada en estudios de este tipo lo constituye el grado de participación laboral de las madres (Unesco, 2016). Este efecto es más fuerte en los países que están debajo del promedio (baja participación femenina en el mercado laboral) y, por tanto, en sociedades donde estas madres “se destacan” entre sus colegas femeninas. Estas brechas se acortan aún más cuando se trata de sociedades tradicionalmente machistas (Marianne, 2010; De la Rica y González, 2013; Tomasetto, Mirisola, Galdi & Cadinu, 2015). Si bien esta correlación se encontró para las madres trabajadoras fuera de casa, no fue así para los padres trabajadores fuera de casa, ya que no se encontró correlación estadísticamente significativa (De la Rica y González, 2013).

3. RAZA Y ETNIA: UN RETO PARA LA EQUIDAD EN MEDICIÓN DE ÉXITO ESCOLAR CON PRUEBAS ESTANDARIZADAS

Como se mencionó, actualmente las discusiones sobre pruebas estandarizadas y sistemas de medición son temas imprescindibles cuando se reflexiona sobre la calidad educativa, en especial cuando se hace referencia a temas como rendimiento académico de los estudiantes, eficacia

escolar y mejoramiento de los procesos educativos (Arzola-Franco, 2017; Lundren, 2013; Mons, 2009). En el caso de las investigaciones sobre eficacia escolar, se ha encontrado que los resultados en pruebas estandarizadas a gran escala han permitido identificar factores asociados que influyen en el desempeño de los estudiantes, tales como características personales, ambientes familiares y ambientes escolares (Murillo & Román, 2011). Un factor que históricamente ha sido objeto de discusión es la influencia de los factores socioculturales asociados a etnia y raza en el desempeño de estudiantes en pruebas estandarizadas. Algunos estudios científicos explican que los modelos estandarizados tienden a estar alineados con las necesidades de los estudiantes caucásicos de clase media, pues desde su creación fueron los referentes para la construcción de los test de tipo psicológico y de éxito escolar, lo cual podría generar sesgos en el momento de interpretar los resultados obtenidos por estudiantes con diferente condición socioeconómica y cultural al señalado (Stewart & Haynes 2015). Por ejemplo, el TIMSS reveló que el puntaje promedio en el eje de matemáticas de estudiantes de 4º grado de los Estados Unidos fue 529, donde los puntajes más altos (582) lo obtuvieron los estudiantes asiáticos, seguidos de caucásicos (550), mientras que los hispanos (504) y afrodescendientes (482) consiguieron resultados por debajo del promedio (Aud, Fox & KewalRamani, 2010). De igual manera, en este país, en los puntajes de matemáticas y lectura crítica de Suite of Assessments (SAT), calificada en una escala que va de 200 a 800, los caucásicos obtuvieron el más alto puntaje (528), seguidos de estudiantes asiáticos y de las islas del Pacífico (513); y los puntajes más bajos fueron obtenidos por afrodescendiente y latinos, así: puertorriqueños (456), otros hispanos/latinos (455), mexicano-americanos (454) y afrodescendientes (430) (Aud et al., 2010).

Las desigualdades étnicas asociadas a pruebas estandarizadas, en especial enfocadas en el caso de la población de los afrodescendientes en los Estados Unidos, ha sido motivo de debate desde hace muchos años en el mundo académico y sociopolítico; de hecho, existe evidencia científica robusta que soporta esta premisa (Fryer & Levitt, 2004). Investigadores como Fryer & Levitt señalan que los estudiantes afrodescendientes tienden a obtener aproximadamente una desviación estándar por debajo de los estudiantes caucásicos en pruebas estandarizadas, incluso, después de controlar covariables, como estructura familiar, nivel socioeconómico, características del vecindario, entre otros factores. Sin embargo, al parecer las diferencias identificadas no solo están asociadas a la raza, sino también a otros factores, como sesgo de las evaluaciones, sesgos del docente, pobreza, familia, condiciones del vecindario y, en especial, asociado a la calidad educativa de las escuelas, lo que incluye aspectos como condición socioeconómica, educación del profesorado, relación computadora estudiantes, interacciones docente-niño, entre otros (Fryer & Levitt, 2004). Por ejemplo, Brunn-Bevel & Byrd (2015) reportaron que los distritos escolares en Virginia con una representación desproporcionada de estudiantes afrodescendientes continúan teniendo docentes con los salarios más bajos y licencias de funcionamiento provisionales, mientras que los distritos escolares con mayores ingresos familiares están asociados con indicadores positivos de calidad educativa. Powers & Pivovarova (2017) reportaron que el coeficiente de los

estudiantes nacidos en los Estados Unidos y los inmigrantes tiene una diferencia significativa de 27 puntos. De igual forma, revelan que al controlar la variable de estatus socioeconómico se evidencia una variación racial o étnica. Por ejemplo, los afrodescendientes, en comparación con los nativos estadounidenses y asiáticos, poseen bajas calificaciones, pero al mismo tiempo se hace evidente que los mejores resultados son de los alumnos pertenecientes a familias con mayores nivel socioeconómico y mejores condiciones institucionales (Alacaci & Erbaş, 2010).

Consistente con estos resultados, la Unesco (2005) ha evidenciado que las condiciones de vulnerabilidad económica y sociocultural son impedimentos para el desarrollo de los aprendizajes escolares, por ello que los estudiantes que provienen de estatus socioeconómicos bajos presentan un desempeño escolar menor en comparación con los que provienen de los estratos socioeconómicos altos. En esa misma línea, la OCDE (2013) afirma que el éxito escolar de los estudiantes se relaciona con cuatro factores que influyen en él: a) estratificación escolar; b) inversión en recursos financieros humanos, materiales y tiempo escolar; c) sistema de gobernanza de la escuela; y d) ausentismo de estudiantes y clima escolar. Por tanto, las desventajas socioeconómicas y socioculturales podrían ser reducidas si se intervienen dichos factores y se redireccionan a su favor, siempre y cuando también se generen pruebas estandarizadas que sean relevantes culturalmente para las particularidades de los diferentes grupos humanos.

Las disparidades étnicas en el rendimiento cognitivo no solo son un asunto pendiente por resolver para los Estados Unidos (Fryer & Levitt, 2004; Brunn-Bevel & Byrd, 2015). En países como India, Malasia y Sudáfrica, también se evidencian diferencias en esta dimensión del desarrollo humano. Por ejemplo, en las castas superiores indias, se presentan más altos puntajes que las castas consideradas “inferiores” (Rushton & Jensen, 2005). De igual manera, las minorías raciales de China y de las Indias orientales obtienen resultados más altos en Malasia que la población nativa. En América Latina, caracterizada por su alta diversidad cultural y lingüística, ya que cuenta con presencia de varios pueblos indígenas, las investigaciones revelan que los grupos indígenas reportan puntajes más bajos en los resultados de pruebas como Segundo Estudio Regional Comparativo y Explicativo (Serce) y Tercer Estudio Regional Comparativo y Explicativo (Terce) en relación con población no indígena (Treviño et al., 2010; Treviño et al., 2016).

Serce y Terce son estudios regionales desarrollados por el Laboratorio Latinoamericano de Evaluación de la Calidad de la Educación (Llece) de la Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe (OREALC) que se constituyen en un ámbito de discusión técnico-político para el problema del aprendizaje y sus variables relacionadas (Unesco, 1997). Serce se llevó a cabo en 2006. Este contó con la participación de 16 países de América Latina, como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México y el estado de Nuevo León, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y República Dominicana. Las áreas que se evaluaron en el estudio fueron lectura y matemáticas en estudiantes del 3º y 6º año, y ciencias

para los estudiantes de 6° año. En este estudio, se realizaron, además, evaluación de escritura de los alumnos de 6° y se aplicaron cuestionarios de contexto a padres, alumnos, docentes y directores (Treviño, 2009). A su vez, el Llece realizó una tercera prueba llamada Terce. Esta se aplicó en 2013 cuando participaron 15 países de la región: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, más el estado mexicano de Nuevo León. Este tercer estudio evaluó el desempeño de los estudiantes de 3° y 6°, en que se diseñaron pruebas de matemáticas, ciencias, lectura y escritura. Además, se evidenciaron en dicha prueba datos sobre los factores asociados que contextualizan los resultados (Unesco, 2014).

En el análisis de los resultados de las evaluaciones de Terce realizado por la Unesco, se pone en evidencia la existencia de una brecha amplia en relación con los logros de aprendizajes entre los estudiantes de los pueblos originarios y los que no lo son, en especial en países como Perú, Paraguay, Panamá y Nicaragua. El análisis de los logros de aprendizaje en las pruebas Terce muestran diferencias que oscilan entre 18 y 43 puntos según al país de pertenencia de los estudiantes indígenas. Sin embargo, en algunos casos, los resultados demuestran que el rendimiento se asocia significativamente al nivel socioeconómico al que pertenezcan los estudiantes y poco a la relación con las raíces étnicas, ejemplo de ello son los países de Colombia y Honduras; pero, por el contrario, en Paraguay, la asociación entre origen indígena y logro académico es significativo (Treviño et al., 2016). Suárez, Elías y Zarza (2016) reportan que el origen de las desigualdades en pruebas como Terce en Paraguay están asociados a género y nivel socioeconómico de la familia, así como a cualidades individuales como el idioma y aspectos institucionales (p. ej., la cantidad de recursos de la escuela, su condición de privada o pública, así como aspectos tales como la relación negativa entre la repetición escolar y el rendimiento académico, las actividades extracurriculares asociadas a mejor rendimiento, y el ausentismo del docente y del estudiante). En términos socioculturales, la Unesco (2013) también reportó que en Paraguay hay niños y niñas indígenas a quienes se les aplicó la prueba estandarizada Terce, cuyos resultados son similares a los niveles de aprendizaje de los niños que no son indígenas para el caso de 3^{er} grado; sin embargo, los resultados en matemáticas son más bajos para los niños indígenas en el nivel de 6° grado.

En general, las desigualdades existentes parecen estar asociadas a factores que trascienden el ámbito socioeconómico, y al parecer se encuentran relacionadas con la falta de oportunidades a la que los pueblos indígenas se encuentran expuesto en cada país debido a la ausencia de políticas inclusivas y relevantes culturalmente que respondan a sus características y necesidades particulares (Borja-Vega, Lunde & García Moreno, 2007; Hall & Patrinos, 2004). En otras palabras, las posibilidades son escasas para la población indígena de América Latina, en especial para los grupos que habitan en zonas rurales o urbanas que cuenta con difícil acceso a servicios básicos, tales como agua, electricidad, alcantarillado, entre otros (Borja-Vega et al., 2007). Es

importante considerar, para interpretar y comprender el Terce, que se concibe a los estudiantes indígenas como aquellos que pertenecen a una familia que se comunica por medio de la lengua indígena y tiene como madre a una mujer que pertenece a una etnia (Treviño et al., 2016); por tanto, es un concepto mucho más inclusivo que no se limita a las condiciones particulares del niño, sino que es una concepción más ecológica que estima el ámbito familiar del sujeto.

En las evaluaciones estandarizadas de aprendizajes nacionales, es interesante analizar el caso de Colombia, el cual es considerado un país pluricultural y multilingüe, debido a “la existencia de 87 etnias indígenas, 3 grupos diferenciados de población afrocolombiana y el pueblo ROM o gitano” (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2007, p. 9). Los resultados de las pruebas estandarizadas de Colombia denominadas Saber 11, las cuales evalúan a los estudiantes que están a punto de terminar la educación media en las competencias de lectura crítica, matemáticas, sociales y ciudadanas, ciencias naturales e inglés, incluyen un cuestionario de contexto para hacer seguimiento a los procesos de enseñanza y aprendizaje generales y específicos de cada región y localidad, así como analizar otros factores sociales, tales como características de la familia, condiciones de la vivienda, alimentación, uso del tiempo libre, entre otros (Icfes, 2017). Martínez y Turriago (2015) señalaron que el mejor rendimiento del periodo de 2005 a 2006 se concentró en Bogotá y en los departamentos de Santander, Boyacá y Caldas, los cuales conforman la zona andina de Colombia, caracterizada por presentar los índices más bajos de necesidades básicas insatisfechas, en contraste con zonas periféricas, como las zonas limítrofes de Colombia con países de Suramérica, la Costa Caribe y la Costa Pacífica, cuyas condiciones socioeconómicas son más limitadas y reportan puntajes más bajos que el resto del país. Consistentemente, Ayala-García (2015) identificó que el promedio de estudiantes que presentan bajo nivel de competencia (superior al 50 %) en el segundo semestre de 2013 se encuentran ubicados en los departamentos de “Vaupés (58 %), Chocó (57 %), Amazonas (54 %), Vichada (54 %), Magdalena (53 %), La Guajira (52 %), Cauca (51 %), Córdoba (51 %), Guaviare (51 %) y Bolívar (50 %)” (p. 13), todos ellos localizados en zonas periféricas. Lo anterior indica una relación inversamente proporcional entre el índice de necesidades básicas insatisfechas y los mejores resultados del Icfes de 2005, que pone en evidencia la relación del bajo nivel de competencias de los estudiantes y la pobreza departamental (Martínez & Turriago, 2015; Núñez y Carvajal, 2007). En esta misma línea, la Unesco (2016) afirma que, al controlar la variable socioeconómica en Colombia en el momento de analizar pruebas estandarizadas de aprendizaje, el factor asociado de pertenencia étnica no representa significancia en los resultados escolares (citado por Icfes, 2016). De hecho, este fenómeno se extiende a todos los países de América Latina donde la pertenencia a un pueblo originario o etnia se encuentra asociada a condiciones económicas y accesibilidad de servicios educativos desfavorables; y con ello, más que el aprendizaje, los resultados de las pruebas estandarizadas muestran una radiografía sobre el suministro y distribución de los servicios básicos y calidad de los recursos educativos en las diferentes zonas del país.

Es importante señalar que los resultados asociados a variables como etnia y raza deben leerse muy sutilmente para no promover la discriminación. A pesar de que se proclama socialmente que se rechaza el prejuicio racial, los sesgos pueden afectar los juicios y generar discriminación al malinterpretar los resultados de pruebas asociadas a éxito escolar (Glaser, Spencer & Charbonneau, 2014; Stewart & Haynes, 2015). Por este motivo, es fundamental utilizar marcos teóricos que permitan comprender e interpretar el fenómeno, tal como lo es el Critical Race Theory (CRT), el cual permite examinar y comprender cómo las pruebas estandarizadas promueven un sistema de evaluación con sesgos raciales y étnicos implícitos, así como prácticas meritocráticas particulares a cada grupo sociocultural que en cierto modo condicionan los procesos educativos. Entender las limitaciones de las pruebas estandarizadas como práctica evaluativa inclusiva es fundamental en el momento de tomar decisiones pedagógicas en el aula e institucionales, e incluso en políticas públicas en los países, ya que su omisión podría conducir a desigualdades educativas (Zwick, 2001). Un caso muy común son los procesos de admisión a educación superior, los cuales dependen de los puntajes de las pruebas estandarizadas, que, en realidad, va más allá de un simple puntaje, puesto que se asocia principalmente a factores como los ingresos del hogar, el origen étnico y la educación de los padres (Adelman, 2007; Guinier, 2015).

Un análisis e interpretación culturalmente pertinente y relevante de los resultados de las evaluaciones estandarizadas facilita que los gobiernos, escuelas y los sujetos participantes identifiquen problemas para orientar el diseño de planes de mejoramiento que permiten redireccionar los procesos educativos de acuerdo con la realidad del entorno (Mons, 2009). Sin embargo, hay algunas corrientes que mencionan que los resultados obtenidos por medio de las evaluaciones a gran escala están contribuyendo al modelo de escuela tradicional, la cual está mediada por la presión de la obtención de resultados predeterminados y homogeneizantes que poco contribuyen a la naturaleza inclusiva de una educación equitativa y de calidad (Lundren, 2013).

4. ALGUNAS CONCLUSIONES Y FUTURAS ACCIONES

La evaluación en general responde a los modelos de desarrollo y de producción de una sociedad. La evaluación en contextos educativos no se aleja de esta situación en que el rendimiento, la eficacia y la eficiencia se constituyen en indicadores centrales de la calidad de los sistemas educativos. Medir a través de resultados puede ser conveniente cuando se desea tener un panorama global de la situación educativa. No obstante, esta mirada general puede esconder algunas realidades particulares y contextuales que la evaluación crítica, cualitativa y formativa puede ofrecer. Más allá de la estandarización, es necesario dar cabida a la diferencia en un país y un mundo que cada vez más reconoce la multi- y pluridiversidad. La evaluación de la calidad desde indicadores cualitativos permitiría identificar los logros en la diferencia. Como lo plantean Gómez y Sánchez (2013, p. 21), se requiere una metodología cualitativa que posibilite reconocer las particulares y características, y que proporcionen “la mirada subjetiva de cada actor edu-

cativo, pero en conjunto dichas miradas permiten conocer lo que ellos piensan y sienten con respecto al ejercicio curricular” y formativo. Evaluar la calidad de la educación desde esta perspectiva implica ver no solo los efectos y resultados, sino también los procesos, las actuaciones, las dinámicas, las interacciones y los valores que genera. Una educación de calidad se concretiza en la posibilidad de construir sociedades que progresan hacia el bienestar y la felicidad del ser humano. Así es como esta se constituye en un derecho.

Si la educación es un derecho humano, entonces debe ser universal, por lo que no debería haber condiciones para que este sea concedido. La autonomía escolar y la equidad que proclama la Ley 115/1994, de 8 de febrero se ve amenazada por la disposición de una evaluación estandarizada. La equidad reclama una evaluación diversificada que contextualiza y considera las diferencias y particularidades. No obstante, el sentido formativo de la evaluación y su papel de co-constructor de una sociedad justa, democrática y equitativa se ve influenciada por las creencias, las visiones de sus actores sobre estos mismos principios y los valores. La historia de la humanidad es testigo vivo de la exclusión y discriminación de género que han sufrido las niñas y las mujeres en la sociedad. Durante mucho tiempo, las féminas fueron disciplinadas y moldeadas por las instituciones religiosas, sociales y gubernamentales para ejercer el único papel social y moralmente aceptado para ellas: madres y esposas. En el caso colombiano (y de muchos países latinoamericanos), solo hasta la tercera década del siglo pasado se les reconoció la igualdad con los varones en cuanto a derechos civiles y ciudadanos (Ley 28/1932, de 12 de noviembre), y hace tan solo sesenta años atrás se les otorgó el derecho de votar. Desde entonces se han observado, por ejemplo en el contexto educativo, brechas de género con detrimento del género femenino, lo cual se evidencia en los resultados de pruebas estandarizadas nacionales e internacionales, en especial en el área de matemáticas. Aspecto que ha incidido negativamente en la poca representación de las mujeres en carreras STEM, como ingeniería y matemáticas, y por ende en el mercado laboral de las mujeres en términos de oportunidad, salarios, estabilidad, promoción y estatus. Aunque las primeras hipótesis apuntaban a que los aspectos genéticos podrían estar detrás de estas diferencias, las investigaciones recientes evidencian la estratificación social como la responsable de estas diferencias. Desde entonces, diversos entes nacionales e internacionales a través de políticas públicas y planes educativos han buscado reducir esta brecha de género que todavía existe en los contextos educativos y laborales.

Algunos procesos evaluativos realmente no incluyen la diversidad de la naturaleza humana, a pesar de que idealmente estos procesos deberían orientarse por el principio de equidad y consolidarse como un proceso holístico formativo que contribuye con el mejoramiento de la calidad de vida del ser humano. En relación con la evaluación que usa pruebas estandarizadas, los factores socioeconómicos asociados a ingreso, nivel educativo de pares, características del ambiente familiar, características del barrio, entre otros, así como factores culturales relacionados con etnia y raza, históricamente no han sido *in extenso* representados en las grandes mediciones, lo

que ha generado sesgos en el momento de reportar e interpretar de manera homogeneizante los resultados. Tal como se presenta en este artículo, esta homogeneización y falta de pertinencia sociocultural se ha presentado a lo largo de la historia en diferentes países del mundo, que todavía tienen el reto de convertir los procesos evaluativos estandarizados en dinámicas inclusivas, pertinentes, relevantes y representativas.

En consecuencia, es fundamental que el diseño psicométrico de los instrumentos, como los procesos de administración y el análisis de datos, se generen a partir de la realidad del contexto y las particularidades de sus participantes. La reducción del sesgo en pruebas estandarizadas es un reto fundamental en pro de la dignidad de las personas, que muchas veces es vulnerada por el desconocimiento de sus particularidades en función del sexo, el nivel socioeconómico, la religión, la etnia, la raza, el grupo etario, entre otras. Dicha reducción permite la comprensión y el respeto del individuo como ser único y miembro de una colectividad, y evita las movilizaciones y tomas de decisiones que afectan a determinados grupos de la sociedad. De ahí que las pruebas estandarizadas deben garantizar la confiabilidad, objetividad y validez del instrumento para todos los participantes. De esta manera, los procesos evaluativos darían realmente fe del aprendizaje de cada uno de los participantes, pero a la vez de la visión general y acertada de la calidad del sistema educativo en que dichos participantes aprenden y se desarrollan. Así, se requiere una apuesta a la equidad, confiabilidad y transparencia de los procesos evaluativos para que de esta manera informen de forma precisa sobre la realidad del contexto, y así se puedan generar políticas institucionales, locales, nacionales e internacionales que permitan el mejoramiento de la educación.

Esta apuesta no solo debe permear el proceso de construcción y administración de los instrumentos de medición, sino también a los evaluadores, los evaluados y a todo aquel agente político y social interesado en conocer los resultados arrojados y tomar acciones sobre ello. En el caso de Colombia, es hora ya de tomar acciones. Como lo muestra este artículo, los resultados de las pruebas estandarizadas y de los estudios de factores asociados han demostrado que el factor socioeconómico amplía brechas sociales en el territorio colombiano; por tanto, el Icfes, el MinEducación, las universidades y las entidades interesadas en la medición de la calidad de la educación en el país requieren un trabajo colaborativo para la formulación de nuevos instrumentos que apunten a la pluralidad y diversidad colombiana, y así dar cuenta del principio inclusivo que se proclama y se protege desde el marco legal.

REFERENCIAS

- Abadía, L. y Bernal, G. (2017). A widening gap? A gender-based analysis of performance on the Colombian high school exit examination. *Revista de Economía del Rosario*, 20(1), 5-31. Doi: [dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/economia/a.6144](https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/economia/a.6144)

- Adelman, C. (2007). Do we really have a college access problem? *Change: The Magazine of Higher Learning*, 39(4), 48-51.
- Agencia de Calidad en Educación. (s. f.). *Simce*. Recuperado de <https://www.agenciaeducacion.cl/evaluaciones/que-es-el-simce/>
- Alacacı, C. & Erbaş, A. K. (2010). Unpacking the inequality among Turkish schools: Findings from PISA 2006. *International Journal of Educational Development*, 30(2), 182-192. <https://doi.org/10.1016/j.ijedudev.2009.03.006>
- Álvarez Méndez, J. (2001). *Evaluar para conocer, examinar para excluir*. Madrid, España: Morata.
- Arancibia Clavel, V. (1997). *Los sistemas de medición y evaluación de la calidad de la educación*. Santiago de Chile, Chile: Organización de las Naciones Unidas para la Educación. Recuperado de <http://luisantoniosanchezaguilar.mex.tl/uploads/s/o/q/d/oqdmfktcg0lc/file/FoYz2h6m.pdf>
- Árias Rojas, Ó. A. (2016). *Brecha de género en matemáticas: el sesgo de las pruebas competitivas (evidencia para Chile)* (Tesis de maestría, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/139157>
- Arzola-Franco, D. M. (2017). Evaluación, pruebas estandarizadas y procesos formativos: experiencias en escuelas secundarias del norte de México. *Educación*, 26(50), 28-46. <http://dx.doi.org/http://doi.org/1018800/educacion.201701.002>
- Aud, S., Fox, M. A. & KewalRamani, A. (2010). *Status and trends in the education of racial and ethnic groups*. Washington, DC, EE. UU.: U.S. Department of Education Recuperado de <https://nces.ed.gov/pubs2010/2010015.pdf>
- Ayala-García, J. (2015). Evaluación externa y calidad de la educación en Colombia. *Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, 2017*. Recuperado de <http://repositorio.banrep.gov.co/handle/20.500.12134/3188>
- Backhoff, E. y Contreras Roldán, S. (2014). "Corrupción de la medida" e inflación de los resultados de ENLACE. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, 19(63), 1267-1283. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-66662014000400012&script=sci_arttext
- Barrio, B. P. (2006). Calidad, equidad e indicadores en el sistema educativo español. *Pulso: Revista de Educación*, 29, 43-58. Recuperado de <https://revistas.cardenalcisneros.es/index.php/PULSO/article/view/275>
- Bassi, M., Blumberg, R. L. & Mateo Díaz, M. (2016). Under the "Cloak of Invisibility": Gender bias in teaching practices and learning outcomes. *IDB Working Paper Series*. Recuperado de <https://www.econstor.eu/handle/10419/146478>
- Casado Berrocal, P. y Casado Berrocal, Ó. M. (2017). Recursos para las buenas prácticas y la evaluación formativa (Educación Infantil y Primaria). *Revista Infancia, Educación y Aprendizaje*, 3(2), 778-783. <https://doi.org/10.22370/ieya.2017.3.2.817>

- Bolívar, A. (2005). Equidad educativa y teorías de la justicia. *Reice: Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 3(2), 42-69. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/551/55103205.pdf>
- Borja-Vega, C., Lunde, T. & García Moreno, V. (2007). *Economic opportunities for Indigenous peoples in Latin America in Mexico*. Washington, DC, EE. UU.: The World Bank.
- Brunn-Bevel, R. J. & Byrd, W. C. (2015). The foundation of racial disparities in the standardized testing era: The impact of school segregation and the assault on public education in Virginia. *Humanity & Society*, 39(4), 419-448. <https://doi.org/10.1177/0160597615603750>
- Campbell, D. T. (1979). Assessing the impact of planned social change. *Evaluation And Program Planning*, 2(1), 67-90. [https://doi.org/10.1016/0149-7189\(79\)90048-X](https://doi.org/10.1016/0149-7189(79)90048-X)
- Campos Vázquez, R. M. y Santillán Hernández, A. S. (2016). Análisis de diferencias en puntajes en la prueba ENLACE entre niños y niñas en el sistema escolar mexicano. *Estudios Económicos*, 31(1), 65-123. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0186-72022016000100065&s-cript=sci_abstract&tlng=en
- Casassus, J., Arancibia, V. y Froemel, J. E. (1996). Laboratorio latinoamericano de evaluación de calidad de la educación. *Revista Iberoamericana de Educación*, 10, 231-261. Recuperado de http://formacion.intef.es/pluginfile.php/120174/mod_imsdp/content/2/sabermas1.pdf
- Cavieres Fernández, E. (2014). La calidad de la educación como parte del problema: educación escolar y desigualdad en Chile. *Revista Brasileira de Educação*, 19(59), 1033-1051. <https://doi.org/10.1590/S1413-24782014000900011>
- Convención sobre los Derechos del Niño Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.
- Correa Fonnegra, J. (2016). Desempeño académico y diferencias de género en Colombia: un análisis con base en las pruebas TIMSS 2007. *Revista Sociedad y Economía*, 30, 11-404. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/996/99645393002.pdf>
- Cvencek, D., Greenwald, A. G. & Meltzoff, A. N. (2011). Measuring implicit attitudes of 4-year-olds: The preschool implicit association test. *Journal of Experimental Child Psychology*, 109(2), 187-200. <https://doi.org/10.1016/j.jecp.2010.11.002>
- Declaración Mundial sobre educación para todos "Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje" Jomtien, Tailandia, 5 al 9 de marzo, 1990.
- De la Rica, S. & de San Román González, A. (2013). Brechas de género en los resultados de PISA: el impacto de las normas sociales y la transmisión intergeneracional de las actitudes de género. *Working Papers*, 10. Recuperado de <https://ideas.repec.org/p/fda/fdaddt/2013-10.html>

- Del Río, M. F., Strasser, K. y Susperreguy, M. I. (2016). ¿Son las habilidades matemáticas un asunto de género? Los estereotipos de género acerca de las matemáticas en niños y niñas de kínder, sus familias y educadoras. *Calidad en la Educación*, 45, 20-53. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-45652016000200002>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2007). *Colombia, una nación multicultural: si diversidad étnica*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de shorturl.at/duyP6
- Else-Quest, N. M., Hyde, J. S. & Linn, M. C. (2010). Cross-national patterns of gender differences in mathematics: A meta-analysis. *Psychological Bulletin*, 136(1), 103-127. <https://doi.org/10.1037/a0018053>
- Espinoza, A. M. y Taut, S. (2016). El rol del género en las interacciones pedagógicas de aulas de matemática chilenas. *Psykhé*, 25(2), 1-18. <http://dx.doi.org/10.7764/psykhe.25.2.858>
- Fernández, C. (2017). Desigualdades de género en el sistema educacional chileno. Una mirada cuantitativa a las brechas y a la segregación sexual. En C. Pfeiffer, E. Fernández Darraz y B. Kluger (Cords.), *Bildung in Chile: beiträge zu einer binationalen. Kooperation Rostocker Informationen zu Politik und Verwaltung*. (pp. 49-58). Rostock, Alemania: Universität Rostock.
- Fryer Jr, R. G. & Levitt, S. D. (2004). The causes and consequences of distinctively black names. *The Quarterly Journal of Economics*, 119(3), 767-805. <https://doi.org/10.1162/0033553041502180>
- Fryer Jr, R. G. & Levitt, S. D. (2010). An empirical analysis of the gender gap in mathematics. *American Economic Journal: Applied Economics*, 2(2), 210-40. Doi: 10.1257/app.2.2.210
- García Colina, F. J., Juárez Hernández, S. C. y Salgado García, L. (2018). Gestión escolar y calidad educativa. *Revista Cubana de Educación Superior*, 37(2), 206-216. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0257-43142018000200016&script=sci_arttext&tlng=pt
- Geiser, S. (2016). Medición y evaluación para los procesos de admisión de la educación superior: hallazgos desde California. *Revista de Investigación Educativa Latinoamericana*, 53(1), 1-18. <http://dx.doi.org/10.7764/PEL.53.1.2016.7>
- Gerritsen-van Leeuwenkamp, K. J., Joosten-ten Brinke, D. & Kester, L. (2017). Assessment quality in tertiary education: An integrative literature review. *Studies in Educational Evaluation*, 55, 94-116. <https://doi.org/10.1016/j.stueduc.2017.08.001>
- Glaser, J., Spencer, K. & Charbonneau, A. (2014). Racial bias and public policy. *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, 1(1), 88-94. <https://doi.org/10.1177/2372732214550403>
- Glewwe, P., Ilias, N. & Kremer, M. (2010). Teacher incentives. *American Economic Journal: Applied Economics*, 2(3), 205-27. Doi: 10.1257/app.2.3.205
- Gómez Sevilla, H. N. y Sánchez Mendoza, V. (2013). Indicadores cualitativos para la medición de la calidad en la educación. *Educación y Educadores*, 16(1), 9-24. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5468360>

- Guerrero López, D. (2016). *Brechas por género en los resultados en matemáticas en las pruebas saber 11* (Tesis de grado, Universidad Icesi, Cali, Colombia). Recuperado de https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/81142/1/TG01568.pdf
- Guevara Patiño, R. (2017). La calidad, las competencias y las pruebas estandarizadas: una mirada desde los organismos internacionales. *Revista Educación y Ciudad*, 33, 159-170. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6232098>
- Guinier, L. (2015). *The tyranny of the meritocracy: Democratizing higher education in America*. Boston, EE. UU.: Beacon Press.
- Gunderson, E. A., Gripshover, S. J., Romero, C., Dweck, C. S., Goldin-Meadow, S. & Levine, S. C. (2013). Parent praise to 1-to 3-year-olds predicts children's motivational frameworks 5 years later. *Child Development*, 84(5), 1526-1541. <https://doi.org/10.1111/cdev.12064>
- Hall, G. & Patrinos, H. A. (Eds.). (2004). *Indigenous peoples, poverty and human development in Latin America: 1994-2004*. Washington, DC, EE. UU.: The World Bank.
- Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación. (2016). *Marco de factores asociados Saber 3º, 5º y 9º 2016*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de shorturl.at/klvxM
- Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación. (2017). *Guía de orientaciones Saber 11, 2017-2*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de shorturl.at/eprG5
- Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación. (2018a). *Guía de uso e interpretación de resultados: reporte de estudiantes, Saber 3º, 5º y 9º*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de shorturl.at/lzHW9
- Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación. (2018b). *Guía de orientación Saber 11º 2018-2*. (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de shorturl.at/bi028
- Instituto Nacional de Estadísticas de Chile. (2015). *Mujeres en Chile y mercado del trabajo. Participación laboral femenina y brechas salariales*. Santiago de Chile: Autor. Recuperado de shorturl.at/fA0QR
- Ley 28/1932, de 12 de noviembre, sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio). *Diario Oficial*, núm. 22139 (1932).
- Ley 12/1991, de 22 de enero, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Diario Oficial*, núm. 39640 (1991).
- Ley 115/1994, de 8 de febrero, por la cual se expide la ley general de educación. *Diario Oficial*, núm. 41214 (1994).
- Lundren, U. (2013). PISA como instrumento político: la historia detrás de la creación del Programa PISA. *Profesorado: Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, 17(2), 15-29. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/567/56729526002.pdf>

- Martínez Mateus, W. A. y Turriago Hoyos, Á. (2015). Análisis de distribución geográfica y espacial de los resultados de las Pruebas Saber 11 del Icfes 2005-2012. *Cuadernos Latinoamericanos de Administración*, 12(21), 39-49. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4096/409643604005.pdf>
- Martínez-Rizo, F. (2016). Impacto de las pruebas en gran escala en contextos de débil tradición técnica: experiencia de México y el Grupo Iberoamericano de PISA. *Relieve: Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa*, 22(1). <http://dx.doi.org/10.7203/relieve.22.1.8244>
- Martínez Toro, F. J. (2015). *El rol de las expectativas docentes en los procesos de enseñanza-aprendizaje de las matemáticas* (Tesis de maestría, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/136227>
- Marianne, B. (2011). New perspectives on gender. En O. Ashenfelter & D. Card (Eds.), *Handbook of labor economics* (vol. 4, pp. 1543-1590). Elsevier. [https://doi.org/10.1016/S0169-7218\(11\)02415-4](https://doi.org/10.1016/S0169-7218(11)02415-4)
- Márquez, Y., Gutiérrez-Barroso, J. y Gómez-Galdona, N. (2017). Equidad, género y diversidad en educación. *European Scientific Journal*, 13(7), 300-319. Recuperado de <https://www.academia.edu/download/52691123/19.pdf>
- Ministerio de Educación, República de Chile. (2003). *Evaluación de aprendizajes para una educación de calidad*. Santiago de Chile, Chile: Autor. Recuperado de shorturl.at/beis0
- Mizala, A. (2016). *Brechas de género en educación*. Santiago de Chile, Chile: Universidad de Chile.
- Mizala, A., Martínez, F. & Martínez, S. (2015). Pre-service elementary school teachers' expectations about student performance: How their beliefs are affected by their mathematics anxiety and student's gender. *Teaching and Teacher Education*, 50, 70-78. Recuperado de <https://doi.org/10.1016/j.tate.2015.04.006>
- Mons, N. (2009). Theoretical and real effects of standardised assessment policies. *Revue française de pédagogie*, 169, 139-140. Recuperado de https://www.cairn-int.info/article-E_RFPED_169_0099--theoretical-and-real-effects-of.htm
- Mosquera Albornoz, D. R. (2018). Análisis sobre la evaluación de la calidad educativa en América Latina: caso Colombia. *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa*, 11(1), 43-55. <https://doi.org/10.15366/riee2018.11.1.003>
- Murillo, F. J. & Román, M. (2011). School infrastructure and resources do matter: Analysis of the incidence of school resources on the performance of Latina American students. *School Effectiveness and School Improvement*, 22(1), 29-50. <https://doi.org/10.1080/09243453.2010.543538>
- National Center for Education Statistic. (s. f.). *Kindergarten Class of 1998-99 (ECLS-K)*. Recuperado de <https://nces.ed.gov/ecls/kindergarten.asp>
- National Center for Education Statistic. (s. f.). *Overview*. Recuperado de <https://nces.ed.gov/ecls/>

- Núñez, J. y Carvajal Panesso, A. (2007). *¿Cómo romper las trampas de la pobreza en Buenaventura? Propuestas desde las comunidades y las instituciones*. Buenaventura, Colombia: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Recuperado de shorturl.at/xCRV9
- Olvera Esquivel, J. G. y Arellano Gault, D. (2015). El concepto de equidades y sus contradicciones: la política social mexicana. *Revista Mexicana de Sociología*, 77(4), 581-610. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-25032015000400581&script=sci_arttext
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2013). *PISA 2012 Results: What makes schools successful (Volume IV). Resources, policies and practices*. Autor. Recuperado de https://www.oecd-ilibrary.org/education/pisa-2012-results-what-makes-a-school-successful-volume-iv_9789264201156-en
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (1997). *Laboratorio Latinoamericano de Evaluación de la Calidad de la Educación: Vol. 1: Marco conceptual*. Santiago de Chile, Chile: Autor. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000183650>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2004). *Educación para todos: el imperativo de la calidad. Informe de seguimiento de la EPT en el mundo, 2005*. París, Francia: Autor. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000150169>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2006). *PISA 2006: Marco de la evaluación conocimientos y habilidades en ciencias, matemáticas y lectura*. Autor. Recuperado de https://www.oecd-ilibrary.org/education/pisa-2006-marco-de-la-evaluacion_9789264066168-es
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2010). *Compendio mundial de la educación 2010: comparación de las estadísticas de educación en el mundo*. Montreal, Canadá: Autor. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000191218>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2013). *Tercer Estudio Regional Comparativo y Explicativo (Terce): análisis curricular*. Santiago de Chile, Chile: Autor. Recuperado de http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view-tv-release/news/tercer_estudio_regional_comparativo_y_explicativo_terce_a/
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2014). *Primera entrega de resultados Terce: Tercer Estudio Regional Comparativo y Explicativo*. Santiago de Chile, Chile: Autor. Recuperado de shorturl.at/oCIU3
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2016). *Inequidad de género en los logros de aprendizaje en educación primaria. ¿Qué nos puede decir Terce?* Santiago de Chile, Chile: Autor. Recuperado de https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000244349_spa
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2017). *Brechas de género y desigualdad: de los Objetivos de Desarrollo del Milenio a los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de <https://colombia.unwomen.org/es/biblioteca/publicaciones/2017/05/brechas-de-genero-ods>

- Powers, J. M. & Pivovarova, M. (2017). Analyzing the achievement and isolation of immigrant and US-born students: Insights from PISA 2012. *Educational Policy*, 31(6), 830-857. <https://doi.org/10.1177/0895904817719530>
- Radovic Sendra, D. (2018). Diferencias de género en rendimiento matemático en Chile. *Revista Colombiana de Educación*, 74, 221-242. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-39162018000100221&script=sci_abstract&tlng=pt
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad*. Barcelona, España: Paidós.
- Romero-Martín, M. R., Castejón-Oliva, F. J., López-Pastor, V. M. y Fraile-Aranda, A. (2017). Evaluación formativa, competencias comunicativas y TIC en la formación del profesorado. *Comunicar: Revista Científica de Comunicación y Educación*, 52, 73-82. Doi: 10.3916/C52-2017-07
- Rosales Mejía, M. (2014). *Proceso evaluativo: evaluación sumativa, evaluación formativa y Assessment su impacto en la educación actual*. Trabajo presentado en Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Innovación y Educación, Buenos Aires, Argentina.
- Rushton, J. P. & Jensen, A. R. (2005). Thirty years of research on race differences in cognitive ability. *Psychology, Public Policy, and Law*, 11(2), 235-294. <https://doi.org/10.1037/1076-8971.11.2.235>
- Samaniego Madero, O. G. (2016). Más de lo mismo: medición de la calidad educativa en México. *Cuadernos Cedes*, 36(100), 395-397. <https://doi.org/10.1590/cc0101-32622016171358>
- Sánchez Cerón, M. y Sagrario Corte Cruz, F. del. (2013). Las evaluaciones estandarizadas: sus efectos en tres países latinoamericanos. *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, 43(1), 97-124. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/270/27026416001.pdf>
- Sánchez Santamaría, J. y Manzanares Moya, A. (2014). Tendencias internacionales sobre equidad educativa desde la perspectiva del cambio educativo. *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 16(1), 12-28. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-40412014000100002
- Scriven, M. (1981). *Evaluation in education*. Edmonton, Canadá: Grant MacEwan Community College.
- Sen, A. (1992). *Inequality reexamined*. Oxford, RU: Oxford University Press.
- Sen, A. (1995). *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid, España: Alianza.
- Soubirón, E. y Camarano, S. (2006). *Diseño de pruebas objetivas*. Montevideo, Uruguay: Universidad de la República de Uruguay. Recuperado de <https://web.ua.es/es/ice/documentos/recursos/materiales/ev-pruebas-objetivas.pdf>
- Stewart, S. & Haynes, C. (2015). An alternative approach to standardized testing: A model that promotes racial equity and college access. *Journal of Critical Scholarship on Higher Education and Student Affairs*, 2(1), 122-136. Recuperado de <http://ecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=jcshesa>

- Suárez Enciso, S., Elías, R. y Zarza, D. (2016). Factores asociados al rendimiento académico de estudiantes de Paraguay: un análisis de los resultados del Terce. *Reice: Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 14(4), 113-133. <http://dx.doi.org/10.15366/reice2016.14.4.006>
- Tedesco, J. C. (2016). *Diez notas sobre los sistemas de evaluación de los aprendizajes*. Santiago de Chile, Chile: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Recuperado de <http://repositorio.minedu.gob.pe/handle/123456789/4791>
- Toledano Morales, R. S. (2009). La equidad como principio y política social: análisis de sus implicaciones en educación básica. *Tiempo de Educar*, 10(20), 307-347. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/311/31112987003.pdf>
- Tomasetto, C., Mirisola, A., Galdi, S. & Cadinu, M. (2015). Parents' math-gender stereotypes, children's self-perception of ability, and children's appraisal of parents' evaluations in 6-year-olds. *Contemporary Educational Psychology*, 42, 186-198. <https://doi.org/10.1016/j.cedpsych.2015.06.007>
- Treviño, E. (Ed.) (2009). *Serce: Segundo Estudio Regional Comparativo y Explicativo: los aprendizajes de los estudiantes de América Latina y el Caribe. Reporte técnico*. Santiago de Chile, Chile: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Recuperado de <http://repositorio.minedu.gob.pe/handle/123456789/1074>
- Treviño, E., Fraser, P., Meyer, A., Morawietz, L., Inostroza, P. y Naranjo, E. (2016). *Informe de resultados Terce: factores asociados*. Santiago de Chile, Chile: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000243533>
- Treviño, E., Valdés, H., Castro, M., Costilla, R., Pardo, C. y Donoso, F. (2010). *Factores asociados al logro cognitivo de los estudiantes en América Latina y el Caribe*. Santiago, Chile, Chile: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000186769>
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. (2004). *Education for all: The quality imperative. EFA global monitoring report, 2005*. París, Francia: Autor. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000137333>
- Vásquez Tasayco, A. (2013). Calidad y calidad educativa. *Revista Investigación Educativa*, 17(2), 49-71. Recuperado de <http://disde.minedu.gob.pe/handle/123456789/2945>
- Zwick, R. (2001). What causes the test-score gap higher education: Perspectives on the office for civil rights resource guide on high-stakes testing. *Change: The Magazine of Higher Learning*, 33(2), 32-37. <https://doi.org/10.1080/00091380109601785>

Élites y restricciones institucionales de las reformas agrarias: la implementación del acuerdo de paz en Colombia*

*Elites and Institutional Constraints of Agrarian Reforms:
The Implementation of the Peace Agreement in Colombia*

L U I S E N R I Q U E R U I Z G O N Z Á L E Z

Politólogo y abogado de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho por la misma universidad. Profesor de la Universidad del Rosario.
luise.ruiz@urosario.edu.co - ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-9397-6373>

* Este artículo es resultado de la investigación realizada como requisito de grado para la Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Justicia Transicional de la Universidad del Rosario.

Resumen

El acuerdo de paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) incluyó un punto sobre el tema agrario denominado Reforma Rural Integral (RRI). En particular, la RRI incluye mecanismos típicos de reformas agrarias dirigidas a otorgar acceso a tierra a campesinos que no cuentan con ella, mediante diversos mecanismos redistributivos o de otro tipo. La información disponible sobre el grado de implementación de las disposiciones de este punto muestra que en gran medida ha sido mínima o inexistente la puesta en marcha de esos mecanismos. ¿Cuáles son las causas de estos bloqueos en la implementación de la reforma agraria de la RRI? A partir de la teoría sobre las reformas agrarias redistributivas y por medio del análisis documental, se muestra que los bloqueos obedecen a un caso típico de ausencia de división coalicional entre las élites políticas y las élites terratenientes, junto con un contexto de altas restricciones institucionales. Asimismo, se evidencia que estos bloqueos se manifiestan en los obstáculos para adoptar la legislación necesaria para dar base a la RRI y a una disminución del presupuesto destinado a la burocracia encargada de implementar mecanismos de redistribución, negociación y colonización de tierras.

PALABRAS CLAVE

Reforma agraria, conflicto, redistribución, acuerdo de paz.

Abstract

The peace agreement signed by the Colombian Government and the FARC guerrillas included an apart about the agrarian topic called Integral Rural Reform (RRI). The RRI particularly includes typical mechanisms of agrarian reforms aimed at granting access to land to those peasants without any through different redistribution mechanisms. The information available about the degree of implementation of the dispositions concerning this aspect, show that land distribution has been minimal or inexistent. What are the reasons for the blockage of the implementation of the RRI? Starting from the theory of redistributive agrarian reforms and through the documentary analysis it is demonstrated that the blockage obeys to the total absence of coalitional division between political elites and the landowners elite along with a context of high institutional restrictions. At the same time, there is evidence that these blockages are manifested in the obstacles to adopt the necessary legislation to give a base to the RRI and a decrease of the budget for the bureocracy in charge of implementing land redistribution, negotiation and colonization mechanisms.

KEYWORDS

Agrarian reform, conflict, redistribution, peace agreement.

1. INTRODUCCIÓN

Albertus (2015) ha propuesto una teoría acerca de las reformas agrarias en que identifica las coaliciones de élites políticas y terratenientes, y las restricciones institucionales como las variables a considerar para explicar el carácter redistributivo de las reformas agrarias, así como los factores de bloqueo en su implementación. A partir de esta teoría, resulta de interés analizar el posible carácter redistributivo de la Reforma Rural Integral (RRI) pactada en los acuerdos de paz suscritos entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en 2016.

Hasta el momento existen algunos reportes sobre la implementación del acuerdo de paz en general y de la RRI en particular. Por ejemplo, la Secretaría Técnica del Componente Internacional de Verificación, a noviembre de 2018, informó que en el acceso y el uso de la tierra “no se avanzó en la aprobación de las leyes faltantes, ni tampoco en medidas de implementación propiamente dichas, de manera que no se registra ningún avance en este aspecto” (2018, p. 6) y en febrero de 2019, reportó que “por segundo trimestre consecutivo, no se observan avances en la implementación de este tema del [acuerdo final]” (2019, p. 1). Por su parte, el segundo informe sobre la implementación publicado por el Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz en agosto de 2018 señala que el acceso y el uso de la tierra contiene “29 disposiciones de las cuales 15 (52 %) no han iniciado implementación, 11 (38 %) han alcanzado un nivel mínimo de implementación, dos (7 %) han alcanzado un nivel de implementación intermedia y una (3 %) se implementó completamente” (2018, p. 27).¹

Pese a estos informes sobre la implementación, no conozco análisis académicos que aborden explícitamente el alcance redistributivo de la RRI o si a este propósito obedecen los retrasos y bloqueos en la implementación; mucho menos se han analizado los posibles factores que expliquen tales bloqueos, ni se han identificado los mecanismos a través de los cuales se manifiestan estos obstáculos. Así, el objetivo de este artículo es analizar las causas de los bloqueos en la implementación de la RRI y los mecanismos por medio de los cuales han operado.

¹ Entre las disposiciones del acuerdo de paz que el informe del Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz (2018) identifica como implementadas completamente o en forma intermedia, se encuentran la creación de la comisión de expertos en tierras para proveer recomendaciones sobre reformas normativas y de política pública, las cuales fueron presentadas en mayo de 2017, la formalización de predios equivalentes a 1 572 052,89 ha y la expedición de cinco planes de ordenamiento social de la propiedad para los municipios de Ovejas (Sucre), Tarazá, Ituango, Valdivia y Cáceres (Antioquia).

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS DE TRABAJO

La oposición de los propietarios es un aspecto recurrente en los trabajos sobre las reformas agrarias. Por ejemplo, Lipton (2009) menciona que poderosos terratenientes son capaces de bloquear las reformas, en particular, cuando temen que la compensación por su tierra no sea pagada o que la presión por mayor redistribución aumente. Asimismo, menciona que el cabildeo, la movilización o el boicot se encuentran entre sus tácticas para obstaculizar las reformas. De ese modo, el análisis de Browning (1983) para El Salvador también se refiere a la oposición política que recibió la reforma agraria e İşcan (2018) plantea que son inusuales las reformas agrarias que no causan una reacción opositora por parte de los terratenientes afectados.² En el caso colombiano, el clásico trabajo de Zamosc (1986) muestra cómo en 1972 la oposición organizada del sector privado y la mayoría de los principales partidos políticos condujeron a iniciar reformas a la Ley 135 del 15 de diciembre de 1961, sobre reforma social agraria, que restringieron la tierra disponible para la redistribución y encareció tal política redistributiva al exigir compensaciones para la expropiación a precios de mercado. Por su parte, Adams (1966) enuncia entre los obstáculos de esta ley los problemas en la financiación de las actividades del Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora) y la oposición política a la reforma.

En línea con estos trabajos, Albertus (2015) se enfoca en América Latina para proponer una teoría sobre las condiciones en que las reformas agrarias son implementadas. Al delinear esta teoría de la reforma agraria, detalla cómo los actores políticos principales interactúan para presionar o bloquear la reforma.³ En la propuesta teórica de Albertus, la implementación de la redistribución de tierras es más probable que ocurra en contextos de división coalicional entre las élites políticas gobernantes y las élites terratenientes. Por su parte, las reformas agrarias menos redistributivas⁴ plantean menores amenazas a las élites terratenientes⁵ y, por tanto, su implementación responde a lógicas políticas distintas de las que modelan la redistribución (p. 61). De ese modo, Albertus considera que la asociación de la redistribución de tierras a menores

² Aunque excede los alcances de este artículo hacer un paralelo con las reformas agrarias en Asia, vale la pena mencionar que İşcan (2018) atribuye la implementación exitosa de las reformas agrarias en Japón, Taiwán y Corea, entre otras cosas, al contexto de ocupación y de influencia de las potencias con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

³ En particular, Albertus (2015) menciona que “la oposición de un pequeño grupo de actores institucionales puede comprometer la reforma: si el ejecutivo se opone a la reforma, si la legislatura corta la financiación o la burocracia es corrupta o desorganizada, los esfuerzos de reforma agraria redistributiva fracasarán” (p. 60).

⁴ Al respecto, Albertus (2015) se refiere a las categorías de negociación de tierras y colonización de tierras. Estas serán definidas en detalle más adelante.

⁵ “Mientras la redistribución de tierras presenta una amenaza clara a las élites terratenientes, la negociación de tierras plantea, por mucho, una amenaza leve y la colonización de tierras no plantea ninguna amenaza en absoluto” (Albertus, 2015, p. 61).

restricciones institucionales y a divisiones coalicionales entre élites políticas y terratenientes es menos cierta en la negociación y colonización de tierras.

En la descripción del proceso para implementar una reforma agraria efectiva, Albertus (2015) señala los pasos y la participación institucional para ese propósito,⁶ así como los obstáculos políticos que implica.⁷ De ese modo, la adopción de la ley puede frustrarse si el Gobierno o el Congreso no tienen incentivos para la reforma. También puede ser bloqueada por el *lobby* u otras formas de influencia de las élites terratenientes que presionen para bloquear la reforma (Acemoglu & Robinson, 2008). La inexistencia de catastros actualizados o fiables también bloquea la implementación al dificultar la identificación de los propietarios afectados (Kain & Baigent, 1992). Por ejemplo, Putzel (1992) evidencia que en Filipinas se mostró inviable la reforma agraria a partir del uso de los censos de distribución de tierras para ocultar las propiedades de los grandes terratenientes. En particular, no habían sanciones por mentir acerca del área de la propiedad y se permitió que la información de la extensión de los predios que debían reportar los propietarios se remitiera a los alcaldes municipales quienes “seguían siendo el centro del poder de los terratenientes locales y tenían poco interés en implementar la reforma” (Putzel, 1992, p. 146). Los mencionados obstáculos pueden o no presentarse en mecanismos menos redistributivos de reforma agraria, como la negociación de tierras y la colonización de tierras y, por lo general, implican que estos mecanismos son más fáciles de implementar, porque se afectan menos las élites terratenientes y se involucran menos actores institucionales (p. 65).

Entre los mecanismos propuestos por Albertus (2015) mediante los cuales las élites terratenientes pueden bloquear la redistribución de tierras en las democracias, se encuentran la representación directa en la legislatura, la captura por la élite de funcionarios elegidos, jueces o burócratas, y el uso de clientelismo para socavar el apoyo de los pobres rurales a la reforma. Así, la influencia de las élites terratenientes sobre el Congreso permite impedir la aprobación de leyes de reforma, fallar en la financiación de su implementación o aumentar las barreras legales para la expropiación y redistribución (p. 69). Por ejemplo, la reforma agraria filipina enfrentó la oposición de las élites propietarias, el desinterés de los legisladores y la falta de recursos financieros y materiales (Binswanger-Mkhize & Deininger, 2009; Drbohlav, Svitálek & Hejkrlik, 2017).

⁶ Se trata de a) el trámite y aprobación de la ley de reforma agraria, b) la identificación de los propietarios que cumplen los criterios para ser afectados por la reforma, c) la creación o autorización a agencias gubernamentales que administren la reforma agraria, d) el establecimiento de un marco legal de apoyo para la adjudicación de la propiedad y para el reclamo de afectaciones, e) la toma de posesión de la tierra objeto de reforma por el Gobierno o los beneficiarios, f) la asignación por el Gobierno de la tierra a beneficiarios elegidos y g) la protección del nuevo *statu quo*. Opcionalmente, la reforma agraria puede incluir la entrega de insumos, créditos e infraestructura a los beneficiarios.

⁷ Albertus (2015) distingue los mecanismos más frecuentes según se presenten en regímenes autocráticos o democráticos. Sin embargo, el texto solo se enfocará en los que ocurren en contextos democráticos.

Igualmente, las élites terratenientes frecuentemente tienen alianzas e, incluso, parentescos con legisladores, miembros del Ejecutivo y burócratas que constituyen su recurso para ejercer presión considerable para bloquear las reformas. Albertus & Kaplan (2013) explican que los terratenientes cabildeaban exitosamente en la burocracia del Incora, para que esta agencia concentrara su actividad en “proyectos que no perturbaban la tenencia de tierra existente” (p. 227; Tai, 1974). Por último, las élites terratenientes pueden alcanzar resultados electorales favorables comprando votos o presionando votantes a través de la oferta a bajo costo de beneficios económicos inmediatos a los pobres a cambio de no apoyar la redistribución. Esta estrategia también puede acudir a tácticas, como impedir que los trabajadores accedan al voto (Albertus, 2015, p. 79).

A partir de los supuestos teóricos de Albertus (2015), la hipótesis de este artículo es que la RRI ha sido bloqueada como consecuencia de la inexistencia de una división entre élites políticas gobernantes y élites terratenientes, y de altas restricciones institucionales. De ese modo, se discute si actores interesados en el bloqueo de la RRI han impedido la aprobación de legislación con ese propósito y han recortado la financiación a entidades con funciones en la implementación de la RRI. Aquí no abordo otros posibles mecanismos de bloqueo, por ejemplo, las querellas y otros modos de judicialización de la protesta campesina que presionan por la reforma agraria, como ocurrió en la implementación de la reforma agraria en Chile entre 1970 y 1973 (Sánchez, 2018).

3. METODOLOGÍA

Al igual que Albertus (2015), para medir la variable de restricción institucional recurro a la base de datos Political Constraint Index (POLCON) de Henisz (2002). Este índice captura los vetos sobre el cambio de política y varía de 0 a 0,69, en que los valores más altos indican mayores puntos de veto.

La otra variable se mide en el grado de coincidencia entre las élites políticas gobernantes y los aliados que comprenden su coalición inicial de apoyo y las élites terratenientes. De ese modo, se examina si las élites políticas gobernantes son en sí mismas élites terratenientes o si fueron nombradas por estas últimas (en aquellos casos, por ejemplo, que el Ejecutivo es electo por una legislatura dominada por los intereses de los terratenientes), en cuyo caso no hay división coalicional. De no satisfacerse esta condición, se examina si las élites terratenientes proveen apoyo financiero, logístico, represivo u otro apoyo material que refuerce la capacidad de las élites políticas para gobernar. Si esta condición no se cumple, hay una ausencia de división coalicional.

Con este propósito, se analiza la composición del gabinete, si están presentes miembros de organizaciones que agrupan terratenientes o si, por el contrario, los cargos los desempeñan personas provenientes de los pobres rurales. Otras formas más informales se refieren a si contribuyeron financieramente a la campaña. También se examina si las élites políticas fueron electas

a través de partidos que excluyen las élites terratenientes. La información para el análisis de esta variable se obtendrá a partir de revisión de prensa y, de estar disponible, a partir de literatura secundaria.

Para analizar el carácter redistributivo de la reforma, se recurre a la tipología de reformas agrarias propuesta por Albertus (2015), que distingue tres tipos: a) redistribución de tierras, b) negociación de tierras y c) colonización de tierras. La redistribución de tierras es la expropiación de la tierra del sector privado y su redistribución a aquellos que no tienen o tienen poca tierra (Albertus, 2015, p. 114), siempre y cuando la compensación sea por debajo de los valores de mercado o sin compensación alguna. La expropiación ha operado, por ejemplo, mediante el establecimiento de límites a la extensión de las propiedades y el sometimiento del derecho de propiedad al cumplimiento de la función social, que usualmente se asocia a una explotación económica eficiente.

La negociación de tierras se define en la adquisición de tierra del sector privado con compensaciones a valores del mercado para la redistribución subsiguiente a aquellos con menor tierra o sin ella. Este mecanismo puede operar mediante ventas voluntarias o mediante el establecimiento de requerimientos legales para que el Estado tenga la primera opción de compra. También se consideran negociaciones de tierras las ventas forzadas ordenadas en forma independiente⁸ por tribunales con compensaciones a precios de mercado.

Por último, la colonización se trata de la distribución de las tierras estatales. De esta noción se excluye la distribución de las tierras que el Estado adquiere mediante expropiación o negociación de tierras. En la colonización, el Estado desempeña un papel directo cuando se involucra en la apertura de tierras y la adjudicación a ocupantes que se establezcan en ellas, e indirecto cuando legaliza asentamientos y les provee la infraestructura administrativa para reconocer esa ocupación (Albertus, 2015, p. 121). Para identificar el comportamiento de estos distintos mecanismos en la RRI, se analizarán las disposiciones del acuerdo de paz junto con informes de las agencias estatales encargadas de la implementación de estos mecanismos.

⁸ Albertus (2015) aclara que la expropiación también puede pasar por las manos de los jueces, en cuyo caso el criterio de distinción es que los fallos judiciales que ordenan la venta forzada no estén indebidamente influenciados por el Ejecutivo.

4. RESULTADOS

No hay división de las élites

El acuerdo de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC fue alcanzado durante el segundo periodo presidencial a cargo de Juan Manuel Santos (2014-2018). En 2016, año en que culminó el proceso de negociación, en el gabinete gubernamental se encontraban ministros con vínculos con el sector empresarial y gremial, que pueden leerse como un *proxy* de las élites propietarias. En la tabla 1 se encuentra el listado de los ministros con vínculos con las élites terratenientes durante el Gobierno Santos.

TABLA 1. MIEMBROS DE GABINETE DEL GOBIERNO SANTOS
CON VÍNCULOS CON LAS ÉLITES TERRATENIENTES

Nombre	Ministerio	Período	Relación con élites propietarias
Germán Arce Zapata	Minas y Energía	2016-2018	Durante más de una década trabajó en el mundo bancario, en HSBC y ABN AMRO, siempre en el área de mercados globales.
Germán Cardona	Transporte	2017-2018	Dirigió el Comité Intergremial de Caldas, una influyente coalición empresarial. También fue presidente de la firma constructora Ingecon S.A.
Juan Guillermo Zuluaga	Agricultura y Desarrollo Rural	2017-2018	Aunque en esos años (2006-2011) Zuluaga se enfocó en sus negocios personales, especialmente fincas (aunque no ha hecho carrera en asuntos de agro, siempre ha estado vinculado con el Llano y sus costumbres rurales), siguió haciendo parte de ese grupo político y por eso terminó como candidato a la Alcaldía.
Luis Carlos Villegas	Defensa	2015-2018	Expresidente de la ANDI durante casi dos décadas.

ANDI: Asociación Nacional de Industriales.

Fuente: Elaboración propia según La Silla Vacía (2018d, 2018e, 2018f, 2018g).

Por ejemplo, destaca el ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Juan Guillermo Zuluaga, un político profesional originario del departamento del Meta que combinaba su actividad política con los negocios asociados a la propiedad de fincas en su departamento (La Silla Vacía, 2018e). Siendo ministro, Zuluaga presentó ante el Congreso de la República un proyecto de ley para reformar la ley vigente sobre reforma agraria. Esta iniciativa ha sido calificada por organizaciones campesinas y expertos en asuntos de tierras de “regresiva y lesiva para la población rural más vulnerable, además de contradecir el acuerdo de paz pactado en La Habana tras cuatro años de negociaciones” (Verdad Abierta, 2018). Igualmente, en el Ministerio de Defensa, de 2015 a agosto de 2018, se desempeñó Luis Carlos Villegas, expresidente de la ANDI por casi dos décadas (La Silla Vacía, 2018d).⁹

Esta presencia gremial en el gabinete no se redujo luego de que asumiera la Presidencia Iván Duque apoyado en una coalición de sectores conservadores y el Centro Democrático. Esta coalición se conformó en torno a la oposición al acuerdo de paz alcanzado y a la campaña que promovió el voto negativo en el plebiscito de 2016 que buscaba refrendar popularmente el acuerdo. De ese modo, sectores conservadores representados en la excandidata presidencial Marta Lucía Ramírez (“Propuestas para la re-negociación del Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, 2016; “Bases de un acuerdo nacional de paz”, s. f.), el expresidente Andrés Pastrana y el Centro Democrático ejercieron la vocería de los denominados sectores del No en el plebiscito y promovieron ajustes al acuerdo con el propósito de conservar el *statu quo* de los terratenientes.

Así, alegaban que la extinción administrativa del dominio de las tierras inexploradas que alimentarían el fondo de tierras de la RRI “resulta ser altamente lesiva del derecho constitucional de propiedad, por lo que la definición y alcance de lo que se debe entender por inadecuadamente explotada e incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad debe definirse con precisión, comoquiera que no puede quedar sujeto a interpretaciones subjetivas sobre los casos en que procede la medida administrativa” (“Propuestas para la re-negociación del Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, 2016), y en general, se enfocaban en que los acuerdos deben “respetar el derecho a la legítima propiedad privada” (“Bases de un acuerdo nacional de paz”, s. f.).

Además de estos respaldos que se atribuyen la vocería de los terratenientes y que conformaron la coalición que eligió a Duque presidente, los gremios aumentaron su presencia en el gabinete y personas provenientes de este sector fueron designadas en los cargos directivos de algunas

9 Es cierto que el mismo ministro Villegas hizo parte del grupo de negociadores del acuerdo de paz y de su capítulo agrario. Sin embargo, como explica Gutiérrez (2016), este mismo personal que habilitó la negociación se convirtió en un factor de ambigüedad e incoherencia entre las políticas gubernamentales hacia el agro y lo que se acordó en el proceso de paz.

agencias clave para implementar la RRI. En la tabla 2, se enlistan los ministros con vínculos con las élites terratenientes durante el Gobierno Duque a febrero de 2018.

TABLA 2. MIEMBROS DEL GABINETE DUQUE CON VÍNCULOS CON LAS ÉLITES TERRATENIENTES

Nombre	Ministerio	Relación con élites propietarias
Andrés Valencia	Agricultura y Desarrollo Rural	Exdirector de Fenavi entre 2013 y 2018. En 2003, se desempeñó como asesor de la gerencia general de la FNC y desde 2011 fue gerente comercial también de la FNC.
Ricardo Lozano	Ambiente y Desarrollo Sostenible	Fue director del Centro Nacional del Agua de la ANDI.
Jonathan Malagón	Vivienda, Ciudad y Territorio	Trabajó en la ANIF y cuatro años como vicepresidente técnico de Asobancaria y de entidades financieras de Colombia.
Guillermo Botero Nieto	Defensa Nacional	Fue presidente de Fenalco desde 2003 hasta 2018.
Ángela Orozco	Transporte	Fue presidenta de Asograsas y entre octubre de 1995 y agosto de 1998, fue vicepresidenta de Asocolflores.
Nancy Patricia Gutiérrez	Interior	Desde 2014 fue presidenta de Asomovil.

Fenavi: Federación Nacional de Avicultores de Colombia; **FNC:** Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; **ANDI:** Asociación Nacional de Industriales de Colombia; **ANIF:** Asociación Nacional de Instituciones Financieras; **Asobancaria:** Asociación Bancaria; **Fenalco:** Federación Nacional de Comerciantes; **Asograsas:** Asociación Colombiana de Productores de Grasas y Aceites Comestibles; **Asocolflores:** Asociación Colombiana de Exportadores de Flores; **Asomovil:** Asociación de la Industria Móvil de Colombia.

Fuente: Elaboración propia según *El Tiempo* (2018), *La Silla Vacía* (2018a, 2018b, 2018c), Lewin y Ávila (2018), *Asomovil* (2014) y Presidencia de la República, s. f.).

Respecto de la presencia gremial en el gabinete, por ejemplo, resalta la designación de Andrés Valencia Pinzón como ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, quien se desempeñaba como presidente de Fenavi y también fue gerente comercial de la FNC (*La Silla Vacía*, 2018a). La pre-

sencia gremial o de funcionarios afines al partido de Gobierno también se constata en la dirección de agencias cruciales para la implementación de la RRI.

Por un lado, la Agencia de Desarrollo Rural (ADR) es la entidad encargada de la provisión de bienes públicos, como crédito, asistencia técnica y proyectos productivos para los beneficiarios de las tierras asignadas del Fondo de Tierras. Sin embargo, designaron como directora de la ADR a Claudia Ortiz, una persona sin experiencia previa en el sector, pero con una actividad política con su participación en la campaña presidencial a favor de Iván Duque (Vélez, 2018). La ANT es la entidad cuya función es la administración del Fondo de Tierras de la RRI. A su dirección llegó Myriam Martínez, proveniente de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite (Fedepalma), agremiación que ha defendido la necesidad de permitir la acumulación de baldíos en Colombia para el cultivo de palma y existe información de que hubo tierras afectadas por fenómenos de despojo o abandono de tierras que fueron posteriormente destinadas al cultivo de palma (Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH], 2016).

El recuento de la composición de los gabinetes ministeriales desde 2016 muestra la ausencia de una división entre élites propietarias y élites políticas que, de acuerdo con la teoría sobre reforma agrarias, constituye un factor que reduce la probabilidad de adelantar reformas agrarias redistributivas. No hay división coalicional en la medida que los gremios han incidido en la conformación del gabinete y han ocupado carteras clave para la implementación de la RRI, como el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Esta presencia gremial se extiende a las agencias clave en la ejecución de mecanismos redistributivos, de negociación o colonización de tierras, y se complementa con funcionarios sin experiencia específica en su sector con fuertes respaldos políticos de la coalición vocera de los propietarios.

Restricciones institucionales

Para 2016, año en que culminó la negociación de los acuerdos de paz, existían altas restricciones institucionales que hacen menos probable la implementación de una reforma agraria redistributiva. En particular, Colombia tiene un índice POLCONIII y POLCON IV para 2016 de 0,65706 (Henisz, 2002). Este fue el índice desde 2011 y representó un incremento considerable respecto del periodo anterior de 2007 a 2010 en que este índice era de 0,106634; es decir, un periodo previo de bajas restricciones institucionales.¹⁰ En este sentido, el Gobierno no cuenta con los medios necesarios para implementar una reforma agraria redistributiva en la implementación de la RRI.

¹⁰ Entre las variables que cambiaron en los periodos de 2007 a 2010 y de 2011 a 2016 es que había alineación entre el Ejecutivo y la coalición o partido dominante en la Cámara de Representantes y en el Senado, y entre la coalición o partido dominante en ambas cámaras, junto con una disminución de la fraccionalización legislativa. Para consultar los detalles técnicos del índice POLCON III y la codificación de sus variables, puede consultarse Henisz (2006).

Este poder de veto se puede apreciar en particular con la actividad parlamentaria que ha impedido adoptar legislación crucial para la implementación de la RRI y que será abordada con detalle en la siguiente sección que discute los mecanismos de bloqueo de dicha implementación.

Reforma agraria y acuerdo de paz

En este apartado, identificamos los mecanismos que incluye la RRI a partir de la tipología de reformas agrarias expuesta por Albertus (2015). La RRI propone la conformación del Fondo de Tierras de distribución gratuita que en sus primeros diez años dispondrá de tres millones de hectáreas. Las fuentes de estas tierras se asocian con algunos mecanismos redistributivos, es decir, que se dirigen a adquirir de manera forzada tierras en manos de particulares sin compensación o compensaciones a precios por debajo del mercado. Por ejemplo, contempla como fuentes del Fondo de Tierras la extinción judicial del dominio (punto 1.1.1 del acuerdo de paz) y la extinción administrativa del dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad.

En segundo lugar, puede discutirse si la expropiación contemplada en la RRI, de acuerdo con las normas constitucionales vigentes, se considera un mecanismo de negociación de tierras y no de redistribución. Por un lado, el acuerdo contempla que el Fondo de Tierras se puede constituir con tierras expropiadas por motivos de interés social y utilidad pública “con la correspondiente indemnización” (punto 1.1.1). Por su parte, la norma constitucional que autoriza la expropiación establece que, “por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa”, que, además, ha sido interpretada consistentemente por los tribunales como indemnizaciones a precio de mercado.¹¹ Adicional a este mecanismo de negociación de tierras, la RRI plantea la posibilidad de que los particulares donen tierra al Fondo y un subsidio a la compra de tierras (punto 1.1.2).

En tercer lugar, la RRI incluye mecanismos de colonización directa de tierras mediante la asignación a beneficiarios de tierras provenientes de la actualización, la delimitación y el fortalecimiento de la reserva forestal. De ese modo, se asignan tierras públicas que actualmente están sujetas a un propósito de conservación ambiental para la titulación privada. A este mecanismo se suma la formalización masiva de la pequeña y mediana propiedad rural (punto 1.1.5), que

¹¹ “Cuando un particular se ve constreñido por el Estado a transferirle una porción de su patrimonio por motivos de utilidad pública o de interés social debidamente determinados por el legislador, tiene derecho al pago de una indemnización previa, que comprenda tanto el valor del bien expropiado, como el que corresponda a los demás perjuicios que se le hubieren causado, tal como lo ha precisado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado [...] Si bien la jurisprudencia reconoce que el particular también sufre daños adicionales a la pérdida patrimonial del inmueble, el cálculo del resarcimiento que deba recibir no se limita a considerar el valor comercial del bien, sino que puede abarcar los daños y perjuicios sufridos por el afectado por el hecho de la expropiación” (Sentencia C-227/2011, de 30 de marzo).

tiene por meta la formalización de siete millones de hectáreas con medidas como la gratuidad en la adjudicación de baldíos.

La información oficial de la Agencia Nacional de Tierras (ANT) evidencia el papel marginal de los mecanismos de redistribución y negociación de tierras en la RRI, lo cual coincide con la estimación de Gutiérrez y Marín (2018) sobre el desempeño del Fondo de Tierras, que parte del supuesto de que los mecanismos redistributivos no serán utilizados. A su vez, estos resultados son consistentes con la hipótesis propuesta en que la ausencia de divisiones coalicionales y altas restricciones institucionales bloquean las reformas agrarias redistributivas. Incluso evidencian que estos factores, en el caso colombiano, no solo bloquean la redistribución, sino mecanismos como la colonización o la negociación, que se supone no representan una amenaza para las élites terratenientes.

Según la ANT, actualmente el Fondo de Tierras está conformado por 525 646,34 ha equivalentes a 3895 predios (ANT, 2018, citado por Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, 2018). De esta cifra, 3386,77 ha (que representan el 0,64 % de hectáreas del Fondo) provienen de tierras objeto de extinción judicial del dominio transferidas a la ANT por la Sociedad de Activos Especiales (SAE). Por su parte, 3165,21 ha (0,60 % de las hectáreas del Fondo) son producto de la extinción administrativa del dominio, por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad. El resto de las tierras que conforman el Fondo obedecen a mecanismos que no son aquellos habituales de las reformas agrarias, como la recuperación de baldíos a favor de la nación.

El desempeño no solo es pobre en la adquisición de las tierras que conformen el Fondo para su posterior adjudicación. Respecto de esto último también se muestra que, a mayo de 2018, la adjudicación “no ha iniciado bajo el procedimiento definido en el Decreto 902 de 2017” (ANT, 2018, p. 6). En síntesis, en el momento no existe población beneficiaria de las tierras que actualmente conforman el Fondo de Tierras de la RRI. Paralelo a la deficiencia en los mecanismos redistributivos, la ANT muestra un mejor desempeño en los mecanismos de colonización de tierras. Por ejemplo, 992 866,52 ha en 25 948 predios baldíos fueron titulados a igual número de familias entre enero de 2017 y junio de 2018 (Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, 2018).

Mecanismos de bloqueo de la RRI

Como se señaló arriba, no solo es de interés establecer cuál es el papel de las divisiones coalicionales y las restricciones institucionales en el bloqueo o impulso a las reformas agrarias. También interesa establecer los mecanismos a través de los cuales operan esos bloqueos. A modo de ejemplo, Albertus (2015) refiere la posibilidad de frustrar la adopción de leyes por el Congreso, el *lobby* de las élites terratenientes, la inexistencia de catastros actualizados o confiables que impiden la identificación de la población objeto de la reforma o la desfinanciación e imposición de mayores barreras legales para la expropiación y la redistribución. Este trabajo se concentra en dos de estos

mecanismos: el bloqueo en la adopción de leyes que implementen los mecanismos redistributivos de la RRI y la falta de financiación de las entidades con competencias en la implementación.

Falta de adopción de leyes de implementación

En particular, conforme con la hipótesis propuesta, se analizó el comportamiento del Gobierno y del Congreso en el trámite de iniciativas legislativas asociadas a la RRI. La tabla 3 resume estas iniciativas indicando el autor, el tema que tratan, la fecha de su presentación y el estado actual de su trámite.

TABLA 3. PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LA RRI

N.º	Número proyecto	Autoría	Tema	Fecha de radicación	Estado
1	124/16 S, 206/16 C	Partido Conservador	Ampliación de tierras estatales para adjudicación	16.3.2016	Archivado
2	157/16 S	Centro Democrático	Obstáculos a recuperación de baldíos	12.10.2016	Archivado
3	006/16 S, 259/17 C	Partido de la U, Cambio Radical, Partido Conservador	Equidad de género en adjudicación de baldíos	20.7.2016	Sancionado como ley
4	196/18 S, 225/18 C	Gobierno Nacional	Adjudicación de baldíos en reservas forestales	16.3.2018	Archivado
5	031/17 S	Centro Democrático	Derogatoria del decreto ley de RRI	20.7.2017	Archivado
6	165/18 S	Alianza Verde	Formalización de tierras	26.9.2018	En trámite
7	056/18 S	Alianza Verde	Formalización de tierras	26.7.2018	Archivado
8	003/18 S	Gobierno Nacional	Modificación de la Ley 160/1994, de 3 de agosto	20.7.2018	Archivado
9	001/18 S	Gobierno Nacional	Jurisdicción agraria	20.7.2018	Archivado
10	019/17 C, 010/17 S	Gobierno Nacional	Catastro multipropósito	16.8.20/17	Archivado
11	09/17 S, 018/17 C	Gobierno Nacional	Adjudicación de baldíos en reservas forestales	8.8.2017	Archivado

Nota: Las letras C o S designan respectivamente el número que se asignó al proyecto de ley en la Cámara de Representantes o en el Senado.

Fuente: Elaboración propia según Congreso Visible, Gaceta del Congreso y Senado (20 de enero de 2019).

De la tabla 3 destaca que 9 de las 11 iniciativas legislativas relacionadas con la RRI que iniciaron su trámite en el Congreso han sido archivadas. Cabe señalar que el archivo de estas iniciativas en ningún caso ha sido resultado de la aprobación mayoritaria de una iniciativa en ese sentido. En cambio, el archivo señala que los mencionados proyectos de ley no culminan su trámite en el periodo que exige la ley. Esa dinámica de archivo por falta de trámite ha afectado tanto a iniciativas gubernamentales y de su coalición en el Congreso como a iniciativas de partidos independientes (Alianza Verde) y de la bancada en su momento opositora del Centro Democrático. También resalta que han sido archivadas iniciativas cruciales según Albertus (2015) para la implementación de cualquier reforma agraria, como la que trata del catastro multipropósito,¹² pero también han sido descartados proyectos de ley de la bancada del Centro Democrático dirigidas a elevar las barreras para la recuperación de tierras públicas o la que deroga las normas con fuerza de ley adoptadas por el Gobierno Santos que dan sustento al Fondo de Tierras.

La oposición a las iniciativas de implementación del acuerdo de paz, en particular la representada por el Centro Democrático, en algunas oportunidades se basó en cuestionar la validez misma del procedimiento extraordinario previsto excepcionalmente para expedir las normas de implementación. Por ejemplo, al oponerse a la aprobación del proyecto de ley para adjudicación de baldíos en zonas de reserva forestal, el representante a la Cámara de ese partido político, Rubén Darío Molano, consideró que este proyecto se estaba tramitando “bajo un procedimiento especial inconstitucional” (Congreso de la República de Colombia, 2017b, p. 20). Asimismo, se opusieron al ejercicio de la habilitación legislativa del presidente para expedir normas que implementaran ciertos asuntos del acuerdo de paz. Es el caso del proyecto promovido por senadores del Centro Democrático para derogar el Decreto 902/2017, de 29 de mayo que ejecutaba ciertos aspectos de la RRI basados en que el Gobierno “se extralimitó en el uso de las facultades otorgadas en el Acto Legislativo 01 de 2016, comoquiera que los argumentos que fundamentan la necesidad de tramitar un tema tan sustancial como lo es el ordenamiento de la propiedad rural, vía Decreto-ley, no responden a las exigencias que el Tribunal Constitucional ha dispuesto” (Congreso de la República de Colombia, 2017a). En síntesis, el Centro Democrático también intentó bloquear los instrumentos legales que se crearon para expedir normas que implementaran aspectos del acuerdo de paz, tanto el procedimiento legislativo abreviado con una vigencia específica como la habilitación presidencial para expedir decretos con fuerza de ley.

Asimismo, el archivo de todas las iniciativas tanto del Gobierno Nacional como de la oposición que se relacionan con la RRI evidencia una situación de un bloqueo mutuo como consecuencia

¹² En febrero de 2019, inició la discusión del proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, que incluye algunas normas relacionadas con el catastro multipropósito. Este proyecto propone la descentralización de la gestión catastral y la atribución de funciones catastrales a la ANT.

de la conjunción de la debilidad y desidia de la bancada gubernamental junto con una oposición sistemática pero no mayoritaria de partidos como el Centro Democrático.

Financiación de las entidades encargadas de la RRI

Otro mecanismo a través del cual las reformas agrarias son bloqueadas es el recorte en su financiación. De ese modo, la reducción de los presupuestos de las entidades encargadas impide la puesta en marcha de los mecanismos de redistribución, negociación o colonización de tierras.

La tabla 4 muestra el presupuesto de las vigencias anuales de 2016 a 2019 de las entidades con funciones principales en la implementación de la RRI, el total de estas asignaciones presupuestales y el total del presupuesto nacional de cada vigencia.

TABLA 4. PRESUPUESTO DE LAS ENTIDADES ENCARGAS DE LA RRI, VIGENCIAS 2016-2019 (VALORES EN MILES DE MILLONES DE PESOS CONSTANTES A PRECIOS DE 2018)

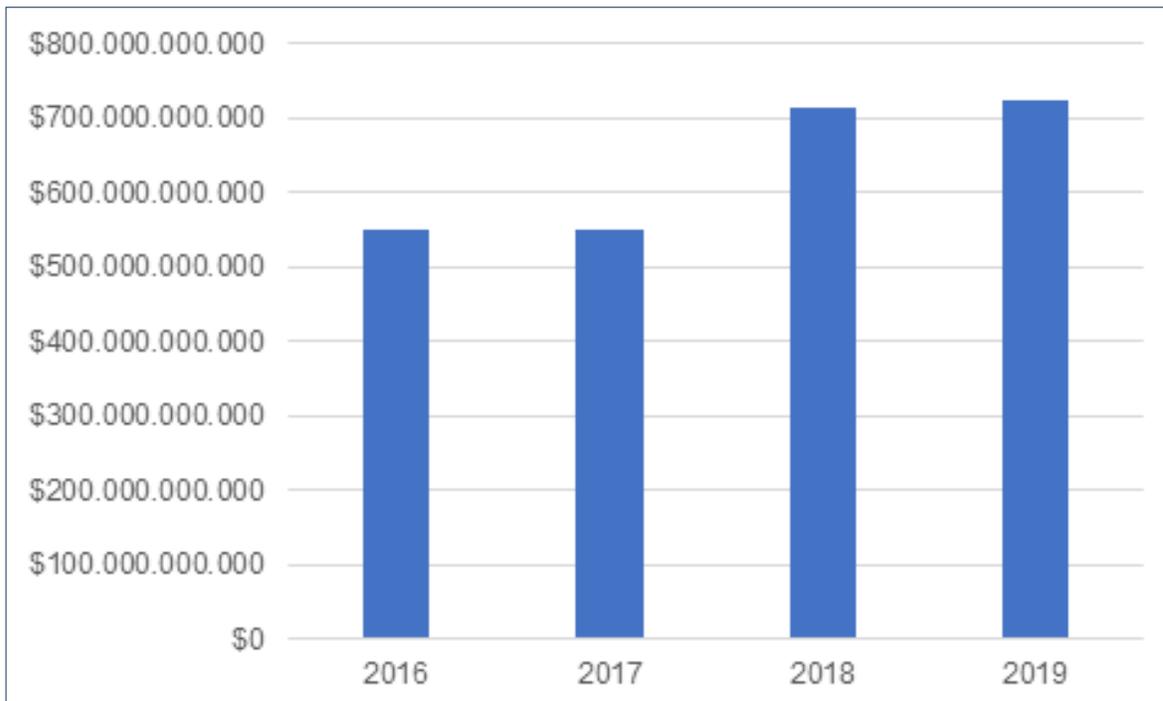
Vigencia	Ley	ANT	ADR	ART	Total presupuesto entidades	Total presupuesto
2016	1769 de 2015	\$550,8			\$550,8	\$261 827,7
2017	1815 de 2016	\$211,7	\$335,8	\$3,2	\$550,7	\$254 888,1
2018	1873 de 2017	\$303,6	\$305,6	\$103,4	\$712,7	\$252 984,5
2019	1940 de 2018	\$338,5	\$270,8	\$114,1	\$723,4	\$258 997,3

ANT: Agencia Nacional de Tierras, **ADR:** Agencia de Desarrollo Rural, **ART:** Agencia de Renovación del Territorio.

Nota: El valor para las tres entidades para la vigencia 2016 obedece al presupuesto asignado al extinto Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder).

Fuente: Elaboración propia según *Diario Oficial*. Valores en miles de millones de pesos.

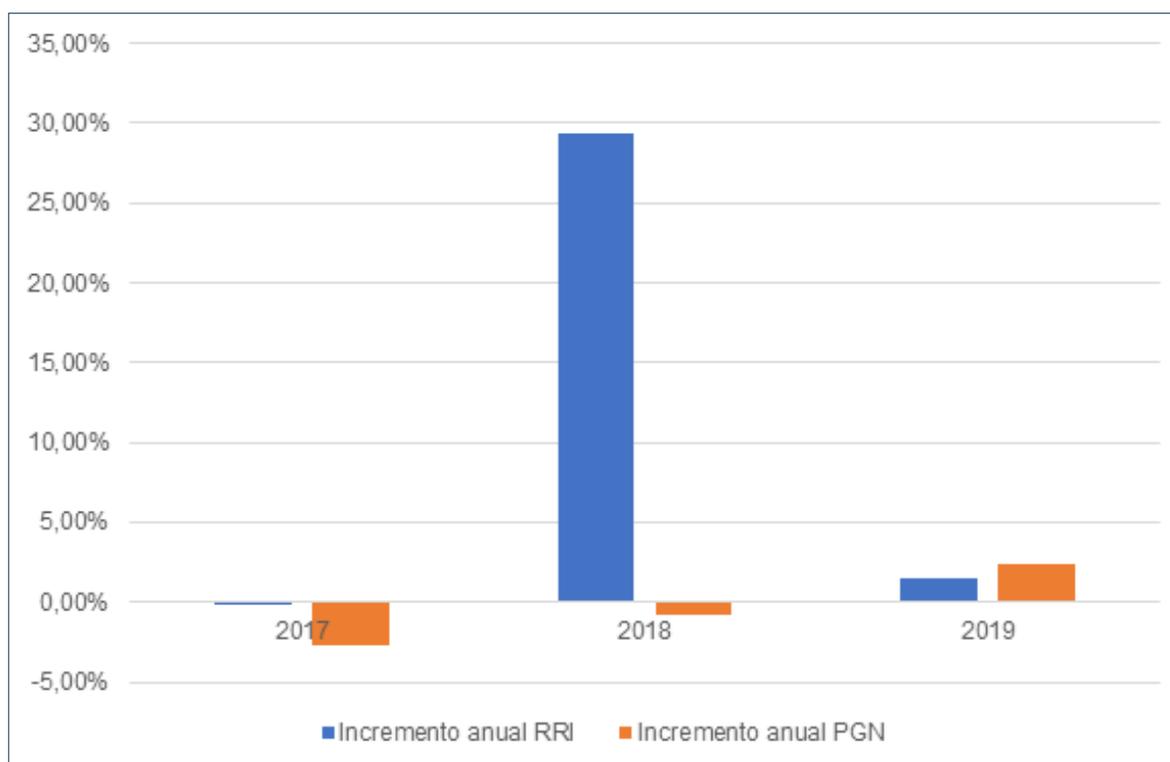
Entre 2016 y 2019, luego de un descenso casi imperceptible en 2017, el presupuesto de las entidades de la RRI (ANT, ADR y ART) aumentó en 2018 y 2019 (figura 1).



Fuente: Elaboración propia.

FIGURA 1. PRESUPUESTO DE LAS ENTIDADES DE LA RRI (2016-2018).

Sin embargo, al comparar los incrementos porcentuales del presupuesto de las entidades de la RRI y del presupuesto general de la nación, se observa un descenso en la financiación de estas entidades (figura 2). En la vigencia 2017, el presupuesto general de la nación y de las entidades de la RRI disminuyó. En cambio, en 2018, los incrementos del total de las entidades concernientes a la RRI mostraron una tendencia ascendente. Así, la vigencia 2017 tuvo una disminución del 0,01 % y en la vigencia 2018 aumentó un 29,40 %. Este comportamiento presupuestal tuvo mejor desempeño comparado con el del presupuesto total en las mismas vigencias, pues el presupuesto general en la vigencia 2017 disminuyó un 2,65 % y, en 2018, un 0,75 %. Sin embargo, en 2019, el incremento del presupuesto de las entidades de la RRI (1,50 %) fue inferior al aumento promedio del presupuesto general de la nación (2,38 %).



Fuente: Elaboración propia.

FIGURA 2. INCREMENTO PORCENTUAL DEL PRESUPUESTO DE LAS ENTIDADES DE LA RRI Y DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN.

El menor incremento del presupuesto de las entidades de la RRI para la vigencia 2019, comparado con el incremento en el año anterior (o incluso la disminución casi imperceptible en 2017), evidencia un mecanismo de debilitamiento de la burocracia encargada de emprender las políticas agrarias de la RRI, ya no solo respecto de mecanismos redistributivos a los que suele asociarse una oposición política mayor, sino a los mecanismos de negociación y colonización de tierras involucrados en la RRI del acuerdo de paz.

5. CONCLUSIONES

El acuerdo de paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC incluyó mecanismos propios de las reformas agrarias. Así, la RRI se propuso la conformación de un Fondo de Tierras dirigido a distribuir tierras a campesinos sin acceso a ella o con tierra insuficiente. A su vez, tal Fondo se conformaría a través de mecanismos que corresponden con la tipología propuesta por Albertus (2015) de mecanismos de redistribución y negociación de tierras. También contempla mecanismos de colonización a través de la adjudicación de tierras baldías.

Los mecanismos de la RRI hasta el momento han tenido una ejecución mínima y en algunos casos inexistente. Las causas de esta ejecución mínima corresponden con lo expuesto por Albertus (2015): obedecen a un contexto de ausencia de división coalicional entre élites políticas y propietarias, y altas restricciones institucionales.

Acercas de la ausencia de división coalicional se muestra cómo, al tiempo que se alcanzó un acuerdo de paz, los gabinetes de los gobiernos que deberían implementar la RRI tienen una presencia relevante de personeros de élites propietarias, representadas en dirigentes gremiales. Esa representación de intereses gremiales se acentúa en el periodo presidencial de Iván Duque en que esa presencia gremial también ocupa puestos cruciales, como directivos de las entidades con competencias en la implementación de los mecanismos de redistribución, negociación y colonización. De este modo, los gobiernos Santos y Duque no cuentan con los incentivos para emprender políticas agrarias redistributivas o, incluso, menos ambiciosas en este aspecto, como la negociación o colonización de tierras.

Respecto de las altas restricciones institucionales que enfrenta el Gobierno Nacional para adelantar reformas agrarias, se verificó que esta situación ha sido persistente por lo menos desde 2011 y, de esta forma, hay bastantes puntos de veto que impiden, en particular, la adopción de legislación que dé base a políticas de redistribución, negociación o colonización de tierras. En un contexto de ausencia de división coalicional y altas restricciones institucionales, según Albertus (2015), el Gobierno Nacional carece de los incentivos y de los medios para emprender cualquier tipo de reforma agraria. Si bien es cierto que Albertus contemplaba que estas restricciones operan mayormente para políticas redistributivas, el caso de la implementación de la RRI colombiana (que involucra mecanismos menos agresivos para los propietarios como la negociación y la colonización) muestra que tales políticas menos ambiciosas de reforma agraria reciben los mismos bloqueos que la redistribución.

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales operan estos bloqueos, se analizaron las discusiones en el Congreso de iniciativas relativas a la RRI y el presupuesto dirigido a las entidades con funciones de implementación de la RRI. El análisis documental de las iniciativas legislativas presentadas en el Congreso evidenció la conjunción de una oposición activa del partido de derecha del Centro Democrático junto con la poca capacidad gubernamental de tramitar en forma exitosa las iniciativas dirigidas a implementar puntos del acuerdo de paz. Destaca, en particular, la imposibilidad de expedir la legislación sobre el catastro multipropósito, lo cual impide que el Estado adquiera conocimiento básico de su territorio, pero además de potenciales objetivos de políticas de tierras. El comportamiento del presupuesto de las entidades concernidas con la RRI mostró un menor incremento para 2019 en comparación con el año inmediatamente anterior, aunque superior al incremento ocurrido en 2017. Además, expuso un incremento menor del que tuvo el presupuesto general de la nación. Estos comportamientos sugieren una reducción en la financiación de la RRI.

REFERENCIAS

- Acemoglu, D. & Robinson, J. A. (2008). Persistence of power, elites, and institutions. *American Economic Review*, 98(1), 267-93. DOI: 10.1257/aer.98.1.267
- Agencia Nacional de Tierras. (2018). *Informe de rendición de cuentas de la implementación del acuerdo de paz*. Recuperado de shorturl.at/kAN01
- Adams, D. (1966). Colombia's land tenure system: Antecedents and problems. *Land Economics*, 42(1), 43-52.
- Albertus, M. (2015). *Autocracy and redistribution: The politics of land reform*. Nueva York. EE. UU.: Cambridge University Press.
- Albertus, M. & Kaplan, O. (2013). Land reform as a counterinsurgency policy: Evidence from Colombia. *Journal of Conflict Resolution*, 57(2), 198-231. <https://doi.org/10.1177/0022002712446130>
- Asomovil. (2014). *Últimas noticias*. Recuperado de <http://www.asomovil.org/wp-content/uploads/2015/02/9.-Jul-2014.pdf>
- Bases de un acuerdo nacional de paz. (s. f.). Recuperado de <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/bases-de-un-acuerdo-nacional-de-paz.pdf>
- Binswanger-Mkhize, H. P. & Deininger, K. (2009). History of land concentration and redistributive land reforms. En H. P. Binswanger-Mkhize, C. Bourguignon & R. van den Brink (Eds.), *Agricultural land redistribution: Toward greater consensus Lionel Cliffe*. (pp. 45-86). Washington, DC, EE. UU.: The World Bank.
- Browning, D. (1983). Agrarian Reform in El Salvador. *Journal of Latin American Studies*, 399-426.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2016). *Tierras y conflictos rurales: historia, políticas agrarias y protagonistas*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de <http://babel.banrepcultural.org/cdm/ref/collection/p17054coll2/id/74>
- Decreto 902/2017, de 29 de mayo, "por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras". *Diario Oficial*, núm. 50248 (2017).
- Drbohlav, P., Svitálek, J. & Hejkrlik, J. (2017). Socio-economic Assessment of the Philippine Agrarian Reform. *AGRIS on-line Papers in Economics and Informatics*, 9(665-2017-1576), 33-46. 10.22004/ag.econ.262459
- El Tiempo*. (2018, julio 21). Ángela María Orozco, ministra de Transporte en el gobierno de Duque. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/angela-maria-orozco-ministra-de-transporte-en-el-gobierno-de-duque-246210>
- Congreso de la República de Colombia. (2017a). *Gaceta 634*. Bogotá, Colombia: Autor.

- Congreso de la República de Colombia. (2017b). *Gaceta 1026*. Bogotá, Colombia: Autor
- Gutiérrez Sanín, F. (2016). Agrarian debates in the Colombian peace process: Complex issues, unlikely reformers, unexpected enablers. En A. Langer, & Brown, G. K. (Eds.), *Building sustainable peace: Timing and sequencing of post-conflict reconstruction and peacebuilding*. (pp. 341-358). Oxford, RU: Oxford University Press.
- Gutiérrez Sanín, F. y Marín Jaramillo, M. (2018). Tierras en el posconflicto: ¿en el fondo cual es el problema? *Análisis Político*, 31(92), 18-38. <https://doi.org/10.15446/anpol.v31n92.71095>
- Henisz, W. J. (2002). The institutional environment for infrastructure investment. *Industrial and Corporate Change*, 11(2), 355-389. <https://doi.org/10.1093/icc/11.2.355>
- Henisz, W. J. (2006). *Political Constraint Index (POLCON) dataset*. Recuperado de https://mgmt.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2016/12/CODEBOOK_2005.pdf
- Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. (2018). *Segundo informe sobre el estado efectivo de implementación del acuerdo de paz en Colombia*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de shorturl.at/byHLY
- İşcan, T. B. (2018). Redistributive Land Reform and Structural Change in Japan, South Korea, and Taiwan. *American Journal of Agricultural Economics*, 100(3), 732-761. <https://doi.org/10.1093/ajae/aax093>
- Kain, R. J. & Baigent, E. (1992). *The cadastral map in the service of the state: A history of property mapping*. Chicago, EE. UU.: University of Chicago Press.
- La Silla Vacía. (2018a, agosto 7). *Andrés Valencia Pinzón*. Recuperado de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/andres-valencia-pinzon>
- La Silla Vacía. (2018b, agosto 7). Jonathan Malagón González. Recuperado de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/jonathan-malagon-gonzalez>
- La Silla Vacía. (2018c, agosto 7). *Ricardo Lozano*. Recuperado de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/ricardo-lozano>
- La Silla Vacía. (2018d, agosto 27). Luis Carlos Villegas Echeverri. Recuperado de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/luis-carlos-villegas-echeverri>
- La Silla Vacía. (2018e, septiembre 21). Juan Guillermo Zuluaga. Recuperado de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/juan-guillermo-zuluaga>
- La Silla Vacía. (2018f, agosto 30). Germán Arce Zapata. Recuperado de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/german-arce-zapata>
- La Silla Vacía. (21 de Septiembre de 2018g). Germán Cardona Gutiérrez. Recuperado de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/german-cardona-gutierrez>

- La Silla Vacía. (2019, noviembre 7). Guillermo Botero Nieto. Recuperado de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/guillermo-botero-nieto>
- Lewin, J. E. y Ávila Cabrera, A. (2018, julio 27). El gabinete de Duque visto con lupa. *La Silla Vacía*. Recuperado de <https://lasillavacia.com/el-gabinete-de-duque-visto-con-lupa-67213>
- Ley 135/1961, de 15 de diciembre, sobre reforma social agraria. *Diario Oficial*, núm. 30691 (1961).
- Ley 160/1994, de 3 de agosto, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones *Diario Oficial*, núm. 41479 (1994).
- Lipton, M. (2009). *Land reform in developing countries: Property rights and property wrongs*. Oxon, RU: Routledge.
- Presidencia de la República. (s. f.). Ángela María Orozco Gómez, ministra de Transporte. Recuperado de <https://id.presidencia.gov.co/gobierno/mintransporte>
- Propuestas para la re-negociación del “Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. (2016, octubre 10). Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/propuestas-martha-lucia.pdf>
- Putzel, J. (1992). *A captive land: The politics of agrarian reform in the Philippines*. Londres: Catholic Institute for International Relations.
- Sánchez Barría, F. (2018). La criminalización de la protesta en el sur austral de Chile: los propietarios agrícolas de la provincia de Llanquihue en la Reforma Agraria de la Unidad Popular, 1970-1973. *Cuadernos de Historia*, 48, 127-159. <http://dx.doi.org/10.4067/S0719-12432018000100127>
- Secretaría Técnica del Componente Internacional de Verificación. (2018). *Segundo informe de verificación de la implementación del acuerdo final de paz en Colombia para los verificadores internacionales Felipe González y José Mujica*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de shorturl.at/HTWX5
- Secretaría Técnica del Componente Internacional de Verificación. (2019). *Quinto informe de verificación de la implementación del acuerdo final de paz en Colombia para los verificadores internacionales*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de shorturl.at/amHKK
- Sentencia C-227/2011, de 30 de marzo, decreto legislativo de desarrollo de estado de emergencia económica, social y ecológica en materia de medidas sobre expropiación por vía administrativa.
- Superintendencia de la Economía Solidaria. (2018). *Informe de rendición de cuentas de la Implementación del acuerdo de paz*. Recuperado de <http://www.supersolidaria.gov.co/es/sala-de-prensa/noticia/informe-de-rendicion-de-cuentas-de-la-implementacion-del-acuerdo-de-paz>
- Tai, H.-C. (1974). *Land reform and politics*. Berkeley, EE. UU.: University of California Press.
- Vélez, J. (2018, octubre 1). Duque refuerza su yin yang con dos nombramientos. *La Silla Vacía*. Recuperado de <https://lasillavacia.com/duque-refuerza-su-yin-yang-con-dos-nombramientos-68203>

Verdad Abierta. (2018, agosto 9). Proyecto de ley sobre tierras es lesivo para comunidades rurales vulnerables. Recuperado de <https://verdadabierta.com/proyecto-ley-tierras-lesivo-comunidades-rurales-vulnerables/>

Zamosc, L. (1986). *The agrarian question and the peasant movement in Colombia: Struggles of the National Peasant Association, 1967-1981*. Cambridge, RU: Cambridge University Press.

Revista de Derecho

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

La importancia del sistema de gestión del riesgo aduanero*

The Importance of Customs Risk Management System

ROBERTO MEISEL LANNER

Abogado por la Universidad Libre y magíster en Educación por la Universidad Simón Bolívar.
Docente investigador del Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad Simón Bolívar.

robertomeisel@yahoo.es - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2228-7140>

* Este artículo de investigación es producto del proyecto “Los discursos históricos y lógicos interpretativos: puntos de partida de la construcción sociojurídica. Grupo de investigación en derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Programa de Derecho, de la Universidad Simón Bolívar.

Resumen

El Estado colombiano, consecuente con el auge de las organizaciones criminales y el uso que hacen de las opciones del comercio exterior, introdujo el concepto de *gestión del riesgo* en la regulación aduanera, para conseguir la neutralización de esas acciones. Este artículo permitirá, entonces, conocer los alcances y la importancia del sistema de la gestión del riesgo aduanero y lo que gira a su alrededor en ese escenario, y para ello se esbozarán sus rasgos.

PALABRAS CLAVE

Regulación aduanera, control aduanero, gestión del riesgo, trazabilidad.

Abstract

The Colombian state, consistent with the rise of criminal organizations and their use of foreign trade options, introduced the concept of risk management in customs regulation to neutralize these actions. This article of reflection will then allow us to know the scope and importance of the system of customs risk management and what revolves around it in that scenario and for this its main features will be outlined below.

KEYWORDS

Customs Regulation, Customs control, Risk management, Traceability.

1. INTRODUCCIÓN

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1165/2019, de 2 de julio por medio del cual estableció la regulación aduanera y adoptó otras disposiciones en uso de las facultades que le confería el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 7 de la Ley 7/1991, de 16 de enero, una vez oído el Comité de Asuntos Aduaneros Arancelarios y de Comercio Exterior y después de recibir la correspondiente recomendación del Consejo Superior de Comercio Exterior. Posteriormente, se dictaron nuevas disposiciones reglamentarias a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para adecuar esa normativa a las exigencias de la rutina aduanera. Con esta disposición, quedaron derogados los anteriores decretos que informaban y orientaban desde 1999 la imprecisa legislación aduanera nacional.

Los fundamentos para adoptar esa normativa no solo descansaban en la necesidad “de compilar, modernizar, simplificar y adecuar la regulación aduanera a las nuevas prácticas internacionales para facilitar el comercio exterior y el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el país dentro de los acuerdos comerciales”, sino que también, entre otros, “se requiere fortalecer los criterios de la gestión de riesgo en el ejercicio del control aduanero en orden a neutralizar las conductas de contrabando y lavado de activos, prevenir el riesgo ambiental y la violación de los derechos de propiedad intelectual, defender la salud, garantizar la seguridad en frontera y en general la seguridad de la cadena logística” (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). En igual sentido, ya se está preparando la autoridad aduanera para reajustar el procedimiento informático aduanero a fin de propender a la adopción de mecanismos simplificados que contribuyan a la facilitación y agilización de las operaciones de comercio exterior.

El Decreto 1165/2019, de 2 de julio contiene 22 títulos divididos en capítulos para un total de 774 artículos, cuyo radio de acción está delimitado dentro del territorio nacional para regular las relaciones jurídicas que se establezcan entre la administración aduanera y quienes intervienen en el ingreso, la permanencia, el traslado, el depósito y la salida de mercancía hacia y desde Colombia con sujeción a la Constitución y a la ley. Posteriormente, se dictó la Resolución 46/2019, de 26 de julio para reglamentar de un modo pertinente los alcances de la nueva regulación aduanera. Esta, por ende, es el conjunto de disposiciones legales que sistematizan las relaciones jurídicas que surgen entre los declarantes, obligados y usuarios aduaneros y el Estado a través de la DIAN por consecuencia de las operaciones de importación, exportación y tránsito aduanero.

Desde luego que es pertinente aseverar que esas disposiciones introdujeron una serie de novedades procedimentales y sustanciales en relación con los regímenes de importación, exportación y tránsito para dar un salto hacia adelante en lo concerniente a la logística y a la dinámica de las operaciones de comercio exterior en el mundo, que oscila ya entre la neoglobalización y el proteccionismo, a la par que estableció los criterios de autorización y habilitación de los usuarios

aduaneros, de los obligados aduaneros, y del mismo modo señaló las pautas a seguir a efectos de iniciar el trámite de fiscalización y sanción en los términos definidos por la ley, entre otros tópicos. Y eso es loable destacar, mientras se armonizan las medidas respectivas con acciones contundentes (Meisel, 2020, p. 42).

Igualmente, se organizó la índole de la obligación aduanera entendida como “el vínculo jurídico que existe entre la administración aduanera y cualquier persona directa o indirectamente relacionada con cualquier formalidad régimen destino u operación aduanera derivado del cumplimiento de las obligaciones correspondiente a cada una de ellas” (Decreto 410/1971, de 27 de marzo) y, por ende, toda mercancía quedará bajo la potestad aduanera hasta tanto se cumpliera el pago de los derechos e impuestos y demás emolumentos a que hubiere lugar. Los sujetos de esa relación son la DIAN como vocera del Estado y el declarante por la importación de la mercancía o el que adquiera mercancía sometido a un régimen especial de importación, y en ese escenario le corresponde al sistema de gestión del riesgo como una categoría específica del ejercicio del control aduanero diseñar mecanismos para que la obligación aduanera se cumpla a cabalidad, y determinar en qué casos se pretermitió la regulación aduanera o en qué eventos es procedente neutralizar el proceso de importación o exportación (Decreto 410/1971, de 27 de marzo).

Es del caso indicar que, entre las novedades de la regulación aduanera, se destaca la incorporación de nuevas figuras como el sistema de gestión del riesgo. Y aunque todavía no acredita la capacidad para mostrar una eficacia media contra las operaciones de comercio exterior ilícitas, por lo menos es un paso importante en la formalización de ese mecanismo de prevención, control y represión contra la delincuencia organizada a nivel global, más se deberá a la par realizar rápidamente una política tangible de modernización a gran escala de la DIAN, pues la ausencia de esa estrategia entorpece no solo la marcha de una entidad, sino que también desorienta los objetivos de cualquier plan de reordenamiento legal que se hiciera como el de autos (Decreto 410/1971, de 27 de marzo).

Ahora bien, el proceso de revisión de la literatura sobre el particular comenzó con una búsqueda en el sitio web de la gestión del riesgo y el criterio de exploración se aplicó por tema y como período los últimos cinco años, y aunque la pesquisa arrojó 56 datos más o menos, y la mayoría de esa información no era relevante en sí, ya que solo hizo énfasis en la cuestión empresarial y, por ello, los ítems que se escogieron, como se puede atisbar en la revisión bibliográfica, fueron muy escasos e, incluso, no era viable citar las recomendaciones de los organismos internacionales, en especial la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus documentos más representativos como el Programa Columbus, la Declaración de Arusha, el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Mundial, salvo el Protocolo de Kioto (Perilla, 2012, p. 34), que tienen que ver con la cuestión aduanera, de comercio exterior o la facilitación de comercio a nivel mundial, ni tampoco transcribirlas porque han sido acogidas siempre por cada legislación. De manera que sería tautológi-

co hablar de la gestión del riesgo aduanero, tal como lo recomiendan los órganos supranacionales, y traer a colación, asimismo, lo que pautan otros Estados sobre ese tópic, ya que, se reitera, manejan idénticos presupuestos de hecho y de derecho. Incluso, ni siquiera el Tribunal Andino de Justicia (Meisel, 1987, p. 5 y ss.) tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el particular, lo que confirma la ausencia de fuentes aduaneras acerca de la gestión del riesgo en ese campo.

Los resultados de esta investigación se podrán clasificar en dos tipos: uno de índole conceptual a partir de la caracterización de la etapa de preparación de la gestión del riesgo como el control aduanero (Meisel, 2020, p. 104) a través de la identificación de las funciones que cumple y la interacción que existe con sistema de gestión del riesgo, así como las decisiones que se adoptan, y otro de índole material en que ya se proponen claves de éxito en el logro de los objetivos del sistema de gestión del riesgo aduanero, y lo hacen extensivo como sistema de riesgo empresarial. También para proveer mejor a las sociedades en una especie de ten con ten para establecer afinidades o diferencias y a su vez señalar los modelos básicos que maneja ese sistema de gestión del riesgo aduanero con énfasis en el modelo de trazabilidad y sopesar su significación en el desarrollo de sus fines: neutralizar la acción criminal.

Esta exploración muestra que las etapas del control aduanero y el sistema de gestión del riesgo (Meisel, 2020, p. 111), a pesar de su interacción, cumplen funciones diferentes, la primera es mucho más amplia, y va dirigida o debe ir dirigida a la totalidad de las operaciones de comercio exterior, mientras que la segunda es más puntual, a través de la determinación de sus elementos (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Pues pretende identificar los riesgos de las personas que intervienen en la cadena logística de distribución y las características de las operaciones de comercio exterior, el estado de sus obligaciones fiscales y la solvencia económica que asegure el cumplimiento de las formalidades legales, entre otros. Es decir, maneja dos modelos: el relativo a las personas y el relativo a sus operaciones.

No obstante la aparente simetría normativa, se encontró en el desarrollo de esta indagación que no existe formalmente hablando un modelo que se considere fundamental para el éxito en la lucha contra las infracciones administrativas de los usuarios y obligados aduaneros directos o indirectos (Decreto 1165/2019, de 2 de julio), las operaciones de lavado de activos, el fraude a la renta de aduanas, etc. Lo anterior ha dejado cojo el sistema porque lo ha privado de una herramienta fundamental: la trazabilidad como modelo mixto en un sistema de riesgo aduanero, pues se halla en capacidad de prevenir desde el comienzo de la actividad criminal la neutralización de la acción ilegal de esos sujetos. La trazabilidad traza una hoja de ruta de una determinada actividad a efectos de estar atento a la eventual presencia del riesgo en el desarrollo de una operación comercial o aduanera en este caso. Y con sus principios: eficacia, oportunidad, manejo de información, transparencia, inclusión, facilita la toma de decisiones sobre un peligro concreto.

De aquí se colige que el enfoque de la investigación a partir de la revisión de la información que se alcanzó a manejar, a pesar de su precariedad y de que incluía examen de literatura, páginas web y modelos de gestión, fue cualitativo porque se aplicaron tres criterios de análisis: uno de tipo general, lo que se ha escrito sobre el particular, casi nada; la etapa del proceso que interesaba al estudio y la índole del sistema de gestión del riesgo; y desde luego la falencia que se acaba de comentar. El estudio consideró casos específicos en materia penal empresarial y penal aduanera en que se podría aplicar luego el modelo de trazabilidad y se situaron casos hipotéticos y el tipo de consecuencia que se derivaba de estos.

En resumen, esto lleva a considerar que el sistema de gestión del riesgo en general, pero en especial el riesgo aduanero, es importante porque crea y protege el valor de algo, es una parte integral de todos los procesos de organización. Por eso, se abordó también el tema empresarial, puesto que forma parte en la toma de decisiones y es sistemático, estructurado y oportuno para conseguir unos resultados fiables y consistentes; sin embargo, solo tendrá viabilidad en la medida en que se incorporase el modelo de trazabilidad explicado al lado de los modelos vigentes, porque el resultado oficial en la lucha contra el contrabando y actividades afines, según aparece en los medios, es muy baja en relación con las expectativas que sobre la regulación aduanera en general se esperaba.

2. EL CONTROL ADUANERO

El tema alrededor de la trascendencia del sistema de gestión del riesgo en el marco aduanero busca incrementar el conocimiento del control aduanero, porque es o su antecedente o su consecuente para neutralizar o reprimir cualquier actividad ilegal y determinar si es dinámico, interactivo y fiable, para aumentar la presión sobre las organizaciones criminales que agitan la dinámica aduanera, ya que cada instancia, el control y el sistema, como se verá luego, contemplan la posibilidad de mostrar una verdadera muralla de contención contra la ilegalidad en ese terreno. El control aduanero no puede funcionar solo o como una rueda aislada sin un adecuado sistema del riesgo para ciertos casos, porque resultaría insustancial, y por eso se torna indispensable tantear a estos dos cánones de inspección o atención aduanera y convenir si pueden fluir en una misma dirección acorde con sus objetivos.

El control es una medida o una serie de medidas que buscan asegurar el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley o en el reglamento; para el caso *sub examine*, es una medida o una serie de medidas que buscan asegurar el cumplimiento de la normativa vigente de competencia de la administración aduanera (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Estas pautas están enfocadas en las actividades de los usuarios aduaneros y los obligados, y de esa manera, por ejemplo, con el operador de transporte multimodal, el control tiene como finalidad atisbar que el transporte de mercancía extranjera desde algún lugar del exterior hacia otro lugar convenido para su entrega

en el territorio nacional se cumpla satisfactoriamente, y que en la ejecución de las maniobras de control aduanero que pueden ser previas, simultáneas o posteriores, se verifique que el operador de transporte multimodal cumplió con las obligaciones que esa operación demanda. Y de contera, un adecuado sistema de gestión del riesgo aduanero le permitiría a la autoridad aduanera conocer de antemano si hay un peligro potencial en el desarrollo de esa operación dados los antecedentes de ese operador logístico, o posteriormente si es necesario indagar la índole de la operación que se está llevando a cabo o próxima a finalizar para evitar que se consumare algún ilícito. Es un hecho notorio, y por eso no requiere prueba alguna que una de las vías que usan los transgresores de la ley aduanera es precisamente esta figura, porque muchas veces el control aduanero falla, a veces por el factor humano, y la mercancía se queda en el país.

Igualmente, ese compromiso logístico y aduanero también incluye a otros usuarios u obligados aduaneros que intervienen en esa dinámica, como el de control común a varios puertos y muelles, el titular de una zona primaria en el cruce de frontera, puerto o aeropuerto, y el agente terrestre o marítimo según el caso, que asumen de hecho las obligaciones que su tarea trae consigo, porque se encuentran vinculados a esa operación. Entonces el control previo en esta operación debería demostrar que se hizo uso correcto del dispositivo electrónico de seguridad, y no tenerlo en el momento de un examen simultáneo o posterior podría generar el inicio de un proceso de fiscalización que eventualmente derivaría en un procedimiento sancionatorio (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) a los responsables de tal omisión, entre ellos, el operador de transporte multimodal.¹ Pero algunas veces se cumplen sobre el tapete esas formalidades y es cuando debería también aparecer el sistema de gestión del riesgo para alertar y sugerir medidas antes o después del inicio y la culminación del proceso respecto del probable incumplimiento de la ley cuando la mercancía fuese de índole sensible, como tabaco o licor, y el operador o el consignatario tuvieran antecedentes sobre manejos pocos éticos.

Ahora bien: ¿cómo se surte ese control aduanero de modo global? El control recae sobre las operaciones de comercio exterior y los correspondientes usuarios aduaneros u obligados aduaneros. Por muestra, la operación de transporte de mercancía a través del territorio nacional en el modo aéreo y que permite el traslado de mercancías provenientes del exterior con destino final a otro

¹ Debo añadir lo siguiente: ¿acaso ese control previo no es rutinario? A simple vista sí, y uno de los objetivos de un adecuado sistema de gestión del riesgo aduanero es eliminar de su abecedario la palabra *rutina*, porque es lo más peligroso que existe para una dinámica empresarial u oficial, ya que petrifica las operaciones y la logística que cada evento demanda. Si el dispositivo de seguridad se pone de manera rutinaria y el control aduanero se cumple de la misma forma, no ha pasado nada; pero, si el control aduanero va acompañado de un oportuno sistema de gestión del riesgo, podría detectar el peligro de que la mercancía que va en el medio de transporte desaparezca, porque los elementos de juicio recopilados antes o de un modo concomitante así lo acreditan, y entonces sí es pertinente el acople de ese control aduanero con el sistema de gestión del riesgo aduanero en casos puntuales.

país a través del territorio aduanero y desde luego del espacio aéreo nacional, y al someterse al control aduanero, será indispensable la revisión del documento de transporte internacional emitido en el lugar donde se inició la operación para constatar que se trata de un transporte internacional con destino final un tercer país, exigir la solicitud de autorización de continuación de la operación o de verificar en el sistema informático aduanero la salida definitiva de esa mercancía (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Por ende, el control aduanero debe contrastar la viabilidad de la operación; pero, si se trata de algún producto sensible que se va a trasladar, debería intervenir el modelo específico del sistema de gestión del riesgo aduanero para acompañar ese proceso de control con advertencias, sugerencias o medidas tendientes en lo posible a neutralizar o reprimir la acción criminal, como ya se dijo en el párrafo anterior.

Igualmente, el control aduanero se puede llevar a cabo de manera selectiva, usando los medios tecnológicos y equipos de inspección que lograsen el máximo resultado en la política de prevención del riesgo aduanero. Y en este evento es de recibo destacar igualmente la jerarquía del acompañamiento de algún modelo del sistema de gestión del riesgo para muchas operaciones de transporte en los sectores álgidos, porque la tradición, la familiarización con lo cotidiano y la indolencia le quitan al control aduanero su pertinencia, y por sustracción de materia el sistema de gestión del riesgo aduanero queda atascado. En otras palabras: el acople pertinente del control aduanero con el sistema de gestión de riesgo es trascendental para eventos puntuales de algunas operaciones de comercio exterior, ya que mostraría el lado vigoroso de la ley aduanera frente a los pretensos infractores.

No se puede negar la importancia del control aduanero y sus momentos, previo, concomitante o posterior o de fiscalización (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) en las diversas actuaciones, actividades y formalidades de índole aduanera. No obstante, muchas veces se relativiza por la agobiante rutina y por el factor humano, y aunque muestra formalmente el compromiso del Estado colombiano de atacar y contrarrestar aquellas acciones vinculadas a operaciones administrativas contrarias a la ley aduanera al contrabando en sus distintas modalidades al fraude aduanero, al lavado de activos y al favorecimiento de ese tipo de comportamientos (Ley 1762/2015, de 6 de julio), eso todavía no es suficiente para manejar el escenario denso de la mecánica aduanera en que también es un hecho notorio que prevalece la corrupción. Y es pertinente añadir, entonces, que en el trajinar oficial la aplicación de las herramientas habituales del control se ven estancadas o distorsionadas por tantos factores, entre ellos, lo que vuelve vano cualquier política criminal en ese sentido. No obstante, hay que esperar la eficacia del cabal acople del sistema de riesgo aduanero, y su precedente, el control aduanero, para que consiguiesen cumplir sus objetivos y se alcance de ese modo minimizar, neutralizar o reprimir muchas acciones contrarias a la ley.

Por lo expuesto, es de recibo aceptar no solo la conexión formal sino material del control aduanero general con el sistema de gestión del riesgo aduanero, a fin de emplearlo como una doble

herramienta insuperable en la revisión de la viabilidad de las actividades aduaneras, con énfasis en las sensibles, en la importación, la exportación y el tránsito de mercancías, pues, sin esa integración, queda minusválida la vigilancia aduanera ante la carencia de un apoyo forense y logístico insustituible. Por ende, la solución será la potencialización del sistema de gestión del riesgo aduanero proporcionándole al modelo que se escogió (el operativo y el personal) los elementos de un nuevo modelo o de trazabilidad que integra esos dos esquemas para la revisión² y atención de todos los sectores que se hallaren comprometidos en la rutina del sector aduanero. Es decir, hay que ubicar el sistema de gestión del riesgo aduanero en aquellos escenarios vitales para fortalecer la capacidad del control aduanero y de paso convertirlo en algo proactivo.

Unas palabras finales: inclusive es factible que, conjugado en debida forma tanto el control aduanero como el sistema de gestión del riesgo aduanero, este último sea lo que ha sido en otras latitudes a nivel aduanero. Por ejemplo, la percepción de la idoneidad de la aduana en la Unión Europea (UE) o en los Estados Unidos al frente de sus responsabilidades como algo dinámico, interactivo y que brinda, además, respuesta no solo al cambio sino también a las necesidades de acción y reacción que se demandan, pues los acontecimientos internos y externos y el escenario generan la aparición de nuevos riesgos y retos a pesar de que otros desaparezcan o se neutralicen.

3. EL SISTEMA DE GESTIÓN DEL RIESGO ADUANERO

Es preciso aclarar lo siguiente: el sistema de gestión del riesgo es una herramienta que se utiliza por parte del Estado para prevenir desastres (Ley 1523/2012, de 24 de abril), igualmente es un mecanismo que se usa a nivel empresarial para respaldar la calidad, la seguridad y la visibilidad en la cadena de abastecimiento o un esquema para neutralizar y controlar actividades criminales. Y, desde luego, a nivel gubernamental es otro mecanismo que se emplea para impedir que se violare la legislación sobre un asunto específico, en este caso, el aduanero. Esto es, es inocultable que detrás de cualquier actividad en este mundo, al sentirse la presencia latente de la amenaza en cualquier aspecto del devenir, se requiere una política adecuada sobre gestión del riesgo, y eso significa entonces la medida adecuada para alinearse en el contexto en un momento dado y suministrar un perfil del riesgo.

² Es pertinente agregar lo siguiente: un plan de esa índole debería incluir la periódica autoevaluación de los parámetros mínimos de acción y reacción del control aduanero y del sistema de riesgo aduanero, ojalá ya incorporado el modelo de trazabilidad, con una valoración externa, y con la evidencia de que las debilidades encontradas con la presentación de un plan de acción que demandare acciones concretas sí podría mejorar la calidad del servicio del control aduanero, y desde luego la pertinencia del sistema de gestión del riesgo.

“Cuanta más realidad o ser tiene una cosa, tantos más atributos y riesgos le competen” (Spinoza, 1988, p. 55). Y eso implica que los peligros de la naturaleza, las amenazas del mercado o de manos criminales en una organización empresarial o los riesgos de las acciones ilegales en la instancia oficial aduanera tienen la posibilidad de surgir en un momento dado, muchas veces sin previo aviso. Por eso, es indispensable tomar las medidas y las precauciones de rigor para advertir su aparición, controlar su irrupción, atajar u oponer su ímpetu, anular su eficacia, rastrear a los responsables y evitar en lo posible que se repita en el tiempo y en el espacio. A eso se contrae cada sistema del riesgo, su análisis, su evaluación y, posteriormente, las directrices oportunas para que se tornase confiable.

Sin embargo, es evidente que el tema así planteado sobrepasa el marco presente, aunque podría convertirse en el rótulo de un problema que demandaría algunos trabajos de este tipo para comenzar a elucidar con más precisión algunas medidas sobre el particular. No obstante, en este artículo, se tantea una aproximación al tópico para resaltar su importancia, y para eso es menester concentrarse en lo que tiene que ver con una organización privada y más tarde con la administración aduanera en el campo del sistema de riesgo y los modelos pertinentes. No hay que olvidar que un sistema de gestión del riesgo tiene que ser transparente e inclusivo para que la adopción de una decisión sea acorde con la recomendación.

Ese escenario obliga a una bifurcación entre esos dos conceptos, organización empresarial, por muestra y la administración aduanera o DIAN, porque, si bien pueden aplicarse los parámetros globales que un esquema de gestión del riesgo trae consigo, tales como supervisión, reconocimiento, observación, recopilación, examen, percepción, interacción, recomendación, etc., sin embargo, en cuanto a funciones específicas, planes y actividades, en la práctica, la gestión del riesgo en los dos entes son diversas, porque satisfacen necesidades opuestas, a pesar de que adoptan medidas parecidas, aunque en el fondo la gestión del riesgo es la misma, porque de lo que se trata es de ser eficiente contra amenazas reales o potenciales.

En toda organización empresarial (Decreto 410/1971, de 27 de marzo), median influencias, presiones, factores externos e internos que inciden directa o indirectamente en su acaecer y en el cumplimiento de su objeto social, lo cual se denomina incertidumbre. De ahí se deriva una regla y es que en todas las actividades de una organización empresarial la cercan riesgos, que en algunos niveles podría ser mayor en otros en cambio menor, pero amenazas al fin y al cabo. Por eso, el paso inicial, que es el más significativo, será identificar el riesgo con referencia a las funciones concretas, reglas y actividades de tal organización, y rápidamente estudiar y justipreciar los mecanismos para prevenir, controlar, sofocar, neutralizar, rastrear o reprimir su presencia, y cada tiempo volver a estudiar si es factible modificar los criterios que se hubieren plasmado sobre el particular, porque las amenazas que se ciernen sobre cualquier organización empresarial son proteicas.

El riesgo es una cosa oculta, aunque evidente a medias, porque en un instante dado se podría predecir su aparición, por eso, es menester ir al encuentro de lo oculto de esa cosa, desocultándolo a partir de una adecuada formulación de la gestión de ese riesgo. ¿Cosa?

La cosa es sinónimo de algo y en este caso el riesgo —como cosa— recae eventualmente sobre otra cosa, ya sea para oponerse a su operación o para socavarla, ya sea para violentarla, destruirla o también para marginarla o perjudicarla; en fin, para originar trastorno o caos en un contexto objetivo. De ahí que la apreciación preliminar del contexto en que aparecería el riesgo fuese un antecedente ventajoso, porque diseminaría rápidamente las acciones a seguir de manera metodológica antes o en el momento de emerger el apuro. Después que suceda, lo que resta será evaluar qué no se hizo, qué se omitió y qué se debería hacer para evitar o contrarrestar de nuevo la presencia de tal amenaza que puede acabar con una organización si no adopta un esquema de prevención de riesgo de toda la amplitud de la palabra, es decir, el riesgo laboral, político, social, comercial, industrial, financiero, judicial, productivo o de calidad, según el caso.

Si bien el riesgo es algo arcano, debe mediar una causa o una sucesión de causas o enlaces que provocaren su injerencia³ en el curso ordinario de una organización empresarial. No obstante esta aseveración, en un mundo como el actual (2020) donde la inseguridad, la indecisión, la crisis ante los problemas fundamentales de la existencia y los aprietos ante la mayoría de los saberes, se exige no solo una alta dosis de ingenio, imaginación y sapiencia, sino que también se demanda indagar con criterio científico esas causas, e introducir posteriormente la praxis adecuada y oportuna de las herramientas que una pertinente gestión del riesgo insinúa para aumentar la probabilidad de contrarrestarlo, y de paso fomentar la gestión proactiva, mejorar

³ Es viable aclarar que, en un sistema de gestión del riesgo, debe existir de una manera previa la identificación de riesgos a través de un proceso que involucra los verbos rectores secuelas de los protocolos que maneja: *hallar, reconocer, conjeturar, acreditar* y describir la índole de estos. Posteriormente, estudiar la fuente de esos riesgos, y en ese proceso intervienen unos factores exógenos, como el antecedente histórico, procesal o empresarial, el concepto de expertos, el análisis hipotético concebido de una forma tangible o intangible, y desde luego tener presente la aparición del riesgo o la mutación súbita de factores o coeficientes que permitan vislumbrar su pronta irrupción en el escenario. El riesgo puede consistir en algo que no suceda y, por ende, el componente de reacción debe acomodarse a esa contingencia que pueden ser aspectos políticos, sociales, ambientales, sanitarios, comerciales, penales, fiscales, etc. En conclusión, el riesgo, desde el punto de vista empresarial, puede captarse desde ese perfil como una desviación o rodeo de lo que se aguarda en sentido positivo o negativo, como una posible combinación de las secuelas de un evento no necesariamente catastrófico, o como una alusión a eventos potenciales dañinos, y en el campo aduanero, un conjunto de actividades ilegales que es necesario neutralizar y reprimir o evitar que se repitan. Finalmente, el marco de gestión de riesgos, en cualquier esquema, comercial, oficial o fiscal, debe entenderse como un conjunto de elementos que suministran los pivotes y las modalidades metodológicas indispensables para diseñar, implementar, controlar, rastrear, revisar y mejorar continuamente la organización, para que de esa forma la arquitectura que saliere de ese trámite fuese antisísmica.

la identificación de las debilidades, oportunidades, fortalezas y amenazas, cumplir con las exigencias legales y las normas internacionales, optimizar la gobernanza, asignar eficazmente los recursos para el tratamiento del riesgo y minimizar las pérdidas (Norma Técnica Colombia NTC-ISO 31000. Gestión del riesgo. Principios y directrices).

Ya para terminar este apartado en relación con la organización empresarial a fin de tomar el hilo aduanero, es oportuno reconocer que el sistema de la gestión del riesgo es algo transcendental para la misión, la visión y los objetivos de cualquier sociedad comercial, de tal manera que solo bajo esa rúbrica será posible alcanzar un grado de información suficiente para contrarrestar o apartar la presencia de un peligro o una amenaza potencial sobre las actividades mercantiles de su objeto social. Es decir, cualquier actividad empresarial debe tener un sistema de gestión del riesgo al lado de sus controles administrativos para resistir los ataques que de distintos frentes a diario recibe, o bien como secuela de su objetivo social, o bien merced a la intervención de organizaciones criminales e, incluso, en los casos de violación a la confidencialidad de sus acciones y estrategias o a la propiedad industrial.

Al ponderar el acápite empresarial sobre el riesgo, y subrayar su significación que es evidente, pues contribuye a la eficiencia al manejar la incertidumbre, es viable definir ahora hablar de ese riesgo, pero desde la instancia aduanera y concebirlo, por ende, como aquella “probabilidad de que no se cumpla la normativa aduanera vigente y en general con las obligaciones administrativas impuestas por la DIAN” (Decreto 1165/2019, de 2 de julio).

Desde el punto de vista formal, los elementos de esa gestión del riesgo se hallan determinados por las personas que intervienen en la cadena logística de distribución o por las operaciones de comercio exterior, por el estado de las obligaciones de pagos exigibles en materia aduanera, lo relacionado con el pago de los tributos aduaneros o con la solvencia económica para desarrollar las operaciones de comercio exterior (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Y, además,

con los derivados del incumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, por los relacionados con la evasión del pago de los derechos e impuestos a la importación por distorsión de los elementos de valor en aduanas de la mercancía importada, de los tratamientos preferenciales derivados de la aplicación de las normas de origen, de los aspectos relativos a la nomenclatura arancelaria por la solvencia económica para desarrollar las operaciones de comercio exterior y por la solvencia económica que asegure el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias. (Decreto 1165/2019, de 2 de julio)

Eso implica que de un modo previo deberá surtirse el análisis integral —componente del control aduanero— sobre el alcance de esos conceptos con sus trámites para proveer no solo el control aduanero rutinario, sino que también, si se adecuren los elementos antes descritos, como la operación de comercio exterior o el sujeto que va a intervenir, apoyarse en el sistema de ges-

tión del riesgo aduanero, para abordar explícitamente la incertidumbre y proteger el marco legal correspondiente.

Entonces, desde una perspectiva legal, el peligro de no cumplir con la normativa aduanera lo monopoliza de una forma genérica el control aduanero; pero más tarde, cuando se tipifiquen algunos de los elementos —operación o persona— el sistema de gestión de riesgo aduanero según los protocolos que maneja, lo calificará con el índice de bajo, medio y alto, y servirá, o como medida para la operación de comercio exterior, o como distribución en la cadena logística, o como referente a la hora de emitir un concepto favorable o desfavorable de los importadores, exportadores usuarios y obligados aduaneros en el momento de efectuar alguna solicitud o trámite de autorización o habilitación. Y desde luego que eso valdría para un futuro como un antecedente cuando se hiciera otra vez el análisis integral de una nueva situación operativa o personal (Decreto 1165/2019, de 2 de julio).

El control aduanero y su sucedáneo, el sistema de gestión del riesgo en el contexto del comercio exterior, está depreciado, porque su tarea y su método, así como la índole de los elementos que maneja, son excesivamente generales y no han dado resultados específicos. No obstante, es preciso aclarar que, si se lograra el manejo eficiente de la información o datos acerca de las personas que intervienen en la cadena logística, el estado de sus obligaciones fiscales, la evasión, la solvencia económica de los usuarios o declarantes para desarrollar sus actividades o para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, podrían mostrar la otra cara de la moneda y de esa forma revelarían la pertinencia de sus medidas o certificaciones. Sin embargo, y se reitera en asuntos referentes a la mercancía sensible y a las personas que van a intervenir esos trámites, que se van a llevar a cabo en un futuro no muy lejano, es menester insistir en la especialización del sistema de la gestión del riesgo aduanero, como se verá mas adelante.

Sea pertinente ahora definir lo que es la gestión del riesgo aduanero desde la perspectiva del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y afirmar que es aquella aplicación sistemática de prácticas, técnicas y procedimientos administrativos que proporcionan a la aduana la información necesaria para manejar movimientos o envíos de carga que presenten un riesgo. Y para ello se establecieron cuatro pasos, a saber:

1. El contexto. Debe entenderse como el escenario en que se va a llevar a cabo la operación aduanera (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) o la aplicación de un determinado régimen aduanero, como importación, exportación o tránsito a efectos de calcular la presencia de un peligro. En el marco legal colombiano, existe una presunción de inocencia que es indispensable respetar, es decir, que no se puede actuar oficialmente en una operación aduanera o en un régimen aduanero si no existe una inferencia razonable según informaciones creíbles de que es probable la comisión de una infracción al régimen de aduanas (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). De lo contrario se asumen

las contingencias penales o disciplinarias que tal proceder arbitrario, injusto o precipitado traerá consigo por ausencia de un componente probatorio serio. Por eso, el sistema de gestión del riesgo aduanero acompañado del control aduanero eficiente, esto es, según las fuentes de información, en los datos históricos, en la experiencia y en la información, minimizaría esa posibilidad, pues permitiría a la DIAN actuar con fundamento en referencias sólidas.

2. Identificación del riesgo. No toda operación aduanera ni la solicitud de habilitación, autorización o aplicación de un régimen aduanero suponen un riesgo para el Estado. Es forzoso manejar no solo el análisis integral correspondiente (Decreto 1165/2019, de 2 de julio), sino también verificar los antecedentes de algún usuario aduanero u obligado, las opciones, las declaraciones anteriores, la información recaudada, la índole del bien y los documentos de rigor para calcular la posibilidad de ocurrencia de tal amenaza. Por ejemplo, durante el proceso de clasificación, origen y valoración (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) de cierto tipo de mercancía, y entonces, con las evidencias, proceder en consecuencia tras desenvolverse metódicamente la correspondiente pesquisa aduanera (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). De lo contrario, se pretermitirían los principios de favorabilidad, tipicidad, de prevalencia de lo sustancial y del principio de justicia que gobiernan la mecánica aduanera.

3) Análisis del riesgo. Según la índole de la operación aduanera de transporte, por ejemplo, la naturaleza de la mercancía o del régimen, la índole del usuario u obligado aduanero es posible, desde luego con mucha precaución, inferir que el riesgo es alto, medio o muy bajo de acontecer algún comportamiento típico (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). No hacerlo de esa manera, y colegir de un modo inadecuado algo del análisis integral y precipitar alguna medida de fiscalización, no solo violentaría la presunción de inocencia comentada y el debido proceso, sino que iría en contra del principio de eficiencia que campea en la normativa aduanera y, además, vulneraría el principio de legalidad que debe rodear toda la actividad estatal en Colombia. Entonces el camino a seguir es obrar con cautela y con las herramientas del control aduanero, el análisis integral y, al lado, el sistema de gestión del riesgo aduanero, para confrontar y comparar la información, y los documentos con los que reposan en el sistema informático aduanero o en una declaración aduanera con respecto a sus instrumentos soporte y evaluar si existen o no inconsistencias, determinar si existen o no errores, si se pagaron los tributos aduaneros totalmente o si se trata de mercancía con restricciones administrativas para proceder según la ley: el inicio del proceso de fiscalización o no.

4) Manejo del riesgo. La asistencia y la cooperación entre las distintas autoridades (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) y la oportuna interacción con el sector afectado serán positivos para obtener el éxito en las labores de rastreo y monitoreo del peligro, pues permitirá implementar las medidas para neutralizarlo. Esto es, que las categorías de tal estrategia serían tras el análisis integral de la situación (Decreto 1165/2019, de 2 de julio), el recaudo de la información,

el examen de ciertas cuestiones previas o concomitantes, la confirmación de la información, el seguimiento, la infiltración, la exploración, la eficiencia, la firmeza y posteriormente la recomendación oficial para determinar el camino a seguir (Decreto 1165/2019, de 2 de julio); no obstante, sujeta al marco legal para evitar falsos positivos que aparejarían consecuencias económicas, penales y disciplinarias, que además deteriorarían en el futuro cualquier operación similar. A pesar de que, para el manejo del riesgo alrededor de ciertos productos sensibles y de operaciones de subfacturación o sobrefacturación, por ejemplo, se requerirá un modelo específico de sistema de gestión del riesgo aduanero, del cual se hablará en el otro ítem, porque el actual sobreactúa sobre operaciones y sobre personas. Y de una forma general.

El sistema de gestión del riesgo aduanero debería ir engarzado con el esquema de control aduanero de acuerdo con la ley, eso es obvio. No obstante, debería igualmente operar de una forma autónoma y con un modelo específico para determinadas situaciones relacionadas con la mercancía y su operación de comercio exterior a fin de recomendar las medidas eficaces para neutralizar su introducción, circulación o salida del país. Porque ante la audacia, la técnica y la movilidad de las organizaciones criminales, resulta inútil, no solo la excesiva burocratización de esos dos procesos, de control y de gestión del riesgo, sino también la incompetencia o la corrupción del elemento humano en esta cadena de seguridad preventiva. Por ello, lo pertinente debería ser adecuar el sistema de gestión del riesgo con otro modelo más puntual para rondar el tráfico de aquellos bienes sensibles que ponen en peligro la economía nacional o alertar sobre actividades dudosas que conduzcan luego a violentar la ley penal.

Es de recibo aclarar que una cosa es el control aduanero anterior o previo a la importación, exportación y tránsito de mercancía, y otra cosa es el sistema de gestión del riesgo adoptado con sus elementos (personas, operaciones, obligaciones, solvencia, etc.), porque este último procedimiento es más específico, ya que, al intervenir, se hizo forzoso de un modo preliminar el manejo de los datos recopilados y, por ende, se podría conjeturar válidamente que podrían evadirse total o parcialmente los impuestos de aduana a pretexto de un tratamiento preferencial, de origen o correcta clasificación arancelaria o porque la marca de ese bien violenta la legislación de propiedad industrial (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Si se optare por el control de rutina, sin el manejo de un modelo de sistema de gestión del riesgo, es posible que el desaduanamiento se cumpliera sin contratiempo; pero, si se eligiere, dados los antecedentes, por la aplicación rigurosa del modelo de gestión del riesgo, es factible iniciar un operativo de fiscalización y neutralizar la aplicación del régimen de importación aparentemente legal. En igual sentido, apunta el sistema de gestión del riesgo a efectos de autorizaciones y habilitaciones de los diversos usuarios y obligados aduaneros, pero, en una forma genérica, lo que le resta pertinencia contra otro tipo de riesgos de más envergadura: lavado de activos, fraude a la renta de aduanas, contrabando de hidrocarburos, entre otros.

Lo mismo acontecerá si, a pesar de la índole de la importación, el control aduanero solo es simultáneo sin la intervención previa de alguno de los dos modelos de gestión del riesgo aduanero actual (operacional y personal). Y entonces aquí ocurriría que el desaduanamiento no se podría suspender o rechazar, porque la documentación aparentemente estaba en regla al instante de presentar la declaración aduanera de importación (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) en cualquiera de los ítems señalados, origen, valoración, marca, etc.; y ante la ausencia de las directrices que ese modelo del sistema de riesgo hubiere trazado sobre el particular, nada se pudo hacer ante la vista de propios y extraños. En cambio, con la puesta en marcha de un modelo específico dentro del sistema de gestión del riesgo al margen o, incluso, después del formal control aduanero, en escenarios concretos, podría facilitar la labor de prevención, represión, control y sanción de la DIAN sobre productos sensibles y operaciones sospechosas.

Y en lo que tiene que ver con el control posterior, la aplicación de un modelo del sistema de gestión del riesgo solo serviría para el futuro, pues ese control posterior o de fiscalización se llevó a cabo no sobre la mercancía, pues ya se le concedió el levante, y si es precedera o de difícil identificación, será imposible aprehenderla (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Y entonces solo será de recibo que quedaron sobre el tapete los antecedentes negativos de los usuarios u obligados aduaneros a efectos de cualquier posterior autorización, inscripción o habilitación.

Finalmente, es factible afirmar que es más fácil para una organización empresarial contar con un modelo de sistema de gestión del riesgo que consiguiese sofocar los peligros que se ciñen sobre esta, en los términos atrás referenciados, si bien respetando a la ley que para este caso es la DIAN. Pues como organismo del Estado con funciones precisas y obligaciones tajantes debe proceder con cautela en el momento de poner en marcha procedimientos coercitivos o de control porque debe obrar dentro de los límites constitucionales y legales de rigor que un Estado social de derecho demanda. No obstante, la aplicación de un modelo complejo es del recibo por parte de la autoridad aduanera e igualmente por parte de la organización empresarial, como se verá en el siguiente acápite.

Unas palabras finales: pese al anterior inconveniente formal, resulta evidente que un buen modelo del sistema de gestión del riesgo es de vital importancia en el mundo globalizado tanto empresarial como aduanero, porque establece un contexto, identifica los peligros, analiza los riesgos, evalúa y prioriza según los niveles, alto, bajo, medio y, luego, define las estrategias para neutralizar esas amenazas con unas medidas adecuadas.⁴ Sin embargo, es menester actua-

⁴ Por ejemplo, y se aclara el sistema de gestión del riesgo en el marco aduanero, con sus dos modelos, va dirigido contra el usuario y obligado aduanero, y contra las operaciones de comercio exterior o la cadena logística: si va contra el primero, califica, autoriza y habilita sin dejar de evaluar constantemente su desempeño, y si va contra el segundo, selecciona opciones para proveer. De aquí se desprende que la interacción entre los diversos

lizar constantemente los protocolos de acción y de reacción de ese sistema —o del modelo que se adoptare— porque el perfeccionamiento de la inteligencia artificial, la reproducción en 3D y otros mecanismos de alta tecnología también pueden ser aprovechados por la delincuencia organizada para sus condignos fines.

4. LA TRAZABILIDAD

Este es el modelo específico al cual se hizo alusión y que se requiere implementar en el sistema de la gestión del riesgo para seguir la pista (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) o los antecedentes sobre operaciones aduaneras a ciertos productos sensibles, a determinados usuarios y obligados aduaneros y, por qué no, a los terceros que optan por el anonimato, pero que son los artífices de procedimientos ilegales a través de testaferros, para obtener de ese modo la neutralización oportuna de las diversas etapas del acontecer criminal en lo que concierne al contrabando, al lavado de activos o al fraude a la rentas de aduanas de modo puntual. Esto es, este modelo solo manejaría aquellos casos en que se vislumbrase la comisión de esos reatos de algún usuario u obligado o de su operación, incluso, antes de llegar la mercancía al país. Entonces la distinción entre los modelos vigentes, el personal y el operacional salta a la vista: estos para los exámenes globales de las diversas operaciones de comercio exterior en atención a los elementos que lo componen y aquel exclusivamente para explícitas mercancías llamadas sensibles para neutralizar el lavado de activos, contrabando y fraude a la renta de aduanas, entre otras disposiciones.

La pregunta que surge de lo anterior es la siguiente: ¿en qué momento debe acudir a la trazabilidad como un modelo complejo o dejar a la usanza del sistema de gestión del riesgo el procedimiento con sus dos modelos básicos? Es conveniente repetir que el sistema de gestión del riesgo aduanero tiene sus dos modelos básicos, y eso conlleva en general definir si es en relación con el usuario u obligado aduanero o si es en relación con la cadena logística de distribución u operación, pero en cualquiera de los eventos se acude al acopio de la información, a la interacción documental y monitoreo, al manejo documental o de la base de datos, y rápidamente salta a otra etapa que es su evaluación, verificación fáctica y legal y calificación. En cambio, la trazabilidad es un modelo peculiar de ese sistema que solo es aplicable en ciertos casos, como se dijo atrás, y puntuales, pues demanda una serie de ejercicios forenses que no se podrían aplicar en otros contextos, pues volverían un farrago el sistema de gestión y la trazabilidad como modelo, y además alterarían su mecanismo de acción y reacción.

servicios informáticos aduaneros conduce a calificar a los importadores, exportadores y autorizar al operador económico autorizado (OEA) y al exportador autorizado, valga la redundancia, a emitir concepto favorable o no para habilitación o autorización como usuario. Y justiprecia las operaciones de comercio exterior de alto, bajo o medio riesgo, y si es en relación con la cadena de distribución logística puede disponer, por ejemplo, la inspección física de la mercancía.

Entonces el modelo complejo de trazabilidad deberá aplicarse en el contexto aduanero solo cuando la índole del proceso a seguir con respecto al usuario u obligado aduanero y con la operación de comercio exterior propiamente dicha tenga que ver con mercancía sensible, previamente fijada por el Gobierno Nacional (ron, tabaco, calzado, etc.), y que exista la inferencia razonable de que se evadirían los derechos de aduanas, se lavaren activos o se introdujeran de contrabando. En los demás casos en que no concurren estos factores o estas acciones típicas y antijurídicas y culpables, el control aduanero y los modelos de gestión del riesgo aduanero seguirían cumpliendo su rol (Decreto 1165/2019, de 2 de julio).

En materia empresarial, por otro lado, el modelo de un sistema de gestión del riesgo igualmente está relacionado con personas y con la cadena logística y, por ende, es un proceso diseñado para vigilar las actividades de las personas involucradas en los asuntos rutinarios de la empresa y en la operación en sí, de manera paralela y simultánea, para estar atenta al desenvolvimiento de la cadena de abastecimiento y al mismo tiempo estar al corriente de lo que ejecutan los empleados, y eso le permite a cada sociedad delinear su propio sistema de reconocimiento en lo que respecta al alcance, precisión y automatización de esta, en función de sus propios fines comerciales. De esa forma, cumpliría con el requisito fundamental tanto reglamentario como comercial de rastrear el origen —un paso atrás— y el destino —un paso adelante— de un producto en forma costo-efectiva en cualquier punto de la cadena de abastecimiento al margen de la cantidad de cruces fronterizos que hubiere efectuado y junto al accionar de las personas comprometidas en la operación.

Mas aquí, asimismo, es indispensable hablar de otro modelo, el de trazabilidad empresarial, distinto del tradicional, porque, si bien está basado en protocolos análogos, tendrá como objetivo identificar amenazas y potenciales acciones delictuosas y poco éticas de sus empleados dentro de la organización o en cualquier momento de la cadena de suministro y entrega de un producto e, incluso, acciones de terceros o de la competencia que afectaren la funcionalidad de la compañía con fundamento en el manejo oportuno de la mejor información disponible y ayuda a tomar decisiones, y a priorizar acciones eficaces para neutralizar la acción criminal o ilegal, de propios o extraños.

Esto merece una explicación: es pertinente examinar este modelo complejo de trazabilidad empresarial y enseguida tantear el modelo de trazabilidad aduanera a efectos de cotejarlos y derivar una conclusión. Entonces, ¿cómo podría una sociedad afrontar un caso de abuso de confianza que involucrare a su representante legal? Si bien estas anomalías ocurren en cualquier contexto empresarial, la verificación de un hecho de esa índole obligará a esa firma rápidamente a mejorar sus controles e implementar un sistema de gestión del riesgo a través del modelo de trazabilidad, de suyo complejo y específico, con herramientas precisas que le permitan en el futuro prevenir y contrarrestar la repetición de esa maniobra del empleado y la operación llevada

a cabo, pero distinta del acostumbrado que con seguridad ya estaba implementado y operando en sus niveles correspondientes.

Eso significaría como primera medida la revisión del programa ético y de cumplimiento que tiene tal organización para ajustarlo a la nueva realidad, y como segunda medida instaurar ese modelo de trazabilidad como parte de su sistema de gestión del riesgo en general a fin de adecuar otro control como mínimo de los criterios apropiados para alcanzar el nivel de seguridad que se requiere.⁵ Esto es, todas las labores de inspección, revisión de comportamientos, actividades, seguimientos, intercambio de información, interacción, pistas de las acciones de empleados y de las operaciones serán indefectibles ejecutarlas, sin perjuicio de la aplicación rutinaria del modelo estándar del sistema de gestión del riesgo, pues se halla relacionado con la actividad normal de la compañía para proveer un enfoque sistémico oportuno y estructurado del caso y alcanzar un resultado satisfactorio.

Decantada sucintamente la trazabilidad empresarial en sus dos variables, la personal y la operacional —en lo que tiene que ver con su producción y distribución— y la compleja —en materia criminal y recuérdese que ya se habla del derecho penal empresarial— y que por razones de espacio no se puede abundar en detalles, es pertinente exponer lo concerniente a la trazabilidad como modelo complejo, pero en el marco aduanero.

Es preciso resaltar que el modelo complejo de trazabilidad, porque involucra simultáneamente dos acciones: contra la operación y contra la persona, en el contexto fiscal, debería formar parte del esquema de política preventiva en materia criminal del Estado, ya que el artículo 47 de la Ley 1762/2015, de 6 de julio, mejor conocida como la ley anticontrabando, facultó al Gobierno Nacional para que reglamentara ese modelo de trazabilidad y concretara cuáles serían los parámetros a utilizar acordes con la realidad del comercio exterior en temas como los productos sensibles. Si bien hasta ahora no se ha expedido la correspondiente disposición, no obstante, viene circulando en el espectro jurídico aduanero un proyecto de decreto que pretende limitar el número de productos sensibles a los diez más representativos conforme a los datos estadís-

⁵ Es del caso adicionar que algunos podrían dudar de la eficacia de este modelo complejo, por decirlo de una manera, que serviría para contrarrestar el reto de los empleados delincuentes, porque existirán otras herramientas más contundentes, como la intimidación de la justicia. No obstante, es de recibo responder que, por el contrario, este modelo complejo de trazabilidad, bien planificada, al margen de los dos modelos de gestión tradicionales, que busca definir reglas comerciales y requisitos mínimos que deben cumplirse en el diseño de su tradicional operación empresarial, puede incidir en la neutralización de procesos criminales, al poder alinear información del personal, solicitar seguimiento al personal, registrar sus antecedentes, etc., conforme a la ley. Desde luego con un nivel de confidencialidad alto, no para reemplazar programas de seguridad, sino para complementarlo o adecuarlo, cuando aparecen fisuras o problemas, pues es flexible y se acomoda a las circunstancias.

ticos. Y, conjuntamente, según el informe del sistema Ferrajoli de la DIAN, donde se detectó una distorsión en las importaciones colombianas por la subfacturación, contrabando, lavado de activos y otras modalidades, se vio que era oportuno prospectar un modelo de trazabilidad sobre operaciones aduaneras de productos sensibles⁶ para controlar los comportamientos criminales: es, pues, urgente compendiar ese modelo de trazabilidad en el campo aduanero como un tipo más del sistema de gestión del riesgo, puesto que contempla explícitamente la incertidumbre, la índole de esa incertidumbre y cómo puede ser dirigida, vigilada y neutralizada.

¿Cómo debe operar ese modelo? Ese modelo en el contexto empresarial y aduanero debe no solo manejar los protocolos que le son propios a todo sistema de gestión del riesgo, sino igualmente abordar la puesta en marcha de un cronograma con varias etapas, una previa para explorar si es realizable o no, a fin de seguir las fases de todo hecho punible (fraude a la renta de aduanas, por ejemplo), ya que la conducta humana no solo es castigada “cuando concurren todas las circunstancias que comportan el tipo penal del delito consumado sino también en alguna ocasión sin existir el resultado provechoso por el individuo, el comportamiento pone en peligro el bien jurídico tutelado” (Córdoba, 2001, p. 15); y desde ese cronograma es factible contribuir a la consecución de los objetivos para reprimir ese comportamiento típico.

Y es ahí donde es menester manejar la figura del *iter criminis* entendido como “el proceso en parte mental y en parte físico que va desde la decisión de cometer el delito hasta su consumación” (Córdoba, 2011, p. 16), que deberá ser examinada con detenimiento, porque hay unos pasos en ese devenir que pueden confundir al observador. De ese modo, el marco general de la trazabilidad se hallará determinado metódicamente por una postura analítica entendida como construcción de sus elementos funcionales, temáticamente por los eventos que va a sopesar para obtener resultados y la síntesis o conclusión que es la recomendación de adopción de aquellas medidas para neutralizar tales acciones y obtener más tarde la sanción penal y aduanera pertinente, porque este modelo, como los demás, no es algo aislado ni separado de las principales actividades que tienen que ver con la prevención y sanción del delito aduanero, sino que forma parte de las responsabilidades de la autoridad en ese campo.

⁶ A título de complemento, es del caso indicar que los productos sensibles de que trata el eventual proyecto son vehículos automotores, tractores, ciclos partes y accesorios, especialmente los demás partes y accesorios de vehículos automotores, combustible, especialmente hidrocarburos, reactores nucleares, calderas máquinas y partes, especialmente máquinas de trabajo que incluye portátiles, prendas y complementos de vestir, de punto y demás artículos textiles confeccionados, especialmente confecciones, bebidas, líquidos alcohólicos y vinagres, especialmente bebidas y licores, calzado, botines, artículos análogos, especialmente calzados, materias plásticas y manufactura, especialmente plásticos y sus manufacturas, residuos industrias alimentarias y alimentos para animales, especialmente residuos de las industrias alimentarias y alimentos para animales y tabaco sucedáneo del tabaco elaborado, especialmente cigarrillos. Y las personas que deberían ser incluidas serían los usuarios y los obligados aduaneros directos e indirectos.

Bajo esta perspectiva, la autoridad aduanera podría atisbar las fases del *iter criminis* de un fraude a la renta de aduanas, y entonces el encargado o los encargados de manejar el modelo deberán entender cuáles son los componentes de ese tipo: “El que por cualquier medio suministre información falsa, la manipule u oculte cuando sea requerido por la autoridad aduanera cuando esté obligado a entregarla por mandato legal con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos derechos o gravámenes a la que está obligado en Colombia, en cuantía superior a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía incurrirá en pena de prisión de 8 a 12 años y multa de 1.000 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Ley 1762/2015, de 6 de julio), y de ese modo poco a poco irá decantando qué actividades son eventualmente punibles y cuáles no, cuáles serán las circunstancias de modo tiempo y lugar donde se consumara la maniobra proclive, etc., para sugerir el camino a seguir dentro del trámite aduanero o penal correspondiente. La diferencia con el modelo de trazabilidad empresarial radica, entonces, en que, por lo general, este actúa sobre hechos cumplidos para evitar su repetición, aunque no se descarta que igualmente intervenga para evitar la consumación de algún tipo penal en el futuro; en cambio, el modelo complejo aduanero debe actuar para neutralizar un contingente comportamiento criminal, si bien no se descarta que igualmente medie para impedir que se repitiere ese hecho punible en el futuro.

Hay dos tipos de modelos normales en el sistema que interactúan en el control aduanero, conforme lo determina la ley (Decreto 1165/2019, de 2 de julio), como ya se dijo: un modelo que indica el nivel de riesgo del sujeto que interviene en el proceso a través de la revisión de la información autodeclarada en los registros por muestra, es decir, un modelo por individuo, y el otro, un modelo que indica el tipo de riesgo operacional, es decir, un modelo por la índole de riesgo, y en este caso se sopesan los indicadores generados por el estudio de procedimientos y fuentes de información exógenas y de ambas evaluaciones, que pueden ser conjuntas o separadas. Surgirán unos puntajes de consistencia o inconsistencia del asunto, a efectos de conceder o aceptar las devoluciones, las garantías, las autorizaciones, el trámite de fiscalización tributaria, y las actividades del operador económico autorizado, usuarios y obligados aduaneros directos o indirectos, así como los peligros eventuales de algunas operaciones de comercio exterior y en la cadena de distribución logística de mercancías en general. No obstante, se podría comentar que en la regulación aduanera vigente existen restricciones, procedimientos y mecanismos para vigilar y examinar con lupa el proceso de nacionalización de ciertos bienes como los textiles, sin que mediere explícitamente el sistema de gestión del riesgo.

Pero como esos dos modelos no han podido salir avantes, ya que para nadie es un secreto que el país está invadido de productos sensibles y foráneos de contrabando, y el lavado de activos o el fraude a la renta de aduanas crece a diario y por doquier, entonces es viable reclamar la aparición del tercer modelo, la trazabilidad, para que, al implementar la aplicación de los protocolos normales y los que le son propios en esta etapa: el estudio del caso (mercancía sensible, con-

trabando, lavado de activos, fraude a la renta de aduanas, sujetos, etc.), el análisis exhaustivo, la evaluación de la información, el enfoque del contexto, el rastreo de los antecedentes y el examen de inteligencia, se determine luego el nivel de riesgo —alto, medio o bajo— y acorde con ese grado llevar a cabo el pronóstico de la situación, y si es factible acudir, entonces, a las técnicas de indagación e investigación de la prueba y el sistema probatorio que establece el código de procedimiento penal, y de esa manera contribuir a mejorar la incertidumbre y recomendar las medidas que podrían ser de variada naturaleza, vigilancia extrema, aprehensión, denuncia penal, suspensión de la operación aduanera (en el caso de la propiedad intelectual), entre otras.

Por eso, es incuestionable la aplicación de este tipo de modelo, pues permitiría escrutar a la luz de la ley penal, cuando empezó la preparación de la operación, pues hay actos que en un momento dado no son todavía punibles, e igualmente cuándo comenzó la ejecución del designio criminal con los pasos concretos para finiquitar la maniobra proclive. ¿Por qué? “Porque no existe uniformidad en la doctrina acerca de cuándo se principia a preparar el acto y cuándo se empieza a ejecutar, y aunque muchos tratadistas sostienen que lo esencial es escudriñar el acto ejecutivo” (Córdoba, 2001, p. 17) para evitar un fracaso, y por eso es indefectible anotar de modo inequívoco las fases del designio criminoso. Esto es, que este modelo complejo de trazabilidad que se reclama también podría ayudar a consolidar una teoría del caso.

Bajo estas circunstancias, es necesario acudir a este modelo para que, al incluir no solo las operaciones aduaneras de productos sensibles, y a los usuarios aduaneros y los obligados directos o indirectos e incluido a los terceros, como el comisionista en el exterior, se pueda predicar que ya existe una verdadera política criminal en materia aduanera.

Ahora bien, en el hipotético caso de la aplicación del modelo de trazabilidad comentado (en relación con el sujeto y la operación) a la hora de hacer el examen del aspecto subjetivo de la conducta señalada a cargo del pretense indiciado en el rastreo de la operación o de los presuntos implicados, se ha de examinar que su concurrencia pueda inferirse a partir de la menor o mayor dificultad interpretativa de la conducta fraudulenta, así como la mayor o menor divergencia de criterios doctrinales o jurisprudenciales sobre su sentido o su alcance, elementos de juicio, que a pesar de su relevancia, no serían los únicos que han de justipreciarse. Imponiéndose la necesidad de avanzar en ese caso hacia la reconstrucción metódica de la operación llevada a cabo por el declarante o sus cómplices desde una perspectiva cartesiana (Descartes, 2006, p. 53), es decir, desde lo más sencillo hasta lo más complejo, y no dar nada por cierto o falso, sino cuando mediere el examen exhaustivo o la evaluación total del acervo rastreado, porque puede ocurrir que no se podría estar en presencia de un fraude aduanero, sino de una infracción administrativa del usuario u obligado aduanero, y en ese evento la sanción sería multa, aprehensión y decomiso del bien.

Por tanto, los planos de acción de la trazabilidad comentada aquí deberán encaminarse en cada evento, no solo a rastrear y neutralizar o reprimir la conducta criminal aduanera, sino que debería iniciarse desde una etapa temprana para obtener una sólida información de los antecedentes, un enfoque conveniente de la operación, las limitaciones de los datos y los factores humanos que encierra tal situación, para que contribuya a la pertinencia de los resultados a través de las medidas que se recomendarán. Y garantizar con esto que los comprometidos en la aplicación del proceso del sistema de gestión del riesgo aduanero —y de contera el empresarial— en cuanto a este modelo de trazabilidad reciban la correspondiente sanción penal o se neutralizara la operación de comercio exterior, y es ahí donde reside la importancia de este modelo dentro del sistema de la gestión del riesgo aduanero. Sin la implementación de la trazabilidad aduanera, y solo con los dos modelos tradicionales esbozados, no le alcanza a la autoridad aduanera para competir con la trazabilidad empresarial desde el punto de vista de los resultados, porque, primero, carece de ese modelo complejo y, segundo, la inteligencia corporativa con sus recursos y de mano con esa trazabilidad desarrolla mejor la política de neutralización de la acción criminal que la inteligencia de la autoridad aduanera.

5. CONCLUSIONES

Por lo que he expuesto, salvo mejor opinión en contrario, se hizo un esfuerzo metodológico y temático para comprobar la importancia de la implantación del sistema de gestión del riesgo en el campo aduanero con una herramienta indispensable todavía pendiente, el modelo de trazabilidad, que podría respaldar con énfasis la seguridad de las operaciones de comercio exterior y la visibilidad de sus resultados a corto plazo, así como la idoneidad de usuarios y obligados aduaneros (Meisel, 2020, pp. 161 y 162). Desde luego que el sistema de gestión del riesgo aduanero con sus dos modelos cardinales, el relativo a la persona y el relativo a la operación, no se convertirá en una panacea para resolver los múltiples problemas que agobian a la frágil estructura del comercio exterior, pero si se le introduce un instrumento como el modelo de trazabilidad explicitado aquí, y que se halla entre los dos modelos oficiales, en ciertos contextos, podría convertirse en el comienzo de una época cuando el control aduanero y el sistema de gestión del riesgo aduanero con esa ayuda tendrán un peso significativo a la hora de justipreciar explícitamente la incertidumbre.

Desde luego que el rendimiento de un sistema de gestión de riesgo como el aduanero —sin el modelo de trazabilidad— dista mucho del rendimiento de un sistema de riesgo empresarial con el modelo de trazabilidad complejo: el primero supone la aplicación de la ley en toda la extensión de la palabra, con sus aprietos, baremos e indolencia, y en cambio el segundo presupone un ejercicio en que confluyen no solo las debilidades, sino también las oportunidades, las fortalezas y las amenazas que la empresa debe afrontar, con la seguridad de que su sistema de gestión del riesgo, en especial con este modelo de trazabilidad, producirá resultados efectivos y

preventivos para el futuro; pero esto no le resta su trascendencia, pues dirige la incertidumbre por el camino adecuado. ¿Qué debe imitar el sistema de gestión de riesgo aduanero con sus actuales dos modelos y el tercero por aparecer, del sistema de gestión del riesgo empresarial? Que, en este escenario, hay más pala y menos pico o en cualquier compañía de peso, se dice y se hace; en cambio, a nivel aduanero, el lema es: se obedece pero no se cumple, y a veces le falta la confidencialidad, un arma que en la actualidad está comprometida su eficacia.

En todo caso, las estadísticas en la lucha contra el crimen organizado en materia aduanera muestran que se hace indispensable instaurar el modelo de trazabilidad ya comentado para incrementar la importancia del sistema de gestión del riesgo aduanero, pues los dos modelos que imperan en la actualidad, el relacionado con el usuario u obligado aduanero y el relacionado con las operaciones de comercio exterior, importación, exportación y tránsito, carecen de consistencia y contundencia para darle coherencia a la política criminal del Estado en materia aduanera, en especial frente al lavado de activos, fraude a la renta de aduanas e introducción de mercancías sensibles. En el campo empresarial, las cosas van por mejor camino, aunque eso no garantiza siempre el éxito en la gestión.

Lo que basta es suficiente.

REFERENCIAS

Decreto 410/1971, de 27 de marzo, por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial*, núm. 33.339 (1971).

Decreto 1165/2019, de 2 de julio, por el cual se dictan disposiciones relativas al régimen de aduanas en desarrollo de la Ley 1609 de 2013. *Diario Oficial*, núm. 51002 (2019).

Ley 1523/2012, de 24 de abril, por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 48.411 (2012).

Ley 1762/2015, de 6 de julio, por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal. *Diario Oficial*, núm. 49.565 (2015).

Córdoba Angulo, M. (2001). *La tentativa: monografías de derecho penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Descartes, R. (2006). *El discurso del método y meditaciones metafísicas*. Madrid, España: Espasa Calpe.

Spinoza, B. (2008). *Ética*. Madrid, España: Alianza.

Guía de implementación de la facilitación del comercio. (s. f.). *Convenio de Kyoto Revisado (CKR)*. Recuperado de <http://tfig.unece.org/SP/contents/revised-kyoto-convention.htm>

Ley 7/1991, de 16 de enero, por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 39631 (1991).

Meisel Lanner, R. (1987). *El Tribunal Andino de Justicia*. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional.

Meisel Lanner, R. (2020). *La regulación aduanera frente al derecho marítimo internacional*. Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar. Recuperado de <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/3835>

Norma Técnica Colombia NTC-ISO 31000. Gestión del riesgo. Principios y directrices.

Perilla Gutiérrez, R. (2012). *Manual para importadores y exportadores*. Bogotá, Colombia: Banco de Occidente.

Resolución 46/2019, de 26 de julio, por la cual se reglamenta el Decreto 1165 del 2 de julio de 2019.

**Formación de agentes escoltas:
una apuesta efectiva en la
reincorporación de exguerrilleros
de las Fuerzas Armadas
Revolucionarias de Colombia**

*Bodyguard's Training: a Proposal to an Effective
Reintegration Process of Former Combatants from
the Revolutionary Armed Forces in Colombia*

ELKIN GUTIÉRREZ HENAO

Ingeniero Geólogo de Saint Petersburg Mining University, Rusia, magíster en Ciencias de la Tierra de la misma institución. Magíster en Informática Aplicada a la Educación de la Universidad Cooperativa de Colombia. Director Ejecutivo de la Corporación Territorio, Paz y Seguridad. Exguerrillero de las FARC firmante del Acuerdo de Paz.

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7190-8196>

Resumen

Este artículo tiene como propósito revisar el problema generado en la formación y en el aprendizaje de exguerrilleros vinculados como agentes escoltas a la Unidad Nacional de Protección, en un contexto social y armado muy complejo, sin acceso a educación formal, con limitados conocimientos en herramientas digitales y una reincorporación que avanza a paso lento en medio de una gran incertidumbre. Se inscribe en el enfoque cualitativo y socialmente crítico, para lo cual acude a la metodología de investigación-acción participativa, de tipo exploratorio y descriptivo, que aspira a generar elementos de conocimiento en educación inclusiva y gestión del conocimiento con poblaciones diversas. El elemento central de la propuesta apunta a la creación de un sistema de formación y entrenamiento integral que desarrolle un ciclo permanente de actualización con una pedagogía y práctica educativa acorde con las realidades y características particulares de los exguerrilleros, los cuales buscan una identidad propia y un espacio de acción social en los aciagos momentos del posacuerdo.

PALABRAS CLAVE

Estrategias de formación, reincorporación, FARC, UNP.

Abstract

The purpose of this article is to analyze excombatants training and learning processes as bodyguards at the National Unit of Protection amidst a social and violent context marked by null access to formal education, limited knowledge of digital tools, a slow pace of the dynamics of reincorporation and high uncertainty. This study uses a qualitative and socio-critical approach, a participatory action research methodology and an exploratory and descriptive focus to better understand inclusive education processes with different types of population. The main contribution of this proposal points to the creation of a comprehensive education and training system based in a permanent cycle of updating through a pedagogy and educational practice adjusted to the realities and particular characteristics of former FARC combatants who seek their own identity and a space for social action in the post-agreement scenario.

KEY WORDS

Formation strategies, reincorporation, FARC, National Unit of Protection, excombatants.

1. INTRODUCCIÓN

La transición de la guerra a la paz y, en particular, de un conflicto social y armado a un proyecto de participación democrática e incluyente, es un largo y complejo proceso lleno de vicisitudes que contiene básicamente elementos de reconciliación, reconocimiento de la verdad, desarrollo integral de proyectos de vida y superación territorial de la conflictividad y violencia. Este problema sugiere a la academia proponer alternativas técnicas, educativas y de aprendizaje que favorezcan la inclusión social de los reincorporados, que cuente con su voz y despliegue una mirada sociocrítica, sensible y creativa, y sobre todo que supere el enfoque tradicional, de soluciones transitorias, individuales o limitadas por visiones exclusivamente institucionales.

El *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* firmado en La Habana el 26 de septiembre de 2016 entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) puso fin al más largo y violento conflicto del continente. Fueron cinco décadas de violencia que afectaron notablemente la posibilidad de un proyecto social de alcance nacional y un diálogo constructivo entre diversos sectores de la sociedad colombiana.

Tras la firma del acuerdo, es evidente que ese diálogo nacional aún no se concreta y mucho menos hay evidencias acerca de la finalización del conflicto, por el contrario, parece prolongarse en el tiempo, en medio de la estigmatización, la protesta social y la reincidencia. La reflexión sobre estas manifestaciones evoca una transición crítica de la guerra prolongada a la paz esquivada, cuya comprensión involucra entender que este es un proceso dinámico y lleno de incertidumbres.

Al mismo tiempo, es un escenario con inmensos retos y oportunidades que debería convocar el concurso y el acompañamiento de la sociedad y, sobre todo, de la comunidad académica, de manera que ofrezca alternativas técnicas, pedagógicas y de pensamiento, en un aprendizaje y educación de contexto para tiempos tan difíciles.

2. ASPECTO INVESTIGATIVO

Este trabajo busca alternativas para la formación integral de exguerrilleros de las FARC vinculados laboralmente como agentes escoltas a la Unidad Nacional de Protección (UNP), entender el contexto, las características de esta población y definir los contenidos disciplinares de formación en el Programa de Seguridad y Protección del Estado. Para comprender el fenómeno, se acudió a la experiencia internacional a través de un análisis de la literatura en distintos marcos de propuestas educativas en escenarios de posconflicto, examinando lo conexo entre la inserción de exguerrilleros en lo laboral, su formación escolar y los apoyos psicosociales ofrecidos desde diversas posiciones y desarrollos.

Estas prácticas pedagógicas conllevan la necesidad de promover modelos educativos y de aprendizaje, como fueron expuestos en el trabajo de Mosquera y Sarmiento (2015), trascendental para este estudio, toda vez que reúne importantes acumulados y experiencias de formación en el conflicto y posconflicto de Guatemala y El Salvador. Y que propone un análisis comparativo en relación con el caso colombiano para contribuir con propuestas e iniciativas pedagógicas de paz que impidan la reincidencia en ciclos de violencia.

El problema en cuestión

El Decreto 895/2017, de 29 de mayo, por el cual se crea el Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política y el Decreto 299/2017, de 23 de febrero reconoce a los integrantes de las FARC como individuos y población objeto de protección especial. En ese marco, se definen las rutas y garantías de protección individual y colectiva para exguerrilleros, sus familiares e integrantes del nuevo partido político. El cuerpo de protección está conformado por agentes escoltas provenientes de las filas de la antigua guerrilla y personal de confianza del partido político FARC.

La UNP es la entidad adscrita al Ministerio del Interior (MinInterior) responsable de la formación, el entrenamiento y la capacitación técnica de los agentes escoltas. Vincula a 1200 hombres y mujeres que participaron en diversos cursos de capacitación en la Escuela de Escoltas SWAT en Facatativá, los cuales, posteriormente, fueron integrados a la nómina de funcionarios de la entidad estatal.

El problema encontrado se relaciona con el conjunto de necesidades y capacidades que puedan presentar los exguerrilleros al acceder al sistema de formación y actualización escolar en los nuevos momentos del posacuerdo. Surge así la inquietud acerca de cuáles son los principales conceptos y elementos de estrategias educativas y de aprendizaje a considerar para fortalecer la inclusión social de los exguerrilleros en su proceso de formación.

De esa forma, la investigación plantea la urgencia de adelantar líneas de estrategias formativas para que las entidades del Estado diseñen y articulen los programas y proyectos que esta población requiere para su actualización, entrenamiento y saber. En ese sentido, los cursantes adelantaron un riguroso proceso de selección y valoración psicosocial que garantizaría su idoneidad y capacidad para ser vinculados laboralmente.

Se entiende que los escoltas van a ejercer su actividad en un contexto de conflicto y alto riesgo para sus vidas. Los protocolos y las prácticas de seguridad en Colombia históricamente fueron construidos sobre escenarios de guerra y odio, producto de un avieso y prolongado conflicto armado que dejó un doloroso saldo en sangre y vidas humanas. Sentadas las bases para superarlo, se debería avanzar en un nuevo paradigma de seguridad: una seguridad moderna, humana y

basada en los derechos, acorde con las realidades sociales y territoriales que impone la implementación del acuerdo final.

Marco normativo

En esta parte, es pertinente referir los elementos normativos sobre los cuales se han construido los procesos de paz en Colombia, en tanto expresan decisiones y voluntades políticas de los gobernantes desde las que se han definido rutas de implementación y modelos de reintegración social.

Así tenemos que, entre 1981 a 2002, prevaleció la aplicación de leyes de indulto para acoger la desmovilización de grupos armados, lo cual determinó algunos beneficios económicos y se facultó al poder ejecutivo para adelantar procesos de amnistía exclusivamente para excombatientes. De 1985 a 1991, el alcance se relacionó con el indulto para condenados por delitos políticos (Ley 77/1989, de 22 de diciembre) que cobijó los acuerdos de paz firmados con el M-19 y el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) (1990), Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Movimiento Armado Quintín Lame (MAQL) (1991). Esta legislación fue muy criticada por no permitir el esclarecimiento de los orígenes y las circunstancias que rodearon los hechos propios del conflicto.

La Constitución Política de 1991 define otro tipo de intervención acorde con las realidades políticas de su momento y amplía las facultades al Ejecutivo y Legislativo para conceder indultos y amnistías. Se expidió la Ley 104 de 1993, de 30 de diciembre en los acuerdos de paz con los grupos insurgentes, mientras que Ley 418/1997, de 26 de diciembre estableció causales de extinción de la pena para casos de delitos políticos y conexos. Desde 2002, en el segundo periodo del presidente Álvaro Uribe, se termina con el enfoque estrictamente político y se adopta otra dinámica, en la Política de Defensa y Seguridad Democrática, que desestima el carácter de las normas anteriores y se concentra en la desarticulación de los grupos armados, pero sin presentar una respuesta efectiva al problema de violencia, ni a la recuperación del orden en la conflictividad social (Silva, 2015).

Posteriormente, y luego de casi dos décadas de intenso conflicto, la normativa se focaliza en la definida para el proceso de paz y la reincorporación de los exguerrilleros de las FARC, cobijados por el acuerdo final. Así, el Decreto 897/2017, de 29 de mayo regula la actual Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN) y que mantendría sus facultades para adelantar el programa de reincorporación de los integrantes de las FARC en el Consejo Nacional de Reincorporación (CNR), creado como instancia a través del Decreto 2027/2016, de 7 de diciembre.

De igual forma, el acuerdo final trajo consigo una importante y voluminosa expedición de normas y acuerdos reglamentarios que permitirían sentar las bases para la reincorporación de exguerrilleros. El Decreto 298/2017, de 23 de febrero, Decreto 300/2017, de 23 de febrero y el Decreto 301/2017, de 23 de febrero permitieron la puesta en funcionamiento del Programa

Especial de Protección y Seguridad, dentro del cual se registran los hombres y mujeres de protección que participaron en el tercer curso de hombres y mujeres de la Escuela de SWAT, marco sobre el cual se adelantó este trabajo.

3. METODOLOGÍA

Enfoque y tipo de investigación

La investigación parte de un enfoque cualitativo e involucra un paradigma decididamente crítico, que permite entender la praxis social con una concepción histórica y dialéctica (Rodríguez, Gil y García, 1996). Aborda como característica central el enfoque inductivo, en un camino que avanza de lo particular a lo general. En esa dirección, se recolecta y sistematiza la información, por un lado, y se desarrollan los análisis respectivos que incluyen la selección de instrumentos, las fuentes consultadas y la presentación de resultados (Gómez, 2006).

En este trabajo, se recogen la información y los testimonios con palabras propias de sus protagonistas, con sus vivencias, sus hábitos y sus reclamos. Un modo de encarar el mundo empírico (Taylor, 1986), que nos lleva a estar muy próximos con lo que los exguerrilleros realmente dicen y hacen. Es un estudio de tipo exploratorio y descriptivo que busca aportar elementos al análisis y la valoración de la información de procesos tan recientes.

En tal sentido, se busca detallar propiedades, tipologías y procesos que se someten al análisis. Se pretende contribuir a la solución de problemas inmediatos y necesidades de la población, que es definida, analizada y resuelta con la participación de los propios involucrados (Barrera de Hurtado, 2000). Se acoge la investigación acción participativa (IAP) en la medida que esta metodología aporta a la discusión una comprensión mucho más completa de la realidad, planteada desde factores socioculturales y políticos que describe y explica la realidad con las vivencias, narrativas y acciones humanas en su vida cotidiana (Rodríguez et al., 1996), basado en un paradigma sociocrítico.

En el campo de la experiencia recogida sobre el asunto en discusión, y a partir de los conceptos de Fals Borda (Calderón y Cardona, 2016), se asume la necesidad de delimitar unos principios de comprensión sobre los sujetos y el contexto:

- ▶ La relación sujeto-objeto. Se considera que tanto el investigador como los exguerrilleros son sujetos, no hay niveles de jerarquía, y en el proceso de investigación todos los participantes del proceso son reconocidos como sujetos.
- ▶ La práctica de la conciencia. Todo conocimiento debe generar conciencia en el sujeto, en especial en los procesos colectivos en que hay importantes reflexiones de su pasado y balance

de su actuación política y miliciana, para romper con el concepto que solo desde la idea y la externalidad se puede generar conciencia.

- ▶ Retomar el saber popular. La IAP reconoce en las organizaciones un importante acumulado empírico de experiencia que se potencia si colectivamente se ordena y se valida, abordando su pasado y los propósitos sociales de lo construido.
- ▶ La acción, como elemento central de formación. Con ejercicio práctico y de balance permanente de crítica y autocrítica, de donde se obtienen los conocimientos que se comparan y se superan para poder resolver las dificultades, en el sentido que la acción sea el pilar de la transformación.
- ▶ La participación. Que genere espacios de reflexión y crítica, que permitan el intercambio y superen la idea de una intervención enmarcada en el estatus impuesto a los colectivos sociales. Y que genere necesidades de vínculo y organización política para defender logros alcanzados con la firma de los acuerdos.

Población y selección de la muestra

La población en cuestión reúne a todos exguerrilleros del Programa de Seguridad y Protección de la UNP. Al tercer curso de agentes escoltas fueron convocados 385 alumnos que componen el universo de este trabajo. De ellos, se tuvo una muestra de 68 hombres y mujeres, con los cuales se hacen las entrevistas, encuestas y demás observaciones pertinentes. El objetivo principal del curso fue la preparación de escoltas en temas relativos al concepto y la formación de esquemas de seguridad, el manejo de armamento de corto y largo alcance, los vehículos blindados, la seguridad protectiva y las principales normas técnicas y administrativas necesarias para el ejercicio en tareas de seguridad y protección, actividad que tuvo una duración de 55 días.

La recolección de la información se dio a partir de la aplicación de una encuesta de opción múltiple con única respuesta, cuyas particularidades se enfocan en conocer las características socioeconómicas de los encuestados y su experticia frente al manejo de diversas herramientas tecnológicas. También se acudió a entrevistas en profundidad hechas a agentes escoltas, personal administrativo de la UNP y expertos internacionales. Igualmente se realizaron varios grupos focales, los cuales arrojaron datos importantes y claves para construir esta propuesta.

La información se divide en dos grandes grupos: uno, con datos de tipo cuantitativo, como la edad, grado de escolaridad, estrato y región de procedencia. A esta información se le dio tratamiento estadístico para organizarla y presentarla de manera clara. En el segundo grupo, se reseñan las observaciones y entrevistas establecidas en tres grandes escenarios de análisis: las necesidades, las fortalezas y las debilidades de los exguerrilleros durante el proceso educativo.

4. RESULTADOS

Categorías y subcategorías

El proceso investigativo abordado a partir de la aplicación de los instrumentos dio como resultado la configuración de una red de categorías emergentes, las cuales tienen un carácter abierto y flexible, y seguramente sujeta a cambios y revisiones. En esa dirección, y después de un proceso de decantación, hemos tomado algunos referentes que se presentan en la tabla 1 y que conforman el cuadro de categorías y subcategorías.

TABLA 1. CATEGORÍAS Y SUBCATEGORÍAS

Categoría	Descripción	Subcategoría
Caracterización de los exguerrilleros como sujetos transformadores	Hace referencia a los integrantes de las FARC que firmaron los acuerdos de paz y están vinculados a la UNP	Obtener información personal
		Reconocer la persona
		Expresar
Factores psicológicos para aprendizaje de exguerrilleros	Cumple con las funciones de valorar su perfil psicosocial y definir los principales rasgos clave para su formación	Concentración
		Motivación
		Adaptabilidad
Pedagogía pensada en exguerrilleros	Proceso de formación y generación de capacidades a través de programas educativos y de alfabetización, nivelación curricular y actualización técnica	Logro académico diferencial
		Comportamientos
		Calidad de la educación
Gama tecnológica utilizada por exguerrilleros	Exploración de herramientas digitales para analizar cuáles de ellas pueden contribuir a la formación integral de los exguerrilleros	Seleccionar alternativas tecnológicas
		Determinar el momento de uso
		Control de estrategias
Posconflicto	Término que tradicionalmente ha sido empleado para referirse a los procesos de reconciliación y construcción de paz	Tipos de posconflicto
		Características del posconflicto
		Procesos de reconciliación
Inclusión social	Enfoque en la distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, de participación política y de interacción social	Línea de dificultades
		Estrategias definidas
		Distribución equitativa de beneficios
Contexto sociocultural con enfoque territorial	Elementos territoriales para el diseño de programas metodológicos dirigida a exguerrilleros	Definición de regiones por grado de conflicto
		Particularidades regionales

Fuente: Elaboración propia.

Este es un proceso básicamente teórico, pero necesario en la medida que nos permitirá avanzar por el camino de las nuevas ideas y concretar los hallazgos que serán un aporte al desarrollo de la ciencia social. Es pertinente señalar que el trabajo partió de la realización de la caracterización del exguerrillero como sujeto investigativo y la inclusión social como aspiración, que es el medio y entorno dentro del cual el nuevo sujeto iría a desarrollar las estrategias correspondientes al modelo de aprendizaje propuesto.

A lo largo del ejercicio investigativo, se hizo necesario abordar el concepto de *posconflicto* y reincorporación en la medida que estas categorías contienen características propias y fundamentales que aluden al sujeto, desde lo político, en el sentido de los nuevos elementos que se recogieron en la investigación, su compromiso con los cambios y la decisión individual de actuar sobre las realidades objetivas que lo rodean.

E, igualmente, en el análisis plantea una construcción social particular, que supera la dimensión territorial y cultural, y que se fundamenta en una identidad compartida, colectiva, en que sus miembros se cohesionan y construyen un sentido de pertenencia, que la edifican alrededor de las experiencias y de los recuerdos, de símbolos y cantos, de causas, valores, objetivos e intereses enfocados en el logro de un fin, en que cada uno contribuye mediante su esfuerzo personal.

Caracterización de la población

Sin duda, uno de los más importantes hitos de esta investigación es la caracterización del exguerrillero, que básicamente hace referencia al sujeto reincorporado y que abordamos desde tres subcategorías. En primer lugar, la obtención de información personal, que se recoge en las encuestas, en entrevistas personalizadas y en charlas informales con exguerrilleros. En segundo lugar, el reconocimiento que tienen los exguerrilleros del ser como integrante del colectivo. En esta parte del trabajo, se pudo evidenciar la situación particular que atraviesa el sujeto, en un medio al que aún no logran adaptarse. Normalmente, expresan una mejor relación con sus colegas exguerrilleros. Además, prefieren no ser llamados excombatientes, ya que en su fuero se siguen considerando combatientes de otras causas. Tampoco se consideran traidores del proyecto armado al que pertenecieron y defienden, en todo caso, lo obtenido con la firma de los acuerdos de paz. Y, en tercer lugar, la posibilidad de expresar libremente sus opiniones acerca del proceso de reincorporación, formación integral e inclusión social. Proceso en que se hayan comprometidos, que los convierte en sujetos activos y deliberantes para expresar lo que quieren, los proyectos en que están inmersos y los programas en que voluntariamente vienen participando.

Así tenemos que a la fecha, el Programa de Seguridad y Protección cuenta con 1152 agentes escoltas, de los cuales 801 son antiguos integrantes de las FARC, que hacen parte a los 197 esquemas de protección individuales y colectivos a responsabilidad de la Subdirección Especializada de Seguridad y Protección (SESP).

La investigación permitió conocer el origen rural y campesino de los exguerrilleros, los cuales se vincularon a las filas insurgentes en un medio social muy complejo, con limitadas posibilidades de acceso a la educación formal y a servicios de salud, transporte, vivienda y trabajo digno. La mayor parte de esta población ingresó muy joven a las guerrillas. Tienen una edad promedio de 28 años, en plena capacidad física, posibilidades de estudio e importantes expectativas de inserción laboral.

Se puede referir que cerca de la mitad de los encuestados permanecieron activos en las filas guerrilleras entre siete y quince años, que habla de un importante acumulado de conocimientos, disciplina y experiencias en la confrontación armada. Mayoritariamente, los agentes escoltas vinculados a la UNP ejercieron alguna función de mando y responsabilidad en las FARC.

Ahora bien, al indagar a los excombatientes sobre su interés por adelantar o continuar con sus estudios, unánimemente responden de forma positiva, con énfasis en que la educación es la clave para salir adelante en su proceso de reincorporación. Sin embargo, el Agente Escolta ²¹ (en adelante AE2) manifestó: “El estudio sí es importante. Pero los títulos no siempre garantizan el acceso a un buen trabajo, en especial por la edad que tenemos para competir con gente más joven”. Y que se complementa con la idea expresada por AE1²: “Sí, es importante, aunque la dificultad por ser excombatiente no deja de presentar obstáculos”, que deja clara la idea de las limitaciones y barreras que observan los exguerrilleros para su formación integral.

Al preguntarles sobre las fortalezas o habilidades que les permitirían avanzar en su formación, AE1³ destaca: “Las fortalezas van en el sentido que todo el tiempo en la guerrilla se estudió y estamos acostumbrados a estudiar. Es mucho lo que sabemos de la vida práctica”. En tanto que AE7⁴ manifestó: “Las fortalezas y habilidades dependen del esfuerzo que uno hace para salir adelante”.

En relación con la inquietud sobre su proyección educativa para el futuro inmediato, los agentes escoltas señalan que su principal aspiración consiste en continuar sus estudios, terminar el bachillerato como propósito inicial, pero sin dejar de lado el trabajo, y buscar una formación acorde en tareas de seguridad. Pero también hay aspiraciones diversas, entre ellas, la formación en odontología, medicina, ingeniería, hasta tecnólogos en idiomas, y un propósito recurrente, convertirse en instructores de la UNP.

¹ E. Gutiérrez (comunicación personal, 10 agosto 2018)

² *Ibíd.*

³ *Ibíd.*

⁴ E. Gutiérrez (comunicación personal, 15 agosto 2018)

Frente a la educación formal, se puede referir que solo una tercera parte de los entrevistados tiene certificados sus estudios primarios. Muchos de ellos fueron validados en la Escuela SWAT. Y otra buena parte logró terminar su bachillerato en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR). Sin embargo, los instructores de la UNP citan una deficiente formación en cultura general y materias básicas, como las matemáticas, el español y las ciencias naturales. Los mejores conocimientos y adelantos corresponden a materias como política, sociales y disciplinas o ejercicios prácticos.

Consultados por su experiencia trabajando como agente escolta, lo positivo y lo negativo, la mayoría de ellos hace referencia al relacionamiento social y el aporte que hacen al proceso de paz a partir de su tarea como agentes escoltas. AE2⁵ señala:

Se aprende mucho, se estudia, se conocen muchos sitios y se mira el país con otros ojos. Y en lo negativo, ser contratado bajo el régimen de libre remoción y nombramiento no nos ofrece estabilidad ni garantías. Las dificultades administrativas también nos afectan, así como la falta de comunicación en las áreas rurales y apartadas.

Cuando se les preguntó sobre el significado de su paso por la guerrilla, desde la actual perspectiva como funcionario público, el AE2⁶ manifestó: “El paso por la guerrilla me dejó muchas experiencias que ahora aprovecho como funcionario público, la responsabilidad, la capacidad de trabajo, la puntualidad”. En tanto el AE4⁷ explica: “Es complejo por las ideas que se traían desde la guerra. Hoy en día nos movemos en otras dinámicas”. Y el AE8⁸ dijo: “Ha significado un cambio grande. La vida en la guerrilla es muy diferente. Porque ahora nos toca asumir las cosas de forma personal e individual. La disciplina es igual, pero esta es más individual y más compleja, y exige mayores responsabilidades.

En general, y de acuerdo con los diversos elementos recogidos en entrevistas a exguerrilleros, psicólogos, instructores y observadores internacionales, las principales características de esta población se recogen en los siguientes elementos:

1. La disciplina, que se concreta en el respeto por los instructores, el cumplimiento de los horarios y las reglas establecidas. Y una predisposición a cumplir con premura las tareas, los ejercicios y las órdenes que se impartían.

⁵ E. Gutiérrez (comunicación personal, 10 agosto 2018)

⁶ *Ibíd.*

⁷ E. Gutiérrez (comunicación personal, 10 agosto 2018)

⁸ E. Gutiérrez (comunicación personal, 15 agosto 2018)

2. La responsabilidad con la que asumieron el compromiso y rol como agentes escoltas; se sintieron identificados con el manejo de armas, los entrenamientos físicos y las prácticas educativas.
3. El espíritu solidario y colectivo, y su capacidad de trabajar en equipo, con un generoso sentido de desprendimiento por lo material. El alto grado de autoestima; se mantienen orgullosos de su pertenencia a las FARC, a sus símbolos y principios.
4. Hablan con franqueza de los aspectos generales de la confrontación, pero poco refieren sus experiencias personales e individuales. Se valoró por parte de los instructores su tolerancia y adaptación al cambio.
5. En relación con la identidad política, se debe señalar que la mayoría de ellos manifestaron su intención de apoyar políticamente al nuevo partido de las FARC. De hecho, al indagarse las razones de vinculación al programa de protección, muchos de ellos aducen razones de compromiso político.
6. En esa misma línea, se debe destacar que la mayor parte de exguerrilleros se vincularon a la organización sindical que a la fecha cuenta con más de setecientos afiliados, mayoritariamente exguerrilleros.
7. Referente a tipología del orden psicosocial, podemos señalar lo siguiente:
 - a. Los agentes escoltas son bastantes sociables y optimistas, se integran fácilmente en trabajos de grupo y tienen voluntad por acceder a nuevos conocimientos.
 - b. Sin embargo, la mayoría de ellos son poco dados a hablar de sí mismo y conceder información sobre sus familias y antecedentes. Aspecto relacionado con su pasado miliciano y la formación que han tenido en el campo militar.
 - c. Una vez se rompe esa barrera, el exguerrillero es franco y abierto en sus conceptos, y se destaca por su sinceridad y la defensa de lo colectivo.
 - d. Otro elemento es el empleo limitado de vocabulario y el manejo de los conceptos, que es pobre y afecta mucho su proceso de enseñanza. Emplean una jerga muy particular y propia de su anterior vida miliciano.
 - e. Frente a los miedos, resaltan el temor a su estadía en grandes ciudades y la conducción de vehículos. Igualmente mostraban nerviosismo al responder a preguntas referidas a su proyecto de vida y su actividad futura, sobre lo cual no mostraban mayor optimismo.

- e. La mayoría de exguerrilleros manifestaron un interés por regresar a zonas rurales, en especial a los ETCR de donde provenían, tanto por vínculos afectivos y familiares, como por la confianza en comunidad y las amistades.

En resumen, si bien es cierto que los exguerrilleros se sienten bastantes satisfechos y fortalecidos de su experiencia como combatiente, consideran que ese momento hay que superarlo y asumir las nuevas realidades y retos que tienen por delante. La investigación permitió comprender el concepto que los reincorporados tienen de sí mismos en tanto sujeto. Un aspecto relevante es que ellos no quieren que se les llame excombatientes, ya que en su imaginario y práctica continúan siendo combatientes, por otros medios y métodos, pero se consideran integrados en la acción y lucha por los cambios y transformaciones sociales.

Reincorporación en contextos del posacuerdo

El acuerdo final cambia radicalmente la noción existente de reintegración: se adopta la de reincorporación y se asume de manera integral los procesos asociados con la reinserción, reintegración y estabilización social y económica. Además, se incluye en todos sus componentes un enfoque diferencial, con énfasis en los derechos de las mujeres, lo étnico y lo territorial (Decreto 897/2017, de 29 de mayo).

Esta investigación nos permite concluir que hay tres aspectos emergentes que se destacan dentro del actual proceso de reincorporación: a) la decisión tomada por las FARC de adelantar la reincorporación prioritariamente en formas colectivas de organización con la consolidación de espacios territoriales en asociaciones y cooperativas; b) la proyección de permanecer en los mismos territorios donde operaron militarmente por largos años, vinculados a las regiones donde compartieron luchas y tuvieron el mayor apoyo y cercanía social, lo que permitiría adelantar una reincorporación de tipo comunitario; y c) la consideración de orientar su trabajo interno hacia la actividad y formación política y partidaria, con búsqueda de acuerdos y pactos locales para el ejercicio de proyectos políticos y sociales en los territorios.

No se han hecho los balances necesarios ni se tiene información detallada frente a los alcances propuestos, en especial por lo reciente de la experiencia y las dificultades en la cohesión interna del partido y el tránsito político. Pero lo que sí podemos señalar es que los agentes escoltas vienen acumulando una importante experiencia y tienen en lo inmediato la posibilidad de potenciar el trabajo organizativo y de cohesión interna. Con una ventaja adicional, en la vocación y práctica de los exguerrilleros: la tarea de agente escolta sería uno de los oficios más afines para adelantar su proceso de reincorporación, motivo suficiente para inferir que el programa de protección que adelanta la UNP tendría todas las características para ser exitoso (Silva, 2015).

En lo que hace a la atención y el bienestar psicosocial, los exguerrilleros de las FARC requieren un programa especializado y de acompañamiento que les garantice su tránsito a la vida civil de forma eficaz, ya que durante la confrontación estuvieron permanentemente expuestos a situaciones e impactos que afectaron su psique que dejaron hondas secuelas en ellos. Y que deberá cumplir con las funciones de valorar su perfil psicosocial, definir una ruta de atención y seguimiento al proceso de su inclusión a la vida civil, familiar y productiva (Villa, 2012), a partir de sus saberes y competencias.

La ARN ha definido una ruta de atención para todos los agentes escoltas excombatientes que hacen parte de la UNP que, sin duda, fortalecerá su reincorporación, el proceso de atención y, sobre todo, el seguimiento permanente que requiere ese personal. Sin embargo, esa atención debería involucrar nuevos elementos acordes con las realidades del posacuerdo y que considere los elementos de tránsito político, colectivo y con un fuerte enfoque étnico, de género y territorial.

Herramientas TIC en formación de población reincorporada

Las herramientas TIC que se proponen para abordar el proceso de formación de agentes escoltas reincorporados serán transversales y deben favorecer el *pensum*, los programas y las materias que harán parte del Sistema Integral de Formación y Entrenamiento para el Cuerpo de Seguridad y Protección. Debe considerar la condición de exguerrilleros, provenientes de un medio adverso y de grandes controles a sus actividades, lo cual ha significado privarse de elementos que contribuyen a la apropiación de las principales herramientas tecnológicas por largos años.

La encuesta realizada a 68 excombatientes del tercer curso nos muestra que más del 80 % de reincorporados son mayores de 25 y menores de 50 años, con niveles escolares bajos, o cual evidencia la necesidad de realizar una inclusión tecnológica como alternativa a sus necesidades de formación académica y que proporcione ciertas habilidades, autonomía y sostenibilidad en las nuevas realidades posacuerdo.

El dominio exclusivo en lectoescritura y las deficiencias anotadas que tienen los agentes escoltas impiden el acceso a una parte de la información necesaria para el desarrollo de sus actividades y su proyección académica. Alcanzar la inclusión de personas que en razón del conflicto armado tuvieron acceso limitado a las tecnologías de la información, en asuntos cotidianos como el manejo de un cajero electrónico, la tramitación de asuntos personales ante entidades gubernamentales a través de correos electrónicos, portales web, entre otras, hace muy necesaria su alfabetización digital (Ugarriza, 2009).

Dentro de las ventajas que ofrece la inclusión de las TIC, se tendrían las siguientes:

- ▶ La apertura de canales de comunicación y el acceso a información, reduciendo las limitaciones espacio temporales de la interacción presencial y facilitando el contacto entre comunidades distantes, en especial de los ETCR.
- ▶ Posibilidad de organizar un sistema de seguimiento y monitoreo a las diferentes amenazas y riesgos, con lo cual las autoridades locales tendrían herramientas más efectivas de reacción. Para ello se ha tenido en mente el diseño de un aplicativo que en tiempo real de cuenta de las situaciones de riesgo y amenaza de agentes escoltas, protegidos y comunidades.
- ▶ Se superarían muchas deficiencias que se derivan de limitaciones cognitivas, sensoriales y motoras, en especial con programas dirigidos a exguerrilleros con traumas, adultos mayores y jóvenes que no estén familiarizados con este tipo de tecnologías.
- ▶ Se favorecería la autonomía de los exguerrilleros, adaptándolos a las necesidades y demandas de forma personalizada dentro de los Espacios de reincorporación propiciando una formación individualizada, para que puedan avanzar con su formación a ritmo propio.

Estrategia de formación y enseñanza para exguerrilleros

En relación con la educación de exguerrilleros en épocas de la confrontación, hemos encontrado que estos fueron formados sin mayores rigores escolares, planes ni certificados, pero con una praxis metodológica que prescribe al ser guerrillero con elementos de subordinación y disciplina que lo convocan y determinan. No se dispone de mucho material acerca de las metodologías empleadas, pero se puede referir que la mayor parte fueron actividades prácticas, elementales, en el mismo medio donde desarrollaron la actividad armada, y con los modestos y limitados instrumentos que tuvieron a mano.

Ese estilo en la formación y en los saberes adquiridos debería aprovecharse en las nuevas realidades del posacuerdo y de la reincorporación; si bien es cierto, las teorías conciben el aprendizaje desde un constructo personal, en que el sujeto es protagonista e intérprete de su proceso de aprendizaje, los exguerrilleros tienen una cosmovisión que favorece el aprendizaje colectivo y de contexto. Estudian con la urgencia del tiempo y las necesidades de su integración a los circuitos educativos actuales, la actualización en tecnologías y la ampliación de su vocablo, lenguaje y forma de hacerse entender.

Para estos casos, sería importante adoptar una concepción de aprendizaje que establezca una relación entre la información nueva que reciben y los conocimientos que poseían. Que no solo involucre el conjunto de conceptos e ideas en un determinado campo del conocimiento, sino también en su organización; se aprende, siempre y cuando lo que se recibe del medio tenga significado vinculante. El aprendizaje adquiere un sentido colectivo, es la suma de saberes, de convicciones desarrolladas en su práctica social (Ausubel, 1983).

En relación con ello, Martínez y otros (2015) abordan el papel de la educación en el posconflicto y la reincorporación explicando que, para avanzar en políticas y estrategias formativas y de reintegración adecuada, se deben considerar los siguientes elementos:

- ▶ Procesos de educación y generación de capacidades a través de programas para el trabajo. Ello requiere el diseño de proyectos de alfabetización y nivelación curricular.
- ▶ Formación y desarrollo de capacidades que debería considerar el uso productivo potencial de las habilidades construidas por excombatientes y de su propio proyecto de vida.
- ▶ Valorar las posibilidades que ofrece la alfabetización tecnológica y las nuevas herramientas pedagógicas en este proceso.

Así, la educación resulta siendo la mejor estrategia de reincorporación y una adecuada alternativa, siempre y cuando contemple las condiciones reales bajo las cuales esta población llega a la sociedad, en especial en cuanto a los hábitos de estudio, autonomía, autorregulación, manejo de herramientas y experiencia de vida.

En tal sentido, lo que se recomienda es que la formación de agentes escoltas sea asumida directamente por la UNP, reuniendo las experiencias y lecciones aprendidas del Grupo de Apoyo y Reentrenamiento Operativo (GARO), de los cursos realizados en la Escuela SWAT, de reentrenamientos y diplomados y, en general, que incluya los protocolos, las normas y los patrones que ya tienen establecidos la entidad al respecto, contando con la voz y experiencia de los agentes escoltas, funcionarios y población reincorporada que labora en la SESP.

Se trataría de implementar un Sistema de Formación y Entrenamiento para el Cuerpo de Seguridad y Protección que contenga los siguientes objetivos:

- ▶ Caracterización e identificación de necesidades de formación, capacitación y entrenamiento al Cuerpo de Seguridad y Protección de la UNP.
- ▶ Diseño del plan de estudios para el desarrollo de las capacidades y potencialidades del personal de planta de la UNP.
- ▶ Establecer los convenios interinstitucionales para las certificaciones y acreditaciones del plan de estudios académicos.
- ▶ Desarrollo de la infraestructura para la creación del sistema de formación y entrenamiento.
- ▶ Gestionar los requisitos para la aprobación por parte del Ministerio de Educación Nacional (MinEducación).

El proyecto viene siendo estructurado desde la Mesa Técnica de Seguridad y Protección componente FARC. Se han identificado los problemas más urgentes, elaborado requisitos y adelantado los estudios de factibilidad necesarios. Es una propuesta de alcance estratégico que requeriría

el apoyo no solo de la dirección de la UNP, sino también del MinEducación, del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) y del componente del gobierno en Mesa Técnica.

Disponer de personal capacitado en este campo es primordial para la UNP, toda vez que ello permite reducir costos generados al contratar a terceras personas para la prestación de servicios, los cuales requieren un alto grado de reserva de la información.

El *pensum* y programa educativo deberá contemplar los siguientes elementos:

- ▶ Grupo de materias sociales de formación. Promoción y respeto a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, acuerdos de paz, protocolos y presentación personal. Manejo de multitudes y psicología de masas.
- ▶ Materias dedicadas al manejo y análisis de información y riesgo, elementos básicos de cartografía, presentación de informes, consulta de fuentes abiertas y cerradas.
- ▶ Aspectos protectivos. Equipo táctico protectivo, criminalística, explosivos y manejo de antiexplosivos. Tecnología en criminalística y en estudios policiales.
- ▶ Dentro de las especializaciones se contarían con las siguientes: seguridad integral, nivelación del bachillerato y actualización de saberes, administración pública.

Estrategias de aprendizaje

Las líneas generales de estrategias para la formación y el aprendizaje de exguerrilleros constituyen el objetivo central de la presente investigación. Los resultados obtenidos dan cuenta de las barreras y dificultades (tabla 2) que impiden el desarrollo en el proceso formativo de los exguerrilleros.

Para hacer frente a esas limitaciones, es importante sugerir unas acciones y estrategias integrales que favorezcan y fortalezcan la capacidad de preparación de los reincorporados, recogiendo en especial las técnicas de estudio que propone Crispín (2011) y que abarca un conjunto de herramientas que dinamizan y facilitan el conocimiento y su retención.

TABLA 2. BARRERAS DE APRENDIZAJE DE LOS REINCORPORADOS

Barreras	Consecuencias
Bajo nivel académico	Demoras en los planes educativos y retraso del cronograma de estudio
Limitaciones y escaso manejo de vocabulario	Dificultades en la comprensión y en las comunicaciones
Ineficiente aplicación de técnicas de estudio	No se logra eficiente síntesis de información y entendimiento
Pocos hábitos lectura	Limitaciones en el aprendizaje y en la comprensión de textos escritos
Falta de métodos para organizar información	Afecta el entendimiento y la retención de la información
Discriminación y estigmatización	No hay motivación y genera desconcentración en clases
Falta de iniciativa en el aprendizaje	No se toman decisiones para llevar a cabo consultas o trabajos por iniciativa propia. El trabajo realizado se limita a lo que se haga en clase con la guía del instructor
Desconocimiento de las características particulares de los exguerrilleros	Se ven afectados los contenidos en clase y en ocasiones deben ser reemplazados por otras enseñanzas
Falta de dominio de herramientas tecnológicas	Los estudiantes se frustran al no poder llevar a cabo alguna tarea por falta de conocimiento de la herramienta
Limitación en la aplicación de una pedagogía de estudios adecuada para excombatientes	Genera imprecisiones en los conceptos y en las limitaciones en el aprendizaje

Fuente: Elaboración propia.

Entre los elementos de estrategias propuestas, se encuentran las siguientes:

- ▶ Buscar convenios con el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y otras instituciones que apoyen los procesos de actualización de los saberes. Debe ser un programa diferencial por regiones, en consideración a las expectativas individuales de los reincorporados, pero en busca de integrarlos en un sistema que controle la UNP desde el equipo de talento humano.
- ▶ Convocatorias a concursos o eventos que motiven a los excombatientes: cuentos, narrativas, experiencias de vida, pintura, poesía, entre muchas otras iniciativas, que también pueden liderar las organizaciones a las cuales se viene vinculando la población reincorporada.

- ▶ Planificación de cursos, diplomados y reentrenamientos que tiene a su cargo la UNP para mejorar la aplicación de técnicas de estudio y métodos de organización de la información.
- ▶ Establecer convenios con el MinTIC y buscar espacios investigativos que permitan el diseño de *software* y de programas especializados para agentes escoltas, en el trabajo de análisis de riesgo y la adecuada sistematización de los diversos procesos dentro de la UNP.
- ▶ Desarrollar una vasta pedagogía orientada a la prevención de la discriminación y la estigmatización surgida en los mismos espacios de formación y trabajo, con la participación activa de los sindicatos, las entidades educativas y demás organizaciones con las cuales normalmente se relacionan los agentes escoltas de la UNP.

Con estos elementos en mente, es posible proponer un conjunto de estrategias que la UNP, la ARN y las demás instituciones del Estado encargadas de la reincorporación podrían aprovechar para proyectar la formación integral de los exguerrilleros que trabajan como agentes escoltas, y que ya completan más de dos años de experiencia laboral.

5. DISCUSIÓN Y RESULTADOS

Los resultados obtenidos en este trabajo han permitido caracterizar la población excombatiente que labora como agentes escoltas en la UNP, conocer las barreras y fortalezas en su aprendizaje y proponer elementos generales para su formación integral y una efectiva reincorporación.

Para los excombatientes, Roldán (2013) desarrolló el concepto de *inclusión laboral* en procesos de desmovilización y su influencia en los programas de reintegración social de varias empresas, en que demuestra que no existe igualdad de oportunidades laborales para los desmovilizados en comparación con el resto de la población civil, por lo que se establecen barreras sociales expresadas en falta de voluntad y sensibilidad para ser acogidos. En su tesis, señala que hay una clara discriminación en cuanto al acceso y la conservación de un trabajo por parte de los desmovilizados. Tampoco existe una voluntad social para acogerlos en su proceso de desmovilización, lo cual genera graves problemas de estigmatización que derivan en inseguridad.

Estos elementos de discriminación y falta de voluntad social y política también fueron evidenciados y expresados por los exguerrilleros en este trabajo, incluso en de la UNP, lo que debe generar mayores acciones por parte de entidades como la ARN y la misma Mesa Técnica de Seguridad y Protección.

Frente a las expectativas formativas de los reincorporados, la Universidad Nacional de Colombia adelantó entre mayo y junio de 2017 un censo socioeconómico con 10 015 exintegrantes de las FARC. De ellos, el 90 % afirmaron saber leer y escribir. El 57 % de los exintegrantes de las FARC cursaron al menos un grado de escolaridad en básica primaria y solo el 3 % tuvieron acceso a la

educación superior. De manera alterna, la Fundación Colombiana de Excombatientes Promotores de Paz (Fucepaz) realizó la caracterización en educación a 6570 exguerrilleros en que se pudo evidenciar que el 72 % de esta población desea iniciar o continuar sus estudios.

La información del censo de la Universidad Nacional de Colombia y de Fucepaz en términos generales coincide con los resultados obtenidos en nuestra investigación. Esa tendencia nos brinda un marco general de los retos que tiene la UNP y demás instituciones responsables de la reincorporación de excombatientes para contribuir a su formación e inclusión social. Las opiniones de los agentes escoltas entrevistados así lo evidencian. Sin embargo, el desarrollo del programa Arando la Educación (agosto de 2017) registra que solo se beneficiaron 2733 personas exguerrilleros de las FARC (284 graduados como bachilleres). Es decir, el 37,6 % de la población que había mostrado interés de continuar estudiando.

6. CONCLUSIONES

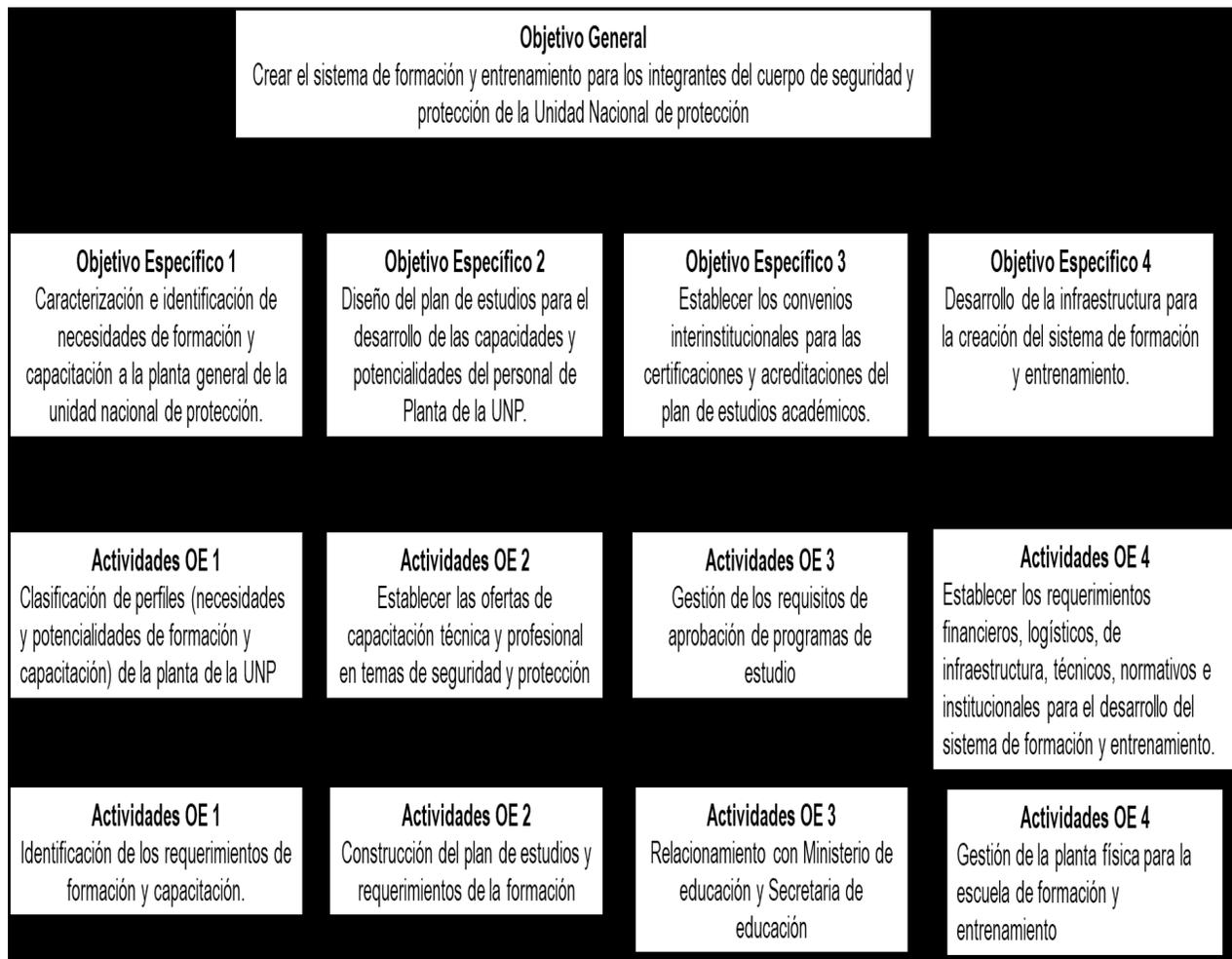
En este trabajo, se plantearon los lineamientos estratégicos de aprendizaje para la formación de agentes escoltas que busca favorecer su inclusión social orientado a exguerrilleros reincorporados de las FARC con el objetivo de crear un sistema de formación y entrenamiento para los integrantes del Cuerpo de Seguridad y Protección de la UNP.

La caracterización de la población que iría a recibir esa formación y entrenamiento nos permitió conocer su ascendencia principalmente campesina y las dificultades que atraviesan para vincularse al programa de protección. Con una edad promedio de 28 años y una permanencia en filas entre siete y dieciséis años, que sugiere una importante experiencia en la actividad armada y con ejercicio práctico de conducción y liderazgo en las antiguas guerrillas de las FARC.

De las entrevistas con los exguerrilleros, es posible destacar que se sostiene en ellos el concepto de *colectivo*, conformado a partir de una identidad compartida, en que sus miembros se agrupan y cohesionan. Es una identidad que aún está en construcción y cuyo rumbo dependerá en gran medida de los aportes y compromisos que ofrezca la institucionalidad, pero también, internamente, desde los mecanismos que tienen los exguerrilleros de formación y autocrítica social.

El elemento central de la propuesta es la creación de un Sistema de Formación y Entrenamiento para el Cuerpo de Seguridad y Protección (figura 1) que tiene como fin central el desarrollo de un ciclo permanente de actualización y entrenamiento de los agentes escoltas. Petición que se viene adelantando ante el MinEducación y el MinInterior, para acelerar la puesta en marcha de la Academia de Agentes Escoltas, diseñar un plan de estudios y establecer los convenios interinstitucionales y la consolidación de un sistema integral de formación. En esa idea, es fundamental determinar el papel que las herramientas TIC brindarían a la Academia de Escoltas, para que entren a favorecer la inclusión social de excombatientes de las FARC.

En relación con los alcances de este trabajo, debemos señalar con sinceridad que son muchas más las inquietudes y los retos pendientes por absolver que las certezas que tenemos, en especial ante el futuro inmediato. Les corresponderá a otros investigadores abordar temas afines, sobre todo, los relativos a la participación política y cohesión interna del partido. Indagar qué diferencia hubo en el proceso de reincorporación entre los que recibieron beneficios educativos y sociales y los que no. Y profundizar en las metodologías y enseñanzas para exguerrilleros, en especial las que se recojan de las experiencias propias en los territorios y las que viene construyendo la UNP.



Fuente: Elaboración propia con información de la SESP de la UNP.

FIGURA 1. ESTRUCTURA DE PROYECTO DE FORMACIÓN Y ENTRENAMIENTO DE LA UNP.

REFERENCIAS

- Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. (2016, noviembre 12), Recuperado de shorturl.at/dpxP9
- Ausubel, D. (1983). Significado y aprendizaje significativo. Pág. 8, En D. P. Ausubel, J. D. Novak y H. Hanesian, *Psicología educativa: un punto de vista cognoscitivo*. Ciudad de México, México: Trillas.
- Barrera de Hurtado, J. (2000). *Metodología de la investigación holística*. (3.ª ed.). Caracas, Venezuela: Fundación Sypal.
- Calderón, J. y Cardona, D. (2016). *Orlando Fals Borda y la investigación acción participativa: aportes en el proceso de formación para la transformación*. Trabajo presentado en I Encuentro hacia una Pedagogía Emancipatoria en Nuestra América, Buenos Aires, Argentina.
- Crispín Bernardo, M. L. (2011). *Aprendizaje autónomo: orientaciones para la docencia*. Ciudad de México, México: Universidad Iberoamericana.
- Decreto 2027/2016, de 7 de diciembre, por el cual se crea el Consejo Nacional de Reincorporación. *Diario Oficial*, núm. 50080 (2016).
- Decreto 298/2017, de 23 de febrero, por el cual se exceptúa a la Unidad Nacional de Protección de las restricciones previstas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000. *Diario Oficial*, núm. 50156 (2017).
- Decreto 299/2017, de 23 de febrero, por el cual se adiciona el Capítulo 4 al Título 1, de la Parte 4 del Libro 2 del Decreto número 1066 de 2015, en lo que hace referencia a un programa de protección. *Diario Oficial*, núm. 50156 (2017).
- Decreto 300/2017, de 23 de febrero, por el cual se modifica la estructura de la Unidad Nacional de Protección (UNP). *Diario Oficial*, núm. 50156 (2017).
- Decreto 301/2017, de 23 de febrero, por el cual se modifica la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección (UNP). *Diario Oficial*, núm. 50156 (2017).
- Decreto 895/2017, de 29 de mayo, por el cual se crea el Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política. *Diario Oficial*, núm. 50248 (2017).
- Decreto 897/2017, de 29 de mayo, por el cual se modifica la estructura de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 50.248 (2017).
- Gómez, M. M. (2006). *Introducción a la metodología de la investigación científica*. Córdoba, Argentina: Brujas.
- Ley 77/1989, de 22 de diciembre, por la cual se faculta al Presidente de la República para conceder indultos y se regulan casos de cesación de procedimiento penal y de expedición de autos inhibitorios en desarrollo de la política de reconciliación. *Diario Oficial*, núm. 39116 (1989).

- Ley 104 de 1993, de 30 de diciembre, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 41158 (1993).
- Ley 418/1997, de 26 de diciembre, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones *Diario Oficial*, núm. 43201 (1997).
- Martínez Restrepo, S., Ramírez, J. M. y Cecilia Pertuz, M. (2015). *El rol de la educación en el posconflicto: la reincorporación de los desmovilizados*. Bogotá, Colombia. Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo. Recuperado de <https://www.fedesarrollo.org.co/content/el-rol-de-la-educaci%C3%B3n-en-el-posconflicto-parte-1-la-reincorporaci%C3%B3n-de-los-desmovilizados>
- Mosquera Ortiz, F. J. y Sarmiento Vargas, J. L. (2015). *Conflicto, posconflicto y experiencias en educación para la paz en Centroamérica* (Tesis de grado, Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Bogotá, Colombia). Recuperado de <http://repository.udistrital.edu.co/handle/11349/3568>
- Rodríguez Gómez, G., Gil Flores, J. y García Jiménez, E. (1996). *Metodología de la investigación cualitativa*. Granada, España: Aljibe.
- Roldán Castellanos, L. (2013). La inclusión laboral de los desmovilizados del conflicto en Colombia: auténtico mecanismo emancipador de la violencia en Colombia. *Universitas Estudiantes*, 10, 107-123. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44738>
- Silva Molina, E. (2015). *Consecuencias del conflicto armado en la seguridad privada en Colombia* (Trabajo de especialización, Universidad Militar Nueva Granada, Cartagena, Colombia). Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/14190>
- Taylor, S. J. y Bogdan, R. (1987). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona, España: Paidós.
- Ugarriza, J. E. (2013). La dimensión política del posconflicto: discusiones conceptuales y avances empíricos. *Colombia Internacional*, 77, 141-176. <https://doi.org/10.7440/colombiaint77.2013.06>
- Villa Gómez, J. D. (2012). La acción y el enfoque psicosocial de la intervención en contextos sociales: ¿podemos pasar de la moda a la precisión teórica, epistemológica y metodológica? *El Ágora USB*, 12(2), 349-365. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4077/407736376005.pdf>

Arbitraje de derecho administrativo y fuerza vinculante del precedente constitucional en Colombia*

*Arbitration of Administrative law and Binding Force
of the Constitutional Precedent in Colombia*

FRANKLIN MORENO MILLÁN

Abogado por la Universidad Santiago de Cali, especialista en Docencia por la misma universidad, magíster en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia y doctorando en Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos (España). Profesor de la Universidad Libre, Seccional Cali, y Procurador Judicial II para Asuntos Administrativos. fjmoreno@procuraduria.gov.co - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3407-8557>

* Este artículo es parte de los avances de la tesis doctoral que se está trabajando sobre los alcances del arbitraje en el derecho administrativo, un análisis comparado España-Colombia, bajo la dirección del profesor doctor don Javier Guillén Caramés en la Universidad Rey Juan Carlos de España.

Resumen

Este artículo es un avance de investigación de una tesis doctoral sobre los alcances del arbitraje en Colombia y España. En él se afirma que, en el sistema jurídico colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. Además de ser jueces transitorios, los árbitros tienen un amplio margen de autonomía para escoger el derecho aplicable al caso. A esto se suma que, por ser un proceso de única instancia, susceptible solo del recurso de anulación, el cual procede por vicios de forma o procedimiento, no existe vía procesal para cuestionar el fondo de la decisión. La investigación es descriptiva y se hace desde el enfoque cualitativo. El objetivo general es demostrar que, a pesar de lo anterior, y a esa idea se llegó en las conclusiones, los árbitros están sometidos al precedente de la Corte Constitucional, en virtud de los principios de supremacía constitucional, interpretación conforme y seguridad jurídica. Asimismo, generar argumentos para que, desde los procesos arbitrales, se respeten los precedentes constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, derecho administrativo, fuentes del derecho, laudo arbitral, precedente constitucional.

Abstract

This paper is an advance of research of a doctoral thesis on the scope of arbitration in Colombia and Spain. It states that, in the Colombian legal system, arbitration has a jurisdictional nature. In addition to being transitory judges, arbitrators have a wide margin of autonomy to choose the law applicable to the case. To this is added that, as it is a single instance process, subject only to the motion for annulment, which process for defects in form or procedure, there is no procedural way to question the substance of the decision. The research is descriptive and is done from the qualitative approach. The general objective of the article is to demonstrate that, despite the above, and to that idea was reached in the conclusions, the arbitrators are subject to the precedent of the Constitutional Court, by virtue of the principles of constitutional supremacy, consistent interpretation and legal certainty. The purpose of the article is to generate arguments so that, from the arbitration processes, the constitutional precedents are respected.

KEYWORDS

Arbitration, Administrative law, Sources of law, Arbitration award, Constitutional precedent.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo es parte de los avances de la tesis doctoral que se está trabajando sobre los alcances del arbitraje en el derecho administrativo, un análisis comparado Colombia-España, bajo la dirección del profesor Javier Guillén Caramés en la Universidad Rey Juan Carlos de España.

Esta investigación se justifica porque en ella confluye, en un espacio de intersección, el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, que procura la paz y la armonía social, así como el principio de supremacía constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución Política de 1991, materializados a través del precedente constitucional. Lograr el equilibrio entre la autonomía del arbitraje y el respeto por la Constitución garantiza, además de los principios reseñados, la seguridad jurídica, elemento definitorio del valor supremo de la justicia.

El objetivo principal es sustentar la tesis según la cual, a pesar de su autonomía, el arbitraje está sometido al precedente constitucional, en los supuestos de control de constitucionalidad abstracta, y en el caso de las sentencias de unificación o reiteradas de tutela, en el caso del control concreto.

El enfoque de investigación es el cualitativo, toda vez que se parte de conceptos, doctrinarios y jurisprudenciales, los cuales se interpretan y sistematizan ordenada y deductivamente. El método utilizado es el hermenéutico, en tanto el objeto de análisis gira en punto de la comprensión de un fenómeno jurídico, cual es el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en un ámbito como el del arbitraje que se precia, precisamente, de ser autónomo.

El artículo se divide en tres secciones. En la primera, se hace un análisis, desde la filosofía del derecho, de conceptos como el de *tradición jurídica*, *sistema jurídico* y *sistema de fuentes*, aterrizado al caso colombiano. En la segunda, se aborda, desde la teoría y la dogmática, la figura del arbitraje, para precisar su naturaleza y características. En la tercera, desde la teoría constitucional, los aspectos concernientes al carácter vinculante del precedente constitucional, y los principios en que ello se funda. Finalmente, se presentan las conclusiones.

2. ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

El primer aspecto que se debe abordar es el relativo a la familia o tradición jurídica en la cual se inscribe, total o predominantemente, el sistema jurídico colombiano, ya que, de eso dependerá, precisamente, la tesis que se asuma frente a la fuerza vinculante del precedente constitucional en Colombia, en tratándose del arbitraje en que se discuten asuntos propios del derecho administrativo. Luego, se verificará, desde la perspectiva del sistema de fuentes instaurado por la Constitución Política de 1991 (art. 230) si, en el caso de la jurisprudencia constitucional, desde

una perspectiva dogmática, los árbitros se pueden apartar de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la escogencia del derecho aplicable al asunto que deben resolver.

El concepto de familia o tradición jurídica: la noción de sistema jurídico

Desde la filosofía del derecho, la noción de familia o de tradición jurídica corresponde a un conjunto de actitudes, de tipo histórico y cultural, frente a la naturaleza y el valor de la ley, frente a la arquitectura constitucional de las fuentes del derecho, y muy especialmente, acerca de cómo se crea, aplica, estudia y perfecciona el derecho (González, 2000, p. 627) y, a partir de allí, cómo se organiza el sistema jurídico. En este sentido, Merryman (2011, p. 17) señala que la familia jurídica es un concepto que se construye sobre cuatro elementos: la forma como se expresa el derecho, la función que cumple en la sociedad, los esquemas en que se estructura el sistema jurídico y, finalmente, la forma como se articula el derecho en una sociedad.

Desde esta perspectiva, la doctrina (González, 2000, p. 632) reconoce cinco grandes familias jurídicas: a) familia jurídica romano-germánica, b) familia jurídica del common-law, c) familia jurídica socialista, d) familia jurídica religiosa y e) familia jurídica híbrida o mixta.

Por su parte, un sistema jurídico es una agrupación de normas, procedimientos e instituciones jurídicas, que se inscribe, a su vez, en una familia jurídica, de suerte que no existe el sistema jurídico romano-germánico o el sistema jurídico del common-law. Lo que así se denomina es, en realidad, una tradición jurídica (Iturralde, 1995, p. 14).

Pero ¿por qué iniciar con una definición-distinción entre tradición y sistema jurídico? Según Iturralde (2007, p. 346), el constructo *sistema jurídico* reviste hoy de una enorme importancia para la filosofía del derecho y la teoría jurídica, hasta el punto de que se convierte en un presupuesto lógico en toda discusión sobre la noción misma de derecho. Incluso, García (1985, p. 297) señaló que la noción de sistema jurídico está presente en esa discusión, sin importar si ella se aborda desde la lógica jurídica, la teoría de la legislación, la teoría de las normas o la metodología del derecho.

Sin embargo, como lo afirma Bulygin (1991, p. 257), pese a la importancia que se le reconoce en el pensamiento jurídico, desde autores como Bentham, Austin, Kelsen y Hart, sigue teniendo zonas de penumbra que la filosofía no ha podido resolver. Por ello, no corresponde a este artículo resolver esas inquietudes, sino presentar unas definiciones básicas que sirvan como código de lenguaje entre los hablantes. Así, en tanto una ciencia sin definiciones es equivalente a una ciencia sin conceptos, y si una definición es una expresión verbal que contiene los elementos originarios del concepto (Bonorino y Peña, 2008, p. 145; Canelutti, 2011, p. 64), se van a precisar las reglas con las que se fijarán las condiciones de aplicación de la expresión *sistema jurídico*.

Se va a afirmar, entonces, que un *sistema jurídico* es un grupo de enunciados en que se relaciona un universo de casos (UC) con un universo de soluciones (US) (Alchourrón y Bulygin, 2013, p. 82). El sistema jurídico contendrá las consecuencias jurídicas derivadas de la ejecución de cualquier acto contenido en el conjunto de enunciados jurídicos (Bulygin y Mendonca, 2005, p. 43), y siguiendo a Nino (1992, p. 141), preverá los órganos encargados de su cumplimiento, las condiciones y las medidas para el uso de la fuerza ante su inobservancia.

Finalmente, la noción *sistema jurídico* guarda una estrecha relación con las nociones de *orden estatal* y *orden jurídico*. La noción *orden estatal* alude a un sistema jurídico en un espacio geográfico determinado. Por lo general, cuando se habla de sistema jurídico, se hace referencia a un sistema jurídico estatal. Sin embargo, puede haber un orden —sistema— jurídico no estatal cuando una misma temática es regulada de manera conjunta entre varios Estados. Finalmente, la noción *orden jurídico* hace referencia a un sistema jurídico, con sus modificaciones en el tiempo, es decir, un sistema jurídico no momentáneo (Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 88; Raz, 1986, p. 225), esto es, un orden jurídico es una sucesión de sistemas jurídicos en el tiempo (Vilajosana, 1985, p. 334).

Tradición y sistema jurídico en Colombia: un análisis desde la perspectiva del sistema de fuentes

La discusión teórica y conceptual sobre la tradición y el sistema jurídico, acogidos en la Constitución Política de 1991 (art. 230), adquiere relevancia en tanto, desde este marco teórico, se condiciona cualquier posición que se asuma frente al carácter vinculante del precedente constitucional en los trámites del arbitraje de derecho administrativo en Colombia.

Según el artículo 230 (Constitución Política de 1991), los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, mientras que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial. Es decir, se previó una tradición jurídica mixta, en que se recoge tanto la tendencia romano-germánica como del *common-law*, pero se inclinó hacia el sistema de derecho legislado, reconociendo una jerarquía superior a la ley.

Dos aclaraciones se tendrían que hacer en este momento. La primera, cuando la norma señala que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, no lo hace en el sentido de que es optativa, sino en el entendido de que es subsidiaria o complementaria a la ley. La segunda, que esta norma sufrió una mutación constitucional a través de la interpretación que la Corte Constitucional hizo en función de su competencia de intérprete auténtico.

Frente a lo primero, es preciso señalar que la jurisprudencia constitucional a la que la Corte Constitucional ha dado las denominaciones de *cosa juzgada constitucional implícita* (Sentencia C-131/1993, 1993, de 1 de abril; Sentencia C-037/1996, de 5 de febrero), *doctrina constitucio-*

nal (Sentencia C-083/1995, de 1 de marzo) y *ratio decidendi* (Sentencia SU-047/1999, de 29 de enero), es auxiliar porque a ella se recurre en ausencia de norma formal —carácter constitutivo del precedente— y como soporte argumentativo —carácter declarativo del precedente— (Bernal, 2005, p. 214; Sentencia de 2 de mayo de 2013, expte. 21024). Por lo menos, esa sería la interpretación desde la literalidad del artículo 230 de la Constitución Política de 1991.

La segunda aclaración es que el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 fue materia, desde nuestra perspectiva, de una *mutación constitucional*, es decir, de una modificación en su significado y alcance, operado por fuera de los cauces formales de reforma de la Constitución (Jellinek, 2018). Esta afirmación se sustenta en la evidencia, sobre la cual se hablará a continuación, de un cambio en la regulación constitucional del sistema de fuentes, de un elevamiento del valor de la jurisprudencia constitucional, hasta el punto de ubicarla en un rango igual y a veces superior a la ley (Moreno, 2002).

Sistema de fuentes en la Constitución Política de Colombia de 1991

Las fuentes del derecho, afirma De Otto (1987, p. 69), son aquello de lo cual proviene el derecho. Básicamente, son su origen o causa (Monroy, 2003, p. 128). Aquí se va a recoger esta significación y se va a partir de la premisa de que se trata tanto de los hechos como de los criterios que utilizan los jueces para resolver el universo de casos que se pone a su conocimiento (Aftalión y Vilanova, 1998, p. 643). Desde esta última perspectiva, son “la predeterminación normativa de la función judicial” (De Otto, 1987, p. 72).

Dejando de lado las disquisiciones teóricas sobre las diversas clasificaciones de las fuentes del derecho, en especial la que las divide en fuentes formales, materiales y reales, se va a partir de la distinción entre fuentes obligatorias y fuentes auxiliares, por ser ella la que guarda relación directa con la cuestión que se plantea.

En tal sentido, señala el inciso 1 del artículo 230 de la Constitución Política de 1991 que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. En tal caso, a partir de las teorías monista y dualista en punto del concepto de ley (De Cabo, 2000; Sierra, 2001), se dirá que en Colombia se acogió la teoría dualista y se considera ley, en sentido formal, a la que proviene del Congreso (Constitución Política de 1991, art. 150) y ley en sentido material a toda norma jurídica (Constitución Política de 1991, arts. 4, 87, 230), tal y como lo reconoció en su momento la Corte Constitucional (Sentencia C-893/1999, de 10 de noviembre). Así, desde la literalidad del inciso 1 de artículo 230 de la Constitución, y a partir del concepto material de ley, propio de una teoría dualista, la ley es la única fuente obligatoria del sistema jurídico.

En los casos en los que por ausencia de norma formal o por indeterminación de su contenido, y en atención al principio de *plenitud hermenéutica del derecho* (Cossio, 1964, p. 42), conforme al

cual la ley puede tener lagunas pero el sistema jurídico no, de acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-083/1995, de 1 de marzo) según el cual la función ontológica de los jueces es fallar, y no se puede incumplir esta obligación pretextando ausencia de regla escrita, los operadores judiciales deben acudir a las fuentes auxiliares del derecho, entre ellas, la jurisprudencia.

Según afirma Moreno (2002, p. 33), la jurisprudencia es la *interpretación* que los órganos judiciales de cierre hacen, contenida en sus decisiones de última instancia, en un contexto histórico, con carácter vinculante, en punto del sentido y alcance de las reglas formales, en materias en que tienen competencia exclusiva. Esta significación general debe ser matizada, primero, en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y segundo, desde la perspectiva de este tribunal sobre su ubicación en el sistema de fuentes.

Frente a lo primero, acoge la Corte Constitucional una conceptualización triádica del concepto *jurisprudencia*. Así, en un primer momento (Sentencia C-131/1993, de 1 de abril; Sentencia C-037/1996, de 5 de febrero), la denominó *cosa juzgada constitucional implícita*, para hacer referencia a aquellas consideraciones vertidas en la parte motiva y que guardan unidad de sentido con la parte dispositiva. En un segundo momento, acogió el concepto *doctrina constitucional*, previsto en el artículo 8 de la Ley 153/1887, de 24 de agosto, como la interpretación auténtica que se hace de la Constitución. En una tercera etapa, acudió al derecho anglosajón y utilizó el concepto *ratio decidendi* (Sentencia SU047/1999, de 29 de enero), es decir, la formulación general, más abstracta, más allá del principio, regla o razón específica (López, 2013).

En punto de su ubicación en el sistema de fuentes o carácter vinculante, viene señalando la Corte Constitucional (Sentencia C-836/2001, de 9 de agosto; Sentencia C-634/2011, de 24 de agosto; Sentencia C-816/2011, de 1 noviembre; Sentencia C-588/2012, de 25 de julio) que su jurisprudencia es fuente obligatoria, hasta el punto de que su desconocimiento puede configurar el tipo penal de prevaricato por acción (Sentencia C-335/2008, de 16 de abril), es decir, el que se presenta cuando un servidor público profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

Puede ser que, en ocasiones, el contenido formal de la ley ofrezca una interpretación tan clara¹ que la jurisprudencia tenga una mera función de subsunción (Santofimio, 2010, p. 9), de suerte que desconocer la jurisprudencia sea equivalente a desconocer la ley. Pero cuando la jurisprudencia crea una subregla constitucional constante, la cual puede estar contenida en sentencias de constitucionalidad (Constitución Política de 1991, art. 243), en sentencias de unificación o

¹ Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su terno literal a pretexto de consultar su espíritu. Código Civil colombiano, art. 27.

en interpretaciones reiteradas, su desconocimiento se traduce en un desconocimiento directo de la Constitución, lo cual configura el delito de prevaricato por acción.

Existe otra circunstancia en que el precedente de la Corte Constitucional resulta vinculante, menos gravosa que esta en que se configura el tipo penal de prevaricato y en que el operador judicial se puede apartar, siempre y cuando sustente sólidamente su apartamiento. Se trata de la tesis del derecho vivo o *derecho viviente*, es decir, una interpretación normativa que surge de la jurisprudencia, que constituye una norma especial y sustancialmente diferente de la que emana del texto legal y que es, en últimas, la que se aplica en la realidad (Sentencia C-557/2001, de 31 de mayo; Sentencia C-426/2002, de 29 de mayo; Sentencia C-569/2004, de 8 de junio; Sentencia C-304/2013, de 22 de mayo; Sentencia C-418/2014, de 2 de julio; Sentencia C-259/2015, de 6 de mayo).

En el primer caso, en que se configura el tipo penal de prevaricato por acción por desconocimiento del precedente constitucional, y en el segundo, de configuración de un *derecho viviente*, o incluso, en una tercera hipótesis, de mera existencia de una línea jurisprudencial clara en punto de un precepto constitucional, se puede configurar lo que una ya consolidada línea jurisprudencial denomina *causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias* y que, en un primer momento, se llamó vía de hecho (Sentencia C-590/2005, de 8 de junio). En punto de lo que se viene señalando, serían dos las causales aplicables: a) desconocimiento del precedente y b) violación directa de la Constitución.

Queda así en evidencia que, en el sistema de fuentes de derecho en Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional pasó de ser un criterio auxiliar a convertirse en un criterio obligatorio de la actividad judicial, con hondos repercusiones que van, desde la procedencia de mecanismos constitucionales como la acción de tutela, hasta la configuración de tipo penales como el de prevaricato por acción. Esta mutación constitucional en el sistema de fuentes, por supuesto, tiene efectos sobre la autonomía de los árbitros en el momento de resolver los asuntos puestos a su conocimiento.

3. EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU SUMISIÓN A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Abordar el arbitraje de derecho administrativo y su sumisión a la jurisprudencia de la Corte Constitucional nos lleva, obligatoria y previamente, a abordar cuestiones teóricas, como la noción de arbitraje, su naturaleza desde la arquitectura constitucional colombiana, unas reglas básicas del arbitraje de derecho administrativo y, finalmente, su relación con la jurisprudencia constitucional.

La noción de arbitraje de derecho administrativo

El arbitraje es un mecanismo *heterocompositivo* de resolución de conflictos, junto con el proceso propiamente jurisdiccional, en que las partes acuden a un tercero, voluntaria u obligatoriamente, para que sea este, en razón de su oficio o actividad, quien resuelva, con carácter obligatorio para las partes, la disputa presentada (Rifá, 2011, p. 31; Sentencia C-1195/2001, de 15 de noviembre).

La noción de arbitraje pasa, principalmente, por dos estadios en el sistema jurídico colombiano: el legal y el jurisprudencial. Desde el punto de vista legal, el artículo 1 de la Ley 1563, 2012, de 12 de julio, lo define como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la posición de la Corte Constitucional se puede ubicar en tres grandes bloques. Primero, se afirma simplemente que se trata de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos (Sentencia C-242/1997, de 20 de mayo; Sentencia C-1436/2000, de 25 de octubre; Sentencia C-330/2000, de 22 de marzo; Sentencia C-098/2001, de 31 de enero; Sentencia C-1038/2002, de 28 de noviembre). Segundo, que es un mecanismo que surge de la habilitación voluntaria de las partes (Sentencia C-098/2001, de 31 de enero; Sentencia C-378/2008, de 23 de abril), que permite que un tercero, a nombre del Estado (Sentencia C-431/1995, de 28 de septiembre), solucione un caso particular (Sentencia C-431/1995, de 28 de septiembre; Sentencia C-1436/2000, de 25 de octubre; Sentencia C-378/2008, de 23 de abril), de naturaleza transigible (Sentencia C-163/1999, de 17 de marzo), en plena aplicación de las garantías judiciales (Sentencia C-330/2000, de 22 de marzo; Sentencia C-1038/2002, de 28 de noviembre), mediante una decisión denominada *laudo arbitral*, que se equipara a una sentencia judicial (Sentencia C-431/1995, de 28 de septiembre; Sentencia C-378/2008, de 23 de abril), y que hace tránsito a cosa juzgada (Sentencia C-1436/2000, de 25 de octubre; Sentencia C-378/2008, de 23 de abril). Tercero, se dice que es un verdadero proceso judicial (Sentencia C-330/2000, de 22 de marzo; Sentencia C-1038/2002, de 28 de noviembre; Sentencia C-378/2008, de 23 de abril), en que se deroga la justicia estatal (Sentencia C-163/1999, de 17 de marzo; Sentencia C-1436/2000, de 25 de octubre; Sentencia C-098/2001, de 31 de enero) y se habilita temporalmente a un particular de la función pública de administrar justicia (Sentencia C-163/1999, de 17 de marzo; Sentencia C-098/2001, de 31 de enero; Sentencia C-378/2008, de 23 de abril).

Se dirá que se trata de *arbitraje de derecho administrativo*, como sustantivo compuesto, y esto tiene una singularidad en tanto se afirma que este arbitraje goza de las características propias del arbitraje en general, pero tiene unas especificidades que lo erigen como una institución jurídica *sui generis* (Ballesteros, 2017, p. 46), cuando la cuestión verse sobre asuntos que serían de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, en que se involucren entidades

públicas y particulares en ejercicio de función administrativa, bajo las reglas de la Ley 1437/2011, de 18 de enero (art. 104), pero, por la expresa voluntad de las partes y por tratarse de materias respecto de las cuales existe libre disposición, el asunto se llevó a la jurisdicción arbitral.

Dentro de las reglas que distinguen un arbitraje como de derecho *administrativo*, están la exigencia de que el arbitraje sea siempre en derecho, no siendo posible que la Administración concorra a un arbitraje en equidad (Ley 153/1887, de 24 de agosto, art. 1); en igual sentido, la exigencia de que se trate de arbitraje institucional, no siendo posible arbitraje *ad hoc* (Ley 153/1887, de 24 de agosto, art. 2); un decálogo mucho más amplio de materias indisponibles, por ejemplo, el control de legalidad de los actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes (Sentencia C-1436/2000, de 25 de octubre) o temas que afecten el orden público (Sentencia T-057/1995, de 20 de febrero); y, finalmente, la aplicación irrestricta de ciertas reglas de procedimiento, por ejemplo, las relativas a que el idioma del arbitraje sea el mismo que el idioma oficial del Estado y a que la sede del arbitraje esté geográficamente ubicada dentro de este, por citar algunas.

Desde esta perspectiva, el *arbitraje en derecho administrativo* es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, de naturaleza transitoria, de origen voluntario, a cargo de particulares que ejercen función jurisdiccional, en que una de las partes es una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas, cuya disputa está relacionada con el ejercicio de la función administrativa, y en que las partes y los árbitros ven limitada la autonomía de la voluntad a unas reglas básicas que le impone la ciencia administrativa.

La naturaleza del arbitraje en Colombia

La discusión sobre la naturaleza del arbitraje no solo goza de actualidad, sino que de ella depende, en buena parte, la posición que se asuma, no solo frente a las competencias de los árbitros, sino también frente al carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el proceso arbitral. En esencia, son cuatro las posiciones: a) contractual, b) jurisdiccional, c) autónoma y c) mixta (Becerra, 2013; García, 2011; Gaillard, 2012, 2015; González de Cossio, 2015; Larroumet, 2005; Mantilla, 2007, 2013; Martínez, 1998, 2013; Merino y Chillón, 2014; Oppetit, 2006; Rodríguez, 2013). Por razones de espacio, se dejará de lado la explicación de cada una de ellas para centrarnos en la tesis jurisdiccional, por ser la que aplica en Colombia.

La tesis jurisdiccional, también llamada teoría procesal, en tanto el arbitraje parte de un proceso (el proceso arbitral), equipara el proceso arbitral con el proceso judicial a partir de la equivalencia entre laudo y sentencia, y entre árbitro y juez. Además, señala que en los procesos arbitrales se presentan todos los elementos del proceso judicial, como la garantía del debido proceso (Ballesteros, 2017, p. 35; Merino y Chillón, 2014, p. 247; Pérez-Luño Robledo, 2013, p. 26). En resumen, se reconoce la naturaleza jurisdiccional del arbitraje por las siguientes razones:

Primero, la función jurisdiccional es una de las tres funciones privativas del poder público (Montesquieu, 1944). Quien realice la misma labor, está cumpliendo la misma función. Segundo, el arbitraje es función judicial de carácter temporal (Preciado, 2013, p. 75), en virtud de la delegación que hace el legislador. El hecho de que no sea permanente no enerva su carácter jurisdiccional (Aylwin, 1958, p. 51). Tercero, es la ley la que dota al tribunal arbitral de precisas facultades jurisdiccionales. Cuarto, las partes no otorgan jurisdicción sino la ley, en tanto no pueden dar lo que no tienen (Merino y Chillón, 2014, p. 248), de ahí que su única facultad sea la de convocar a los árbitros. Quinto, las decisiones arbitrales son providencias, que hacen tránsito a cosa juzgada y constituyen un título ejecutivo. Sexto, si los árbitros cumplen los requisitos para actuar como tal, una vez investidos de jurisdicción, gozan de autonomía para la toma de la decisión, no son meros mandatarios.

En el caso colombiano, es en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, capítulo I, título V, que se hace referencia a esta figura. Precisamente, en este artículo, se establece la regulación general de la función judicial en Colombia y se señala que administran justicia la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Al final, el artículo señala que los particulares, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia.

Es decir, la propia Constitución habilita expresamente a los particulares a ejercer transitoriamente la función pública de administrar justicia, como en el arbitraje. Inclusive, la Corte Constitucional (Sentencia SU-174/2007, de 14 de marzo), en una amplia jurisprudencia, ha reconocido el carácter jurisdiccional de esta actividad en el sistema jurídico colombiano.

Cualquier discusión en un sentido diferente podrá tener valor académico o doctrinal, pero no tendrá validez ni fuerza, en tanto, en los términos del artículo 4, la Constitución es norma de normas y cualquiera disposición en contrario será inaplicada. Inclusive, frente a las tensiones entre el derecho interno y el derecho internacional, se reconoció en Colombia, por parte de la Corte Constitucional (Sentencia C-400/1998, de 10 de agosto), que se recurre a la teoría monista moderada con primacía de la Constitución.

En conclusión, por la regulación constitucional, por la aplicación de una teoría monista moderada con primacía de la Constitución y por los demás elementos teóricos expuestos en el caso colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional.

Sumisión del arbitraje a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Conviene ahora preguntarse si, amén de la autonomía que se predica del arbitraje para escoger e interpretar el derecho sustantivo aplicable al fondo de la controversia, por ser el trámite arbitral un proceso de única instancia, por estar circunscritas las causales del recurso de anulación a aspectos procedimentales, por no ser el recurso de anulación un espacio propicio para cuestionar los posibles errores de fondo cometidos por el tribunal arbitral y por tener la acción de tutela una naturaleza subsidiaria, se tiene en el arbitraje de derecho administrativo, para el caso colombiano, la autonomía para apartarse de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, o si, por el contrario, se establece una relación de sumisión que conlleve permitir, o bien el recurso de anulación, o bien el mecanismo extraordinario de la acción de tutela, cuando se desconozca el precedente constitucional.

Se va a sustentar la tesis según la cual, en el caso colombiano, en algunas hipótesis, restrictivas por supuesto, la jurisdicción arbitral está sometida al precedente de la Corte Constitucional, de suerte que puede quedar el laudo arbitral incurso en una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias o, incluso, estar los árbitros incursos en un prevaricato por acción.

Las premisas de tal afirmación se van a presentar en dos bloques. Primero, las hipótesis señaladas por la propia Corte Constitucional, en que se considera procedente la acción de tutela como mecanismo extraordinario para cuestionar, así sea excepcionalmente, el laudo arbitral, por un supuesto desacato a sus precedentes. Segundo, para que no quede esta argumentación como una mera *petición de principio*, en un segundo bloque, se van a presentar —o reiterar, algunas ya se presentaron a lo largo de este artículo— las razones por las que, desde una teoría constitucionalmente adecuada al sistema jurídico colombiano, el precedente constitucional resulta vinculante en el arbitraje de derecho administrativo.

Reglas sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales

Primero, la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales es excepcional. Como regla, cuando las partes acuerdan voluntariamente acudir al arbitraje, renunciando a la posibilidad de acudir a la jurisdicción estatal, lo hacen bajo la implícita y anticipada confianza hacia la capacidad de los árbitros y a la juridicidad de la decisión (Sentencia SU-174/2007, de 14 de marzo). De ahí que el convenio arbitral se considere un acuerdo de voluntades, suscrito entre partes que gozan de capacidad, en que los interesados se someten a una jurisdicción especializada y acuerdan respetar la decisión.

Segundo, la acción de tutela contra el laudo arbitral es subsidiaria. Precisamente, el recurso extraordinario de anulación opera por errores *in procedendo* y algunos errores *in judicando*, por

causales previa y claramente definidas en la ley, lo que excluye la posibilidad de una revisión *in integrum*. Luego, no pueden las partes desconocer la firmeza del laudo arbitral, con la excusa del desacuerdo frente a la forma que tuvo el tribunal de *decir el derecho*, acudiendo para tal fin a la acción de tutela.

Tercero, afirma la Corte Constitucional (Sentencia T-570/1994, de 7 de diciembre) que, aunque en el arbitraje no proceda el recurso de apelación, lo cual es conocido de antemano por quienes acuden a este mecanismo, desde un punto de vista material, el recurso extraordinario de anulación cumple las veces de la doble instancia, así sea en aspectos *in procedendo* e *in judicando*, con la cual la garantía del artículo 31 de la Constitución queda plenamente satisfecha. Por tal razón, la acción de tutela tiene carácter extraordinario.

Cuarto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, precisamente, estableció las reglas básicas de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, que se puede resumir en los siguientes términos (Sentencia SU-174/2007, de 14 de marzo):

1. La acción de tutela no procede contra laudos arbitrales si está pendiente el trámite del recurso de anulación o si la tutela se funda en las mismas causales. En ninguna circunstancia, le está permitido al juez de tutela inmiscuirse en el fondo del asunto (Sentencia T-608/1998, de 27 de octubre).
2. La procedencia de la acción de tutela está limitada a violaciones graves de derechos fundamentales, no subsanables por la vía del recurso de anulación (Sentencia SU-837/2002, de 9 de octubre).
3. Que no se trate de interpretaciones irrazonables de los elementos de juicio, normativos y contractuales, que puedan configurar un defecto fáctico (Sentencia SU-058/2003, de 30 de enero).
4. La acción de tutela no es un mecanismo para subsanar la ausencia de defensa técnica por inactividad o falta de experticia de las partes (Sentencia T-1228/2003, de 5 de diciembre).
5. La causal de violación al derecho al debido proceso no se haya podido exponer por la vía del recurso de anulación del laudo arbitral (Sentencia T-920/2004, de 23 de septiembre).

Razones teóricas de acatamiento del precedente constitucional por los tribunales de arbitramento

Al margen de las hipótesis en que, según la Corte Constitucional, procede la acción de tutela contra laudos arbitrales, con el argumento de que incurrieron en una causal genérica de procedencia de este mecanismo extraordinario, posición jurisprudencial que se asume vinculante

y sobre lo cual no existe objeción, se deben plantear unas razones teóricas por las cuales, precisamente, los tribunales arbitrales, cuando escogen, interpretan y aplican el derecho al caso concreto, se ven vinculados por el precedente constitucional, al margen de que ello configure o no una causal de procedencia de la acción de tutela.

El principio de supremacía constitucional y el principio de interpretación conforme

El principio de supremacía constitucional, señala García de Enterría (1984, p. 51), que parte de la tesis de un derecho superior a la soberanía del Parlamento, proviene del derecho natural afirmado por los revolucionarios norteamericanos en su lucha contra los ingleses. Precisamente, en *El federalista*, Hamilton propone que los jueces tengan una mayor vinculación a la Constitución (*superior obligation and validity*), llegando al deber de inaplicar las normas que le sean contrarias (p. 54).

Desde esta consideración, en *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), el juez Marshall afirma que “that a law repugnant to the constitution is void”, con lo que la supremacía constitucional alcanzó su máximo esplendor. Es, desde esa “lógica de Marshall”, conforme a la cual, si la Constitución es la ley suprema, que no puede ser derogada por una ley ordinaria, que se preña de validez axiológica el principio de la supremacía de la Constitución (Nino, 1992, pp. 675-678; Sola, 2001, p. 63).

Según Ferrajoli (2001, p. 67), el surgimiento de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la expedición de las constituciones de Italia en 1948 y Alemania en 1949 fueron el paso de un Estado de derecho a un Estado constitucional, en que la Constitución se erigió como límite formal y material de la ley. Luego, vendría la puesta en funcionamiento de los tribunales constitucionales europeos, con lo que no volvería a estar entredicho el principio de la supremacía constitucional.

En el caso colombiano, el principio de supremacía constitucional aparece expresamente en el artículo 4 de la Constitución Política de 1991, en que se señala que la Constitución es norma de normas y, tácitamente, en el artículo 230, en que afirma que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, vista la ley desde un criterio material como toda norma jurídica, de suerte que toda disposición jurídica infraconstitucional, con ocasión de la existencia de un sistema escalonado de normas, debe ser leída conforme a la Constitución.

Para garantizar el principio de supremacía constitucional, se instituyó a la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía, según el artículo 241 de la Constitución. A ella le corresponde, por un lado, fijar el sentido de los preceptos constitucionales y, por el otro, señalar la interpretación constitucionalmente legítima de los preceptos legales.

Así las cosas, la garantía jurisdiccional de la Constitución está dada por la existencia de un órgano especializado, encargado de controlar, en abstracto, a través de la acción de inconstitucionalidad, y en concreto, a través de la acción de tutela, que no se desconozcan, por acción o por omisión, los preceptos constitucionales.

Según afirma Balaguer (1997, pp. 24-25), el paso de un esquema de interpretación de la Constitución a interpretación constitucional implica sacar la interpretación de los cerrados límites del propio texto constitucional, de suerte que la interpretación de la Constitución será el sustrato de la interpretación constitucional del ordenamiento. Es allí donde aparece el *principio de interpretación conforme*.

El principio de interpretación conforme a la Constitución es un método desde el cual, ante las diversas posibilidades de entendimiento del precepto legal, se ha de escoger aquella que mejor se acomode a los mandatos constitucionales. En atención al carácter abierto y pluralista de los textos constitucionales, surge la necesidad de unificar su interpretación y de aplicar esta interpretación a la normativa infraconstitucional, manteniendo las posibilidades de ambos textos, su finalidad y la congruencia entre las dos posibilidades normativas (Balaguer, 1997, pp. 111-112)

Se trata, en términos prácticos, de un proceso de intermediación interpretativa, entre el Tribunal Constitucional, los poderes públicos y la ciudadanía, de un diálogo entre quien interpreta por vía de autoridad la Constitución y quien la debe aplicar en los casos concretos. Para De la Quadra (1987, p. 133), la validez, formal y material del sistema jurídico, depende de su conformidad con la Constitución, y por ello el señalamiento del sentido admisible de los preceptos constitucionales, por quien tiene la competencia para ello, se vuelve el elemento clave en el proceso de interpretación de la legislación infraconstitucional en un sentido conforme a la Constitución. Agrega Zagrebelsky (1987, p. 165) que se trata de una “precomprensión”, una anticipación de sentido y de valor, provisional y esencial para otorgar un justo sentido a la decisión que se ha de tomar.

En este sentido, cuando se dice que la jurisprudencia tiene carácter declarativo (Santofimio, 2010), no se hace otra cosa más que señalar que es a través de ella como se explicita el significado de la disposición, en este caso de la Constitución, no pocas veces confuso por la indeterminación normativa propia de los preceptos constitucionales. En consecuencia, la interpretación que hace la Corte Constitucional de la propia Constitución se integra a ella como un solo elemento.

Retomando el concepto de *doctrina constitucional* del artículo 8 de la Ley 153/1887, de 15 de agosto y lo que al respecto dijo la Corte Constitucional (Sentencia C-083/1995, de 1 de marzo), queda claro que las disposiciones son letra inerte, y es la jurisprudencia o doctrina constitucional, para el caso es lo mismo, la que señala su verdadero sentido y alcance. Es eso, precisamente, lo que posibilita la exigencia de interpretar el sistema jurídico conforme a la Constitución,

la existencia de un criterio hermenéutico que delimite el sentido y alcance de los preceptos constitucionales y al cual se deben sujetar los operadores judiciales.

En consecuencia, si tienen los jueces la obligación (Constitución Política de 1991, art. 4) de interpretar la normativa conforme a la Constitución, a través del acatamiento de los precedentes en que se fija el sentido y alcance de los preceptos constitucionales, los árbitros, quienes ejercen función judicial de manera transitoria, están atados a la misma obligación. No puede el árbitro, so pretexto de su autonomía, desconocer los mandatos constitucionales, a través del desacato del precedente constitucional, sin incurrir en una violación directa de la Constitución, máxime en el arbitraje de derecho administrativo que, como se dijo, está sometido a reglas especiales, como la de que el arbitraje sea, por el contenido del laudo, en derecho (Ley 1563/2012, de 12 de julio, art. 1).

El principio de supremacía constitucional y la distinción entre disposición y norma jurídica

Una segunda razón, por la que se considera que los árbitros están vinculados por el precedente constitucional, es la distinción, de corte muy europeo, entre disposición o texto legal y norma jurídica. Así, texto o disposición legal es el enunciado gramatical, las palabras de la ley. Por su parte, norma jurídica es la interpretación que surge de la disposición (Martín de la Vega, 2013; Moreno, 2002; 2008; Sentencia C-312/2017, de 11 de mayo). En este sentido, la relación disposición-norma puede ser simple cuando de una disposición surge una sola interpretación o puede ser compleja cuando de una disposición surgen varias normas, de pronto excluyentes, o cuando una norma surge de la revisión conjunta de varias disposiciones, es decir, una proposición jurídica compleja.

Cuando la relación es simple, los jueces, para el caso los árbitros, escogen y aplican el derecho aplicable, es decir, la disposición. Si la relación es compleja, pero las diversas interpretaciones se ajustan todas a la Constitución Política, el juez puede, para el caso los árbitros que son jueces de manera transitoria, en virtud del artículo 230 de la Constitución, escoger la norma que mejor les parezca, siempre y cuando todas se ajusten a esta.

Sin embargo, cuando la relación es compleja, porque de una misma disposición surgen varias normas (entiéndase interpretaciones), algunas que se ajustan a la Constitución y otras que la desconocen, no pueden los árbitros, en virtud del principio de supremacía constitucional, aplicar aquellas normas que contrarían la Constitución.

Cuando la Corte Constitucional, a través de sus sentencias, dispuso el único sentido constitucionalmente legítimo de una disposición, con una herramienta de control constitucional que se conoce como sentencia integradora (Sentencia C-109/1995, de 15 de marzo), y que evidencia el

carácter de legislador negativo de los tribunales constitucionales, en la medida en que, precisamente, se expulsaron del sistema jurídico, no hacen parte por razón de su ausencia de validez (Serrano, 1999), de su contradicción con la regla de reconocimiento (Hart, 2004), aquellas interpretaciones contrarias a la Constitución, no podría un árbitro darles aplicación, porque, entonces, estaría aplicando una regla que no hace parte materialmente del sistema jurídico.

En auxilio de esta tesis, se puede decir que, conforme al artículo 243 de la Constitución Política de 1991, las decisiones que dicte la Corte Constitucional, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material de la disposición declarada inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer tal declaración. En consecuencia, si una norma —entiéndase interpretación— fue declarada inexecutable por razones de fondo, y no se puede reproducir su contenido material, con menor razón se le puede aplicar, siendo que ya no pertenece al sistema.

Precisamente, si el artículo 4 de la Constitución Política de 1991 señala que *la Constitución es normas de normas*, y si el artículo 6 indica que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, no solo se vulnera esta cuando se aplica una norma que la contraría, sino que, aún más, cuando dicha norma ya no hace parte del sistema, en tanto no se hace distinción alguna en estos preceptos, de los cuales se pueda derivar una habilitación a los árbitros para actuar *extra- o supraconstitucional*.

El precedente constitucional y la seguridad jurídica

El principio de la seguridad jurídica es, junto con el bien común y la justicia, uno de los elementos axiales del derecho (Radbruch, 1999, p. 73). Desde esta perspectiva, como mandato de optimización, siguiendo a Dworkin (2002, p. 72), para quien los principios son estándares que derivan de alguna exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral, la seguridad jurídica es un estado que se debe garantizar en la medida de lo posible.

Se podría decir, para acercarnos a una definición de seguridad jurídica que sirva al propósito de este artículo, que el concepto *seguridad jurídica* hace referencia a la seguridad del derecho en sí mismo, a la posibilidad de ser conocido, a la certeza que existe sobre su significado (Kaufmann, 1999, p. 349). Refuerza este filósofo alemán señalando que seguridad jurídica no es la aplicación de un derecho justo, sino la aplicación segura de un derecho cierto (Kaufmann, 1999, p. 351; Ávila, 2012, p. 94).

Esto nos llevaría, según Valbuena (2008), a considerar como elementos de la seguridad jurídica el respeto por el principio de legalidad, el carácter previsible de las decisiones judiciales, la

irretroactividad de la ley, la certeza de la aplicación de la norma, el carácter ejecutorio de las decisiones judiciales y la firmeza de la cosa juzgada.

Por supuesto que el principio de seguridad jurídica que encuentra sustento en la Constitución Política, en el artículo 1 sobre Estado de derecho, en el artículo 4 sobre supremacía constitucional, en el artículo 29 sobre debido proceso y en el artículo 83 sobre buena fe, entre otros, se vería quebrantado si las decisiones de la Corte Constitucional, no cualquiera, sino aquellas que constituyen cosa juzgada constitucional implícita, doctrina constitucional o *ratio decidendi*, aquellas que no son *obiter dicta*, aquellas que hicieron tránsito a cosa juzgada constitucional, no tuvieran fuerza vinculante en el ejercicio de la función jurisdiccional, permanente o transitoria.

Si los jueces, y los árbitros son jueces, en sus providencias están sometidos al imperio de la Constitución, y si la Corte Constitucional (arts. 241, 243) es la intérprete auténtica de la Constitución, aquellos precedentes en que se deje sentado el sentido y alcance de los preceptos constitucionales o en que se señale la única interpretación constitucionalmente legítima de los preceptos legales, escapa al ámbito de autonomía funcional e interpretativa propia del arbitraje desatender esos precedentes. La interpretación de la Constitución no puede quedar librada en abstracto a los operadores judiciales. No pueden coexistir diversas interpretaciones de la Constitución. Si cada uno de ellos le diera a la Constitución el significado que considerara plausible, habría un estado de anarquía jurídica y la supremacía constitucional desaparecería. Se necesita, como presupuesto de un derecho cierto, es decir, de un estado de seguridad jurídica, que haya una sola interpretación vigente de la Constitución y que ella sea plenamente acatada.

4. CONCLUSIONES

Primero, el sistema jurídico colombiano, fundado en el principio de la supremacía constitucional, se inscribe dentro de la tradición jurídica mixta, con tendencia a la escuela romano-germánica. Sin embargo, en el caso del carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, ella escapa a tal consideración, y en dicho caso, en nuestro sistema se marca una tendencia a dar prevalencia al precedente constitucional.

Segundo, en el caso colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, en virtud del artículo 116 de la Constitución Política de 1991, de suerte que le es aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de la función judicial, previsto en el artículo 230 de esta. Sin embargo, por ser el arbitraje un proceso de única instancia, no hay posibilidad de cuestionar aspectos de fondo de la decisión arbitral.

Tercero, la Corte Constitucional abrió la posibilidad de cuestionar el contenido de los laudos arbitrales, a través de la acción de tutela, cuando ellos representen una violación flagrante de derechos fundamentales, siempre y cuando: a) se haya tramitado el recurso de anulación, b) con

este no se haya podido corregir esta situación y c) la acción de tutela no persiga las mismas pretensiones que el recurso de anulación.

Cuarto, existen razones teóricas, al margen de las consideraciones de la Corte Constitucional, para considerar que los árbitros están vinculados por el precedente constitucional. De tales consideraciones cabe destacar el principio de supremacía constitucional y el principio de seguridad jurídica.

REFERENCIAS

- Aftalión, E. y Vilanova, J. (1998). *Introducción al derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2013). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. (2.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Ávila Bergmann, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. (L. Criado Sánchez, trad.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Aylwin Azocar, P. (1958). *El juicio arbitral*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Balaguer Callejón, M. L. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid, España: Tecnos.
- Ballesteros Panizo, C. I. (2017). *El arbitraje de derecho público*. Pamplona, España: Thomson Reuters.
- Becerra Toro, R. (2013). *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*. Cali, Colombia: Cámara de Comercio de Cali.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bonorino P. R. y Peña Ayazo, J. I. (2008). *Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas*. Bogotá, Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Bulygin, E. (1991). Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, 9, 257-279. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/research/algunas-consideraciones-sobre-los-sistemas-juridicos-0/005863ce-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>
- Bulygin, E. y Mendonca, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Cabo Martín, C. de. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Madrid, España: Trotta.
- Carnelutti, F. (2011). *Metodología del derecho*. (Á. Osorio, trad.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Constitución Política de 1991, de 13 de junio. *Gaceta Constitucional*, núm. 114 (1991).
- Cossio, C. (1964). *La plenitud del ordenamiento jurídico*. (2.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. (2.ª ed.). Madrid, España: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Gaillard, E. (2012). *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Gaillard, E. (2015). *El orden jurídico arbitral*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- García Amado, J. A. (1985). Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. *Anuario de Filosofía del derecho*, 2, 297-316.
- García de Enterría, E. (1984). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid, España: Civitas.
- García Pérez, M. (2011). *Arbitraje y derecho administrativo*. Pamplona, España: Thomson Reuters.
- González de Cossio, F. (2015). Compétence-Compétence y la remisión al arbitraje. *Advocatus*, 31, 229-233. DOI: 10.26439/advocatus2015.n031.4361
- González Martín, N. (2000). Sistemas jurídicos contemporáneos: nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica. *Anuario del Departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, 30, 621-672.
- Hart, H. L. A. (2004). *El concepto de derecho*. (Genaro Carrió, trad.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Iturralde Sesma, V. (1995). *El precedente en el common law*. Madrid, España: Civitas.
- Iturralde Sesma, V. (2007). El derecho como sistema: análisis de tres perspectivas. *Anuario de Filosofía del derecho*, 24, 345-364.
- Jellinek, G. (2018). *Reforma y mutación de la Constitución*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. (Luis Villar Borda y Ana María Montoya, trads.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Larroumet, C. (2005). A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y su autonomía. (pp. 13-19). En *El contrato de arbitraje*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Ley 153/1887, de 24 de agosto, que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. *Diario Oficial*, núm. 7151 (1887).
- Ley 1437/2011, de 18 de enero, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*, 47956 (2011).
- Ley 1563/2012, de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 48489 (2012).
- López Medina, D. E. (2013). *El derecho de los jueces*. (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Legis.

- Mantilla Serrano, F. (2007). La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿hacia un arbitraje realmente autónomo? (pp. 207-239). *Arbitraje Internacional*.
- Mantilla Serrano, F. (2013). Los principios de autonomía y competencia en el nuevo estatuto arbitral colombiano. En A. Aljure Salame et al., *Estatuto arbitral colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. (pp. 392- 416). Bogotá, Colombia: Legis.
- Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
- Martín de la Vega, A. (2013). *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martínez Neira, N. H. (1998). El pacto arbitral. En G. Peña Castrillón y N. H. Martínez N., *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*. (pp. 35-80). Bogotá, Colombia: Temis.
- Martínez Neira, N. H. (2013). El pacto arbitral. En A. Aljure Salame et al., *Estatuto arbitral colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. (pp. 37-67). Bogotá, Colombia: Legis.
- Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. M. (2014). *Tratado de derecho arbitral*. (4.^a ed.). Pamplona, España: Thomson Reuters, Civitas.
- Merryman, J. H. (2011). *La tradición jurídica romano-germánica*. (2.^a ed., E. Suárez, trad.). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Monroy Cabra, M. G. (2003). *Introducción al derecho*. (13.^a ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Montesquieu, C. L. (1944). *El espíritu de las leyes*. Buenos Aires, Argentina: Libertad.
- Moreno Millán, F. (2002). *La jurisprudencia constitucional como fuente de derecho*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Moreno Millán, F. (2008). *La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de sus fallos*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Oppetit, B. (2006). *Teoría del arbitraje*. (E. Silva Romero, F. Mantilla Espinoza y J. J. Caicedo Demoulin, trads.). Bogotá, Colombia: Legis.
- Otto, I. de. (1987). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. (2.^a ed.). Madrid, España: Ariel.
- Pérez-Luño Robledo, E. C. (2013). *La reforma del arbitraje: presupuestos, antecedentes y alcance*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Preciado Arbeláez, A. (2013). De la voluntariedad y los pactos arbitrales abusivos en el derecho colombiano. En A. Aljure Salame et al., *Estatuto arbitral colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Quadra, T. de la. (1987). La Constitución como norma y la seguridad jurídica. En A. López Pina (Ed.), *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid, España: Tecnos.

- Radbruch, G. (1999). *Relativismo y derecho*. (L. Villar Borda, trad.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico*. (R. Tamayo y Salmorán, trad.). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rifá Soler, J. M. (2011). Encaje constitucional del arbitraje como sistema de solución de conflictos. En M. Richard González, I. Riaño Brun y J. M. Rifá Soler (Coords.), *Estudios sobre arbitraje de consumo* (pp. 29-65). Pamplona, España: Thomson Reuters.
- Rodríguez Mejía, M. (2013). *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-131/1993, de 1 de abril, demanda.
- Sentencia T-570/1994, de 7 de diciembre, principio de la doble instancia/laudo arbitral.
- Sentencia T-057/1995, de 20 de febrero, tribunal de arbitramento/proceso ejecutivo.
- Sentencia C-083/1995, de 1 de marzo, analogía.
- Sentencia C-109/1995, de 15 de marzo, sentencia.
- Sentencia C-431/1995, de 28 de septiembre, arbitramento.
- Sentencia C-037/1996, de 5 de febrero, revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia".
- Sentencia C-242/1997, de 20 de mayo, administración de justicia.
- Sentencia C-400/1998, de 10 de agosto, ley aprobatoria de tratado internacional.
- Sentencia T-608/1998, de 27 de octubre, acción de tutela contra providencias judiciales.
- Sentencia SU047/1999, de 29 de enero, impedimento o recusación en revisión de tutela.
- Sentencia C-163/1999, de 17 de marzo, derecho de acceso a la justicia y mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
- Sentencia C-893/1999, de 10 de noviembre, ley.
- Sentencia C-330/2000, de 22 de marzo, cosa juzgada relativa.
- Sentencia C-1436/2000, de 25 de octubre, demanda de inconstitucionalidad.
- Sentencia C-098/2001, de 31 de enero, arbitramento.
- Sentencia C-557/2001, de 31 de mayo, contraloría.
- Sentencia C-836/2001, de 9 de agosto, doctrina probable.
- Sentencia C-1195/2001, de 15 de noviembre, cosa juzgada constitucional.

- Sentencia C-426/2002, de 29 de mayo, Corte Constitucional.
- Sentencia SU.837/2002, de 9 de octubre, laudo arbitral.
- Sentencia C-1038/2002, de 28 de noviembre, norma legal transitoria.
- Sentencia SU.058/2003, de 30 de enero, acción de tutela contra providencias judiciales.
- Sentencia T-1228/2003, de 5 de diciembre, acción de tutela interpuesta por ministro contra árbitro.
- Sentencia C-569/2004, de 8 de junio, cosa juzgada constitucional.
- Sentencia T-920/2004, de 23 de septiembre, acción de tutela contra tribunal de arbitramento y debido proceso.
- Sentencia C-590/2005, de 8 de junio, recurso de casación.
- Sentencia SU-174/2007, de 14 de marzo, arbitramento.
- Sentencia C-335/2008, de 16 de abril, prevaricato.
- Sentencia C-378/2008, de 23 de abril, justicia arbitral.
- Sentencia C-634/2011, de 24 de agosto, jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional.
- Sentencia C-816/2011, de 1 noviembre, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Sentencia C-588/2012, de 25 de julio, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Sentencia C-304/2013, de 22 de mayo, demanda de inconstitucionalidad sobre interpretación de normas tributarias en materia de impuesto al patrimonio por parte de tribunales y la DIAN.
- Sentencia de 2 de mayo de 2013, expte. 21024.
- Sentencia C-418/2014, de 2 de julio, demanda de inconstitucionalidad.
- Sentencia C-259/2015, de 6 de mayo, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Sentencia C-312/2017, de 11 de mayo, sentencia de la Corte Constitucional.
- Serrano, J. L. (1999). *Validez y vigencia*. Madrid, España: Trotta.
- Sierra Porto, H. A. (2001). *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sola, J.V. (2001). *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Valbuena Hernández, G. (2008). *La defraudación de la confianza legítima*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Vilajosana Rubio, J. M. (1995). Problemas de identidad de los sistemas jurídicos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, 17-18, 331-342. <https://doi.org/10.14198/DOXA1995.17-18.13>
- Zagrebelsky, G. (1987). La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución. En A. López Pina (Ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. (pp. 161-177). Madrid, España: Tecnos.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

Alternativas jurisdiccionales para la restitución internacional de bienes culturales

*Jurisdictional Alternatives for International
Restitution of Cultural Goods*

MARÍA JULIA OCHOA JIMÉNEZ

Abogada por la Universidad de los Andes, Venezuela, magíster en Derecho por la Georg-August-Universität Göttingen, magíster en Derecho por la Universidad de Navarra y doctora en Derecho por la Georg-August-Universität Göttingen. Profesora e investigadora del Grupo de Investigación en Saber, Poder y Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

julia.ochoa@udea.edu.co - ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-3701-9018>

Resumen

Los retos que implica la restitución internacional de bienes culturales pueden ser tratados desde diferentes perspectivas. Dentro del ámbito jurídico, el derecho internacional privado se ocupa de complejidades que se refieren especialmente a los derechos reales, entre los que destaca el derecho de propiedad, en un contexto en que existe, por una parte, concurrencia internacional de jurisdicciones y, por otra, diversidad de legislaciones aplicables. Este artículo busca ser un aporte tanto a la práctica como a procesos legislativos en relación con el primero de esos dos aspectos. Así, presenta un análisis dogmático de dos alternativas *de lege lata* que otorgan competencia a los tribunales del país donde se encuentra el bien cultural, y trata una alternativa *de lege ferenda* que busca superar debilidades comunes al primer par de alternativas mediante el reconocimiento expreso de la competencia de los tribunales del país de donde el bien es originario.

PALABRAS CLAVE

Restitución, bienes culturales, derecho internacional privado, jurisdicción.

Abstract

The challenges behind the international restitution of cultural property are faced from different perspectives. In the legal field, private international law deals with complexities that particularly point to how to property rights in a context in which there is, on the one hand, international concurrence of jurisdictions and, on the other hand, diversity of applicable laws. This article seeks to be a contribution to both practice and legislative processes in relation to the first of the two above-mentioned aspects. Thus, it contains a dogmatic analysis of two *de lege lata* alternatives that grant jurisdiction to the courts of the country where the cultural property is located; it also deals with a *de lege ferenda* alternative that seeks to overcome weaknesses of the first couple of alternatives by recognizing the jurisdiction of the courts of the country from which the property originates.

KEY WORDS

Restitution, cultural property, conflict of laws, jurisdiction

1. INTRODUCCIÓN

¿Qué alternativas jurisdiccionales puede tener el propietario originario —Estado, comunidad o individuo— para reclamar la restitución internacional de un bien cultural del que ha sido despojado ilícitamente? Esta pregunta se refiere a la cuestión sobre qué tribunales pueden ser competentes para conocer y decidir sobre situaciones de este tipo. El derecho internacional privado conflictual ha ofrecido respuestas a esta cuestión mediante la configuración —en instrumentos internacionales, supranacionales o nacionales— de normas que atribuyen competencia a los tribunales de determinado Estado para conocer de esta materia, quedando la distribución de competencia a nivel nacional, y demás aspectos procesales específicos, sujetos a las normas jurídicas procesales existentes en ese Estado. La cuestión antes indicada no debe confundirse con la referida a cuál es la legislación que los tribunales competentes deben aplicar para resolver el fondo de la situación, que es el otro aspecto central del cual se ocupa el derecho internacional privado conflictual. Este artículo no se centra en esta última cuestión.

Este trabajo recoge los resultados de una investigación cualitativa que ha tenido como objetivo explorar las alternativas jurisdiccionales para la restitución internacional de bienes culturales. La metodología empleada ha partido de la identificación de fuentes documentales, según las cuales se ha realizado un análisis dogmático de los desarrollos normativos, así como jurisprudenciales y doctrinarios, en este último caso brindando especial consideración a dinámicas que han tenido lugar en el ámbito alemán. El análisis realizado durante el desarrollo de la investigación ha girado en torno a los tres ejes que se reflejan en la estructura del artículo, conformada por las tres secciones que se indican a continuación.

En la primera sección, se tratan las alternativas *de lege lata* que ofrecen dos instrumentos jurídicos. El primero de ellos es el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* (Roma, 1995), que ofrece a los tribunales nacionales de los países que lo ratifiquen herramientas para resolver esta clase de casos. Aunque su aplicación escasa hace difícil una evaluación satisfactoria, su utilidad no puede ser descartada, puesto que las causas que impiden su aplicación no recaen necesariamente en su contenido, sino en el hecho de que su ratificación entre Estados de destino de esta clase de bienes no ha sido abundante, situación que podría cambiar en el futuro. El segundo instrumento jurídico que se tratará es el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Aun cuando solo sea aplicable entre los países de la Unión Europea (UE), es de resaltar que este reglamento contiene normas de las que pueden echar mano también sujetos provenientes de terceros Estados, como los latinoamericanos.

La segunda sección considera el hecho de que los dos instrumentos normativos mencionados contienen una regla *forum rei sitae* especial para la restitución internacional de bienes culturales, es decir, contemplan la competencia de los tribunales de los Estados donde se encuentre el respectivo bien. En este sentido, en esta parte, se expone cómo el uso de la indicada regla en relación con esta clase de bienes ha sido cuestionado y se han realizado planteamientos *de lege ferenda* que abogan por el reconocimiento legal de la regla *forum originis*, que contemple la competencia de los tribunales de los Estados de donde el bien es originario.

Por último, la tercera sección trata separadamente dos aspectos específicos relevantes para los asuntos relativos a la jurisdicción en materia de restitución internacional de bienes culturales. Estos son, por una parte, la prescripción de las acciones y, por otra, la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Se concluye con un balance general y una breve valoración en perspectiva.

2. ALTERNATIVAS DE LEGE LATA: UNA REGLA FORUM REI SITAE ESPECIAL

La regla *forum rei sitae*, según la cual son competentes los tribunales del lugar donde se encuentran situados los bienes, es usualmente aplicada a las situaciones referidas a derechos reales en general. Dicha regla se encuentra establecida de manera especial para situaciones relativas a la restitución internacional de bienes culturales en el plano internacional en el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, y en el plano supranacional en normas de la UE. A continuación, trataremos estas normativas. Es de anotar, sin embargo, que la regla *forum rei sitae* para restitución internacional de bienes culturales se encuentra igualmente a nivel nacional, como es el caso de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 de Suiza (art. 98a), y también está contemplada en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Serbia (cfr. Basedow, Rühl, Ferrari & Asensio, 2017).

La regla *forum rei sitae* del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*

El *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* contiene una regla *forum rei sitae* específica para los dos tipos de demandas de carácter internacional¹

¹ Aunque el artículo 1 no ofrece claridad sobre qué debe entenderse por demandas de carácter internacional (Kurpiers, 2005), con ello se puede hacer referencia a que, en el momento de la demanda, el bien cultural se encuentre en un país distinto del país de origen (Caamiña y Calvo, 2009; Calvo, 2004), o a que en algún momento, haya cruzado las fronteras del Estado de origen, independiente del lugar donde se encuentre en el momento de la demanda. Esto último implica situaciones en que un bien cultural es robado en un país, trasladado y vendido a un adquirente de buena fe en otro país y, finalmente, reintroducido en el país donde había sido robado para ser vendido allí (Caamiña, 2007; véase *Winkworth v Christie, Manson & Woods Ltd.*, [1950] 2

que allí se contemplan, es decir, la demanda de restitución de un bien cultural robado (cap. II, art. 3) y la demanda de devolución de un bien cultural exportado ilícitamente (cap. III, art. 5).

La demanda de devolución de un bien exportado ilícitamente solo puede ser ejercida por un Estado contratante (Caamiña y Calvo, 2009), aunque este no se considere a sí mismo como propietario (Renold, 2013). Por su parte, la demanda de restitución de un bien cultural robado puede ser introducida por cualquiera que sea legítimo propietario o por el poseedor del objeto, ya se trate de un Estado o de un particular (Siehr, 1998), y también por una comunidad autóctona o tribal (art. 3, num. 8). Esto último, sin embargo, no es cuestión sencilla. Por ejemplo, recientemente la capacidad procesal de una comunidad autóctona fue tratada en Alemania en un caso referido a un acuerdo entre el Museo Linden de Stuttgart y el Gobierno de Namibia, para la restitución de una biblia y un látigo que pertenecieron a Hendrik Witbooi, quien fuera líder del pueblo nama, restitución que se produjo en febrero de 2019 (Baden-Württemberg, 2019). Aunque el caso ocurre fuera del ámbito del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, es relevante en este contexto, pues la Asociación de Líderes Tradicionales Nama solicitó ante el Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg que los objetos fueran devueltos a la asociación y no al Gobierno de Namibia. El tribunal alemán consideró que la demanda no tenía relación con las normas constitucionales alemanas y que debía ser resuelto dentro del país africano (1 VB 14/19. Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg). Llama la atención, frente a ello, como lo resalta Jayme (2019), que el problema de la capacidad procesal de los representantes de los pueblos nama y herero, en el caso que estos iniciaron contra Alemania ante un tribunal de Nueva York, en que reclamaban compensación por el genocidio contra sus ancestros en el territorio del actual Estado de Namibia (*The Jakarta Post*, 2019; Rukoro et al v Federal Republic of Germany, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 17-00062²), no fue relevante, pues se trataba de una asociación constituida según la legislación de los Estados Unidos (Jayme, 2019).

En cualquiera caso, en general, la demanda, ya sea de restitución de un bien cultural robado, ya sea de devolución de un bien cultural exportado ilícitamente, puede hacerse llegar, según el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, a los tribunales directamente o por intermedio de una o varias autoridades designadas por el Estado o por vía diplomática o consular. Cuál de estas modalidades es seguida por cada Estado contratante

Weekly Law Reports 937 (Ch. D.), citado por Caamiña y Calvo, 2009; Siehr, 1998; Renold, 2013).

² En este caso “los demandantes [...] alegaban que [...] cráneos y otros restos humanos se enviaron al Museo Americano de Historia Natural, y una descripción escrita del genocidio se envió a la Biblioteca Pública de Nueva York”. Sin embargo, en la decisión se consideró que “las transferencias de restos humanos y el relato del genocidio no tenían una conexión ‘directa’ o ‘inmediata’ con las actividades de Alemania en el sudoeste de África” (Stempel, 2019).

es algo que el mismo Estado determina y declara en el momento de comenzar a hacer parte del Convenio (art. 16, num. 1), declaración esta que puede ser modificada en cualquier momento por una nueva declaración (art. 16, num. 3).

La regla *forum rei sitae* está incluida en el numeral 1) del artículo 8 del Convenio:

Se podrá presentar una demanda fundada en los Capítulos II o III ante los tribunales o ante cualesquiera otras autoridades competentes del Estado contratante en el que se encuentre el bien cultural, así como ante los tribunales u otras autoridades competentes que puedan conocer del litigio en virtud de las normas en vigor en los Estados contratantes.

Como se puede ver, la regla *forum rei sitae* no se ha formulado desde el punto de vista de la exclusividad (Caamiña, 2007). En efecto, el Convenio ofrece un foro específico que se suma a la paleta de opciones de las cuales se dispone para solicitar la restitución de un bien cultural robado o la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente. Esto se desprende, por un lado, del numeral 3) del artículo 10, según el cual el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* “no legitima en modo alguno una actividad ilícita de cualquier tipo que se llevara a cabo antes de la entrada en vigor del presente Convenio o que quedara excluida de la aplicación del Convenio en virtud de los párrafos 1) ó 2) del presente artículo”.

En consecuencia, el mismo numeral continúa diciendo: “ni limita el derecho de un Estado o de otra persona a presentar, fuera del marco del presente Convenio, una demanda de restitución o de devolución de un bien robado o exportado ilícitamente antes de la entrada en vigor del presente Convenio”.

Además, el numeral 2) del artículo 8 establece que las partes tienen la posibilidad de “convenir someter el litigio a un tribunal u otra autoridad competente”, así como que el asunto sea resuelto a través de arbitraje.³ De cualquier forma, incluso si la reclamación se produce dentro del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, los Estados contratantes pueden, como señala el artículo 9, numeral 1), aplicar normas distintas de las del Convenio que sean más favorables para la restitución o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Esto no significa, no obstante, que los demás Estados contratantes estén obligados a reconocer las decisiones así adoptadas, como aclara el mismo artículo *in fine*.

³ La posibilidad de recurrir a arbitraje no es tratada aquí por razones de espacio. Sobre el uso de este mecanismo en el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, véase Shyllon (2000).

Sin embargo, es menester considerar los requisitos establecidos para cada una de las acciones y la necesidad de indemnizar al poseedor de buena fe. De buena fe es el poseedor que no sepa o haya debido razonablemente saber que el bien es robado y que pueda demostrar que ha actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición (art. 4), o que no sepa o haya debido razonablemente saber, en el momento de la adquisición, que el bien se ha sido exportado ilícitamente (art. 6). Además, habrá de atenderse a la imposibilidad de aplicación retroactiva del Convenio (art. 10) y los plazos de prescripción de la acción de restitución de un bien robado (art. 3, num. 3-5) y de la acción de devolución de un bien exportado ilícitamente (art. 5, num. 5). Estas regulaciones impedirían que el Convenio se aplique *de forma directa o inmediata* en muchas situaciones. No obstante, si la reclamación se produce fuera del Convenio, este aún puede ser aplicado *de forma indirecta o mediata*. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso *L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève*,⁴ cuando un tribunal suizo consideró que las normas del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* expresaban la existencia de un orden público internacional que se encamina, además de proteger el interés legítimo del poseedor de buena fe, a luchar contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales (Caamiña y Calvo, 2009).⁵

La regla *forum rei sitae* del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

Aunque las normas de la UE se aplican solo entre Estados miembros, estas no son irrelevantes para terceros Estados, como los latinoamericanos. Primero, representan un modelo normativo —que no necesariamente tiene que ser seguido, pero que es aconsejable conocer— que ha sido creado para hacer frente a problemas que pueden emerger, en general, de situaciones jurídicas privadas internacionales sobre bienes culturales y, en particular, de los conflictos de jurisdicción en casos de restitución internacional de esta clase de bienes. Además, Estados no miembros de la UE, o personas naturales o jurídicas originarias de ellos, podrían recurrir a normas europeas atributivas de competencia para interponer una acción en algún país miembro de la UE, incluida la norma del numeral 4) del artículo 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento

⁴ Tribunal Federal, 1 de abril de 1997, *L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève*, citado por RDU (2006, pp. 456-457), citado por Caamiña y Calvo (2009).

⁵ Otra limitación del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* es la definición restringida de bien cultural robado que contiene el artículo 3, cuya interpretación podría conducir a que, si el bien ha sido entregado para su restauración y no es devuelto, el propietario originario no puede ejercer la acción que contiene dicho artículo. Evidentemente, esto no es acorde con el fin de combatir el tráfico ilícito (Kurpiers, 2005).

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que nos referiremos en este acápite.

El numeral 4) del artículo 7 del citado Reglamento se encuentra entre los varios mecanismos legales de que dispone la UE para facilitar el retorno de bienes culturales a sus países de origen. Entre ellos se encuentra también el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece, de manera general, que la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional constituye una excepción a la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, y de toda medida de efecto equivalente, como ocurre igualmente de acuerdo con el artículo XX, letra f), del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade [GATT]) (Jayme, 1994b; Merryman, 2005), en que se inspira la norma europea (Fuentes, 1993). Además, existen dos cuerpos normativos específicos. En primer lugar, se tiene el Reglamento (CE) n° 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, que fue luego sustituido por el Reglamento (CE) n° 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales. En segundo lugar, se encuentra la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (Siehr, 2014). Esta directiva, inspirada por los trabajos preparatorios del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* (Calvo, 2004), fue sustituida posteriormente por la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012.

En general, la mayoría de los bienes culturales robados que han sido trasladados de un Estado miembro de la UE a otro Estado miembro pueden ser reclamados por el propietario al poseedor ante los tribunales del domicilio de este último (Siehr, 2014), si el demandado se encuentra domiciliado en un Estado miembro de la UE. Cuando el poseedor de un bien robado tiene el bien consigo, como generalmente ocurre, no hay problemas en relación con el reconocimiento y la ejecución de las decisiones del tribunal que conoce del caso. Sin embargo, puede ocurrir que el bien no se encuentre en el domicilio del poseedor. El numeral 4) del artículo 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil se ocupa de este problema respecto de casos en los que el Estado donde el bien cultural se encuentra es un Estado miembro de la UE.

La parte final del numeral 4) del artículo 7 del indicado Reglamento contempla la regla *forum rei sitae* en los siguientes términos:

Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: [...] si se trata de una acción civil, basada en el derecho de propiedad, dirigida a recuperar un bien cultural según se define en el artículo 1, punto 1, de la Directiva 93/7/CEE, e incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda.

El Reglamento contiene otras reglas de competencia a las que también sería posible acudir, según las circunstancias concretas del caso. Así, por ejemplo, si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, que es el mismo lugar donde se encuentra el bien, el demandante no necesitaría acudir al numeral 4) del artículo 7, pues la regla general que contempla la competencia de los tribunales del domicilio del demandado —que está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo— se encuentra en el numeral 1) del artículo 4 del mismo reglamento.

El demandado puede ser el poseedor del bien, que lo posee como propio, o un tercero que lo ha adquirido de otra persona a quien ha tenido como propietario. Ejemplo de esto último es el caso *City of Gotha vs. Sotheby's and Cobert Finance S.A.*, decidido por la Corte Suprema de Inglaterra en 1998, en el que la ciudad de Gotha, en Alemania, demandó a la casa de subasta y al transportador en Londres, la restitución de una pintura de Joachim Wtewael (1566-1638) (Siehr, 2014).

Por otra parte, de acuerdo con el numeral 4) del artículo 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la acción ejercida mediante la demanda debe estar basada en el derecho de propiedad. De esta manera, quedan excluidas las demandas basadas en la exportación ilícita del bien (Siehr, 2014). De ello deriva también que un Estado podrá interponer una demanda en el marco del numeral 4) del artículo 7 del Reglamento solo cuando sea el propietario del bien, ya que la demanda debe ser incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien. Además, la demanda debe estar dirigida a recuperar un bien cultural, según la definición del artículo 1, numeral 1), de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. Interesante es que el numeral 4) del artículo 7 del Reglamento no distingue entre bienes culturales originarios de un Estado miembro de la UE y bienes culturales originarios de un tercer Estado. En consecuencia, como interpreta Siehr (2014), un Estado que no es miembro de la UE —usemos como ejemplo, como lo hace el mismo autor, a Ecuador⁶— puede reclamar la devolución de un bien cultural del cual es propietario ante los tribunales del Estado miembro donde se encuentra el bien.

⁶ Para ilustrar esto, se puede considerar el caso *Tribunale di Torino, sentenza 25 marzo 1982. Presidente, Conti-Giudice Rel., Barbuto*. En *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XVIII, 1982, pp. 625-635 (Siehr, 2014).

Es de anotar que mediante la demanda se debe ejercer una acción civil. Respecto de este punto, han de observarse las acciones civiles que están contempladas en el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde se encuentra el bien, ante cuyos tribunales ha de interponerse la demanda. Las disposiciones de los ordenamientos jurídicos nacionales al respecto pueden ser diversas,⁷ pero lo que ha de considerarse es la naturaleza civil de la acción. En cualquier caso, puede afirmarse que bajo el numeral 4) del artículo 7 del Reglamento no es posible interponer acciones de otro tipo, como podrían ser acciones penales o administrativas, pero la posibilidad de acudir a estas queda intacta.⁸

3. ALTERNATIVA DE *LEGE FERENDA*: LA REGLA *FORUM ORIGINIS*

La idoneidad de la regla *forum rei sitae* para situaciones de restitución internacional de bienes culturales ha sido cuestionada por varios autores. Entre ellos destaca Erik Jayme, quien ha propuesto que sean los tribunales del Estado de origen de los bienes culturales los que tengan competencia para decidir sobre la repatriación o restitución internacional de dichos bienes, mediante una regla *forum originis*. Este autor ha cuestionado, al mismo tiempo, la aplicación de la regla del lugar de ubicación de los bienes para decidir sobre el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la situación en tales casos (*lex rei sitae*).

Usualmente, en relación con la atribución de competencia a los tribunales del Estado de origen y la aplicación del ordenamiento jurídico de origen para la restitución internacional de bienes culturales, se considera que uno de los aspectos más problemáticos es que *Estado de origen* y *ordenamiento de origen* son conceptos poco claros que están abiertos a interpretación, aunque también se ha estimado que es allí donde reside la fortaleza de estos conceptos (Kienle & Weller, 2004). En efecto, la determinación del ordenamiento jurídico de origen no puede ser realizada en abstracto, sino en atención a los criterios relevantes, por lo que una regla especial que se aleje de la *lex rei sitae* en favor de la *lex originis* debería contar con esta inexactitud, debiendo ser lo decisivo el interés de una comunidad cultural y jurídica determinada por proteger el bien cultural de que se trate (Müller-Katzenburg, 1996).

⁷ Puede tratarse, por ejemplo, de una acción delictual, pero de naturaleza civil, como podría ocurrir en el caso del Reino Unido. Sin embargo, sería cuestionable la inclusión de una acción dirigida a la determinación de la propiedad sobre un bien cultural, como la que contempla la legislación alemana, pues dicha acción no estaría “dirigida a recuperar un bien cultural” (Siehr, 2014, p. 483).

⁸ Véase considerando número 15 del Reglamento al referirse a los procedimientos que pueden tener lugar según la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (Siehr, 2014).

En este contexto, Jayme (1994a) parte de explicar en qué consiste la *nacionalidad del bien cultural*⁹ en cuanto elemento que debería actuar como factor de conexión, es decir, para indicar la ley aplicable, y como elemento atributivo de competencia.¹⁰ Para describir en qué consiste la nacionalidad del bien cultural dentro de su planteamiento, Jayme recurre a la protección de los bienes culturales considerados como bienes nacionales, dentro de normas nacionales e internacionales. En este sentido, resalta, por una parte, que, en las normas nacionales, generalmente, los bienes culturales son “nacionales” en términos territoriales, de manera que es nacional de un Estado el bien cultural que se encuentre en el territorio de ese Estado. Por otra parte, destaca que en la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales 1970* (art. 4, letra a), la nacionalidad de los bienes culturales está asociada con la nacionalidad del creador del bien cultural (Jayme, 1994a). Este último caso, referido a la nacionalidad del creador, tiene que ser considerado solo cuando el artista tiene un rol relevante para la identidad de la nación (Jayme, 1994a), porque, de cualquier forma, para este autor lo que se debe proteger es la relación especial del bien cultural con la nación de cuya identidad se trate, con lo cual se brinda protección a los bienes culturales en sí mismos.

Lo anterior incide directamente en situaciones jurídicas regidas por el derecho privado, en la medida en que los bienes culturales protegidos como bienes nacionales pueden ser propiedad de sujetos privados (Jayme, 1994a). Pero las transformaciones en materia de protección de bienes culturales, de las cuales hacen parte las normas nacionales e internacionales, justifican para Jayme que en situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a bienes culturales existan normas de conflicto especiales, distintas de las que se refieren a los derechos reales,¹¹ y que dichas situaciones no se rijan por el ordenamiento jurídico de la ubicación, sino por el ordenamiento jurídico del lugar de la nacionalidad del bien cultural, el cual configura su “derecho nacional” (*Heimatrecht*) (Jayme, 1994a).

Tal vez la crítica más importante a la propuesta de Jayme es la planteada por Siehr (2014), que se refiere al hecho de que las decisiones que se tomen en una jurisdicción diferente de la del lugar de ubicación del bien tienen que ser reconocidas en esta última jurisdicción para poder ser

⁹ Jayme usa el término *Kunstwerk* (literalmente: “obra de arte”), pero puede deducirse de sus explicaciones que está haciendo referencia a “bienes culturales”.

¹⁰ Jayme usa el término *Anknüpfungspunkt* (literalmente: “factor de conexión”) para referirse tanto al *elemento atributivo de competencia* (componente de una norma atributiva de competencia judicial internacional) como al *factor de conexión* (componente de una norma de remisión a la legislación aplicable).

¹¹ Según el caso concreto, puede entrar en juego la aplicación de otras reglas para la solución de conflictos de leyes, como las referidas a la responsabilidad, ya sea contractual, si existe un contrato, o extracontractual (Jayme, 1994a).

ejecutadas allí. Otra crítica se basa en las dificultades que implica definir bien u objeto cultural (Jayme, 1994b; Siehr, 2014). Además, se ha dicho que Jayme otorga demasiada atención a los intereses del propietario originario y desprecia la consideración que merecerían los intereses del adquirente de buena fe (Jayme, 1994b). A esto Jayme responde, por una parte, que en la regulación del movimiento internacional de bienes culturales a lo que se otorga un valor excesivo es a la libertad de comercio y, por otra parte, que la protección del propietario originario va de la mano de la protección de los bienes culturales (Jayme, 1994b). Considérese que este propietario originario puede ser no solo un sujeto privado, sino también otro tipo de sujetos, por ejemplo, museos, comunidades o el mismo Estado.

En general, esas críticas pueden considerarse correctas desde una perspectiva de *lege lata*, pero habría que estimar que los planteamientos de Jayme apuntan a que las discusiones tengan un cariz diferente. En este sentido, este autor pone en entredicho una aceptación acrítica de las reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae*, y cuestiona que la consideración de los derechos del propietario originario, en lugar de encontrarse en el contenido mismo de la norma, sea el resultado de la interpretación de la norma (Jayme, 1994a). Jayme alude a casos decididos en ese sentido en la práctica que demuestran la posibilidad de que las situaciones jurídicas relativas a bienes culturales no se rijan exclusivamente por el ordenamiento jurídico de su ubicación, sino por su derecho nacional.¹²

En este sentido, Jayme invita a pensar en que la existencia de una norma que otorgue competencia especial en esta materia a los tribunales del lugar de origen (*forum originis*), junto con la existencia de una norma de conflicto de leyes que ordene aplicar el ordenamiento jurídico del lugar de origen (*lex originis*), sean el punto de partida, es decir, la regla general. Se trata de que, mediante la configuración de tales normas, la balanza se incline hacia el propietario originario y que, desde allí, si las circunstancias así lo exigieran, se sumen elementos que puedan hacer que, a través de la interpretación de tales normas, la balanza se incline hacia el otro lado, de modo que es el fin último la búsqueda de equilibrio.

¹² Ejemplos de ello son, en Inglaterra, *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* ([1982] 1 Q.B. 349, [1982] 3 WLR (Q.B. and C.A.) 432, [1984] 2 WLR 809. Véase Siehr (2006; *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited* ([2007] EWHC 705 (QB); [2007] EWCA Civ 1374; [2008] 1 All ER 1177; QB 22 [2009]. Véase Siehr (2015) y Wantuch-Thole (2015). En Italia: Repubblica dell'Ecuador - Casa della cultura ecuadoriana (avv. Bisocchi Visconti, Dodero) contro Danusso (avv. Grande Stevens, Borda), Matta (avv. Crufi) e altri (Tribunale di Torino, sentenza 25 marzo 1982. Presidente, Conti - Giudice Rel., Barbuto. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XVIII, 1982, pp. 625-635). En los Estados Unidos: *United States v. Schultz* (333 F.3d 393 (2003) United States of America, Appellee, v. Frederick Schultz, Defendant-Appellant. United States Court of Appeals, Second Circuit. Véase Gerstenblith (2012, pp. 678 y ss.).

En esa misma dirección apunta Gerte Reichelt, cuando afirma que tanto el mercado del arte como la protección de los bienes culturales son hechos y, a partir de ello, sostiene que el equilibrio entre ambos podría conseguirse en el ámbito del derecho internacional privado mediante factores de conexión diferenciados (Reichelt, 1994).¹³ En este sentido, Reichelt considera que debe existir una “jurisdicción de protección” (*Schutzgerichtsstand*) para los bienes culturales, mediante la cual se establezca la competencia de los tribunales del país de origen de dichos bienes. Para esta autora, la razón se encuentra en que de esta manera se podrían aplicar mejor las normas nacionales sobre patrimonio cultural, que están destinadas a proteger los bienes culturales de cada país (Jayme, 1994a; Reichelt, 1986). En efecto, que el propietario originario pueda acudir a los tribunales propios, en lugar de los tribunales del Estado en cuyo territorio el objeto cultural se encuentra, facilita la determinación de la infracción de las leyes de exportación, amén del ahorro desde el punto de vista del tiempo y el dinero. Más allá, Reichelt (1986) destaca, además, que se podría reducir un *forum shopping in fraudem legis*, es decir, la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales que podrían resolver la situación de una manera más favorable para el poseedor, en contravención de las normas de protección de los bienes culturales (Reichelt, 1986).

Al igual que puede decirse en relación con la propuesta de Jayme, la propuesta de Reichelt ofrece la ventaja fundamental, desde el punto de vista de los países de origen, de que es más fácil la aplicación de las leyes protectoras del patrimonio cultural del respectivo país, siendo estas *lex fori* y no haciendo parte de un ordenamiento jurídico extranjero. Ha de decirse, sin embargo, que, amén de la necesidad antes anotada de que las sentencias sean reconocidas y ejecutadas en los países donde se encuentran los bienes, sería importante considerar en este contexto las observaciones de Fernández (2008) en cuanto al uso extendido del *forum non conveniens* en los Estados Unidos. Estas observaciones se refieren a causas relativas a daños medioambientales producidos por empresas estadounidenses en los territorios de países latinoamericanos, que apuntan al hecho de que sean conocidos y decididos por los tribunales de los países donde han ocurrido los hechos. En general, en tales casos, como en los referidos a la restitución de bienes culturales, ha de prestarse atención al hecho de que los tribunales de los países de origen sean los que conozcan y decidan traer aparejados riesgos atados a la debilidad institucional y la eventual vulnerabilidad frente a presiones de diverso tipo provenientes de sujetos interesados en decisiones no equilibradas.

¹³ Para exponer esta situación, Reichelt (1989) se refiere al caso de unos frescos de Casenoves, Francia, que fueron trasladados a Ginebra, Suiza, y cuya restitución fue debatida por los tribunales franceses. “*Casanoves Freques*”, Cass. Ass. L. 15.4.1988, D.S. 1988, j. 325. La Cour de Cassation decidió finalmente que los tribunales franceses carecían de competencia para conocer del caso, puesto que, por tratarse de bienes muebles, y no de inmuebles por destinación, como se había resuelto inicialmente, la competencia recaía en los tribunales del lugar de domicilio del demandante.

4. OTROS TEMAS RELEVANTES: PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES E INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

Prescripción de las acciones

El numeral 1) del artículo 8 del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* y el numeral 4) del artículo 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil tienen en común que establecen una regla *forum rei sitae* para situaciones que tienen que ver con la restitución internacional de bienes culturales, es decir, contemplan la competencia de los tribunales de los Estados donde se encuentre el respectivo bien. Ambas normas son, sin embargo, diferentes. Una diferencia importante remite a la naturaleza y el alcance de cada instrumento jurídico. El Convenio de Unidroit de 1995 es un instrumento unificador en tanto se refiere a las acciones relativas a la restitución de un bien cultural robado y a la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente. El Convenio trató de crear una regulación comprehensiva sobre estas acciones que fuera igual en todos los países que lo ratificaran. Así, entre otras cosas, este Convenio contiene los términos de prescripción para cada una de esas acciones (art. 3, num. 3-5 y 8, y art. 5, num. 5). El Reglamento (UE) n° 1215/2012, por su parte, además de no ser un instrumento dirigido solo a temas relativos a la restitución internacional de bienes culturales, no contiene una unificación en cuanto a la acción que puede ser interpuesta ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se encuentre el bien cultural, sino que solo dice que debe ser una acción civil basada en el derecho de propiedad dirigida a recuperar un bien cultural. Así que, como ya se mencionó, los requisitos específicos de esa acción —que pueden variar en cada ordenamiento jurídico nacional— serán los que se encuentran regulados en el Estado miembro donde se encuentra el bien, competente para conocer de la demanda; entre tales requisitos, se encuentra el lapso de prescripción de la acción.

Las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos en cuanto a la regulación de la prescripción de la acción es un tema muy importante en la práctica. Ello se ha erigido en un obstáculo importante en diferentes casos de restitución internacional de bienes culturales y se pone de relieve, de manera especial, cuando va de la mano de la adquisición de buena fe. Es posible ilustrar la situación a la que estamos aludiendo a través de un caso decidido en 1982 por la Court of Appeals, Second Circuit, de los Estados Unidos (*Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon* 536 F.Supp. 829 (1981), *aff'd*, 678 F.2d 1150 (1982)), sobre la restitución de dos retratos pintados aproximadamente en 1499 por Albrecht Dürer. En 1943, los retratos fueron retirados de un museo en Weimar, Alemania, para protegerlos de los bombardeos durante la guerra y fueron depositados en un castillo, de donde desaparecieron en 1945. Al año siguiente, los retratos fueron vendidos por un antiguo soldado a un abogado estadounidense llamado Edward

Elicofon. En 1966, un amigo visitó a Elicofon e identificó los cuadros, colgados en una pared de la casa, pues los había visto en un libro sobre arte saqueado durante la Segunda Guerra Mundial. El hecho se hizo público y el museo alemán (Kunstsammlungen zu Weimar) demandó junto con la República Federal Alemana a Elicofon solicitando la restitución de los cuadros. La Court of Appeals, Second Circuit, aplicando el derecho de Nueva York, decidió que los cuadros debían ser devueltos al museo. Según el derecho de Nueva York, el lapso de prescripción de la acción del adquirente de buena fe (por medio de lo cual este pierde de su derecho a alegar que ha adquirido el bien de buena fe) comenzaba a contarse cuando este se ha opuesto a una demanda de restitución (O’Keefe & Prott, 1989; Siehr, 2014). Irónicamente, de haberse aplicado el derecho alemán, se habría llegado a un resultado muy diferente. En Alemania, se aplican a los bienes culturales, básicamente, las normas del derecho común relativas a derechos reales sobre bienes muebles (Strauch, 2007). En consecuencia, se habría aplicado la norma del Código Civil alemán que regula la adquisición de propiedad sobre bienes muebles mediante posesión (prescripción adquisitiva), según la cual: “Quien ha poseído como propio un bien mueble por diez años, obtiene la propiedad (usucapión)” (§ 937, numeral 1, BGB) (Müller-Katzenburg, 1996; Siehr, 2014).

Inmunidad de jurisdicción y de ejecución

Otro tema importante tiene que ver con situaciones en las cuales el sujeto a quien se demanda la restitución de un bien cultural es un Estado. En estas situaciones, se hace relevante la inmunidad de soberanía del Estado. Este es un principio del derecho internacional público reconocido por todos —o la mayor parte— de los sistemas jurídicos nacionales.¹⁴ Se considera que hace parte de la costumbre internacional, aunque ello no es aceptado unánimemente.¹⁵ Este principio tiene dos vertientes: la inmunidad de jurisdicción y la de ejecución. La inmunidad de jurisdicción significa, en un sentido absoluto, que el gobierno de un Estado no está sujeto, en contra de su voluntad, a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, es decir, estos no lo pueden juzgar. En un sentido estricto, la inmunidad de jurisdicción observa el tipo de acto por el cual el gobierno extranjero sería juzgado: un gobierno puede ser juzgado en contra de su voluntad si el acto en cuestión tiene una dimensión privada (*iuris gestionis*), pero gozará de inmunidad si ha realizado dicho acto en ejercicio del poder público (*iuris imperii*) (O’Keefe & Prott, 1989).

¹⁴ Leyes nacionales que regulan esta materia son, por ejemplo, la State Immunity Act de 1978 (Inglaterra), la Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 (Estados Unidos) o la Foreign States Immunities Act de 1985 (Australia) (O’Keefe & Prott, 1989). Argentina dispone de una ley de inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, que no se ocupa, sin embargo, de la inmunidad de ejecución (Woudenberg, 2012).

¹⁵ En el contexto de la inmunidad de ejecución sobre bienes culturales, por ejemplo, Alemania se ha opuesto a la idea de que pueda existir una práctica de los Estados suficientemente generalizada en esta materia (Woudenberg, 2012).

La inmunidad de ejecución, por su parte, se refiere a que, aunque un Estado pueda ser juzgado por un tribunal de otro Estado, esto no implica necesariamente que la decisión de ese tribunal podrá ser ejecutada sobre sus bienes. En especial, esto es importante respecto de los bienes que se encuentren en el territorio del Estado donde se ha producido la decisión judicial. Aquí la doctrina hace también uso de la distinción entre actos *iuris gestionis* y actos *iuris imperii*, pues generalmente se exceptúan de la inmunidad de ejecución los bienes destinados a actos *iuris gestionis* (O’Keeffe & Prott, 1989).¹⁶

Esto último se encuentra en el artículo 10 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* de 2004.¹⁷ Esta convención se refiere específicamente a la exclusión de las transacciones mercantiles. Para determinar qué es una transacción mercantil, se aplican dos criterios: el criterio natural se refiere a que “se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción”, mientras que, según el criterio teleológico, se considerará la finalidad del contrato “si así lo acuerdan las partes [...] o si, en la práctica del Estado que es parte [...] tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción” (art. 2, num. 1, iii), en concordancia con el numeral 2).

Al analizar el alcance de esa norma, se ha observado si puede considerarse que incluye relaciones jurídicas referidas a bienes culturales. Algunos autores entienden que los préstamos internacionales de bienes culturales deben ser vistos como actos *iuris gestionis* y otros sostienen que se trata de actos *iuris imperii*. Entre los diferentes planteamientos, destaca el que considera que debe distinguirse entre el Estado que da el bien en préstamo y el Estado que lo recibe (Woudenberg, 2012). Si el demandado es el Estado que recibe el bien en préstamo, se debe considerar el criterio natural, con lo cual la balanza se inclinaría a ver el contrato de préstamo como un acto *iuris gestionis* y, por tanto, quedaría excluido de inmunidad. Pero si el demandado es el Estado que da en préstamo, tienen que observarse las circunstancias particulares de la situación. Tratándose de un acto dirigido a la compra del bien, este no estaría protegido por inmunidad, pues dicho acto tendría que ser entendido como *iuris gestionis*. No obstante, ello no ocurriría si el acto estuviera dirigido, por ejemplo, a la nacionalización del bien por parte del

¹⁶ Este tema puede ser relevante en cuanto a las acciones establecidas en el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, antes tratadas, pues se ha interpretado que, según el artículo 16, numeral 4), estas se refieren a reclamaciones privadas, de manera que la actuación del Estado requirente tendría que entrar dentro de la esfera de sus actos *iuris gestionis*, es decir, no debe tener lugar como ejercicio de poder público (*ius imperii*) (Caamiña, 2007).

¹⁷ Resolución A/59/38. Esta Convención es expresión de un compromiso entre las doctrinas absoluta y restrictiva de la inmunidad de jurisdicción (Woudenberg, 2012). Entre los Estados latinoamericanos, solo México y Paraguay han firmado esta convención.

Estado que otorga el préstamo, pues este sería un acto *iuris imperii*, caso en el cual el bien sí debe entenderse cobijado por inmunidad. A la misma conclusión se arriba si se considera que el préstamo es un acto que se realiza con un fin público, no comercial, que se orienta hacia el mutuo entendimiento de la historia cultural de ambos Estados o, incluso, hacia el fortalecimiento de las relaciones diplomáticas bilaterales (Woudenberg, 2012).

La Ley de Derecho Internacional Privado de Hungría (Ley XXVIII de 2017) contiene una norma para evitar dudas sobre la inmunidad de ejecución, que considera el carácter *iuris imperii* de actos en relacionados con bienes culturales. El artículo 85, numeral 3), establece: “No se puede imponer ninguna ejecución en la propiedad de un Estado extranjero ubicada en Hungría, a menos que [...] c) la propiedad tenga un propósito distinto de la actividad gubernamental no comercial”. Y, a continuación, el numeral 4) del mismo artículo indica: “Para los fines del párrafo 3), punto c), en particular [...] d) bienes pertenecientes al patrimonio cultural o archivos del Estado que no se pretenda enajenar”.

Como puede verse, sobre este asunto no existe unanimidad. En este escenario, la práctica en muchos países, especialmente en los países de destino de este tipo de bienes, favorece la aplicación del criterio natural, sin consideración de la intención que subyace tras el préstamo.¹⁸ Así, se tiende a exigir, de manera especial, que los bienes culturales sean protegidos de ejecución, de forma que el préstamo se produzca solo a condición de que exista una garantía de inmunidad de ejecución específica para el bien (O’Keeffe & Prott, 1989). La razón de que se exija inmunidad de jurisdicción en el contexto de préstamos internacionales de bienes culturales es que el Estado que los da en préstamo no puede estar seguro de que solo según el carácter *iuris imperii* que puedan tener los actos a los cuales los bienes están vinculados, estos serán suficientemente protegidos frente a decisiones de los tribunales del otro Estado (Pavoni & Gordley, 2013). Por ello, esta figura es vista como un medio para facilitar el intercambio cultural internacional y el acceso del público a los bienes culturales (Weller, 2017).

En este contexto, se ha indicado que la inmunidad de ejecución se refiere a

la protección legal que un Estado otorga en su territorio a un objeto prestado por otro Estado en el contexto de una exhibición temporal. El propósito es asegurar el objeto contra cualquier reclamo legal de propietarios o reclamantes anteriores que cuestionan la legitimidad de la propiedad actual. El reclamante aprovecha el hecho de que el objeto se encuentra temporalmente en un país diferente con un sistema jurídico diferente y solicita su incautación. La protección ofrecida por la inmunidad de ejecución se otorga por un periodo específico, es decir, el periodo de la exposición,

¹⁸ La inclusión del criterio teleológico estaba dirigida, de hecho, a brindar más protección a los países en desarrollo (Woudenberg, 2012).

extendido por el número de días necesarios para preparar la exposición. (“Lending to Europe: Recommendations on collection mobility for European museums”, s. f.)

Esta descripción puede resultar incompleta porque la protección puede ocurrir no solo en casos relativos a la propiedad sobre los bienes culturales en sí mismos (Woudenberg, 2012). Piénsese, por ejemplo, en la confiscación solicitada por un acreedor de una obligación que no recae de ninguna forma sobre el bien cultural. Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso Noga, que trata sobre la solicitud de confiscación solicitada en 2005 por la compañía suiza Noga sobre una colección de 54 pinturas pertenecientes al Museo Pushkin de Moscú, que habían sido expuestas en 2005 en la Fundación Pierre Gianadda, cantón de Wallins, Suiza, incluyendo pinturas de Renoir, Monet, Manet, Degas, Van Gogh y Gauguin. La solicitud de confiscación se basaba en que el Gobierno ruso tenía una obligación frente a la compañía suiza, basada en un contrato de suministro de alimentos y bienes de consumo a la Federación Rusa a cambio de petróleo, por un valor de USD14 000 millones. La confiscación fue autorizada, pero finalmente las obras fueron liberadas por decisión del Consejo Federal de Suiza, según la cual, “en el derecho internacional, los tesoros culturales nacionales son propiedad pública y no están sujetos a confiscación” (Woudenberg, 2012, p. 314). Como apunta Woudenberg, el Gobierno suizo actuó en este sentido movido también por el temor de posibles efectos negativos en sus relaciones bilaterales con el Gobierno ruso (cfr. Odendahl, 2006).

Normas sobre inmunidad de ejecución han sido adoptadas en los Estados Unidos (1965),¹⁹ el Reino Unido (1978),²⁰ Singapur (1979),²¹ Pakistán (1981),²² Canadá (1982),²³ Australia (1985),²⁴ Alemania (1999), Japón (2007)²⁵ o Israel (2008),²⁶ y se han adelantado en Finlandia, Hungría, Polonia e Italia. Aun cuando no se refieran específicamente a bienes culturales, estas normas pueden abarcarlos al hacer referencia a bienes destinados al servicio público (Woudenberg, 2010). La relevancia que puede llegar a tener este tema se evidencia en el caso de Alemania, donde la legislación fue modificada para facilitar que el Altes Museum de Berlín y la Bundeskunsthalle de Bonn realizaran entre 2003 y 2004 una exposición, planificada desde 1992, de una colección de bienes culturales del National Palace Museum de Taipéi, cuya propiedad se

¹⁹ Federal Immunity from Seizure Act, 22 U.S.C. Section 2459, 19 de octubre de 1965.

²⁰ State Immunity Act, 1978, que implementa la *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes* de 1972.

²¹ State Immunity Act. N.º 19 de 1979.

²² State Immunity Ordinance. N.º VI de 1981.

²³ State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18; 21 ILM 798 (1982).

²⁴ Foreign State Immunities Act. N.º 196 de 1985.

²⁵ Act on Civil Jurisdiction Act. N.º 24 de 24 abril 2009.

²⁶ Foreign State Immunity Law, Law 5769-2008.

disputan la República Popular de China y Taiwán.²⁷ La inclusión en 1999 del § 20 de la *Ley para impedir el éxodo de bienes culturales alemanes (Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung)*²⁸ obedeció a una exigencia de Taiwán para dar los bienes en préstamo, pues una garantía específica no hubiera sido suficiente protección frente a una eventual reclamación por parte de la República Popular de China, dada la ausencia de reconocimiento de Taiwán como Estado, tanto por parte de Alemania como de los Estados miembros de la UE (Weller, 2009). La mencionada norma establece que debe existir un “compromiso legalmente vinculante para el retorno”, que ha de realizarse por escrito antes de que los bienes culturales se introduzcan en el país y tiene como efecto que ningún derecho de terceros en conflicto sobre los bienes culturales puede hacerse valer contra el derecho del prestamista a la devolución, así como que las acciones legales para recuperación, embargo preventivo, embargo o incautación serán inadmisibles hasta después de la devolución.

En América Latina, las legislaciones nacionales sobre patrimonio cultural no se han ocupado, en general, de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los bienes culturales. No obstante, son de considerar las legislaciones que imponen al gobierno el deber de realizar, dentro de sus competencias, las actuaciones para conseguir el retorno de los bienes que hayan dejado ilegalmente el país.²⁹

En este contexto, es de resaltar la legislación sobre patrimonio cultural de Guatemala. El artículo 19 de la *Ley para la protección del patrimonio cultural de la nación* (Decreto 26-97/1997, de 12 de mayo), indica *in fine* lo siguiente: “Los bienes culturales incluidos en la exposición son inembargables y el país receptor garantizará su protección y devolución”. Esta norma no se dirige a brindar protección a los bienes culturales provenientes de otro Estado que sean expuestos temporalmente en Guatemala, pero es interesante el hecho de que contiene una condición para los Estados, museos u otras instituciones que realicen “exposiciones temporales de objetos arqueológicos, etnológicos y artísticos [de origen guatemalteco] fuera del territorio nacional” (art. 18). La *Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas*, aprobada en 1976 por la Asamblea General de la OEA,³⁰ contiene en su artículo 16 una norma similar a la de la legislación guatemalteca, que establece lo siguiente: “Los

²⁷ Exposición “Schätze der Himmelssöhne - Die Kaiserliche Sammlung aus dem Nationalen Palastmuseum, Taipeh”, realizada del 21 de noviembre de 2003 al 29 de febrero de 2004, Bundeskunsthalle, Bonn, Alemania (Weller, 2017).

²⁸ “(1) Si bienes culturales extranjeros se prestan temporalmente para una exhibición en el territorio de la República Federal de Alemania, la autoridad suprema competente del *Land* puede, en consulta con la autoridad federal central, comprometerse legalmente con el prestamista para devolverlo en el tiempo señalado”.

²⁹ En Colombia, por ejemplo, véase el artículo 11, *in fine*, de la ley general de cultura, Ley 397/1997, de 7 de agosto, y el artículo 35, ley general del patrimonio cultural de la nación, Ley 1185/2008, de 12 de marzo.

³⁰ Resolución AG/RES. 210 (VI-0/76).

bienes que se encuentren fuera del Estado a cuyo patrimonio cultural pertenecen, en carácter de préstamo a museos o exposiciones o instituciones científicas, no serán objeto de embargo originado en acciones judiciales públicas o privadas”. Sin embargo, debido a su naturaleza de tratado internacional, esta disposición sería aplicable solo para los préstamos que se realicen entre los Estados que hayan firmado y ratificado la Convención,³¹ y en relación con los acuerdos de préstamos que tengan lugar a partir de su entrada en vigor para los Estados que hagan parte del respectivo acuerdo de préstamo.

Podría considerarse que la solución de la legislación de Guatemala es más idónea que la adoptada en México, donde se ha optado por incluir una cláusula en cada contrato de préstamo, según la cual los bienes culturales dados en préstamo son propiedad de la nación mexicana, además de ser inalienables y no encontrarse sujetos a acción de reivindicación o cualquier tipo de desposesión permanente o temporal (Woudenberg, 2012). Pero es posible una fórmula que combine tanto la existencia de una disposición legal como la inclusión de una cláusula específica en cada contrato de préstamo, pues no son excluyentes. La debilidad de la alternativa adoptada por Guatemala recae en el hecho de que, frente a una demanda de restitución ante los tribunales de un país extranjero, la aplicación extraterritorial de la norma guatemalteca no se produciría de manera automática (Roodt, 2015). Esto es relevante también en relación con la cuestión en torno a si pueden ser consideradas en el extranjero las normas incluidas en las legislaciones latinoamericanas, mediante las cuales los bienes culturales son declarados inalienables, inembargables e imprescriptibles. El objetivo de esta declaratoria legal es que dichos bienes sean excluidos del tráfico comercial, es decir, que se conviertan en *res extra commercium*, pero ello opera, al menos en principio, solo dentro del territorio del respectivo Estado (Siehr, 2005).

5. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva del derecho internacional privado conflictual, se han configurado varias alternativas jurisdiccionales a las que puede recurrir el propietario originario —Estado, comunidad o individuo— para reclamar la restitución internacional de un bien cultural del que ha sido despojado ilícitamente. Las dos alternativas *de lege lata* presentadas se basan en la regla *forum rei sitae*, que otorga competencia a los tribunales del Estados donde se encuentran los bienes. La escogencia entre una u otra alternativa dependerá, por supuesto, del caso concreto, especialmente del Estado donde el bien se encuentre y si en él son aplicables las respectivas normas. Más allá, estas alternativas tienen limitaciones, tanto en su contenido como en la forma en que se han configurado. No solo se trata de las dificultades que derivan de ciertos requisi-

³¹ Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú.

tos, como la necesidad de que el bien cultural de que se trate encuadre dentro de la definición legal de cada instrumento normativo, que sea reconocida a nivel nacional la capacidad procesal del propietario originario (por ejemplo, comunidad indígena), que se respeten los plazos de prescripción establecidos o que se asegure la inmunidad de jurisdicción y de ejecución a los Estados. Además, se trata de que, mediante la competencia de los tribunales del país donde se encuentran los bienes, y la consecuente aplicación de su legislación en tanto *lex fori*, no se asegure suficientemente el respeto de las normas de protección del patrimonio cultural existentes en los países de origen.

En vista de ello, las propuestas *de lege ferenda* para el reconocimiento en este contexto de la regla *forum originis* estarían suficientemente justificadas. No obstante, estas propuestas no se encuentran libres de aspectos sensibles que no deben soslayarse en estas discusiones, como los que derivan del alcance territorial de las sentencias y los riesgos que puede implicar el hecho de que los procesos sean llevados a cabo por tribunales de países que aún son institucionalmente débiles.

Sin embargo, las alternativas —tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*— que han sido tratadas en este artículo han de ser consideradas por los sujetos interesados en la restitución internacional de los bienes culturales que han dejado su lugar de origen ilícitamente, ya sea por interés particular en un caso específico, ya sea por interés en la configuración de una legislación que se corresponda con la búsqueda de un necesario equilibrio entre, por una parte, los intereses del propietario originario y otros sujetos (como el poseedor de buena fe) y, por otra, la protección de los bienes culturales.

REFERENCIAS

- Baden-Württemberg. (2019, febrero 28). *Witbooi-Bibel und Peitsche an Namibia übergeben*. Recuperado de <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/witbooi-bibel-und-peitsche-an-namibia-uebergeben/>
- Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. & de Miguel Asensio, P. A. (Eds.). (2017). *Encyclopedia of private international law*. Cheltenham, RU: Edward Elgar Publishing.
- Caamiña Domínguez, C. M. (2007). *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid, España: Colex.
- Caamiña Domínguez, C. M. y Calvo Caravaca, L. A. (2009). El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995. En C. R. Fernández Liesa y J. Prieto de Pedro (Dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*. (pp. 155-188). Madrid, España: Colex.
- Calvo Caravaca, A. L. (2004). Private international law and the Unidroit convention of 24 June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects. En H. P. Mansel, H. Kronke & T. Pfeiffer (Eds.), *Festschrift für Erik Jayme*. (pp. 87-104). Múnich, Alemania: Sellier European Law Publishers.

- Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales 1970. París, 14 de noviembre de 1970.
- Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 1995).
- Decreto 26-97/1997, de 12 de mayo, ley para la protección del patrimonio cultural de la nación. *Diario de Centro América*, núm. 46 (1997).
- Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro.
- Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012.
- Fernández Arroyo, D. P. (2008). Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana. En H. Llanos Mancilla y E. Picand Albónico (Coords.), *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*. Santiago de Chile, Chile: Librotecnia.
- Fuentes Camacho, V. (1993). *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*. Madrid, España: Beramar.
- Gerstenblith, P. (2012). *Art, cultural heritage, and the law: Cases and materials*. (3.ª Ed.). Durham, EE. UU.: Carolina Academia Press.
- Gotha City v Sotheby's (No.2) [1997] EWCA Civ J0619-13, [1998] 1 WLR 114.
- International Institute for the Unification of Private Law. (2019, diciembre 2). *Printable chart of signatures, ratifications and accessions*. Recuperado de <https://www.unidroit.org/status-cp>
- Jayme, E. (1994a). Diskussion. En R. Dolzer, E. Jaym y R. Mußnug (Eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*. (pp. 123-146). Heidelberg, Alemania: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Jayme, E. (1994b). Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht. En R. Dolzer, E. Jaym y R. Mußnug (Eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*. (pp. 35-52). Heidelberg, Alemania: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Jayme, E. (2019). *Die Rechtsstellung indigener Völker in Kulturgutverfahren vor deutschen Gerichten. Symposium Universität Tübingen. Politisches Kollisionsrecht - Sachnormenzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 7 y 8 de junio 2019*. Tübinga, Alemania: Universität Tübingen.
- Kienle, F. & Weller, M. P. (2004). Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR. *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 4, 290-294.
- Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon 536 F.Supp. 829 (1981), aff'd, 678 F.2d 1150 (1982).

- Kurpiers, O. R. (2005). *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht - Grenzüberschreitende privatrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von abhanden gekommenen und unrechtmäßig ausgeführten Kulturgütern*. Fráncfort, Alemania: Peter Lang.
- Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums. (s f.). Recuperado de shorturl.at/mHJM3
- Ley 397/1997, de 7 de agosto, por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución Política; se dictan normas sobre el patrimonio cultural, fomento y estímulos a la cultura; se crea el Ministerio de Cultura y se trasladan algunas dependencias. *Diario Oficial*, núm. 43102 (1997).
- Ley 1185/2008, de 12 de marzo, por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 —Ley General de Cultura— y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 46929 (2008).
- Merryman, J. H. (2005). Cultural property internationalism. *International Journal of Cultural Property*, 12(1), 11-39. <https://doi.org/10.1017/S0940739105050046>
- Müller-Katzenburg, A. (1996). *Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach-und Kollisionsrecht*. Berlín, Alemania: Duncker & Humblot.
- Odendahl, K. (2006). Immunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter: Eine Analyse der Affäre um die Beslagnahmung der Gemälde aus dem Pushkin Museum in November 2005, *Aktuelle Juristische Praxis*, 10, 1775-1184.
- O'Kefee, P. & Prott, L. (1989). *Law and the cultural heritage. Vol. 3: Movement*. Londres, RU: Butterworths.
- Pavoni, F. & Gordley, J. (2013). *Enforcing international cultural heritage law*. Oxford, RU: Oxford University Press.
- Reglamento (CE) nº 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales.
- Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Reichelt, G. (1986). Kulturgüterschutz und Internationales Privatrecht. *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 6, 73-75.
- Reichelt, G. (1989). Kulturgüterschutz und Internationales Verfahrenrecht. *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 4, 254-55.
- Reichelt, G. (1994). Diskussion. En R. Dolzer, E. Jayme y R. Mußgnug (Eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*. (pp. 123-146). Heidelberg, Alemania: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Renold, M. A. (2013). The international protection of cultural heritage: Questions of private international law and of legal harmonization. En J. Sánchez Cordero (Ed.), *La Convención de la Unesco de 1970:*

sus nuevos desafíos. (pp. 297-307). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/508)] 59/38. Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

Roodt, C. (2015). *Private international law, art and cultural heritage*. Cheltenham, RU: Edward Elgar.

Rukoro et al v Federal Republic of Germany, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 17-00062

Syllon, F. (2000). The recovery of cultural objects by African states through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the role of arbitration. *Uniform Law Review*, 5(2), 219-241.

Siehr, K. (1998). The Protection of Cultural Property: The 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 compared. *Uniform Law Review*, 3.

Siehr, K. (2005). Protection of cultural property: Reforms and developments in the Member States of the European Union and in some other countries. En E. Schneider y R. Schneider (Eds.), *Cultural property protection*. (pp. 77-96). Berlín, Alemania: Berliner Wissenschafts-Verlag.

Siehr, K. (2006). The beautiful one has come-to return. En J. H. Merryman (Ed.), *Imperialism, art and restitution*. (pp. 114-134). Nueva York: Cambridge University Press.

Siehr, K. (2014). Das Forum rei sitae in der neuen EuGV0 (Art. 7 Nr. 4 EuGV0 n.F.) und der internationale Kulturgüterschutz. En N. Witzleb, R. Ellger, P. Mankowski, H. Merkt & O. Remien (Eds.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*. (pp. 837-850). Tubinga, Alemania: Mohr Siebeck.

Siehr, K. (2015). Private international law and the difficult problem to return illegally exported cultural property. *Uniform Law Review*, 20(4), 503-515. <https://doi.org/10.1093/ulr/unv033>

Stempel, J. (2019, marzo 6). *Lawsuit against Germany over Namibian genocide is dismissed in New York*. Reuters. Recuperado de <https://www.reuters.com/article/us-namibia-genocide-germany/lawsuit-against-germany-over-namibian-genocide-is-dismissed-in-new-york-idUSKCN1QN2SQ>

Strauch, G. (2007). *Rechtsverhältnisse an Kulturgütern im Internationalen Sachenrecht*. Berlín, Alemania: Wissenschaftlicher Verlag.

Suiza. Ley Federal del Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987.

The Jakarta Post. (2019, mayo 8). Namibia tribes appeal US court ruling in genocide suit. Recuperado de <https://www.thejakartapost.com/news/2019/05/08/namibia-tribes-appeal-us-court-ruling-in-genocide-suit.html>

Wantuch-Thole, M. (2015). *Cultural property in cross-border litigation: Turning rights into claims*. Berlín, Alemania: De Gruyter.

1 VB 14/19. Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg.

- Weller, M. (2009). Die rechtsverbindliche Rückgabezusag. En U. Blaurock, J. Bornkamm & C. Kirchberg (Eds.), *Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009*. (pp. 721-736). Berlín, Alemania: De Gruyter.
- Weller, M. (2017, diciembre 27). Was frühe Bibeltexte und Hitlers Jacke miteinander zu tun haben. *Die Welt*. Recuperado <https://www.welt.de/politik/deutschland/article171921233/Streit-ueber-Kunstschau-Was-fruehe-Bibeltexte-und-Hitlers-Jacke-miteinander-zu-tun-haben.html>
- Woudenberg, N. van. (2010). Immunity from Seizure: A legal exploration. En S. Pettersson, M. Hagedorn-Saupe, T. Jyrkkiö & A. Weij, *Encouraging collections mobility-A way Forward for Museums in Europe*. (pp. 184-196). Finnish National Gallery.
- Woudenberg, N. van. (2012). *State immunity and cultural objects on loan*. Leiden, Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers.

Las condiciones de trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia*

The Working Conditions and Collective Bargaining of Public Employees in Colombia

D I A N A C A R O L I N A S Á N C H E Z Z A P A T A

Profesora del área de Derecho Público, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia (Colombia). Abogada, Magíster en Derecho de la misma institución.
diana.sanchez@udea.edu.co - ORCID ID: 0000-0002-4992-8833.

H E R N Á N D A R Í O V E R G A R A M E S A

Profesor de las áreas de Derecho Público y Laboral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (Colombia). Abogado, Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia y Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).
hernan.vergara@udea.edu.co - ORCID ID: 0000-0003-2288-2182.

* Artículo resultado de la investigación “La repercusión del principio de participación en la teoría del acto administrativo: un análisis de su incidencia en el carácter unilateral de los actos administrativos en los procedimientos administrativos para la expedición de licencias ambientales y de la negociación colectiva de los empleados públicos”. Grupo de Investigación en Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Antioquia.

Resumen

El artículo aborda las dificultades que encuentra el ejercicio del derecho a la negociación colectiva por parte de los empleados públicos, en modelos de función pública sustentados en la teoría estatutaria del empleo público, como el adoptado por Colombia. Del mismo modo, muestra los alcances del concepto de *condiciones de trabajo* en el escenario de la función pública y las grandes posibilidades que se abren para la negociación cuando se operan las disposiciones jurídicas de ese sector del Estado con el instrumental previsto por el sistema normativo internacional que regula el trabajo humano.

PALABRAS CLAVE

Condiciones de trabajo, negociación colectiva, empleados públicos, participación, derechos humanos.

Abstract

The article addresses the difficulties encountered by the exercise of the collective bargaining right by public employees, in public service models supported by the statutory theory of public employment, such as that adopted by Colombia. Similarly, it shows the scope of the concept of working conditions on the stage of public función and the great possibilities that open up for negotiation when operating the legal provisions of that sector of the State with the instruments provided by the international regulatory system that regulates human labor.

KEY WORDS

ReWorking conditions, collective bargaining, public employees, participation, human rights.

1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva en el sector público no es nueva en Colombia. La posibilidad de que ciertos servidores públicos pudieran negociar sus condiciones de trabajo con los empleadores estatales se remonta por lo menos a la época de expedición del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, a mediados del siglo XX. Quienes tuvieron esta posibilidad desde entonces fueron los trabajadores oficiales, los cuales sostienen con el Estado una relación contractual. Eso facilitó, y con los mismos alcances que en el ámbito privado, la utilización de esta figura del derecho laboral colectivo (Decreto 2663/1950, de 5 de agosto, art. 416).

Otra suerte ha corrido el grupo de los empleados públicos. Su relación estatutaria (legal y reglamentaria) con el Estado ha imposibilitado históricamente la penetración de las instituciones del derecho laboral, en particular el derecho a la negociación colectiva. Es apenas lógico que, si su vínculo es de tal índole, las condiciones de trabajo se definan unilateralmente por el Estado, tal como corresponde al modelo de función pública adoptado por Colombia, que es el continental europeo de inspiración francesa (Vergara, 2015, p. 178).

Solo recientemente se han generado las condiciones para que puedan desarrollarse procesos de negociación colectiva entre los empleados y el Estado. La ratificación por Colombia de varios convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la consagración del derecho a la negociación colectiva en la Constitución Política de 1991 para todos los trabajadores y la expedición de algunas normas internas de carácter administrativo y reglamentario han propiciado la posibilidad, aunque en un escenario plagado de restricciones. El punto de referencia de estos procesos de negociación se hace descansar en las llamadas condiciones de trabajo (Decreto 160/2014, de 5 de febrero, art. 4). Poco o nada se ha dicho sobre este particular, ante todo porque no es comparable esta noción en los campos público y privado, en atención al hecho de que el primero se orienta por el interés general y quienes lo representan son los empleados del Estado, mientras que el conflicto entre el capital y el trabajo es una de las marcas de las relaciones de trabajo privado.

El propósito de este artículo consiste en ofrecer elementos para la comprensión del concepto de *condiciones de trabajo* en el complejo espectro de la función pública. La idea es analizar las implicaciones de tal concepto en un marco de función pública, pero, a la vez, proponer fórmulas que permitan clarificar sus posibilidades en los procesos de negociación colectiva que tienen como parte a los sindicatos que representan a los empleados públicos a partir del análisis de algunos de los supuestos de condiciones de trabajo de los empleados públicos.

2. METODOLOGÍA

El artículo es resultado de una investigación dogmática, con referencia al derecho positivo colombiano. Desde una perspectiva cualitativa, se propuso una revisión del carácter unilateral de los actos administrativos en algunos escenarios de actuación administrativa, uno de ellos en particular, el relativo al procedimiento especial para la negociación colectiva de los empleados públicos. Como enfoque de análisis, se utilizó la propuesta inductiva de “ámbitos de referencia” de Schmidt-Assmann (2003, p. 12). Este método de estudio permite, además de profundizar en el procedimiento para la negociación colectiva y de reconocer los alcances del concepto de condiciones de trabajo para los empleados públicos, proponer elementos que permiten una revisión crítica de categorías fundamentales del derecho administrativo, como es el caso de la teoría estatutaria en el campo de la función pública, cuando se vincula a su estudio el significado del principio democrático, a partir del valor que se le ha reconocido en las normas internacionales de derechos humanos, en que se le relaciona con los derechos laborales y, en específico, con el derecho a la negociación colectiva.

3. RESULTADOS

Función pública e interés general

La función pública alude a todo el conjunto de las funciones que han sido establecidas por el orden jurídico para que sean cumplidas por el Estado, y por eso recoge las actividades y competencias que asumen todos sus órganos, sean estas de carácter legislativo, jurisdiccional o administrativo. Cualquier actividad o competencia es reconducible a algunas de las mencionadas (Merkl, 2004, p. 10), incluso cuando se trata de la actuación desplegada por aquellos organismos dispuestos constitucionalmente como independientes de las ramas del poder público (Constitución Política de 1991, art. 113). Pero también se ha entendido en un sentido más restringido, referido a toda la actuación tendiente a la gestión de las relaciones que el Estado sostiene con las personas naturales que le prestan servicios personales (Sarria, 2002, p. 104).

Los sentidos de la función pública así expuestos parecen opuestos. Sin embargo, esa diferencia es solo aparente, pues responden a momentos diferentes del mismo proceso: el cumplimiento de la función encomendada al Estado. En efecto, la función pública sufre necesariamente una secuencia de transmisión paulatina entre órganos colectivos e individuales (Merkl, 2004, p. 391); primero, lo hace a través de las técnicas de la descentralización, la desconcentración y la adscripción, en virtud de las cuales las funciones son transferidas a organismos, entidades y dependencias especializadas, para finalmente ser adscritas a empleos, que serán ocupados por personas individuales que tendrán a su cargo porciones de tales funciones y que las llevarán a cabo de manera concreta en el contexto administrativo que corresponda.

La anterior secuencia es una exigencia lógica del carácter moral que reviste el Estado, el cual, tanto como ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, requiere el auxilio de sujetos físicos que desarrollen concretamente las funciones que tiene a cargo (Garrido, 2005, p. 611). El órgano abstracto recibe inicialmente la función, pero el que la cumple en la realidad es el órgano individual. He ahí la relación.

Por otra parte, la función pública tiene como imperativo la garantía del interés general (Constitución Política de 1991, art. 209); esta es la finalidad que sostiene todo el andamiaje de legitimidad del Estado (Blanquer, 1998, p. 177), específicamente para el uso de prerrogativas, privilegios y potestades que les permiten sobreponerse a los demás sujetos jurídicos, mediante atribuciones de autotutela administrativa (García de Enterría y Fernández, 1993, p. 487). Tanto órganos colectivos como órganos individuales son depositarios y responsables del interés general; la función que cumplen no es la suya sino la del Estado, y por eso los intereses de estos deben coincidir con los intereses generales (Rincón, 2018, p. 71).

Función pública y relaciones de trabajo

Desde la perspectiva de la función pública como el conjunto normativo que regula la gestión de los prestadores de servicios del Estado, esto es, de las personas físicas que despliegan tareas estatales como agentes, servidores o trabajadores del Estado, tales prestadores pueden sostener diferentes clases de relaciones jurídicas.

Las usuales serán las relaciones de trabajo, en las cuales cumplen sus actividades en condiciones de subordinación y a cambio de una contraprestación salarial; este es el caso típico de los servidores públicos, que en este país pueden ser los miembros de las corporaciones públicas, los trabajadores oficiales y los empleados públicos (Constitución Política de 1991, art. 123). También pueden ser relaciones civiles o comerciales, en aquellos casos en los que las actividades no se realizan en condiciones de subordinación sino con autonomía técnica, y que son remuneradas mediante honorarios, como ocurre con los contratistas de prestación de servicios (Ley 80/1993, de 28 de octubre, art. 32).

El análisis que se hace en este artículo se concentra en las relaciones que sostiene el Estado con los empleados públicos. Estas relaciones son laborales pero especiales. El ente estatal se comporta en ellas como un empleador, pero con amplias facultades de dirección y perfilamiento de las condiciones de trabajo. A estas relaciones se les denomina estatutarias, y en Colombia se les conoce como “legales y reglamentarias” (Ley 1437/2011, de 18 de enero, art. 104). La teoría estatutaria del empleo público las caracteriza como relaciones: a) de derecho público lo cual sugiere desigualdad jurídica entre el Estado y los empleados, b) fundadas en el interés general, c) configuradas unilateralmente y d) necesitadas de un estatuto para la definición de las condiciones laborales (Balbín, 2005, p. 24 y ss.).

Estas características ponen de presente la amplia facultad que tiene el Estado para establecer las condiciones de empleo de los empleados públicos, justamente para asegurar que su actividad sea conforme con los intereses generales y sea permeable a las cambiantes necesidades del servicio público. La adherencia de los intereses de los empleados a los del servicio, que son los del Estado, es prácticamente una ineludible consecuencia de la teoría estatutaria (De la Cueva, 1990, p. 619; Weber, 2012, p. 180), prohijada, en gran parte, por Colombia en su sistema de función pública.

Las relaciones de trabajo de los empleados públicos, vistas en la línea del derecho público, son relaciones resistentes al acuerdo laboral, por razón de la facultad que tiene el Estado de definir las relaciones mediante un estatuto, expresado en un conjunto normativo integrado por disposiciones legales y reglamentarias (Díez, 1997, p. 89). Eso dificulta que tales condiciones puedan reflejar los intereses personales de los empleados, pues la función que ellos cumplen es la del Estado, y este, como se sabe, debe procurar los intereses generales en cada una de sus actuaciones.

Las condiciones de trabajo en la función pública

El concepto de *condiciones de trabajo* o de empleo hace alusión al amplio campo de situaciones, circunstancias y de relaciones que pueden presentarse entre empleadores y trabajadores en el curso de la relación laboral. Las normas que se ocupan del tema utilizan de modo genérico el concepto sin detenerse en la determinación de su contenido y alcances. La OIT, al definir el objeto de la negociación colectiva, simplemente señala que ella puede regular las condiciones de trabajo y las relaciones entre empleadores y trabajadores (C154 - Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), art. 2), y lo propio hacen las normas nacionales sobre ese mismo punto (Decreto 2663/1950, de 5 de agosto, art. 374; Decreto 160/2014, de 5 de febrero, art. 5).

La doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT ha indicado que las condiciones de empleo incluyen, además del tipo de convenio que se ofrezca a los trabajadores, materias como “los salarios, prestaciones y subsidios, la duración del trabajo, las vacaciones anuales, los criterios de selección en caso de despido, un alcance del convenio colectivo, el otorgamiento de facilidades a los sindicatos, que incluyan un acceso al lugar de trabajo más amplio que el previsto en la legislación” (OIT, 2006, p. 195).

En un campo como el de la función pública, el concepto se torna difuso y problemático. Por múltiples razones, unas históricas y otras lógicas, se ha impedido —*prohibido*— el desarrollo de procesos de negociación colectiva que culminen con la celebración de convenciones o acuerdos, cuando una de las partes está constituida por empleados públicos. Esta realidad ha sido superada o morigerada por algunos países del mundo, entre ellos algunos latinoamericanos, como Argentina, Ecuador, El Salvador (Mugnolo, 2013), pero sigue enquistada en el derecho colombiano.

La justificación histórica tiene que ver con la tardía aparición del derecho laboral en relación con el derecho administrativo, este último que acaparó toda la explicación dogmática y regulativa de las relaciones jurídicas que se configuran con los empleados públicos (Balbín, 2005, p. 15). Autores como Jèze (1949) lo resumieron con claridad, al señalar que “la situación de los agentes del servicio público propiamente dichos será reglada unilateralmente por los jefes de repartición o por los gobernantes; el contrato no entrará en juego en ningún momento” (p. 267), y así ha sido aceptado por la doctrina (Rincón, 2009, p. 2015) y la jurisprudencia colombiana (Sentencia n° 25000-23-25-000-1998-03468-01(0905-05) de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 9 de agosto de 2007).

La justificación lógica, por su parte, se halla en el tipo de relación que sostienen el Estado y los empleados públicos. El carácter especial del empleador público problematiza cualquier posibilidad de trasplante a la función pública de la idea de conflicto entre el capital y el trabajo, propia de la relación que sostienen trabajadores y empresarios. El Estado no es una empresa, sino que es un empleador *sui generis* que tiene a su cargo los intereses generales, y para eso vincula a servidores para que lo representen con ese propósito (Ackerman, 1998, p. 14).

Lo anterior se refuerza con la potestad de autoorganización que se reconoce a las organizaciones complejas, como el Estado, y especialmente a su Administración pública, en virtud de la cual gozan de autonomía y discrecionalidad para concretar los elementos organizativos que son necesarios para satisfacer el servicio que deben cumplir (Rincón, 2018, p. 69 y ss.). Uno de esos elementos es el factor humano representado por los empleados y, por tanto, las condiciones en que deben desarrollar su labor.

Dichas condiciones tienen que ver con los diferentes tópicos que rodean la relación de trabajo con el Estado. El Decreto 160/2014, de 5 de febrero define tales condiciones como “los aspectos propios de la relación laboral de los empleados públicos” (art. 4), lo que básicamente puede enmarcarse en temas relativos a los requisitos de vinculación, evaluación y ascenso; las funciones, tareas y responsabilidades; la remuneración, que comprende los aspectos salariales y prestacionales, los estímulos y otros conceptos remuneratorios; la disciplina; las situaciones administrativas; y, en general, todo lo relacionado con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la prestación de los servicios.

Cada uno de los aspectos mencionados supone complejos campos de regulación legal, que es complementado por una amplia gama de normas administrativas de origen diverso, muy dependiente del cuadro competencial definido en la Constitución Política de 1991. Esto pone de presente que lo que potencialmente puede ser objeto de definición mediante procesos de negociación colectiva, ha sido, y sigue siendo en la actualidad, reglado en normas positivas que constan en lo que se podría denominar el estatuto del empleado público.

La mayoría de los aspectos que rodean la relación de trabajo de los empleados públicos tienen presupuestada una ordenación mediante normas legales, complementadas en algunos casos por reglamentos y otras normas administrativas; en definitiva, por actos públicos de carácter unilateral. A causa de esto, queda la inquietud sobre el espacio en el que puede operar la negociación colectiva para este grupo de servidores públicos.

Las condiciones de trabajo en la función pública: entre restricciones y posibilidades

Las restricciones

El concepto de *condiciones de empleo* en la función pública sufre serias fracturas cuando es llevado al campo de la negociación. No solo se trata del conjunto de materias que hacen parte de su contenido, sino también de la existencia de normas jurídicas que regulan, como ya se dijo, la mayoría de esos aspectos, y que, no limitándose a eso, incorporan una serie de restricciones que imposibilitan en términos reales la negociación colectiva.

El Decreto 160/2014, de 5 de febrero establece básicamente dos clases de restricciones. Unas generales que tienen que ver con el respeto por las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a ciertas entidades y autoridades públicas, por el presupuesto público, por la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad fiscal (art. 3), así como por los límites que fije el Gobierno Nacional en materia salarial para las entidades territoriales y la imposibilidad de negociar temas pensionales (art. 4, par. 2).

Otras restricciones son específicas y se refieren a materias expresamente excluidas de cualquier proceso de negociación, tales como la vinculación, la evaluación y el ascenso, aspectos que constitucionalmente están definidos como de reserva de ley (Constitución Política de 1991, art. 125), la estructura del Estado y la estructura orgánica e interna de sus entidades y organismos; las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado; el mérito como esencia y fundamento del sistema de carrera; la atribución disciplinaria de las autoridades públicas; y la potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria (art. 5, par. 1).

Además de estas restricciones genéricas y específicas que pueden incidir directamente en las condiciones del empleo y en aspectos sustanciales de la relación laboral, llaman la atención y han sido objeto de análisis otros aspectos del decreto, como la exigencia relativa a que la asociación que representa a los empleados tenga carácter sindical, con lo que se afecta el derecho a la libertad sindical y se contraviene el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151). Asimismo, la necesidad, según el Decreto 160/2014, de 5 de febrero, de que la autoridad competente adopte los acuerdos alcanzados bajo la formalidad de acto administrativo, lo que haría pender de este último el valor jurídico de los compromisos

alcanzados entre las autoridades y las organizaciones sindicales, y relativiza el acuerdo mismo y su carácter vinculante (Vergara, 2019, pp. 129-139).

Por la magnitud de las restricciones que se acaban de enunciar, ¿qué puede quedar para ser discutido y acordado en un proceso de negociación de condiciones de trabajo? Se dice esto porque, si acaso la reserva de ley que caracteriza los asuntos que tienen que ver con este concepto no cobijaba a ciertas materias, las restricciones que se acaban de enunciar sí las comprende, lo que deja entrever que el derecho a la negociación colectiva se parece más a una consagración retórica o a un derecho débil (Guastini, 1999, p. 186) que a una posición jurídica con consecuencias concretas para los empleados públicos.

Las posibilidades

La afirmación anterior, sin embargo, no puede ser recibida sin reparos. Varias razones conducen a interpretar con beneficio de inventario las restricciones que se imponen a la negociación colectiva de los empleados públicos. La primera tiene que ver con el carácter fundamental y humano del derecho en cuestión; la segunda, con la naturaleza burocrática —no democrática— de la norma que en Colombia impone actualmente las restricciones; y la tercera, el contenido y alcance de cada uno de los supuestos de restricción que, si bien pueden cobijar múltiples casos, abren la posibilidad de otros tantos que razonablemente serían susceptibles de concertación.

En primer lugar, cabe advertir que el Estado colombiano consagró el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos a partir de la adopción por la Constitución Política de 1991 de un modelo de Estado constitucional y social de derecho, en que se hace una apuesta directa por la garantía de los derechos fundamentales (Sentencia de Tutela n° 406/92 de Corte Constitucional, 5 de junio de 1992). Este modelo se caracteriza porque, además de concebir las constituciones como textos rígidos, normativos y prevalentes sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, se preocupa por la limitación del poder político y por la garantía de los derechos (Aguiló, 2001).

Pero también debe valorarse el estatus jurídico del derecho a la negociación colectiva, en atención a que es considerado como derecho humano en los más importantes instrumentos internacionales sobre la materia, como se verifica en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 (art. 23.4); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (art. 22); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (art. 8); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (art. 16); en la Carta de

la Organización de los Estados Americanos (A-41) que en el literal c) del artículo 45 incluye el derecho de negociación, el derecho de asociación sindical y el derecho a huelga como parte de los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” (art. 8).

Estos instrumentos son coincidentes en que el ejercicio de este derecho solo podrá ser restringido por la ley en tanto sea necesario en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás, y también cuando se trate de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966). Y cabe resaltar que estos vinculan al Estado colombiano por haberlos adoptado como parte de su normativa interna (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

Ahora bien, no se puede dejar de lado el hecho de que la negociación colectiva es considerada como uno de los cuatro principios fundamentales del trabajo por parte de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Adoptada en 1998, inicialmente denominados *derechos humanos fundamentales* (Válticos, 1977, p. 239), lo que ha llevado a que se le estime como parte de *ius cogens* (Ortiz, 2010), condición esta que les imprime una importancia jurídica superior a la de otros derechos o posiciones jurídicas, en tanto reglas consuetudinarias, es decir, expresiones del reconocimiento social de la existencia de unos valores generales, esenciales, superiores e indisponibles (Vega y Martínez, 2002, pp. 10-11); estas reglas, por el grado de consenso y aceptación internacional que han logrado, se tornan imperativas y no admiten acuerdo en contrario, tal como lo prevé la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969) (art. 53).

Como derecho humano integrante del *ius cogens*, los Estados solo pueden restringir un derecho de esta índole en las condiciones estrictas, antes señaladas en los instrumentos de derechos humanos que los consagran, y solo a través de normas con rango legal (OEA, 1969, art. 16 numeral 2) (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 4).

El citado carácter exige su interpretación y aplicación bajo criterios especiales solo operables en el campo de los derechos humanos, conocidos como los principios *pro homine* y de progresividad. Con arreglo al primero, los operadores jurídicos tienen tres clases de deberes a la hora de aplicar las normas cuando se discute un derecho humano: dar aplicación a la norma más protectora, conservar la norma más favorable e interpretarla con sentido tutelar a favor del derecho y no de la restricción (Henderson, 2004, p. 93).

De lo anterior se entresacan dos consecuencias importantes. La primera es que cualquier limitación que se le imponga al referido derecho debe ser interpretada restrictivamente, en procura de favorecer el ejercicio del derecho y no su intervención. Esa es la metodología para el examen de las múltiples limitaciones que el orden jurídico colombiano ha incorporado al citado derecho. La segunda es que tales limitaciones deben ser estipuladas por la ley y con el “único objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos” (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, art. 5).

La revisión de la última consecuencia conduce a estipular un problema de validez y hasta de responsabilidad internacional para el Estado colombiano, por haber prescrito limitaciones al derecho a la negociación colectiva sin respetar la reserva legal, y así contravenir las normas internacionales ya mencionadas. El Decreto 160/2014, de 5 de febrero es un reglamento, esto es, un acto de naturaleza administrativa emitido por el Ejecutivo colombiano que, a la postre, y si se observa bien, cumple nada menos que el rol de empleador en la relación laboral que traba el Estado colombiano con los empleados públicos.

La omisión de la reserva de ley a la que se halla sometida la negociación colectiva ya había sido denunciada por la Corte Constitucional mediante Sentencia de Constitucionalidad nº 1234/05 de la Corte Constitucional, 29 de noviembre de 2005, en que, si bien declaró ajustada a la Constitución la prohibición de que los sindicatos de empleados pudieran presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, advirtió sobre el deber que tiene el legislador de desarrollar en un término prudencial el procedimiento para que los sindicatos de empleados públicos puedan hacer uso de tal derecho, según el artículo 55 de la Constitución y el C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151) y el C154 - Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154). A la fecha, el legislador no ha cumplido con este deber.

De todos modos, quizá, el asunto más importante que convoca el concepto de *condiciones de empleo* en la negociación colectiva cuando una de las partes son los empleados públicos tiene que ver con el contenido y los alcances de las restricciones que se imponen en la actualidad a ese derecho, pero ya examinadas con el apoyo de la caja de herramientas que se debe utilizar en presencia de derechos como ese, como quedó dicho, y en atención a las particularidades ya anotadas del empleador estatal.

En efecto, tratándose del sector público, se ha dicho que la negociación colectiva en la Administración pública plantea problemas particulares (OIT, 1994, pâr. 261), como los que ya se anotaron relativos a la tendencia uniformadora a través de la ley de los derechos, deberes y condiciones de trabajo de los empleados; el alto costo financiero que los gastos laborales generan en el

presupuesto público, cuya aprobación depende, entre otras cosas, de órganos de representación democrática; y la falta de autonomía de los empleadores públicos para negociar, en tanto están sujetos a una serie de limitaciones por parte de órganos externos de diversa índole (Gernigon, Otero y Guido, 2000, p. 52).

Por eso, el Comité de Libertad Sindical ha encontrado razonable que ciertas cuestiones relativas a la dirección y funcionamiento del gobierno, así como al número de personal o de departamentos que pueden verse afectados por dificultades financieras, queden por fuera de la negociación (OIT, 2006, p. 196). Del mismo modo, la posibilidad de que la legislación establezca un “abanico salarial” que sirva de base a las negociaciones, siempre y cuando los trabajadores y sus organizaciones puedan participar plenamente y de manera significativa en la determinación de este marco global de negociación, lo que implica ofrecerles el acceso a toda la información relevante sobre el particular (OIT, 1994a, p. 126).

Sin embargo, el citado organismo de la OIT ha estimado que una legislación en la que se faculta a una autoridad para fijar normas relativas a salarios, descanso, vacaciones y otras condiciones de trabajo, excluyéndolas de la esfera de la negociación colectiva, no se adecúa a lo establecido en los convenios de la OIT (2006, p. 196). Es decir, que la doctrina autorizada de la OIT comprende las particularidades del trabajo humano que se despliega a favor del Estado y las restricciones que allí se pueden prever, pero declara también la improcedencia de la gestión unilateral de las condiciones de empleo por parte del Estado en temas que están en el corazón de cualquier proceso de negociación laboral, como ocurre con los salarios, las prestaciones sociales, las jornadas de trabajo, los subsidios, la duración del trabajo, las vacaciones anuales, los criterios de selección, el alcance del convenio colectivo y el otorgamiento de facilidades a los sindicatos, que incluyan un acceso al lugar de trabajo más amplio que el previsto en la legislación (Von Potobsky y De la Cruz, 1990, p. 311; OIT, 2011, p. 568).

Lo anterior va de la mano con el hecho de que la negociación colectiva es, además, una expresión del principio democrático, concretamente del principio constitucional de participación, que se expresa, entre otros, en el derecho que tienen las personas de hacerse parte y contribuir en la conformación de las decisiones que las afectan (Constitución Política de 1991, art. 2). Este es un derecho que se expande en todos los ámbitos de las relaciones jurídicas del Estado, y alcanza incluso las relaciones privadas.

La OIT (2011) ha estimado que, en la medida en que en el diálogo social expresado a través de la negociación participan los actores sociales, se convierte en un mecanismo que estimula la responsabilidad respecto de las decisiones que afectan al conjunto de los ciudadanos de una sociedad, y produce de contera una mejora sustancial en la gestión del Estado. Del mismo modo, cumple en el ámbito laboral un propósito fundamental: generar las buenas relaciones entre

trabajadores y empleadores en la definición de las condiciones de empleo, y crea un marco de confianza en los que unos y otros tienen la oportunidad de expresar su opinión en igualdad de condiciones y pueden esperar que los resultados sean justos y equitativos; con ello se fomenta la paz social y se previene, en buena medida, la activación de conflictos laborales costosos e innecesarios.

Concebir la negociación colectiva en escenarios atravesados por el principio de participación implica repensar el llamado “estatuto del empleado público”. Para considerarla en ese escenario, debe tenerse en cuenta que el producto de los acuerdos logrados a través de la negociación no deja de ser una norma jurídica que se incorpora como un elemento integral de este estatuto (Fiorini, 1976, p. 790).

Si bien el estatuto del empleado público ordinariamente está compuesto por normas de distinto origen, por lo regular de carácter legal y reglamentario, esto es, unilateralmente impuestas por el Estado, nada obsta para que algunas sean fruto de procedimientos administrativos especiales consensuados, en que la decisión administrativa sea el producto de una participación cualificada de los interesados, como corresponde con las nuevas facetas del derecho administrativo, dentro de un Estado que se legitima y orienta constitucionalmente a partir de la protección de los derechos y en el principio democrático (Schmidt-Assmann, 2003, p. 115).

Ejemplo concreto de esta posibilidad la ofrece la función pública argentina, país que guarda en este ámbito grandes similitudes institucionales con Colombia. Allí, a partir de la Ley 24.185/1992, de 11 de noviembre, se dispuso un marco regulador de las negociaciones colectivas desarrolladas entre la Administración pública nacional y sus empleados. Esta ley se caracteriza, en primer lugar, porque alcanza a todos los empleados del poder ejecutivo del Estado nacional; en segundo lugar, porque abre un vasto campo para la negociación colectiva, la cual puede llegar a cobijar todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo público, salvo algunos asuntos (art. 8); y en tercer lugar, porque cumple el papel de norma mínima de los derechos de los empleados (Titiro, 2013).

A partir de lo anterior, pueden reexaminarse algunos de los puntos considerados en el apartado previo como condiciones de empleo en el campo de la función pública, y determinar hasta qué punto las restricciones que se han impuesto en Colombia por vía reglamentaria son conformes —o se pueden interpretar conformes— con el marco normativo que las ordena. Ese marco normativo comprende una serie de fuentes que tienen la pretensión de regular el citado campo del derecho, en que tienen especial protagonismo las normas internacionales del trabajo, las relativas a los derechos humanos y los criterios peculiares que esta clase de derechos incorpora para su operación en los casos concretos.

El contenido modulado de las condiciones de trabajo en la función pública

El marco normativo al que se ha aludido dispone que las condiciones de trabajo o empleo son el objeto básico de la negociación colectiva, lo cual da a entender que las partes de este proceso pueden discutir y acordar reglas en cualquier materia que quede allí comprendida, las cuales tienen que ver con los procesos de vinculación, evaluación, ascenso y permanencia en los empleos públicos, las funciones, tareas y responsabilidades asignadas a tales empleos, la remuneración y las prestaciones sociales, el régimen disciplinario y las situaciones administrativas y las jornadas, horarios y circunstancias concretas de la prestación de los servicios.

Por ser la función pública el escenario en que se desarrolla este proceso, se deben admitir lógicamente restricciones en atención a las calidades especiales que reviste el Estado, que tiene a cargo la garantía del bien común y la prestación de los servicios públicos. Por eso, se ha considerado razonable que la negociación no comprenda algunos asuntos, por ejemplo los relativos a la dirección y funcionamiento del gobierno, así como a la definición de la cantidad del personal o de dependencias públicas, por el fuerte impacto que pueden generar al presupuesto público. Por fuera de estos puntos, cualquier otro tipo de materias sería susceptible de negociación entre las referidas partes.

Inicialmente, se debe poner de presente un asunto formal, ya mencionado, y es que las limitaciones a la negociación están previstas en una norma administrativa. No solo por el hecho de que hayan sido establecidas desconociendo la garantía de la reserva de ley, sino también porque extienden el conjunto de materias que se sustraen a la negociación, debe asumírselas restrictivamente. Lo anterior, justificado en la idea de que toda excepción a la regla debe ser así considerada, pero, fundamentalmente, por la aplicación de principio *pro homine*, que ordena favorecer el ejercicio del derecho humano y no su limitación (Pinto, 1997).

Así las cosas, se pasa a examinar cada uno de los supuestos de condiciones de trabajo de los empleados públicos, en procura de identificar las posibilidades para la negociación colectiva.

Vinculación

Los procesos tendientes a la vinculación de los empleados públicos son ajenos a la relación de trabajo, por ser anteriores a esta, pues se desarrollan con la finalidad de garantizar en la función pública la vigencia de varios principios constitucionales: legalidad, igualdad y mérito. Estos tres principios son transversales a los empleos públicos y a las formas de vinculación que ellos suponen. La regla es la carrera, pero para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción se autoriza el uso de la discrecionalidad de los nominadores para determinar parte del cumplimiento de los principios de igualdad y mérito, que se hace depender básicamente de la

variable de la confianza y el manejo, lo que solo puede ser determinado por los nominadores, que son los beneficiarios de la facultad discrecional.

La doctrina española ha estimado que en los procesos de vinculación el Estado se manifiesta como autoridad y no como empleador, por eso, estos son ajenos a la relación de trabajo (Sospredra, 2007, p. 69). Y resulta lógico, por ello, una restricción que impida que en los procesos de negociación colectiva con empleados públicos se discuta el sistema de mérito y otros asuntos relacionados directamente con la vinculación, en tanto pueda ponerse en riesgo el deber que tienen las autoridades públicas de asegurar la vigencia de los principios antes mencionados de la función pública. No obstante, debe considerarse que el escenario de la vinculación está colmado de matices y, por eso, no pueden descartarse asuntos objeto de negociación.

Por ejemplo, puede ser legítimo que un sindicato de empleados públicos exija en la negociación colectiva la provisión de empleos que se encuentran vacantes dentro de la entidad pública respectiva. Lo que no se puede negociar es su forma de provisión, pues esta ha sido reglada por las normas constitucionales (Constitución Política de 1991, art. 125) y legales (Ley 909/2004, de 23 de septiembre). Este supuesto puede presentarse en la discusión sobre la formalización de la relación de trabajo, para la reducción o desestimulación de los contratos de prestación de servicios o a través de terceros, lo cual apunta también a la protección laboral de los trabajadores.

Permanencia

Cuando se habla de permanencia, se dan por sentadas dos situaciones: la primera, la existencia de una relación de trabajo entre el empleado público y el Estado. Dicha relación se verifica para el caso de estos servidores públicos con el cumplimiento formal del acto condición (Sentencia nº 54001-23-33-000-2012-00114-01 del Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 4 de septiembre de 2017), que se verifica con la designación (nombramiento o elección) y que logra efectos prácticos con la posesión en el cargo. En cualquier otro evento, la relación laboral puede existir pero bajo la idea de una investidura ilegal. La segunda situación es el derecho a la estabilidad en el empleo. Este derecho puede tener diferente configuración según el tipo de cargo que ocupa el empleado público, bajo la regla de la mayor estabilidad de quienes ocupan empleos de carrera y la menor o precaria estabilidad de quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción.

En cualquiera de tales situaciones la permanencia es una condición de trabajo y podría eventualmente ser un tema de negociación colectiva, pero no en todos los casos, si se considera que la estabilidad se compromete por varios motivos: unos dependientes del desempeño del empleado, otros del comportamiento ético demostrado por este y otros que son objetivos y que están establecidos en la ley. Estos últimos no pueden ser objeto de negociación, pues la ley los

establece de modo genérico para todos los empleados públicos, incluso como causales de retiro (Ley 909/2004, de 23 de septiembre, art. 41).

La permanencia por razón del desempeño se determina mediante instrumentos técnicos de evaluación y calificación de servicios que, al menos en Colombia, aparecen reglados en las normas legales cuando se trata de empleados con derecho de carrera (Ley 909/2004, de 23 de septiembre, arts. 38 y ss.). La negociación puede incidir en este asunto que se halla prolijamente regulado por el orden jurídico (Acuerdo CNSC-20181000006176/2018, de 10 de octubre), en lo que tiene que ver con procedimientos e instrumentos de aplicación, bajo el presupuesto de que no se disminuya la posibilidad de verificar objetivamente el grado de cumplimiento de las responsabilidades a cargo de los empleados.

Si se trata de empleados públicos que ocupan empleos sin derecho de carrera, es claramente procedente la negociación, pues es una condición de trabajo sobre la que no existe una prohibición expresa, y en virtud de eso pueden acordarse reglas de procedimiento e, incluso, instrumentos de evaluación que puedan aplicarse a estos empleados sin poner en riesgo el mérito que se les exige para el cumplimiento de las funciones públicas. En este punto, la legalidad no es estricta y por eso entra en la esfera de lo que es decidible en la negociación.

Ascensos

El derecho de los empleados públicos de carrera a ser promovidos automáticamente a empleos de superior categoría por razón de la calificación sobresaliente de sus servicios fue eliminado en Colombia a partir de la Sentencia C-538 de octubre 23 de 1997 de la Corte Constitucional, por considerarlo contrario a los principios de eficacia administrativa y de igualdad en el acceso a los cargos públicos. De manera parcial, fue revivido por la Sentencia de Constitucionalidad nº 034/15 de Corte Constitucional, 28 de enero de 2015 de la misma Corte y por la Ley 1960/2019, de 27 de junio. Las reglas del ascenso son sustancialmente similares a las de la vinculación de personal y, por tanto, el Estado obra como una autoridad que debe garantizar principios constitucionales, como los señalados, que son indisponibles por las partes de la relación de trabajo, por tanto, por fuera de la negociación.

No obstante, el encargo constituye una situación administrativa que permite a un empleado público, de forma temporal, ocupar empleos vacantes de nivel o categoría superior, al menos hasta que sean provistos de acuerdo con la ley. Esta es una posibilidad que se admite para los empleados con derechos de carrera y les permite cumplir las funciones de esos cargos y recibir la remuneración correspondiente.

Se dispone que esta situación debe beneficiar al empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad y que reúne los requisitos

legales (Ley 909/2004, de 23 de septiembre, art. 24). Para esos casos, los escenarios de posibilidades son variados, pero en particular es normal que exista un número mayor de aspirantes al encargo que empleos a proveer por este medio. Nada obsta para que la negociación colectiva pueda introducir complementos para lograr procedimientos que puedan regular las contingencias de este proceso, respetando la regla mínima legal ya citada.

Las funciones de los empleos

Se trata indistintamente de funciones, tareas, responsabilidades, deberes, obligaciones o cualquier otra forma de denominar las actividades a las que queda comprometido el servidor público con el Estado. En el derecho colombiano, los empleados públicos se caracterizan por que ocupan un empleo público y asumen, cuando son designados en ellos, las funciones que tales empleos ya tienen fijadas por normas previamente dictadas por la autoridad competente. El empleo antecede al empleado, no al contrario.

Concebir la negociación en este ámbito sería inicialmente aceptar la modificación de un marco de competencias constitucional (Constitución Política de 1991, arts. 189.4, 305.7, 315.7) y de procedimientos legales (Ley 909/2004, de 23 de septiembre, art. 19) que se han consolidado en la tradición de la función pública de este país (Vergara, 2015) y han afectado del mismo modo la porción de legalidad que expresan tales funciones (Rincón, 2009, p. 145). Es en este punto que se ha asentado con mayor fuerza la tesis estatutaria y la concepción unilateralista del vínculo del empleado con el Estado.

Sin embargo, afirmar lo anterior sería desconocer el complejo proceso por el que se definen las funciones de los empleos públicos. Este proceso está dividido en dos partes: una parte general a cargo del legislador en que se establecen la clasificación, las funciones y los requisitos generales de los empleos públicos (manual general), actualmente prevista en el Decreto 770/2005, de 17 de marzo y el Decreto 785/2005, de 17 de marzo; y otra parte que está a cargo de las entidades públicas empleadoras, en que se adoptan los manuales específicos de funciones y competencias, y se definen de manera concreta las funciones de los empleos creados para la respectiva entidad.

La primera parte de este proceso responde a una competencia exclusiva del legislador (Constitución Política de 1991, art. 123) y queda por fuera de cualquier posibilidad de negociación, a menos que se logre mediante negociación un acuerdo para incorporar reformas a la ley de empleo, previsto el compromiso de las autoridades gubernamentales de presentar ante el Congreso el proyecto de ley que modifique el texto legal correspondiente (Gernigon et al., 2000, p. 54).

La segunda parte, por el contrario, prevé diferentes pasos, algunos de los cuales tienen que ver con la identificación de las necesidades del servicio que conducen a la creación de los empleos, a su modificación o supresión, y en los que es factor esencial, el estudio técnico. Este tipo de estudios

tienen por objeto el análisis de los procesos técnico-misionales, la evaluación de la prestación de los servicios y de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos (Decreto 1083/2015, de 26 de mayo, art. 2.2.12.3), punto en el cual deben tener oportunidad de participar los empleados que los ocupan o sus representantes sindicales, porque en estos casos puede ponerse en riesgo su permanencia en el cargo o las condiciones de trabajo, por lo menos cuando tales empleos tienen la pretensión de ser eliminados o transformados sustancialmente.

Los salarios

Representan la contraprestación más directa que obtienen los empleados por la labor que realizan a favor del Estado (C095 - Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95)). Esta es una de las condiciones de trabajo consideradas como parte central de cualquier proceso de negociación colectiva, de la cual no pueden quedar marginados los empleados públicos, si bien con algunas restricciones (OIT, 2006, p. 196). El Decreto 160/2014, de 5 de febrero estipula esta posibilidad, pero consultando las circunstancias fiscales y presupuestales del Estado y respetando los límites que fije el Gobierno Nacional para esta materia. Es decir, que la norma pone su acento primordialmente en los incrementos salariales más que en otros aspectos que comprende esta condición de trabajo.

De acuerdo con la OIT (2017), los salarios abarcan muchos aspectos: el sistema de pago, la estructura y la composición salarial. El primero hace referencia al modo en que se calcula la remuneración a la que tiene derecho el empleado, para lo cual el derecho colombiano se apoya en la organización de los empleos, esto es, en su nivel jerárquico, la naturaleza de sus funciones, las responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño (Ley 4/1992, de 18 de mayo, art. 2). Este es un asunto que se define con antelación a la configuración de la relación de trabajo, pues se ubica en el momento de la creación de los empleos públicos. Poco espacio queda para la negociación colectiva, aparte de la necesidad de que los sindicatos sean convocados y sus apreciaciones consideradas por las autoridades competentes.

La estructura salarial es el punto en el que se inscriben regularmente los incrementos salariales, sujetos a la restricción ya mencionada. A este respecto, el margen de maniobra —al que se refiere la OIT (1994) en su doctrina— que ofrezca el marco legal es fundamental; y como en este proceso el Estado obra unilateralmente en el momento de su disposición, debe garantizarse el derecho que tienen los empleados y las organizaciones que los representan a participar en la determinación de este abanico salarial, para lo cual debe poder acceder a toda la información que fundamenta tal decisión.

La composición salarial es, por su parte, según la OIT (2017), el área más amplia en esta materia, pues comprende todos los elementos constitutivos del salario, incluso las remuneraciones básicas por hora, horas extraordinarias, retribuciones basadas en el rendimiento, compensacio-

nes por trabajo por turnos y demás, compensación por o medios de transporte, o ayudas a la educación, entre otros. Estos factores han sido tradicionalmente reglados en el derecho colombiano (Decreto 1042/1978, de 7 de junio, art. 42) y se estiman como del resorte exclusivo de las autoridades competentes según la Constitución y la ley, es decir, del Congreso de la República y del Ejecutivo nacional (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302) (28 de febrero de 2017)). El derecho antes comentado a participar en la conformación de ese marco y a que sus apreciaciones sean consideradas para tal efecto, es lo mínimo que pueden exigir las organizaciones sindicales en estos eventos.

Las prestaciones sociales

Están conformadas por todos los conceptos destinados a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral, que pueden estar a cargo del empleador o también de otras instituciones, tal cual ocurre con la seguridad social y el subsidio familiar (Sentencia de Constitucionalidad n° 892/09 de Corte Constitucional, 2 de diciembre de 2009). Son variados los factores prestacionales y los regímenes que los ordenan. Las prestaciones sociales en la función pública colombiana se muestran como un capítulo inflexible marginado de toda posibilidad de negociación. Igual que ocurre con los salarios, se han juzgado como un asunto que solo admite regulación por el Congreso de la República y por el Ejecutivo, mediante la técnica de la ley cuadro (Sentencia n° 11001-03-25-000-2011-00167-00 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 19 de febrero de 2018).

Lo que puede decirse al respecto, como una posibilidad de negociación, es lo advertido anteriormente, en cuanto al derecho que tienen los sindicatos de participar y a ser escuchados en los procesos tendientes a la definición de estos aspectos por parte de la autoridad competente, así como a que no esté vedada la posibilidad de que se puedan generar compromisos gubernamentales en torno a la discusión y presentación de reformas legislativas que puedan incidir en el mejoramiento de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados públicos.

El régimen disciplinario

En Colombia, es un asunto que tiene reserva de ley (Constitución Política de 1991, art.124), y actualmente se encuentra desarrollado en el Código General Disciplinario (Ley 1952/2019, de 28 de enero),¹ en el cual se incorporan normas sustanciales y procedimentales sobre conductas y

¹ La Ley 1955 de 2019, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “pacto por Colombia, pacto por la equidad”, dispuso en el artículo 140 la prórroga hasta el 1 de julio de 2021 de la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, hasta la fecha anotada, rige el Código Disciplinario Único contenido en la Ley 734 de 2002.

sanciones que comprometen, tanto en el derecho penal derechos fundamentales de quienes son sus destinatarios como en el derecho político al cumplimiento de funciones públicas y el debido proceso. Esa es una señal de imposibilidad de realizar acuerdos colectivos sobre esta materia.

Aun así, no es absurdo pensar en que tales acuerdos pretendan mejorar las condiciones de protección del debido proceso de los empleados, en aspectos como las garantías procesales, los medios de publicidad y la defensa técnica, los cuales, en la medida en que no flexibilicen el objeto de las normas disciplinarias, que es el de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos en relación con el servicio a su cargo (acción, extralimitación u omisión de funciones), pueden entenderse como procedentes (Sentencia de Constitucionalidad n° 721/15 de Corte Constitucional, 25 de noviembre de 2015).

Las situaciones administrativas

Agrupan toda la serie de circunstancias o contingencias que pueden presentarse durante la vigencia de la relación de trabajo, como el servicio activo, los encargos, los permisos, las licencias, las comisiones y las suspensiones disciplinarias (Decreto 648/2017, de 19 de abril, art. 2.2.5.5.1.). Están sujetas a regulaciones diferentes, aunque mínimas, que dejan un amplio margen de maniobra a la negociación colectiva, diferencial eso sí según la situación de que se trate.

La jornada de trabajo

Alude al tiempo de duración de la labor desplegada por los empleados a favor del Estado. En Colombia, esta es una materia reglada por las normas legales, las cuales definen que la jornada laboral de tiempo completo es de 48 horas semanales (Decreto 1042/1978, de 7 de junio, art. 33). Por eso, los empleos públicos son creados de acuerdo con una jornada (tiempo completo o medio tiempo) que tiene como referencia dicha norma. Uno de los interrogantes que este asunto genera es el relativo a si jornada definida en la ley es un derecho mínimo de los empleados públicos o se comporta como un mandato imperativo que no puede flexibilizarse, no solo porque puede afectar el derecho a la igualdad de los empleados, sino también la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos, al igual que el patrimonio del Estado.

La jornada de trabajo es considerada uno de los asuntos susceptibles de negociación colectiva, a lo cual se suma que sobre ella no existen mayores estipulaciones legales, muestra de ello es el buen número de normas especiales que disponen jornadas laborales para empleados públicos por debajo de las 48 horas mencionadas, como ocurre para la rama judicial (Decreto 1975/1989, de 31 de agosto, art. 4) o para las universidades estatales u oficiales (Ley 30/1992, de 28 de diciembre, art. 71).

Horarios de trabajo

Ninguna dificultad existe en que la negociación colectiva pueda establecer reglas relativas a la repartición de la jornada de trabajo definida en la entidad. Incluso las mismas normas legales (Decreto Ley 1042 de 1978, arts. 33 y ss.) prevén amplias facultades de los jefes de los organismos públicos para tal efecto, lo cual entonces puede ser objeto del acuerdo colectivo correspondiente, asumiendo las consecuencias laborales de la prestación de servicios en algunas circunstancias específicas, como las jornadas nocturnas o en días dominicales o festivos, entre otros.

CONCLUSIONES

El derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos ha sido de reciente reconocimiento en el derecho colombiano. Hasta la expedición de la Constitución Política de 1991 y por la recepción de varias normas internacionales del trabajo, se inició en este país una lenta y paulatina maduración de sus posibilidades jurídicas, las cuales se hallan actualmente previstas en un reglamento expedido por el Ejecutivo. Esta regulación se caracteriza por el establecimiento de restricciones a la negociación colectiva por parte de este grupo de servidores, con lo cual las materias objeto de negociación terminan siendo la excepción como resultado de un modelo de función pública que asume la teoría estatutaria para la explicación del vínculo que une al Estado con sus empleados públicos, y que se muestra inicialmente incompatible con instituciones básicas del derecho laboral.

El análisis presentado en este artículo con respecto a las restricciones y posibilidades que ofrece el concepto de *condiciones de trabajo* en la función pública muestra de manera crítica las limitaciones en las que incurre el Decreto 160/2014, de 5 de febrero, en comparación con lo que fue establecido por el C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151). En primer lugar, desconoce la reserva de ley para definir el procedimiento para la negociación, exigencia también planteada por la Sentencia de Constitucionalidad nº 034/15 de Corte Constitucional, 28 de enero de 2011. En segundo lugar, excluye de las posibilidades de negociación aspectos genéricos que podrían incidir en la práctica en las condiciones de empleo; en tercer lugar, exige un carácter sindical a la asociación que represente a los empleados en la negociación, pese a que el Convenio alude de manera general a organizaciones de empleados públicos; y en cuarto lugar, dispone que el acuerdo adoptado se formalice por un acto administrativo.

Las limitaciones actualmente previstas al derecho a la negociación colectiva por parte de los empleados públicos, además de ser contrarias a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en convenios como el C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), deben ser interpretadas restrictivamente. La connotación de este derecho como derecho humano e integrante del *ius cogens* laboral impone la revisión puntual de la legitimidad de estas limitaciones. De este modo, se abren grandes posibilidades

para el ejercicio del citado derecho sin que se pongan en riesgo los fines de la función pública, ni los fines democráticos del Estado que disponen la realización del principio participación como factor de legitimación de las decisiones administrativas.

Las condiciones de trabajo constituyen un concepto que comprende múltiples asuntos de la relación laboral. La negociación colectiva se muestra en este escenario como una institución que procura incidir, tanto como otras normas jurídicas, en esta regulación.

El estatuto del empleado público puede integrar normas jurídicas de diversa índole. Nada obsta para que los acuerdos logrados a partir de la negociación colectiva se instalen como una norma más de este estatuto, con lo cual, no solo se atenúa su tradicional carácter unilateral, sino que también se le dota de mayor legitimidad y eficacia, por ser productos de la participación y el diálogo social entre las partes de la relación laboral.

Además de que la negociación colectiva es una expresión y escenario indiscutible para la participación, la vulneración de la reserva de ley que se evidencia sobre este tema en Colombia constituye una violación al principio democrático, pues implica que es la Administración unilateralmente y no el órgano de representación popular el que determina los alcances del derecho, con lo que se configura un desconocimiento del principio democrático tanto desde el ámbito de la participación ciudadana como de los escenarios democráticos para la deliberación y representación.

El análisis aquí presentado desde una perspectiva dogmática con enfoque cualitativo, y a la propuesta de análisis de un escenario administrativo de referencia como el procedimiento para la negociación colectiva de los empleados públicos, deja abierta la posibilidad para que en futuras investigaciones, desde otras perspectivas como la sociojurídica y a partir de enfoques de análisis como el cuantitativo, se emprenda el estudio de los efectos que ha generado el desarrollo normativo con las particularidades ya vistas, de la negociación colectiva en Colombia.

REFERENCIAS

- Ackerman, M. E. (Ed.). (1998). *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*. Buenos Aires. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.
- Acuerdo CNSC-20181000006176/2018, de 10 de octubre, por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba. *Diario Oficial*, núm. 50743 (11 de octubre de 2018).
- Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la Constitución del Estado Constitucional. *Doxa*, 24, 429-457. Recuperado de http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10216/1/doxa24_16.pdf
- Balbín Torres, E. (2005). *Unilateralismo y negociación colectiva en la Administración pública*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Blanquer Criado, D. V. (1998). *Introducción al derecho administrativo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- C095 - Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95).
- C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151)
- C154 - Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302) (28 de febrero de 2017).
- Constitución Política de 1991, de 13 de junio, Constitución Política de 1991. *Gaceta Constitucional*, núm. 114 (4 de julio de 1991).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos. (2008). *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. San José, Costa Rica: Autor.
- Cueva, M. de la. (1990). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. (12.ª ed.). Ciudad de México, México: Porrúa.
- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Adoptada en 1998, la Declaración compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Decreto 1042/1978, de 7 de junio, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 35035 (15 de junio de 1978).
- Decreto 1083/2015, de 26 de mayo, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. *Diario Oficial*, núm. 49523 (26 de mayo de 2015).
- Decreto 160/2014, de 5 de febrero, por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos. *Diario Oficial*, núm. 49055 (5 de febrero de 2014).

- Decreto 1975/1989, de 31 de agosto, por el cual se modifica y adiciona el Decreto-ley 1888 de 1989. *Diario Oficial*, núm. 38961 (31 de agosto de 1989).
- Decreto 2663/1950, de 5 de agosto, sobre Código Sustantivo del Trabajo. *Diario Oficial*, núm. 27407 (9 de septiembre de 1950).
- Decreto 648/2017, de 19 de abril, por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública. *Diario Oficial*, núm. 50209 (19 de abril de 2017).
- Decreto 770/2005, de 17 de marzo, por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004. *Diario Oficial*, núm. 45855 (19 de marzo de 2005).
- Decreto 785/2005, de 17 de marzo, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004. *Diario Oficial*, núm. 45855 (19 de marzo de 2005).
- Diez, M. M. (1997). *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Plus Ultra.
- Fiorini, B. (1976). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1993). *Curso de derecho administrativo*. Madrid, España: Civitas.
- Garrido Falla, F. (2005). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, España: Tecnos.
- Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. (2000). *La negociación colectiva: normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Zúrich, Suiza: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de http://oit.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087940.pdf
- Guastrini, R. (1999). *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH*, 39, 71-99.
- Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación - Informe núm. 362, Noviembre 2011 Caso núm. 2804 (Colombia) - Fecha de presentación de la queja: 21-Jul-10 – Cerrado.
- Jèze, G. (1949). *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Ley 1437/2011, de 18 de enero, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*, núm. 47956 (18 de enero de 2011).
- Ley 1952/2019, de 28 de enero, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. *Diario Oficial*, núm. 50850 (28 de enero de 2019).
- Ley 1960/2019, de 27 de junio, por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 50997 (27 de junio de 2019).

- Ley 30/1992, de 28 de diciembre, por la cual se organiza el servicio público de la educación superior. *Diario Oficial*, núm. 40700 (29 de diciembre de 1992).
- Ley 4/1992, de 18 de mayo, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones según lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. *Diario Oficial*, núm. 40451 (1992).
- Ley 24.185/1992, de 11 de noviembre, establécense las disposiciones por las que se registrarán las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados.
- Ley 80/1993, de 28 de octubre, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial*, núm. 41094 (28 de octubre de 1993).
- Ley 909/2004, de 23 de septiembre, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 45680 (23 de septiembre de 2004).
- Merkel, A. (2004). *Teoría general del derecho administrativo*. Granada, España: Comares.
- Mugnolo, J. (2013). *La negociación colectiva de los empleados públicos en España y en América Latina*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Organización Internacional del Trabajo. (1994A). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra, Suiza: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo. (1994). *Libertad sindical y negociación colectiva*. Ginebra, Suiza: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo. (2006). *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. (5.ª ed.). Ginebra, Suiza: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). Promoción de la negociación colectiva. Convenio N.º 154. Ginebra, Suiza: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo. (2017). Temas objeto de negociación colectiva. *Nota Informativa*, 3. Recuperado de https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/publications/WCMS_541483/lang--es/index.htm
- Ortiz, H. (2010). Ius cogens laboral y sus aportes al trabajo decente en un mundo global-global-regional. *Cuestiones Jurídicas*, 4(2), 85-107. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519335004.pdf>

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, según el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, según el artículo 27.
- Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregu y C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. (pp. 163-172). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Potobsky, G. von y Cruz, B. de la. (1990). *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador".
- Rincón Córdoba, J. I. (2009). *Derecho administrativo laboral: empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rincón Córdoba, J. I. (2018). *La teoría de la organización administrativa en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sarria, C. (2002). Profesionalización de la función pública en Colombia. En *La profesionalización de la función pública en Iberoamérica*. (pp. 103-128). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Barcelona, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Sentencia de Constitucionalidad n° 034/15 de Corte Constitucional, 28 de enero de 2015.
- Sentencia de Constitucionalidad n° 1234/05 de Corte Constitucional, 29 de noviembre de 2005.
- Sentencia de Constitucionalidad n° 521/95 de Corte Constitucional, 16 de noviembre de 1995.
- Sentencia de Constitucionalidad n° 592/98 de Corte Constitucional, 21 de octubre de 1998.
- Sentencia de Constitucionalidad n° 721/15 de Corte Constitucional, 25 de noviembre de 2015.
- Sentencia de Constitucionalidad n° 892/09 de Corte Constitucional, 2 de diciembre de 2009.
- Sentencia de Tutela n° 406/92 de Corte Constitucional, 5 de junio de 1992.
- Sentencia n° 11001-03-25-000-2011-00167-00 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 19 de febrero de 2018.

- Sentencia n° 25000-23-25-000-1998-03468-01(0905-05) de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 9 de agosto de 2007.
- Sentencia n° 54001-23-33-000-2012-00114-01 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 4 de septiembre de 2017.
- Sospredra Navas, F. J. (2007). El régimen jurídico del personal laboral en la administración local. *Cuadernos de Derecho Local*, 15, 63-76
- Titiro, J. (2013). El marco legal y los productos de la negociación colectiva en el sector público nacional: un análisis comparativo entre los dos convenios celebrados. La negociación colectiva en el sector público. En AA. VV., *La negociación colectiva en el sector público*. (pp. 106-123). Buenos Aires: Organización Internacional del Trabajo.
- Válticos, N. (1977). *Derecho internacional del trabajo*. Madrid, España: Tecnos.
- Vega Ruiz, M. L. y Martínez, D. (2002). *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo.
- Vergara Mesa, H. D. (2015). ¿Rige el derecho del trabajo en la función pública colombiana? Un estudio desde la justicia administrativa. *Opinión Jurídica*, 14(27), 175-192. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1205>
- Vergara Mesa, H. D. (2019). *Instituciones del derecho administrativo laboral*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.
- Weber, M. (2012). *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

Enemigos urbanos: control del crimen y gobierno de los habitantes de la calle en Bogotá

*Urban Enemies: Crime Control and
Governance of Homeless People in Bogotá*

FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA

Abogado por la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Penal por la Universidad Eafit, magíster en Derecho Penal por la misma universidad y doctor de Derecho por la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana.
fernandoleontamayo@hotmail.com - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0960-0849>

DAVID ORREGO FERNÁNDEZ

Abogado por la Universidad de Antioquia, magíster en Historia por la Universidad Nacional de Colombia y doctor de Derecho por la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad de Antioquia. david.orregof@udea.edu.co - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9250-6492>

Resumen

Este artículo estudió el surgimiento del sujeto jurídico “habitante de la calle” en Colombia y la forma en que este permitió implementar mecanismos de control para gobernarlos en las ciudades contemporáneas. Concentrándonos en el caso colombiano, sostenemos que las formas de control contemporáneas fueron posibles cuando la noción de habitante de la calle se distanció de otros conceptos, tales como vago, indigente o loco. Para ello, hacemos un análisis de la normativa y de los discursos académicos con los que se ha construido este nuevo sujeto de gobierno y la manera en que ello ha legitimado nuevas formas de control del crimen y de organización de los espacios urbanos. Para su desarrollo, se ha realizado un estudio de caso en Bogotá que se ha centrado en las normativas nacionales y locales al respecto, así como en los discursos sobre la seguridad, el control del crimen y el gobierno de poblaciones problemáticas en ambas escalas de la administración estatal.

PALABRAS CLAVE

Habitante de la calle, ciudad, vago, loco, control social, criminalidad.

Abstract

In this paper we study how the legal subject “homeless” (habitante de la calle) was created in Colombia, and how it allowed certain ways of governance in contemporary cities. Focusing on the Colombian case, we argue that contemporary forms of control were only possible when the subject ‘homeless’ was distanced from other concepts such as lazy, indigent or mad. Furthermore, we make an analysis of the legal frame and academic discourses that developed the new subject of government, and studied how they legitimized new forms of crime control and new ways of organizing urban spaces. In order to do so, a case study of Bogota has been conducted focusing on national and local regulations on the matter, as well as on the discourses on security, crime control and government of problematic populations in both scales of the state administration.

KEYWORDS

Homeless, city, vagrant, mad, social control, criminality.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace tres décadas, el gobierno de las personas que viven en la calle ha mostrado signos de cambio en la manera como se construye el sujeto al cual se dirigen las políticas públicas y las narrativas de justificación de nuevas formas de orden social.¹ En este sentido, se pueden evidenciar diversos aspectos que han redefinido la forma en que actualmente se interviene la cuestión de quienes viven en la calle. En primer lugar, las etiquetas de “vagos, locos o indigentes” impuestas por los sistemas de gobierno tradicionales han sido reemplazadas por la construcción del sujeto “habitante de la calle”. En segundo lugar, la caridad, disciplina para el trabajo y la defensa de la sociedad, como discursos de justificación para controlar a quienes viven en la calle, han sido reemplazados por narrativas en torno a la prevención del crimen y la defensa del espacio público como lugar compartido.

En el siglo XIX, las personas que hacían de la calle su lugar de vida fueron definidas con dos etiquetas que permitían ejercer ciertos tipos de controles sobre ellos. La primera los clasificaba como locos o enfermos, lo cual permitía poner en operación la naciente tecnología médica ligada al poder psiquiátrico, el asilo y la clínica (Roselli, 1968). El tratamiento de los locos iba, desde la vigilancia, la medicación y el eventual internamiento de los sujetos no peligrosos, al encierro permanente de los locos furiosos. La segunda herramienta usada para organizarlos fue la de vagos y mendigos. Esta clasificación permitía poner en acción instrumentos de adiestramiento para el trabajo y argumentar la necesidad funcional del indigente como objeto de la *caridad ilustrada* (Castro, 2005).

Durante el siglo XX, las categorías de loco y vago permanecieron, pero fueron reformuladas en clave de la defensa social. La idea de la defensa de la sociedad implicaba un enfoque preventivo para lidiar con el desorden y el crimen, a través del control de los considerados *sujetos peligrosos*. Este ideal de aseguramiento estaba fundado en el conocimiento psiquiátrico y criminológico del positivismo científico imperante, que traía consigo la idea de quienes vivían en la calle como peligrosos y la organización binaria de estos sujetos como corregibles e incorregibles (Melossi, 2018). Ello implicó la reformulación del ideal rehabilitador, ya no solo en clave de capacitación para el trabajo, sino de acondicionamiento para vivir en sociedad, que estuvo acompañada de una intervención principalmente excluyente de los llamados sujetos incorregibles (Foucault, 1999).

¹ Por gobierno nos referimos al conjunto de estrategias dirigidas a encauzar los comportamientos de los individuos en un campo específico. Según Foucault (1988), esta noción nos sugiere la posibilidad de intervenir de diferentes formas —no siempre coercitivas— en los campos sociales para producir un conjunto de conductas esperadas por parte de los gobernados.

Las personas que habitaban la calle serían reguladas a través de diversos cuerpos normativos que incorporaban medidas administrativas para lidiar con la mendicidad y la vagancia. En Colombia el Código Penal de 1936 ya había incorporado medidas de seguridad para restringir la libertad de los locos o enfermos peligrosos, a este se sumaron un conjunto de leyes que tenían una línea común de regulación de la indigencia: el Decreto 1863/1926, de 12 de noviembre; la Ley 48/1936, de 13 de marzo; el Decreto 3518/1949, de 9 de noviembre; el Decreto 14/1955, de 12 enero; el Decreto 1699/1964, de 16 de julio; y el Decreto 1136/1970, de 19 de julio. Estas normativas que hacían una cuidadosa, pero a la vez frágil, separación entre locura, enfermedad, vagancia y mendicidad permitían el internamiento definitivo de las personas que vivían en la calle —primero en colonias agrícolas, y luego en asilos, clínicas o psiquiátricos— o su inscripción en bolsas de trabajo.

La clave era, entonces, rehabilitar a los individuos corregibles para convertirlos en mano de obra, y aislar a los incorregibles. Con la idea de rehabilitación de los sujetos corregibles, se fortalecieron los mecanismos seculares de asistencia social a cargo del Estado; sin embargo, el problema de la asistencia continuó como un asunto primordialmente de caridad privada, especialmente religiosa (Castro, 2005). También el avenimiento de estas ideas fortaleció un sistema represivo orientado a la rehabilitación, a través de sanciones dirigidas a disciplinar al individuo para el trabajo y la convivencia con sujetos en circunstancias similares (Castro, 2009).

Con la constitucionalización de los derechos se presentaron cambios fundamentales para el gobierno de quienes vivían en la calle. Por un lado, la secularización de la asistencia social reformuló la caridad en clave de garantía de derechos de prestación exigibles frente al Estado; por otro, la idea de los sujetos intrínsecamente peligrosos fue sustituida por la noción de que los individuos podían decidir sobre todos los aspectos de su existencia, como la vagancia, la mendicidad o el consumo de drogas que, en la legislación citada, eran tratados como estados peligrosos para la sociedad.

Para esta nueva narración jurídica se construyó un sujeto específico de las políticas sociales del Estado. Las categorías de loco o vago usadas para definir a quienes vivían en la calle fueron reemplazadas por el concepto de *habitante de la calle*, que confirió ciudadanía formalmente plena a sujetos antes marginados por sus elecciones de vida o condiciones mentales preexistentes. Para el discurso jurídico del constitucionalismo colombiano, la mendicidad, la vagancia, el consumo de drogas y la decisión de vivir en la calle son decisiones legítimas de los sujetos y, por ello, no pueden ser penalizadas por el solo hecho de existir (Sentencia C-224/1994, de 5 de mayo; Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero). Como consecuencia, el “habitante de calle” surgió como un mecanismo jurídico pretendidamente neutral que permitió gobernar a los otrora vagos, locos y enfermos, ya no como los sujetos peligrosos relativa o completamente incapaces de comprender sus actos, sino como ciudadanos con derechos y obligaciones.

Por un lado, el habitante de la calle deja de ser objeto de caridad, para ser concebido como un sujeto de derechos que puede demandar políticas públicas asistenciales al Estado para dar fin a su condición o para mitigar los rigores de vivir en la calle. Por otro lado, este sujeto es un individuo racional que, a pesar de las oportunidades ofrecidas para su asimilación/rehabilitación a través de los mecanismos asistenciales, puede optar por continuar habitando la calle como una decisión personal. Sin embargo, aunque la decisión de habitar la calle es constitucionalmente legítima, el surgimiento del nuevo sujeto jurídico racional viene acompañado de obligaciones que definen cuándo, dónde y cómo es admisible habitar la calle, e imponen sanciones administrativas y penales en casos de quebrantamiento (Mitchell, 2014).

Los mecanismos de gobierno otrora fundados en la peligrosidad del sujeto han sido reescritos a través de nuevas formas de control del crimen preocupadas por la contención del riesgo y por la necesidad de protección del espacio público como parte del derecho a la ciudad (Stuart, 2014). Estas formas de control del crimen y el espacio son justificadas a partir de la necesidad de controlar las drogas o el hurto como factores de riesgo para la ciudadanía, recuperar espacios públicos para el desarrollo de la participación democrática y el cuidado del espacio público como un derecho compartido que no puede ser privatizado *de facto* por la ocupación realizada por los habitantes de calle.

En este artículo, analizamos la forma en que se ha construido el habitante de la calle como sujeto jurídico y la manera en que esto ha permitido implementar diversas formas para controlarlo, así como los discursos mediante los cuales se legitimaron los mecanismos para gobernar dicho sujeto. Argumentamos que el habitante de la calle se diferencia de anteriores nociones como las de vago, loco e indigente, pues es pensado como un sujeto de derechos y obligaciones (Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero), lo cual permite poner en acción nuevas formas de gobierno en las ciudades. Para lo anterior, se realizó un estudio de la normativa sobre organización de las políticas sobre habitantes de la calle en la ciudad y su interacción con las trazadas por el Gobierno Nacional. Asimismo, enfocamos nuestra mirada en los discursos gubernamentales proferidos a nivel nacional y en Bogotá.

El artículo se divide en tres secciones. En primer lugar, se muestra la forma en que se creó el habitante de la calle como un sujeto de derechos y obligaciones en reemplazo del sujeto anormal que era objeto del gobierno durante el siglo XIX y parte del siglo XX. En segundo lugar, analizamos la relevancia del discurso liberal en el control del habitante de la calle. En esta sección, mostramos cómo la libertad y la capacidad de elección fueron herramientas necesarias para mantener diversos mecanismos de control sobre las personas que habitan la calle. En tercer lugar, analizamos la forma en que, una vez creado el sujeto libre de derecho, las narrativas de derecho al acceso a la ciudad y el control del desorden urbano sirvieron para construir obligaciones para los habitantes de la calle que permitieron implementar diversas formas de gobierno de la indigencia en las ciudades contemporáneas. Finalmente, se ofrecen unas conclusiones.

2. DEL INDIGENTE AL HABITANTE DE LA CALLE

Desde el siglo XIX, se ha visto cómo el individuo que vivía en la calle era relacionado con el desorden, el crimen y el problema del espacio urbano (Samper, 1998). Las primeras herramientas para controlar a esta población estaban ligadas a la moral y defensa de la sociedad, y se hacía referencia a los problemas de desorden y la necesidad de controlar ciertas poblaciones problemáticas por su potencial lesivo para las personas. La penalización de la vagancia y el tratamiento obligatorio de la locura eran herramientas para reaccionar ante comportamientos y estados (de vida) peligrosos (Roselli, 1968). Por su parte, la caridad religiosa los relegaba a ser objeto de salvación para los económicamente favorecidos y la Iglesia, por lo que los sustraía de un reconocimiento como sujetos de derecho.

El Decreto 1863/1926, de 12 de noviembre; la Ley 48/1936, de 13 de marzo; el Decreto 3518/1949, de 9 de noviembre; el Decreto 14/1955, de 12 enero; y el Decreto 1699/1964, 16 de julio regularon la vida en la calle de manera similar y permitieron el internamiento definitivo en colonias agrícolas, asilos, clínicas o psiquiátricos, así como la inscripción de los indigentes en bolsas de trabajo. Todas estas normas mostraban una clara intención de rehabilitar a las personas que vivían en la calle para que se incorporaran a la mano de obra nacional, o en caso de no poderlos rehabilitar, aislarlos para controlar la peligrosidad que representaban. La regulación descrita se unía a las medidas de seguridad del Código Penal de 1936, para crear un sistema penal y administrativo de control en que los sujetos peligrosos podían ser aislados por su sola existencia y decisiones de vida.

Por su parte, el Decreto 1136/1970, de 19 de julio, que permaneció vigente hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, estableció mecanismos de control de las personas en situación de vagancia o mendicidad, los enfermos mentales, los toxicómanos y los alcoholizados. Para el caso de la mendicidad y la vagancia, los artículos 1 y 2 distinguían entre capaces e incapaces para el trabajo en consideración a su capacidad física y psíquica. En el caso de los incapaces, ordenaban su reclusión en asilo, hospital, clínica o instituciones similares, y ponía a estas personas a cargo de la asistencia social del Estado, salvo en los casos en que contaran con una persona obligada y capaz de prestarle alimentos. Para el caso de los capaces, se ordenaba su inscripción inmediata en la bolsa de trabajo. Para el caso de enfermos mentales, toxicómanos y alcoholizados, se ordenaba su internamiento en las instituciones descritas, si era necesario, y su tratamiento inmediato.

Las normas establecidas en el Decreto 1136/1970, de 19 de julio permanecieron vigentes hasta la aparición de la Constitución Política de 1991, a partir de la cual se problematizó el tratamiento que se había dado a la cuestión y se abrió la puerta a la transformación de los mecanismos de gobierno de las personas que viven en la calle. La nueva carta magna no solo cobijaba los derechos a drogarse, alcoholizarse o vivir en la calle como parte del derecho a dignidad humana (Tamayo y Sotomayor, 2018), sino que establecía la asistencia social como resultado de un conjunto de derechos fundamentales que no resaltaban el aislamiento, ni la capacitación para

el trabajo. A partir de ahí, el habitante de la calle como sujeto de derechos comenzó a aparecer durante la década de 1990.

Ya en una temprana sentencia de la Corte Constitucional —expedida en vigencia de la nueva Constitución— se había comenzado a forjar un discurso de los derechos de quienes habitan en la calle, que afirmaba la obligación estatal de prestar atención básica a esta población (Sentencia T-533/1992, de 23 de septiembre). Esta nueva forma jurídica de mirar al individuo se consolidó a partir del Decreto 897/1995, de 29 de diciembre en que se trazaba como uno de los objetivos centrales la lucha contra los estigmas que las leyes sobre vagancia, pequeña delincuencia y locura habían generado sobre esta población, mientras se propendía a su atención integral.

El Decreto 897/1995, de 29 de diciembre, por el cual se crea el Programa Distrital de Atención al Habitante de la Calle fue la primera norma que trataría a las personas que viven en la calle ya no como vagos, mendigos, locos y enfermos, sino como un sujeto de derecho denominado. Seis meses antes de su aparición, la Alcaldía Mayor de Bogotá había acordado la creación de un programa de atención en que se definía como indigente “a los ancianos y limitados físicos abandonados, adultos y menores desprotegidos (niño de la calle, infractor o contraventor); mendigos y enfermos mentales callejeros”. A pesar de ello, la posterior definición de habitante de la calle que apareció en este decreto afirmaba que se podía considerar habitante de la calle a toda “población que de manera permanente vive en la calle y establece con ella una relación de pertenencia e identidad y realiza actividades de supervivencia”. Esta definición, si bien contenía la tautología del habitante de la calle como quien habita la calle, agregó dos elementos nuevos en la construcción del sujeto: la relación de pertenencia e identidad con la calle y la realización de actividades de supervivencia.²

A pesar de lo anterior, el Decreto 897/1995, de 29 de diciembre sería declarado inconstitucional con el argumento de que la prohibición de la mendicidad contenida no podía considerarse acorde con la norma superior y que las medidas establecidas para lidiar con los habitantes de la calle como enfermos mentales eran también inconstitucionales por ser indeterminadas y, con ello, sumamente discrecionales. Derivado de lo anterior, las medidas coercitivas existentes para disciplinar a los habitantes de la calle desaparecieron definitivamente del ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial y se solidificó la visión para la cual habitar la calle es, ante todo, un derecho individual de elegir la forma de vida que se desee (Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero). La construcción del habitante de la calle como sujeto de derechos estaba, entonces, completa.

La Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero, marcó un punto de partida que finalizó con la expedición de la Ley 1641/2013, de 12 de julio. Esta ley presentó una definición del habitante

² El artículo 1 señala: “La población que de manera permanente vive en la calle y establece con ella una relación de pertenencia e identidad y realiza actividades de supervivencia”.

de la calle en que se lo caracteriza como la “persona sin distinción de sexo, raza o edad, que hace de la calle su lugar de habitación, ya sea de forma permanente o transitoria y que ha roto vínculos con su entorno familiar” (art. 2, lit. b). Si bien la falta de claridad en el significado en expresiones como “habitar” o “calle”³ ayuda poco a saber quiénes son o pueden ser considerados habitantes de la calle, la categorización es un mecanismo abierto que permite gobernar personas cuya situación se encuentra en el limbo de esta indefinición.

Este nuevo sujeto del derecho que apareció en el Decreto 867/2003, de 8 de abril, y se ha ido consolidando hasta la fecha modificó por completo la situación de quienes viven en la calle. Esta definición comenzaba un proyecto de liberalización del sujeto que, en lugar de regular al individuo como un sujeto incapaz que por su situación no podía valerse por sí mismo y por tanto debía ser aislado y rehabilitado, lo trataba como ciudadano pleno y, por ende, como sujeto de derechos y obligaciones. La liberalización de la concepción del sujeto que vive en la calle, reformulado en términos jurídicos como habitante de esta, implicaba dejar atrás los fundamentos científicos, filosóficos y morales que permitían controlar a quienes vivían en la calle como sujetos problemáticos. La peligrosidad intrínseca de estos sujetos se fue diluyendo ante la crítica demoleadora del derecho penal (Fernández, 1982; Parada, 2012). La secularización del Estado y la reformulación de la caridad en clave de asistencia social fueron paulatinamente dejando de lado el papel “funcional” que había sido conferido al habitante de la calle desde la caridad privada y religiosa (Castro, 2005). Las críticas a la psiquiatría como mecanismo de normalización contribuyeron la disminución del gobierno coercitivo de los locos (Pavarini, 2013). La despenalización del consumo de estupefacientes y alcohol como parte del proyecto liberal hicieron desaparecer la presión sobre el indigente como sujeto con prácticas ilícitas. De hecho, la Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero hacía referencia explícita a la forma en que la ideología peligrosista de las tesis científicas lombrosianas y demás ideólogos de la defensa social quedaba obsoleta en el nuevo modelo de Estado establecido en la Constitución Política de 1991 (Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero).

A esta corriente de despenalización de la mendicidad y la locura, la acompañó la despenalización del consumo de estupefacientes y del alcoholismo.⁴ Así, el habitante de la calle quedaba fuera de cualquier tipo de control coercitivo por su sola condición, de modo que era solo objeto

³ Si bien la misma ley intenta definir por aparte estas expresiones, el resultado no es tampoco afortunado. Lo cierto es que definir una población tan heterogénea es bastante complejo, pues habitar la calle puede ir desde dormir en ella de forma permanente hasta construir sus principales relaciones sociales en esta, pasando por una larga lista de posibilidades.

⁴ Es posible encontrar infinidad de sentencias de las altas cortes, tribunales y juzgados en este sentido. La más relevante de todas ellas fue la que por primera vez anunció que en vigencia de la Constitución Política de 1991 en Colombia quedaba despenalizado cualquier tipo de consumo de sustancias estupefacientes (Sentencia C-224/1994, de 5 de mayo).

de políticas sociales del Estado asistencialista en materia de derechos fundamentales que había nacido con la Constitución Política de 1991; sin embargo, la desaparición de las herramientas de control usadas para gobernar a mendigos, vagos, enfermos mentales y locos no implicó una renuncia a gobernar al habitante de la calle, sino que sirvió para reformular la definición del sujeto problemático para encasillarlo en un problema social, ya no por quien es sino por lo que hace en la vida pública (Valverde, 2005). El discurso liberal sobre derechos y obligaciones permitía controlarlo por el mal uso de la ciudadanía, en lugar de gobernarlo como sujeto anormal o por su estilo de vida.

Lo que antes se constituía en una política reactiva ante estados peligrosos pasó a ser una política para atacar las posibles causas del crimen que, en el caso del habitante de la calle, parecían abundar.⁵ Para establecer las nuevas formas de control del sujeto de derechos habitante de la calle, surgieron discursos que lo concebían como un riesgo para la criminalidad por su relación con factores que los ponían en una especial vulnerabilidad: la pobreza y el consumo de drogas. El reconocimiento de los derechos a conducir su vida de manera libre fue seguido por el encasillamiento de los habitantes de la calle como delincuentes, okupas de zonas destinadas a ser disfrutadas por todos y por la reorganización del sistema policial y asistencial de control.⁶

La regulación del uso del espacio público pasó a primer plano como mecanismo para gobernar la indigencia, a través de un discurso de derechos en torno a la ciudad como propiedad compartida, que convirtió al habitante de la calle en un sujeto que hace mal uso de los derechos que se le han conferido como ciudadano pleno, en detrimento del derecho “de todos” de usar la ciudad. La protección del espacio se ligaba, además, con el crimen a través de una preocupación por el aseguramiento cartográfico de la ciudad a través de estrategias de vigilancia de espacios problemáticos como los llamados puntos calientes.⁷

⁵ Al respecto, pueden confrontarse los textos referidos en la nota anterior. Asimismo, puede verse el imaginario construido en el documento emitido por la Secretaría Distrital de Integración Social (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2010).

⁶ En un estudio conducido durante la década de 1990, Niño (2000) mostraba cómo los ciudadanos de la capital concentraban sus miedos por la inseguridad en la ciudad en el espacio público y en la presencia de habitantes de la calle y mendigos. También algunos informes sobre el gobierno de los habitantes de la calle en la ciudad muestran una relación a veces real y otras construida discursivamente entre los problemas de seguridad y la existencia de habitantes de la calle (Escobedo, Ramírez y Sarmiento, 2017).

⁷ Diversas estrategias de control del espacio han sido utilizadas en los últimos decenios, de ellas, la más publicitada por los propios organismos de control es la vigilancia comunitaria por cuadrantes, que consiste en la división de la ciudad en espacios que tienen sus propias comandancias de policía, encargados de controlar estos lugares en atención a sus especificidades (Policía Nacional de Colombia, 2012).

El habitante de la calle seguía apareciendo como consumidor de drogas y alcohol, aunque ya no se lo castigaba solo por este hecho (Sentencia T-533/1992, de 23 de septiembre; Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero; Sentencia T-043/2015, de 4 de febrero), sino que se hablaba de los riesgos que el consumidor en extrema marginalidad representaba para el crimen, como sujeto activo o víctima del mismo. La guerra del Estado contra el microtráfico de estupefacientes veía en el habitante de la calle un potencial vendedor, o bien como un consumidor que buscaba la manera de poder acceder a su vicio, o bien como víctima de bandas organizadas que aprovechaban su marginalidad para darle trabajo como distribuidor de drogas. La idea de que el consumidor adicto es un enfermo compulsivo apareció para argumentar que los sujetos en extrema marginalidad podían eventualmente recurrir a medios ilícitos —como los crímenes contra la propiedad— para acceder a la sustancia que satisface su padecer. Esta relación entre las drogas y el crimen permitía, además, conectar el gobierno de la adicción a las drogas con la vigilancia de los espacios problemáticos de la ciudad, para estructurar una tecnología de control del habitante de la calle (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2010; Escobedo, Ramírez y Sarmiento, 2017).

La constitucionalización de la atención a los adictos a las drogas como un problema de salud pública a través del Acto Legislativo 2/2009, de 17 de diciembre, reformuló las políticas represivas de forma definitiva para convertirlas en un problema humanitario, aunque el consumo de drogas como enfermedad aparecía ya presente en el tratamiento rehabilitador establecido en el Decreto 1136/1970, de 19 de julio. Esta mirada hospitalaria al consumo de drogas invitaba a relacionar al habitante de la calle con otras actividades, y la idea de “tráfico” era un mecanismo lo suficientemente indefinido como para mantener mecanismos de represión administrativa o penal.

Por su parte, la reorganización de la normativa de policía permitió nuevos mecanismos de control coercitivo de los habitantes de la calle. A pesar de que el control policial de la mendicidad y la habitación de calle fundado en ese solo hecho desapareció, el nuevo código de policía traía herramientas bastante indefinidas para regular de distintas formas a la población callejera. Si bien la Corte Constitucional se pronunció reiterando la imposibilidad del internamiento forzoso de indigentes y la prohibición de penalizar la habitación de calle por sí misma (Sentencia T-043/2015, de 4 de febrero), la Ley 1908/2018, de 9 de julio, dispuso herramientas lo suficientemente amplias como para extender mecanismos punitivos de control, tales como la persecución de la alteración del espacio público en contra de la normativa vigente o las sanciones por ocupación arbitraria del espacio público.

3. EL HABITANTE DE LA CALLE COMO SUJETO LIBRE

El nuevo sujeto habitante de la calle es entonces titular de derechos de asistencia social, y se le da, además, el derecho a consumir drogas y mendigar. Sin embargo, como se mostró, las intenciones de ejercer control sobre esta población buscaron cargarlos con obligaciones que

permitieran exigirles ciertas formas de comportamiento. Para esto, el discurso de la elección racional resultó en una herramienta más que adecuada.

Las definiciones de vago y loco partían mayoritariamente de una perspectiva determinista. La idea de que el indigente lo era porque así creó Dios el mundo era el vehículo discursivo que fundamentaba la caridad con el desfavorecido (Castro, 2005), mientras las definiciones de las patologías psiquiátricas encasillaban los comportamientos del loco (Foucault, 2014). Por su parte, el vago, única categoría que gozaba de algo de “libertad” en estos discursos, fue cubierto por el positivismo criminológico que concebía la vagancia como la consecuencia de sujetos —o contextos sociales— deficientes que no comprendían debidamente los valores del trabajo (Melossi, 2018).

Este determinismo religioso y positivista que informaba la regulación de la indigencia durante el siglo XX en Colombia, cuyo epítome era el Decreto 1136/1970, de 19 de julio, fue paulatinamente reemplazado por concepciones que negaban la existencia de un determinismo absoluto, pero predicaban la posibilidad de condicionantes en las decisiones del ser humano. El hecho de vivir en la calle se desprendía de las ideas ligadas a la indigencia, vagancia y locura de los siglos XIX y XX, y se remodelaba a través del reconocimiento de factores que podían contribuir a que una persona habitara la calle. El riesgo aparecía como concepto central para este nuevo “condicionismo” y las políticas públicas se dirigieron inmediatamente a conjurar estos factores (Feeley & Simon, 1992).

Esta visión de la habitación de calle como una situación condicionada por distintos factores de riesgo construyó una política pública asistencialista de la pobreza que se extendía a mecanismos de vigilancia y control de poblaciones en riesgo como los jóvenes desescolarizados o en etapa temprana del consumo de droga. La definición de los factores de riesgo era una vía para dirigir la asistencia social y para llamar la atención sobre poblaciones que debían ser supervisadas para prevenir la habitación de calle.

El riesgo gozaba de la legitimidad otorgada por la idea de prevención. A pesar de que la idea tradicional de peligrosidad parecía acercarse en algunos aspectos al concepto de *riesgo*, el discurso era completamente distinto. La peligrosidad, dirigida por la ideología determinista, operaba fundamentalmente como un mecanismo de reacción para controlar sujetos o estados peligrosos; por su parte, la idea de prevención definida a través del concepto de *riesgo* se dirigía a controlar factores que se ofrecían como previos y externos al sujeto habitante de la calle. Con ello, la intervención asistencial del Estado tenía como fin garantizar que todos los sujetos tuvieran las mismas posibilidades de decisión, lo que lo hacía perder su uso como mecanismo correccionalista de sujetos. El tema ya no era acabar con el habitante de la calle, sino atacar las condiciones que podían llevar a una persona a encontrarse a sí misma en esta situación (Ewald, 1997).

El reconocimiento de los factores que generan la habitación de calle, y la intención de conjurarlos a través de políticas públicas enfocadas en ellos, buscaban garantizar que si alguien se en-

contraba viviendo en la calle esto fuera por su propia decisión y no por la existencia de factores externos que los obligaban a ello. Con esto en mente, la atención de la pobreza y la drogadicción aparecieron en los primeros lugares de los factores de riesgo (Gómez, 2015; Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2004), y la labor estatal se centró en buscar atender estas situaciones. Los programas de vivienda temporal o permanente, de satisfacción de las necesidades alimentarias y de formación para el trabajo constituyeron herramientas para neutralizar estas condiciones de riesgo. La constitucionalización del tratamiento para los adictos a las drogas a través del Acto Legislativo 2/2009, de 17 de diciembre, se enfocaba como mecanismo, ya no para controlar la decisión de consumir drogas como tal, sino para controlar un factor de riesgo que podía llevar a que la decisión de habitar la calle no fuera libre.

Por su parte, el habitante de la calle que escogía su situación con independencia de los factores de privación extrema o drogadicción era un individuo aceptado por el ordenamiento jurídico constitucional (Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero) y debía ser tolerado en el Estado social como corolario de la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Pero ese derecho a habitar la calle conllevaba la obligación de someterse a los mismos controles que el resto de los ciudadanos. Así, el individuo libre era, además, responsable de sus decisiones como cualquier otro individuo enmarcado dentro del proyecto liberal. El derecho definía y reconocía al sujeto pero también lo capturaba. El habitante de la calle debía responder ante los demás, no por su decisión —legítima jurídicamente— de habitar la calle y consumir drogas, sino por los problemas que estas decisiones podían representar para terceros. Ser un individuo racional capaz de elegir la calle para vivir es también, para el discurso jurídico, ser un sujeto responsable por las propias acciones. Esta ficción de la libertad permitió establecer viejos mecanismos de control con una nueva legitimidad.

4. EL DERECHO A LA CIUDAD Y LAS OBLIGACIONES QUE CONLLEVA

Durante el siglo XX se fue dando un proceso en que la mayoría de la población se concentraría paulatinamente en las ciudades que agruparían la mayoría de la población mundial en los centros urbanos. Colombia no fue ajena a dicho proceso, y las principales urbes colombianas pasaron a agrupar la mayor parte de la población en detrimento de lo rural. Por su parte, Bogotá presentó un crecimiento que la llevaría a reunir casi una quinta parte de la población total de un país con casi cincuenta millones de habitantes (DANE, 2010).

La concentración de las relaciones sociales en los centros urbanos fue la antesala de un discurso en torno a la necesidad de estructurar técnicas de gobierno que facilitarían la convivencia en estos espacios y, con ello, de la regulación del habitante de la calle como un problema de mal uso de la ciudad. La construcción de la ciudad pasó a primer plano y, con ello, se elevó la cuestión sobre la preocupación por el espacio y la conformación de los derechos al uso de este.

Por un lado, apareció la idea de que es necesario recuperar ciertos espacios urbanos deteriorados por considerarlos patógenos para la convivencia ciudadana. La idea de la arquitectura funcional de Le Corbusier sirvió para dar una mirada sobre cómo debía ser gobernado el espacio urbano, para lo cual la Escuela de Chicago construyó un andamiaje teórico que justificaba el control del espacio (Park, 1999; Park & Burgess, 1982; Park, Burgess & McKenzie, 1929). La obsesión por el espacio y por los ecosistemas urbanos llevó a la creación de ciudades. La *ville radieuse* como utopía urbana (Bauman, 2013) vio la luz con el nacimiento de Brasilia. Una ciudad de espacios cuidadosamente diseñados para el orden, donde los ecosistemas se construían para una convivencia disciplinada desde el principio. El desorden, el crimen y la desigualdad no debían existir en los espacios urbanos de la capital brasileña, una ciudad burocrática e igualitaria desde su nacimiento.

Las ideas del proyecto urbanizador desprendido de las propuestas de Le Corbusier supieron expandirse por otros lugares. En Colombia, él mismo llegó para diseñar espacios urbanos a mediados del siglo XX (Martin y Ceballos, 2004). La construcción de los nuevos espacios urbanos a través de la arquitectura planificada para el orden y la igualdad comenzó a desmantelarse con la llegada de los nuevos medios de segregación de las sociedades contemporáneas. Las comunidades cerradas de habitación eran la manifestación de un fracaso en la lucha por recobrar los espacios públicos (Low, 2001).

El sugestivo *writing on cities* de Lefevre (1996) se convirtió en un lugar común para comenzar a construir el espacio como un derecho. Aunque el análisis filosófico de Lefevre apuntaba a mostrar la forma en que la lucha por el espacio era una ventana al problema de segregación en las ciudades, el discurso político y jurídico capturó solo su idea del *derecho a la ciudad*, y comenzó a forjarla a partir de visiones relacionadas con el medio ambiente, la dignidad humana y el crimen. El derecho a la ciudad se convirtió en herramienta para el gobierno del espacio, y los derechos a la seguridad, la vida en condiciones dignas, la recreación, la calidad de vida o el medio ambiente sirvieron para moldear una ideología en que la necesidad de una convivencia pacífica y agradable en las ciudades contemporáneas creaba una serie de derechos para los ciudadanos, así como unas obligaciones correlativas a estos (Borja, 2004; López, 2012), que fueron extendidas al individuo habitante de la calle como sujeto de derechos.

Lo anterior se puede observar en la *Guía metodológica 5: Mecanismos de recuperación del espacio público* del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MinAmbiente, 2005):

El espacio público es un bien colectivo, lo que significa que nos pertenece a todos. Su cantidad, buen estado, así como el adecuado uso y aprovechamiento que se le dé, reflejan la capacidad que tienen las personas que habitan en las ciudades de vivir colectivamente y progresar como comunidad, sin caer en visiones individualistas y oportunistas. Allí, las personas, especialmente las más pobres y vulnerables, encuentran un lugar para recrearse, conversar con sus vecinos, ejercer sus derechos y deberes democráticos, encontrándose como iguales, independiente de su condición social, raza o religión.

Por ser un lugar donde las personas ejercen de forma plena su ciudadanía, el espacio público genera apropiación y sentido de pertenencia, los cuales son vitales en la cultura de una comunidad. (p. 11)

La concepción del espacio público como lugar para la materialización de los derechos ciudadanos implicaba entonces disponer de mecanismos de control que protegieran la posibilidad de todos de acceder y disfrutar de estos espacios. En esta mirada jurídica al espacio, la regulación de los comportamientos que impiden o dificultan el acceso a la ciudad es un mecanismo ineludible, que se justifica bajo la égida liberal de que los derechos deben limitarse cuando perturban el derecho ajeno. Así, la ocupación ilegal del espacio, la destinación indebida de este o la realización de otros comportamientos infractores se convirtieron en un problema, ya no de moralidad o defensa social, sino de perturbación del espacio compartido que sirvió para controlar al habitante de la calle.

Reorganizar la protección del espacio a través del crimen y las infracciones demandaba un nuevo discurso de justificación para controlar al habitante de la calle. El discurso de la defensa de la sociedad a través de la intervención frente a sujetos peligrosos o afrentas contra la moralidad pública había quedado en desuso. La crisis de la criminología positivista derivada de los cuestionamientos realizados a su objeto y método de estudio, así como a las ideologías del crimen natural y el hombre criminal, puso en jaque el discurso de justificación de las intervenciones policiales y penales que se pretendían fundadas en un conocimiento verdadero.

Por su parte, el derecho penal en Colombia tuvo su propia crisis. Aunque este había intentado resistir las formas de castigo centradas en la personalidad de los sujetos peligrosos, como el vago, el loco, o el enfermo mental (Fernández, 1982), la ciencia jurídica se construía a través de un discurso altamente tecnificado que la hacía inaccesible para los “no iniciados”. La dogmática penal italiana, ligada enormemente a los postulados de la criminología positivista, comenzó a ceder terreno ante el conocimiento jurídico proveniente de Alemania, que tenía el corte hipertecnificado del positivismo kelseniano (López, 2004). El discurso jurídico-penal tomó un camino en que los académicos serían los principales directores de una discusión permanente consigo mismos, con los profesionales del derecho y con las estructuras normativas del ordenamiento, pues su nivel de tecnificación les impedía hablar a personas sin conocimientos previos en la materia. Este alejamiento entre el discurso penal y el “pueblo” estaría acompañado de un desprestigio de los órganos de administración judicial y de los derechos penales como obstáculo al uso de la fuerza (Sotomayor y Tamayo, 2014).

La hipertecnificación del discurso penal disminuyó la capacidad de los juristas para incidir políticamente, y las nuevas justificaciones del control del crimen y la indigencia que apelaban al sentido común comenzaron a pulular. La aparición de los discursos de la nueva derecha en los Estados Unidos que admitían los problemas de definición, etiquetamiento y selectividad del sistema penal, pero afirmaban la necesidad de combatir el crimen, comenzaron a dotar de nuevos

discursos de control a la criminología. En 1982, *fixing broken windows* (Wilson y Kelling, 2001) apareció como emblema de los nuevos discursos de control del espacio, el crimen y las infracciones. La tesis central de los autores retomaría las perspectivas de la Escuela de Chicago sobre la relación entre espacio, crimen e infracciones, para sostener que los espacios deteriorados son más propensos a carecer de control y, con ello, a ser lugares donde se cometen infracciones o pequeños crímenes, lo cual, a su vez, lleva eventualmente a la comisión de delitos más graves.

Más allá de la enorme discusión y el amplio descrédito de las ideas sostenidas por Wilson y Kelling (2001),⁸ el discurso de las ventanas rotas se expandió rápidamente por Europa y América Latina, acompañado de otros eslóganes de la criminología de derecha estadounidense, como la tolerancia cero o la prevención situacional (Benavides, 2008; Sozzo, 2008; Wacquant, 2004; Wacquant, 2012). En Colombia, el discurso de la pedagogía ciudadana de Antanas Mockus sería el abre bocas para la llegada de esta nueva criminología de derecha y del sentido común en el gobierno del desorden urbano. La visión de Mockus, ligada a las clásicas teorías del control, afirmaba la necesidad de fortalecer los controles informales que se ejercían sobre las infracciones y el crimen, fundamentalmente a través de la creación de una nueva cultura ciudadana.

Consiste en desencadenar y coordinar acciones públicas y privadas que inciden directamente sobre la manera como los ciudadanos perciben, reconocen y usan los entornos sociales y urbanos, y cómo se relacionan entre ellos en cada entorno. Pertenecer a una ciudad es reconocer contextos y en cada contexto respetar las reglas correspondientes. Apropiarse de la ciudad es aprender a usarla valorando y respetando su ordenamiento, y su carácter de patrimonio común. La estrategia comprende cuatro formas de acción: a) modificar ciertos comportamientos individuales y colectivos que riñen fuertemente con la vida social de la ciudad, a través de la autorregulación ciudadana, de la capacitación de funcionarios y del rediseño y la construcción de algunos espacios urbanos donde interactúan los ciudadanos entre sí y con los funcionarios; b) construir colectivamente una imagen de ciudad compartida, actual y futura, y buscar que la comprensión y el respeto de las reglas confiera identidad ciudadana y sentido de pertenencia; c) impulsar lo que tradicionalmente se reconoce como cultura, la cultura popular y las manifestaciones artísticas que puedan contribuir a generar sentimiento de pertenencia a la ciudad; d) y propiciar la participación comunitaria y la regulación de la Administración por parte de la ciudadanía (Decreto 295/1995, de 1 de junio).

La relación entre la cultura ciudadana y el espacio de la ciudad parecía inescindible, aún más cuando se hizo presente el discurso criminológico de las ventanas rotas que buscaba gobernar los espacios como mecanismos para controlar las infracciones y el crimen. El gobierno de los

⁸ Las ideas de Wilson, y Kelling (2001) han sido ampliamente debatidas y casi siempre desacreditadas. Al respecto, véanse Herbert (2001), Tonry (2011) y Wacquant (2004).

habitantes de la calle ya no era un asunto de anormalidad física o psíquica, sino una cuestión de cultura urbana en Bogotá. El habitante de la calle era un actor de cultura y su uso del espacio era juzgado con los mismos parámetros de los demás individuos en la sociedad.

El espacio sucio, antiestético y cargado de crimen ocupado por habitantes de la calle era un problema de y para sus habitantes. La población que se encontraba en barrios como el Cartucho y el Bronx, que fueron intervenidos para “atacar al delito”, eran mayoritariamente ocupados por habitantes de la calle que aparecían a la vez como víctimas de un espacio tomado por el crimen y como victimarios del delito. La relación entre el habitante de la calle, la suciedad del espacio y las infracciones y el crimen estaba servida, y la limpieza del paisaje urbano era una alternativa necesaria, no solo para acabar con el crimen y las infracciones, sino también para poder implementar la nueva cultura ciudadana e, incluso, para rescatar a un habitante de la calle que se concebía como cautivo de su propia situación. En alusión al programa de recuperación del barrio el Cartucho, funcionarios de la Alcaldía Mayor de Bogotá (2010) afirmaban:

Lo primero que aprendí de esta historia triste fue que el Cartucho nació del deterioro humano y urbano, la segregación y la marginalidad; también, de las decisiones administrativas, de la descomposición social, de las guerras no declaradas, de la complacencia o la indiferencia ante la ilegalidad y el fabuloso negocio del narcotráfico. Contribuyeron también, como alguien lo dijera, los urbanistas, cuando abrieron la 10ª, la Caracas, la 6ª y la Jiménez, y aislaron de esa manera esta zona del resto de la ciudad. Por ello se fortalecieron los submundos ilegales que prosperaban en su “interior”. (p. 77)

La imagen del Cartucho como un espacio cargado de suciedad, crimen y habitantes de la calle era un objetivo ideal para materializar la nueva ideología de control de la indigencia como un problema urbano.⁹ La recuperación de Bogotá pasaba por renovar las estructuras físicas de la ciudad, pero también por controlar el uso indebido que los okupas del espacio público —habitantes de la calle— hacían de ellas. La cultura ciudadana local y nacional, y la ideología de las ventanas rotas internacional fueron los trasfondos ideológicos para controlar la indigencia para acabar con las infracciones y el crimen. El habitante de la calle dejaba de ser una amenaza en sí mismo y se convertía en un sujeto de derechos que dotado de elección racional decidía usar la ciudad de formas intolerables para la convivencia urbana.

A la expulsión geográfica que se dio de los grandes espacios ocupados por habitantes de la calle, se sumaron las regulaciones de la Ley 1801/2016, de 29 de julio, sobre los usos del espacio pú-

⁹ La anterior afirmación es un paráfraseo de la visión ofrecida por el Enrique Peñalosa en el documental *danés Cities on speed: Bogotá Change* dirigido por Andreas Dalsgaard, donde se difundió la visión de los alcaldes bogotanos entre 1995 y 2004 sobre los problemas de espacio y crimen de la ciudad.

blico. La regulación jurídica general que permite castigar administrativamente la alteración del espacio público, la ocupación arbitraria del espacio público o ciertos comportamientos típicos de quienes viven en la calle, como realizar las necesidades fisiológicas o cocinar en el espacio público, se convierten en herramientas pretendidamente neutrales para gobernar a los sujetos libres que deciden habitar la calle. Aunque es obvio que la habitación de calle es imposible sin algunos de estos comportamientos, la penalización centrada en las acciones permitidas en lugar de en las características de los sujetos permite un nuevo fundamento para seguir utilizando la fuerza del Estado a fin de gobernar al habitante de la calle en formas similares a las disposiciones del siglo XX utilizadas para controlar la mendicidad y la vagancia. Aunque el internamiento permanente ha desaparecido, el Código de Policía sigue manteniendo la posibilidad de limitar la libertad por un tiempo, y facilita a las fuerzas del Estado mantener un estricto control sobre los lugares donde el indigente es admisible.

5. CONCLUSIONES

El nacimiento del sujeto habitante de la calle como mecanismo de definición jurídico, para referirse a quienes viven en la calle, se ha cubierto de una imagen de tolerancia que parece sugerir que se ha virado hacia la aceptación de quienes antes eran encasillados en etiquetas que resaltaban su peligrosidad y su falta de capacidad para contribuir a la sociedad. Sin embargo, la reinención liberal del sujeto ha sido una herramienta que ha permitido poner en marcha nuevos discursos de justificación que fundamentan viejas formas de ejercer control e inventan nuevas estrategias de gobierno para rehabilitar/excluir al habitante de la calle.

La concepción del habitante de la calle como un sujeto de derechos y obligaciones, en contraposición a la concepción tradicional que lo veía como un sujeto sin derechos y, por tanto, un objeto meramente de caridad o represión no parece una garantía para la participación equitativa de quienes viven en la calle, sino una creación jurídica necesaria para la actualización de diversos esquemas control en clave del constitucionalismo liberal.

El cambio en la concepción del sujeto no parece relacionarse con un interés por atenuar los mecanismos de control ejercidos sobre indigentes, vagos y locos, sino una consecuencia de la puesta en acción de discursos que sostienen la necesidad de intervenir las ciudades. La caída de la criminología positivista, el cuestionamiento de la ciencia médica y el proceso de laicización del Estado, acompañados del ascenso de la corriente constitucionalista en los ordenamientos continentales, el abandono de concepciones deterministas en favor de una visión liberal en que el sujeto aparece con la posibilidad de decidir sobre su propia vida y los cambios sobre el control del crimen que se centran en factores de riesgo para la comisión de diversas conductas desviadas, más que llevar a una revisión del lugar que socialmente ocupaban quienes habitan la calle, reformulan herramientas que permiten refinar los controles sobre estos.

La concepción liberal del habitante de la calle como un sujeto de derechos y obligaciones llevó a construir un nuevo imaginario sobre la necesidad de asistencia y control más allá de la caridad y el peligrosismo. Primero, la asistencia fue reformulada en clave de derechos. Segundo, la concepción del habitante de la calle como potencial perpetrador o víctima del crimen permitió poner en marcha mecanismos represivos de control que iban desde la vigilancia hasta el uso del aparato penal. Finalmente, la guerra contra las drogas y su posterior modificación a partir de la permisión del consumo generaron discursos que legitimaron el uso de herramientas de vigilancia, rehabilitación y represión a partir de las ideas de riesgo para el crimen, el consumo de drogas como enfermedad y la relación del consumo de drogas con el narcotráfico y otros crímenes afines.

En esta dinámica, los discursos de gobierno del espacio y control del crimen surgieron como herramientas fundamentales para legitimar el control del habitante de la calle. El discurso de los espacios deteriorados como lugares problemáticos para la convivencia ciudadana y su relación con el crimen permitió establecer mecanismos de gobierno de poblaciones que ocupaban dichos espacios, a veces a través de la expulsión, como el caso del Cartucho, y a veces de coerción a través de la regulación de los usos del espacio público en la Ley 1801/2016, de 29 de julio. Las ideas locales de la cultura ciudadana y las teorías criminológicas del realismo de derecha crearon discursos que justificaban “científicamente” el control de la indigencia.

REFERENCIAS

- Acto Legislativo 2/2009, de 17 de diciembre, por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política. *Diario Oficial*, núm. 47570 (2009).
- Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Integración Social (2010). *El Cartucho: del barrio de Santa Inés al callejón de la muerte*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Bauman, Z. (2013). *La globalización: consecuencias humanas*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Benavides Vanegas, F. S. (2008). ¿A global zero tolerance? Colombian prisons from a world historical perspective. *Pensamiento Jurídico*, 23, 173-202. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38161>
- Borja, J. (2004). *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*. Madrid, España: Fundación Alternativas.
- Carvajal Castro, B. (2007). *Caridad y beneficencia, el tratamiento de la pobreza en Colombia 1870-1930*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Castro Blanco, E. (2005). *Espacio, cuerpo y poder: mecanismos de inclusión y exclusión social en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.

- Castro Gómez, S. (2009). *Tejidos oníricos: movilidad, capitalismo y biopolítica en Bogotá (1910-1930)*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Decreto 1863/1926, de 12 de noviembre, por el cual se dicta el reglamento de policía nacional sobre vagancia y ratería. *Diario Oficial*, núm. 20345 (1926).
- Decreto 3518/1949, de 9 de noviembre, por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional. *Diario Oficial*, núm. 27163 (1949).
- Decreto 14/1955, de 12 enero, por el cual se dictan disposiciones sobre prevención social. *Diario Oficial*, núm. 28661 (1955).
- Decreto 1699/1964, 16 de julio, por el cual se dictan disposiciones sobre conductas antisociales. *Diario Oficial*, núm. 31430 (1964).
- Decreto 1136/1970, de 19 de julio, por el cual se dictan algunas medidas sobre protección social. *Diario Oficial*, núm. 33118 (1970).
- Decreto 295/1995, de 1 de junio, por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico Social y de Obras Públicas para Santa Fe de Bogotá, D.C., 1995-1998 Formar Ciudad.
- Decreto 897/1995, de 29 de diciembre, por el cual se crea el Programa Distrital de Atención al Habitante de la Calle. *Registro Distrital*, núm. 1078 (1995).
- Decreto 867/2003, de 8 de abril, por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 104 de la Ley 795 de 2003 y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 45154 (2003).
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2004). *IV Censo sectorial habitantes de la calle: Bogotá y Soacha 2004*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2010). *Proyecciones nacionales y departamentales de población 2005-2020*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Escobedo, R., Ramírez, B. y Sarmiento, P. (2017). *Bogotá sin el Bronx: expendios y habitantes de la calle*. Bogotá, Colombia: Fundación Ideas para la Paz. Recuperado de <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1520>
- Ewald, F. (1997). Filosofía de la precaución. *Gerencia de Riesgos y Seguros*, 14(58), 13-30.
- Feeley, M. M. & Simon, J. (1992). The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, 30(4), 449-474.
- Fernández Carrasquilla, J. (1982). Hacia una dogmática penal sin culpabilidad. *Nuevo Foro Penal*, 16, 954-970.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
- Foucault, M. (1988). El sujeto y el poder. *Revista Mexicana de Sociología*, 50(3), 3-20.
- Foucault, M. (1999). La evolución del concepto de individuo peligroso. En Autor, *Obras esenciales. Vol. 3: Estética, ética y hermenéutica*. Barcelona, España: Paidós.

- Foucault, M. (2014). *Vigilar y castigar*. Ciudad de México, México: Siglo XXI.
- Gómez Urueta, C. (2015). El habitante de la calle en Colombia: presentación desde una perspectiva social-preventiva. *Actualidad Jurídica*, 8, 28-39.
- Herbert, S. (2001). Policing the contemporary city: Fixing broken windows or shoring up neo-liberalism? *Theoretical Criminology*, 5(4), 445-466. <https://doi.org/10.1177/1362480601005004003>
- Lefebvre, H. (1996). *Writings on cities*. Oxford, Ru: Blackwell.
- Ley 48/1936, de 13 de marzo, sobre vagos, maleantes y rateros. *Diario Oficial*, núm. 23147 (1936).
- Ley 1641/2013, de 12 de julio, por la cual se establecen los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 48.849 (2013).
- Ley 1801/2016, de 29 de julio, por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. *Diario Oficial*, núm. 49949 (2016).
- Ley 1908/2018, de 9 de julio, por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. *diario oficial*, núm. 50649 (2018).
- López Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Colombia: Legis.
- López Roa, J. C. (2012). El derecho al espacio público. *Provincia*, 17, 105-136. Recuperado de <http://provinciajournal.com/index.php/th/article/download/155/153>
- Low, S. M. (2001). The edge and the center: Gated communities and the discourse of urban fear. *American Anthropologist*, 103(1), 45-58. <https://doi.org/10.1525/aa.2001.103.1.45>
- Martin, G. y Ceballos, M. (2004). *Bogotá, Colombia: anatomía de una transformación. Políticas de seguridad ciudadana 1995-2003*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Melossi, D. (2018). *Controlar el delito, controlar la sociedad: teorías y debates sobre la cuestión criminal del siglo XVIII al XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2005). *Guía metodológica 5: Mecanismos de recuperación del espacio público*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Mitchell, D. (2014). *The right to the city: Social justice and the fight for public space*. Nueva York: The Guilford Press.
- Niño Murcia, S. (2000). Territorios del miedo en Santafé de Bogotá (Colombia). *Investigación y Desarrollo*, 8(2), 170-179. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/investigacion/article/download/2785/1884>
- Parada Gamboa, M. (2012). El peligrosismo positivista: un discurso vigente en el Código Penal de 1890 en Colombia. *Memorando de Derecho*, 3(3), 219-228. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4133692.pdf>

- Park, R. E. (1999). *La ciudad y otros ensayos de ecología urbana*. Barcelona, España: Cultura libre.
- Park, R. E. & Burgess, E. W. (1982). *The city: Suggestions for investigation of human behavior in the urban environment*. Londres: The University of Chicago Press.
- Park, R. E., Burgess, E. W. & McKenzie, R. D. (1929). *The city*. Chicago, EE. UU.: University of Chicago Press.
- Pavarini, M. (2013). *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Ciudad de México, México: Siglo XXI.
- Policía Nacional de Colombia. (2012). *Modelo Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes (MNVCC)*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Roselli, H. (1968). *Historia de la psiquiatría en Colombia. Tomo I*. Bogotá, Colombia: Horizontes.
- Samper, M. (1998). *La miseria en Bogotá*. Bogotá, Colombia: Colseguros.
- Sentencia T-533/1992, de 23 de septiembre, derechos del indigente.
- Sentencia C-224/1994, de 5 de mayo, moral.
- Sentencia C-040/2006, de 1 de febrero, mendicidad.
- Sentencia C-575/2009, de 16 de agosto, inhibición de la Corte Constitucional.
- Sentencia T-043/2015, de 4 de febrero, política pública a favor de los habitantes de la calle.
- Sotomayor Acosta, J. O. y Tamayo Arboleda, F. L. (2014). La nueva "cuestión penal" y los retos de una ciencia penal garantista. En E. Gimbernat Ordeig, L. Gracia Martín, E. Peñaranda Ramos, M. A. Rueda Martín, C. Suárez González & J. Urquiza Olaechea (Eds.), *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas: homenaje a Bernd Shünemann*. (pp. 93-107). Lima, Perú: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Sozzo, M. (2008). *Inseguridad, prevención y policía*. Quito, Ecuador: Resultados de búsqueda Resultados de la Web Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Stuart, F. (2014). From 'rabble management' to 'recovery management': Policing homelessness in marginal urban space. *Urban Studies*, 9(51), 1909-1925.
- Tamayo Arboleda, F. L. y Sotomayor Acosta, J. O. (2018). ¿Penas sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana. *Opinión Jurídica*, 17(33), 19-41. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6580570>
- Tonry, M. (2011). *Punishing race: A continuing American dilemma*. Nueva York EE. UU.: Oxford University Press.
- Valverde, M. (2005). Taking 'Land use' seriously: Toward an ontology of municipal law. *Law Text Culture*, 9, 34-59.
- Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.

Wacquant, L. (2012). *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona, España: Gedisa.

Wilson, J. Q. y Kelling, G. (2001). Ventanas rotas: la policía y la seguridad en los barrios. *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, 10(15-16), 67-78. Recuperado de <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-01/1.BARCELONA/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-5/4.pdf>

Alcaldes ordinarios en la Ciudad de los Ángeles: origen y aspectos jurídicos

*Ordinary Mayors in Ciudad de los
Ángeles: Origin and Legal Aspects*

GUSTAVO EFRÉN MIER REYES

Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México, magíster en Derecho Fiscal y magíster en Contribuciones por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, doctorando en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la misma institución. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, miembro del Instituto Colombiano de Historia del Derecho.

gemr1073@gmail.com - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5244-172X>

MARCOS GUTIÉRREZ AYALA

Licenciado en Derecho por la Universidad Mesoamericana de Puebla y contador público por la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, magíster en Transparencia por la Universidad Complutense de Madrid, magíster en Derecho Fiscal y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Secretario Académico y catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

gutierrezayalamarcos@gmail.com - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9081-2867>

Resumen

Los alcaldes como miembros del cabildo tuvieron su aparición en la península ibérica durante la Alta Edad Media, esto derivado de las necesidades de los vecinos de tener injerencia en asuntos de interés popular. Debido a la importancia de esta figura y la intervención en los asuntos de las ciudades castellanas, a la llegada de Hernán Cortés a las Indias Occidentales, este crea el primer ayuntamiento en la Villa Rica de la Vera Cruz. Con la llegada de los frailes encabezados por fray Bartolomé de las Casas al valle de Cuertlaxcoapan y como consecuencia de un pensamiento milenarista heredado por el gran canciller Mercurino Arborio di Gattinara, se fundó la Ciudad de los Ángeles. El ideal de esta era tener una ciudad perfecta donde no se aplicara la encomienda y estuviera administrada por personas ejemplares. La metodología utilizada es documental basada en hacer una conciliación de autores reconocidos en la materia y deductiva para obtener los orígenes jurídicos de los alcaldes en la Nueva España. Sin embargo, no es suficiente una investigación documental, sino que es necesario entender la vida diaria de los alcaldes a través de documentos, tales como las actas de cabildo de los siglos estudiados.

PALABRAS CLAVE

Alcalde ordinario, cabildo, Gattinara, Puebla de los Ángeles.

Abstract

The Mayors as members of the Cabildo appeared in the Iberian Peninsula during the High Middle Ages, derived from the needs of the neighbors to have interference in matters of popular interest. Due to the importance of this figure and the interference with the affairs of the Castilian cities, upon the arrival of Hernán Cortes to the West Indies, he creates the first Town Hall in the Villa Rica de la Vera Cruz. With the arrival of the friars headed by Fray Bartolome de las Casas, to the valley of Cuertlaxcoapan and because of a Millenarian thought inherited by the Grand Chancellor Mercurino Gattinara, the City de los Angeles was founded. The ideal of this, was to have a Perfect City where the encomienda was not applied and was administered by exemplary people. The methodology used is documentary, it is based on making a reconciliation of books of recognized authors in the field and it is deductive since it derives in obtaining the legal origins of the Mayors in New Spain, a documentary research is not enough but it is necessary to understand the daily life of the mayors through documents such as the Cabildo Acts of the centuries studied.

KEY WORDS

Ordinary mayor, Cabildo, Gattinara, Puebla de los Ángeles.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es profundizar en las características de los alcaldes ordinarios como figuras jurídicas de gran importancia en la vida común de la célula de lo que más adelante sería el Imperio español. Esta figura es reconocida solo como un miembro más de los cabildos ordinarios de las ciudades de las Indias Occidentales, vagamente descrita por algunos autores; pero es de notar que, desde la instauración del primer ayuntamiento en el continente, los alcaldes ordinarios fueron catalogados de jueces de primera instancia, quienes conocían de determinados asuntos solo en la llamada República de españoles. Estas atribuciones eran transmitidas de manera consuetudinaria por la cercanía que tenían con la población común, por lo cual los peninsulares no veían la necesidad de que fueran escritas, ya que eran entes jurídicos plenamente conocidos.

Con la llamada *Recopilación de las Leyes de Indias* de 1680, se plasma por primera vez en un documento las atribuciones de estos funcionarios municipales, que definen el alcance de sus funciones. Para el caso de la Ciudad de los Ángeles, esta figura del alcalde ordinario tuvo una trascendencia importante, toda vez que las atribuciones eran moldeadas por las necesidades de los ciudadanos españoles, conforme surgían los problemas, por lo que en este artículo se busca llevar de la mano al lector para entender al alcalde ordinario desde su concepción jurídica en la península ibérica hasta la llegada a la Ciudad de los Ángeles.

2. ALCALDE ORDINARIO EN LA PENÍNSULA IBÉRICA

La palabra *alcalde* “procede del árabe y significa juez. Funcionarios de la Mesta: alcaldes de cuadrilla, etc. En el fuero de Miranda de Ebro figuran los alcaldes como funcionarios relacionados con asuntos de mercados. Corregidor” (Alonso, 2019, p. 327). Estos formaron parte de los cabildos que aparecieron en la península ibérica durante la Alta Edad Media.

Como es sabido, los alcaldes ordinarios formaban parte del cabildo ordinario como un órgano colegiado que administraba la justicia y los problemas comunes de una ciudad. Sin embargo, antes de iniciar este estudio, es necesario entender de dónde deriva el municipio indiano.

De acuerdo con Escudero (2003), existen dos teorías del origen del municipio ibérico: la teoría romanista y la teoría germanista. En cuanto a la primera:

El modelo del municipio romano había logrado pervivir de forma precaria a partir del Bajo Imperio, cobrando vigor en la etapa medieval. La persistencia así de nombre como decuriones, defensores, etc., en la Edad Media, vendría a probar que el fondo residual de las viejas instituciones de la curia romana no había llegado nunca a extinguirse. (Escudero, 2003, p. 574)

Por otro lado, la teoría germanista propone “su origen con el resultado de la fusión de la población libre y de la beneficiada por las inmunidades episcopales. Otros vieron en el régimen jurídico de la corte señorial el precedente directo del propio sistema municipal, o bien explicaron la aparición del municipio en relación con la infraestructura organizativa de gremios y asociaciones mercantiles” (Escudero, 2003, p. 574). Lo que es evidente es que surgen de la necesidad de ciertos núcleos de población de salvaguardar la seguridad y el comercio, esto permitió que se crearan consejos o *concilium* en que se administraba justicia y se disponía sobre las necesidades básicas de las ciudades. En la península ibérica, se originó por una necesidad de protección castellana en contra de las invasiones visigodas, lo que en un inicio permitió cierta autonomía en la organización de las villas o ciudades.

Según la evolución de los cabildos ordinarios, es necesario entender las fuentes del llamado derecho municipal. La evolución de este órgano se puede entender en tres fases: cartas pueblas de índole agrario, fueros municipales breves y fueros municipales extensos (Tomas y Valiente, 2008).

Las cartas pueblas de índole agrario constituyen el tipo más sencillo y rudimentario de las fuentes de los derechos locales. Con tales cartas o documentos, se trata de atraer a pobladores a tierras nada o poco pobladas: “Regulan tan solo las condiciones del asentamiento y las prestaciones que los nuevos pobladores deberán cumplir” (Tomas y Valiente, 2008). Asimismo, eran considerados contratos agrarios colectivos, otorgados a los vecinos de determinados territorios.

Los fueros municipales breves fueron un segundo tipo de fuentes locales, que, en general, se concedían a una ciudad o villa, para fijar un régimen jurídico o ampliarlo con nuevas. Tales fuentes obtienen libertades, franquicias y privilegios, términos casi sinónimos con los que el lenguaje de la época alude a los beneficios o las ventajas jurídicas concedidas a los habitantes de un lugar por el rey o por el señor de este:

En estos fueros breves, junto con las franquicias o privilegios relativos a la organización municipal y a la relación entre la villa y el señor (cuando se trataba de una villa señorial) se otorgaban a los habitantes del lugar una serie de exenciones y libertades tendentes a construir para todos ellos un ventajoso régimen jurídico [estos se encuentran durante los siglos XI y XII]. (Tomas y Valiente, 2008, p. 142)

Los fueros municipales extensos tienen la característica de hacer un ordenamiento jurídico completo que evitaría una interpretación arbitraria por parte de los miembros del municipio, esto es, que los jueces de tal territorio se sujetarán a lo dispuesto por los textos jurídicos. Por ello, suele regularse en muchos fueros municipales un recurso llamado a la carta o al libro, consistente en comprobar si un juez al emitir sentencia del acto estaba de acuerdo con lo que está escrito en el fuero. En estos documentos también se establecían los procedimientos de actuación, lo que admitía en algunos casos se pudiera recurrir ante el consejo. Es necesario destacar que estos

jueces eran miembros del consejo y posteriormente serían denominados alcaldes ordinarios (Tomás y Valiente, 2008).

3. CONSEJO ABIERTO O ASAMBLEA DE VECINOS

En este análisis, el desarrollo del municipio tuvo diferentes etapas y teorías de las cuales se origina este organismo. En el aspecto jurídico, se puede entender desde dos perspectivas: la primera enfocada en la territorialidad, la cual era de vital importancia para delimitar las ciudades y con ello fortalecer su poder antes los ciudadanos a través de normas, que en un principio eran transmitidas a través de la costumbre y con el paso de los años fueron emitidas en textos. Una vez constituidas las ciudades ibéricas y con el crecimiento del comercio, así como de la imperiosa necesidad de protección por parte de la Corona tanto castellana como aragonesa, y por otro lado la de consolidar el control sobre los territorios recién ganados a los musulmanes, se crearon cuerpos colegiados en que se discutía sobre ciertas y determinadas situaciones que interesaban a la población.

Como consecuencia de las necesidades de los habitantes de tener injerencia en asuntos de interés común, se comenzaron a reunir a la salida de la misa mayor de los domingos a fin discutir los problemas de la villa o ciudad (Dougnac, 1998). Este era un régimen de democracia directa en que participaban todos los habitantes de esa comunidad y resolvían problemas, tales como uso de montes y tierras comunes, defensa frente a los nobles lugareños, funcionamiento de mercados, mejoramiento de caminos, acuerdo o hermandad con otras comunidades para la defensa común (Dougnac, 1998).

Si bien el sistema era funcional para la resolución de asuntos, estas reuniones resultaban complejas al participar todos los habitantes del pueblo, pues todos opinaban y no había un control sobre la extensión y la importancia de los conflictos y de las necesidades de la comuna, por lo que se nombraron representantes que formaron el cabildo (Dougnac, 1998). Estos puestos eran elegidos por un año y no se podían reelegir una vez saliente; el nombre para los puestos variaban, ejemplo de ellos son zabazoques (señores del mercado), justicias (*iustitae*), fieles (*fidelis*), jurados (*iurati*) y alcaldes (del *árabe alqāḍī*, juez), de modo que es este último el término más común (Barrios, 1996).

Este cabildo resolvía asuntos, tales como:

- ▶ Asuntos económicos. Aprovechar comunalmente los prados y bosques, el monte y el molino o pozo de sal; establecer precio de jornales y alimentos, y pesos y medidas; estipular multas e, incluso, penas corporales a los infractores de las ordenanzas municipales.

- ▶ Asuntos jurídicos. Juzgar según las normas o el fuero, dar validez a los actos de jurisdicción voluntaria, es decir, adopciones, liberar esclavos, hacer pública la transmisión de una propiedad (compraventa o donación).
- ▶ Asuntos militares. Acudir en defensa de la comunidad ante ataques árabes o marchar contra otras poblaciones. En ocasiones, se unían con otras comunidades formando confederaciones y luchaban entre sí, incluso, llegaron a aprobar fueros de las poblaciones vencidas (Barrios, 1996).

Los integrantes (Barrios Escobar, 1996) de los cabildos de la península ibérica eran los siguientes:

- ▶ Alcalde ordinario. Originalmente 103 alcaldes mozárabes solo tenían jurisdicción en lo criminal, pero en la nueva versión española se amplió su campo de acción. Por causa de las guerras, fueron cubriendo otras funciones en lo económico. El alcalde presidía el concejo y sus funciones eran:
 - Convocar a la asamblea de vecinos a través del pregonero.
 - Velar por la paz pública de la población.
 - Proteger a las viudas y huérfanos.
 - Administrar justicia.
 - Con las milicias locales, acudir al llamado del rey y portar el pendón del concejo.
- ▶ Merino o mayordomo de propios. Administraba los bienes del concejo.
- ▶ Notario o escribano. Redactaba los documentos y consignaba por escrito los acuerdos del cabildo en el libro de actas.
- ▶ Alguaciles. Citaban a juicio, prendían delincuentes, actuaban como ejecutores de los fallos y decisiones de los alcaldes (Barrios, 1996).

4. CONSEJO CERRADO O AYUNTAMIENTO

En el siglo XIV, debido al aumento de la población y a lo difícil que resultaba la operación de los consejos abiertos (Barrios, 1996), se creó un consejo cerrado, integrado por los que desempeñaban cargos municipales en diversas regiones de los reinos de Castilla; el consejo cerrado recibió nombres, como cabildo, concejo, regimiento y ayuntamiento (de ayuntar, juntar). Existieron diversas figuras en la Administración municipal española, entre esos nombramientos destacan:

- ▶ Alcaldes de la noche. Encargados de vigilar las poblaciones por la noche, para que no ocurriesen desórdenes; su jurisdicción duraba *únicamente* la noche.

- ▶ Alcaldes de bosques. Tenían jurisdicción privativa, civil y criminal dentro de los bosques y sitios reales.
- ▶ Alcaldes de sacas. Cuidaban que no existiera el contrabando.
- ▶ Alcaldes de mesta. Vigilaban para evitar el robo de ganado y llevaban el control de hierros de ganado.
- ▶ Alcaldes pedáneos. Eran nombrados en aldeas o poblados pequeños, su función era civil.
- ▶ Alcaldes de la Santa Hermandad. Fueron establecidos por los Reyes Católicos en cada pueblo de treinta o más vecinos; había dos clases de alcaldes: la primera, de los caballeros y escuderos; y la segunda, de los ciudadanos y pecheros (plebeyos). La Santa Hermandad era un tribunal con jurisdicción propia que perseguía y castigaba a los delincuentes que hacían fechorías en despoblado, es decir, en el *área* rural (policía rural), tales como asalto a viajeros y abusos a mujeres.
- ▶ Alcaldes de barrio. Creados para Madrid; luego se establecieron en otras ciudades. Se designaba un alcalde por cada barrio y su función era civil. Fueron precedidos por los alcaldes de casa y corte, y por los de cuartel.
- ▶ Alcaldes de la mar o marina. Vigilaban las actividades pesqueras y comerciales de pueblos pequeños a la orilla del mar.
- ▶ Alcaldes de mar y río. Vigilaban el movimiento de barcos en los puertos (Barrios, 1996).

En las ciudades donde existía Audiencia, se crearon puestos de alcaldes para apoyarla en los juicios, estos cargos eran:

- ▶ Alcaldes del crimen. Impartían justicia en los casos criminales; tenían el sistema de turnarse semanalmente; por ello, al que estaba de turno, le llamaban alcalde semanero.
- ▶ Alcaldes de cuartel. Creados en 1604, ejercían jurisdicción civil y criminal. La ciudad era dividida en cuatro partes, y en cada parte o cuartel, fungía un alcalde que residía allí mismo. Tenían un local para dar audiencia y asumían algunas funciones administrativas (Barrios, 1996).

La ciudad de Madrid tenía tres clases de alcaldes, que eran exclusivos de ella:

- ▶ Alcaldes de casa y corte. Eran doce ministros togados que ejercían jurisdicción criminal y formaban la Sala de Alcaldes de la Corte de Madrid; seguían en importancia al Consejo de Castilla. En 1604, asumieron las atribuciones de alcaldes de cuartel, que eran de índole civil y administrativa. En 1803, su área de influencia era de diez leguas a la redonda de Madrid. Se turnaban semanalmente, por ello, al que estaba de turno, también le llamaban alcalde semanero.

- ▶ Alcaldes de rastro: Eran seis, ejercían jurisdicción civil y sus fallos se podían apelar en el Consejo de Castilla.
- ▶ Alcalde de hijosdalgo. Era nombrado por los hijosdalgo; conocía los pleitos de hidalguía y de agravios hechos en sus exenciones y privilegios; posteriormente, se extendieron a Granada y Valladolid (Barrios, 1996).

Durante el siglo XVII los reyes castellanos mostraron interés en esta forma de organización, por lo que comenzó una intervención para su regulación, de ahí nace los concejales y regidores: los primeros era un nombramiento popular y los segundos de origen real.

5. CABILDO Y ALCALDES ORDINARIOS EN LA NUEVA ESPAÑA

Para la conquista del nuevo territorio ultramarino, se extendieron por parte de la Corona diversas capitulaciones,¹ en que se encontraba la obligación a cargo del conquistador del poblar las tierras; para cumplir con la obligación, debía llevar a cabo la fundación de tres ciudades en la nueva provincia: una metropolitana para servir de asiento a las autoridades civiles y religiosas, y dos sufragáneas (Salazar, 2017a).

A diferencia de su similar de la península ibérica, la figura del cabildo ordinario o municipio nunca gozó de una verdadera autonomía, pues los Reyes siempre intervinieron en la vida política de este órgano, como más adelante se comprobará. Por ello, Miguel S. Macedo refiere: “Fue casi nada más que el nombre de una división territorial y administrativa; no fue nunca una entidad política como el de España y con ese carácter no existió en la *época* colonial ni ha sido posible crearlo después” (De Icaza, 2008, p. 281).

A la llegada de Hernán Cortés a las Indias Occidentales, los conquistadores implementaron como forma de gobierno local el cabildo como un cuerpo colegiado que tomaría las decisiones sobre la política, la justicia y el desarrollo de un territorio en particular. El objetivo principal de Cortés estuvo enfocado en crear un órgano político-jurídico que legitimara la Conquista y con

¹ Capitulación significa “asiento, concierto, acuerdo, convenio, pacto o contrato”. Se trata de un documento público que se divide en párrafos o capítulos en que se hace constar un mutuo compromiso entre la Corona y otra u otras personas individuales o colectivas, para llevar a cabo tareas de descubrimiento, conquista, fundación o colonización. Era necesario que las capitulaciones se encontraran divididas en tres partes: la primera era la autorización, permiso o licencia que la Corona concedía al navegante; la segunda establecía las obligaciones del jefe de la expedición y los estipendios que la Corona otorgaba; y la tercera parte abordaba la cuestión de los derechos que la Corona confería, pues estaban sujetos al éxito de la expedición. La capitulación era, pues, un contrato de concesión, y fue el instrumento más usual para realizar conquistas por navegantes ajenos a la Corona, “en el que ‘se conjugaron dos elementos: el esfuerzo privado individual y la acción oficial por parte del Estado, predominando el primero sobre el segundo’” (Salazar, 2017b, inédito).

ello tener un punto de referencia en cada territorio conquistado. Cuando Cortés desembarcó en el continente americano, proclamó las tierras en nombre del Rey Carlos I de España y fundó el Ayuntamiento de la Villa Rica de la Vera Cruz bajo las costumbres castellanas, lo que provocó un descontento del gobernador de Cuba Diego Velázquez.²

La forma elegida por los peninsulares para la administración de los Ayuntamientos de las Indias Occidentales, fue el Cabildo, y partiendo del hecho de que para ellos era una figura conocida y utilizada en las ciudades pueblos y villas de la península, no vieron la necesidad de emitir algún documento que legalizara su actuar. De acuerdo con Sánchez, Díaz y De la Hera (1992), el cabildo indiano toma sus orígenes en el sevillano, pues estaba compuesto por dos alcaldes ordinarios, regidores (según el tamaño y la importancia de la ciudad), alférez, alguacil mayor, depositario, fiel ejecutor, mayordomo, contador, juez de aguas, procurador, alcalde provincial de la Santa Hermandad, entre otros.

Ya en territorio ultramarino y con el triunfo de Carlos I de España en la batalla de Villalar (De Icaza, 2008), se implementó que el cabildo estuviese bajo las órdenes directas del rey, lo cual era muy distante del cabildo castellano medieval, que gozaba de autonomía.

Las ciudades, villas o pueblas eran consideradas como la célula de todos los reinos españoles ultramarinos, de donde partía el orden de todos los virreinos. Estas estaban compuestas, principalmente, por dos alcaldes ordinarios, así como regidores que dependían del tamaño del poblado y variaban entre cuatro y doce.

Una vez constituido el cabildo en el territorio de Indias y gracias a la herencia que se tuvo por parte del cabildo ibérico, tuvieron como miembros o integrantes de este organismo a dos tipos de personas: los regidores cadañeros, llamados así porque popularmente utilizándose diversos medios se les designaba cada año, y los regidores perpetuos quienes eran en general otorgados a miembros cercanos a la Corona; a los primeros también se les llamó concejales y a los segundos capitulares (Dougnaç, 1998).

El procurador era elegido por el vecindario y fue confirmado por Carlos I de España en 1528. Este duraba dos años en su cargo, y no podía ser deudor de oidores, alcaldes o fiscales de la Real Hacienda.

Las sesiones de cabildo eran de tres tipos: ordinarias, extraordinarias y el cabildo abierto. Las sesiones ordinarias eran las previstas en las ordenanzas; las extraordinarias eran aquellas que

² Derivado de esta situación el gobernador Diego Velázquez acusó a Cortés de traición ante la Corona española; para lo que resolvió la Corte en absolver a Cortés solo castigándolo en pagar a Velázquez la expedición y las armas que habían invertido para la conquista del continente (Ard, 2014).

se realizaban de acuerdo con las necesidades del órgano colegiado, las cuales debían de citarse de manera oportuna para su adecuada participación; y el cabildo abierto que era en el que se invitaba a los vecinos para tratar algún tema particular e importante que interesara al resto de la población.

Como se mencionó en esta investigación durante la creación de los ayuntamientos en territorio americano, no se emitió ningún tipo de documento que estableciera las atribuciones del cabildo, por lo que a continuación se enlistará las que de acuerdo a Dougnac(1998), eran las más sobresalientes:

- ▶ Urbanismo
- ▶ Otorgamiento de mercedes de tierras y de aguas
- ▶ Abastecimiento
- ▶ Aranceles
- ▶ Gremios
- ▶ Registros
- ▶ Salud
- ▶ Educación
- ▶ Aspectos religiosos
- ▶ Atribuciones judiciales
- ▶ Atribuciones políticas

Los alcaldes ordinarios eran de dos clases: de primer voto, que en un comienzo eran nombrados entre los encomenderos y administraba justicia a los vecinos, y de segundo voto designados entre los moradores o domiciliarios que administraban justicia a los moradores.

Los alcaldes ordinarios, entre los cuales uno de ellos era electo por los regidores y el otro por elección de virrey, administraban la ciudad y cuidaban los bienes, las obras públicas y de su abasto. Otorgaban licencias de trabajo a los artesanos, vigilaban y controlaban el comercio en general, se preocupaban por la salud pública y por la educación elemental (Flores, 1970). Los dos alcaldes ordinarios eran jueces ordinarios de primera instancia en todas las causas civiles y criminales, siempre y cuando el pleito fuera inferior a 60 000 maravedises (Sánchez et al., 1992).

En 1537, Carlos I de España y Carlos V de Alemania emitieron una ordenanza para el orden, el buen gobierno y la administración de justicia en las ciudades, las villas y los pueblos donde no hubiera gobernador o lugarteniente, en que se elegían cada año dos alcaldes ordinarios y el rey ordenaba que conocieran de primera instancia sobre los negocios y causas en cuanto a lo civil

y criminal. La elección de estos alcaldes ordinarios por orden del rey debía de ser libre y no se permitía la injerencia de ninguna autoridad; también se prohibía la reelección de los alcaldes salientes. Para ser electo alcalde ordinario, debía cumplir con los siguientes requisitos (Doug-nac, 1998):

- ▶ Ser vecino, en caso de ser militar si tuviera casa habitada en el pueblo, también pudieran ser electos.
- ▶ Gozar de una reputación intachable.
- ▶ Tenían preferencia por los descubridores y sus descendientes, siempre y cuando fueran personas necesarias para el gobierno y la administración de justicia.
- ▶ No podía ser deudor de la Real Hacienda.
- ▶ Las elecciones debían de ser confirmadas:
 - Por los virreyes las que fueran hechas en las cabeceras o en los pueblos que se encontraran a 15 leguas.
 - Por los gobernadores, si se hallaran 15 leguas alrededor, aunque fuera en otras ciudades.
 - Y si fuera en ciudades donde estuviera la Audiencia y 15 leguas alrededor, el presidente será quien certifique o en caso de no haber será el oidor más antiguo.

Los alcaldes ordinarios no debían introducirse en temas de gobierno, ni debían opinar sobre el mantenimiento, que fuera encargo de los gobernadores o corregidores; en caso de que llegase a faltar una de estas figuras, el alcalde fungiría como con las atribuciones previstas de ellos. A falta de alcalde, el regidor de mayor tiempo tomará su puesto. Dentro de las atribuciones del alcalde ordinario estaban (Doug-nac, 1998):

- ▶ Tener voto en los cabildos y ayuntamientos.
- ▶ Conocer sobre los pleitos de indios con españoles de primera instancia y concluirlos.
- ▶ Visitar las ventas y los mesones de su jurisdicción y darles aranceles.
- ▶ Puedan suplir en caso de ausencia de los alcaldes de la Hermandad.
- ▶ En caso de duda sobre la jurisdicción de los alcaldes ordinarios, se resuelva conforme a la costumbre.
- ▶ En caso de que algún alcalde tuviera un conflicto por cualquier causa o negocios, se pudiera dirimir el conflicto ante el otro alcalde.
- ▶ No podrán ser arrestados por causas criminales, sin antes haber sido consultadas por el virrey.

6. LA CIUDAD DE LOS ÁNGELES

Salazar (2017b) sostiene que el ideario para la fundación de una ciudad perfecta nace del gran canciller Mercurino Arborio Gattinara, quien, a pesar de haber fallecido un año antes de la fundación, deja la semilla en los miembros de la Segunda Audiencia para creación de una ciudad milenarista, una réplica de la misma Jerusalén.

Mercurino Arborio Gattinara fue un italiano que nació a finales del siglo XV, quien, debido a la habilidad innata de diplomacia, fue ganando posiciones en las cortes de los Austrias, desde la princesa Margarita (tía de Carlos V de Alemania y I de España) hasta el emperador Maximiliano I de Austria. Estas relaciones le permitieron tener una posición en la Corte de Carlos I de España; fue en un momento crucial para Gattinara:

Como consecuencia de pérdida de su posición con Margarita de Austria, aunado a la muerte de su esposa Andreea, y los intentos de homicidios por parte de sus enemigos, decide entre los años de 1515-1516 retirarse a un monasterio Cartujo a las afueras de Bruselas, coincidiendo que este monasterio o Cartuja de Sheut, era el epicentro de las políticas imperiales.

En el monasterio hizo varias reflexiones en sí mismo, sobre su trabajo, mencionando “El señor da, el señor lo quita, como agrada al señor”, por lo que inicia estudios acerca del apocalipsis cristiano. En específico estudia el Milenarismo de Joaquín del Fiore, y su teoría de los Tres Estados. Como resultado de estos estudios Gattinara escribe un pequeño libro (*libellum*), el cual dedica a Luigi Marliano; este libro era una suplicación, donde narraba un sueño que tenía sobre el futuro de la monarquía mundial y el triunfo del cristianismo para venir en la persona de Carlos Rey Emperador.

Este pequeño libro fue titulado Monarquía Universal, de acuerdo con Peer Schmit:

Carlos V era el monarca del mundo, el monarca con el cual soñaban Europa y la cristianidad desde la Edad Media. Gobernando *él* tres reinos —Germania, Italia y Borgoña— ningún rey le igualaba. La dignidad imperial concedida en 1519 y transferida finalmente en 1530 en Boloña era para Gattinara el final lógico de esta constelación política. El gran canciller organizó toda una propaganda basando sus argumentos, p. ej., en la vasta extensión de los territorios y las coronas que poseía Carlos V. Además, como este gobierna el Imperio Romano le incumbe el derecho de reclamar la *monarchia mundi*. De acuerdo con esta posición “clásica”, que se basa en el ideal imperial medieval, todo el poder en la cristianidad emana del Emperador. Gattinara reivindica para Carlos V el papel de juez supremo de la cristianidad, a pesar del hecho de que el Emperador ya no disponía de los medios adecuados para ejercer realmente tal papel. Según el gran canciller el monarca establece la paz, la seguridad y la armonía dentro del mundo cristiano y también frente al orbe no cristiano. Además, el Emperador garantiza la serenidad, el orden y la existencia de la Iglesia. En este contexto la lucha contra los turcos cobró relativamente gran importancia como tarea principal del que debería gobernar y guiar el Occidente. En la vida política real este programa político sirvió para justificar las guerras de Carlos contra el rey francés en 1528 y en 1536. (Salazar, 2017b, inédito)

Una vez con este pensamiento Gattinara ya como Gran Canciller de la Corte de Carlos I de España, y al estar convencido de que él fuera el *deus novus*, empieza a plantear la idea de crear una ciudad “perfecta”, esto es, que no estuviera sometida por la encomienda y que los ciudadanos fueran iguales ante el rey; de aquí se sostiene la idea de que la Ciudad de los Ángeles fuera esta ciudad. Es evidente que Gattinara no tuvo nada que ver en la elección del territorio, ni en la forma arquitectónica de esta, pero sí influyó en fray Bartolomé de las Casas, quien se encontraba en territorio ultramarino y es uno de los que fundó la Ciudad de los Ángeles con el auspicio de la reina gobernadora Isabel.

Una vez que se funda la Ciudad de los Ángeles, se instaura el cabildo ordinario. Zerón y Fernández de Santa Cruz (1945, p. 64) refieren:

Se ha nombrado para su gobierno alcalde mayor con título de Teniente capitán general del agente del Batallón de sus compañías de Infantería de 160 hombres y otra de acaballo gente lúcida que como Plaza de Armas según hizo el nombramiento del excelentísimo señor Marqués de Cerralvo virrey que fue de esta nueva España se continuó con el cuidado que es menester con su Sargento mayor y demás oficiales milicianos.

El número de regidores es de 20 en que se comprende: alguacil mayor, alférez Mayor, provincial de la Santa hermandad, tesorero de la santa Cruzada hijos de Los Reales novenos con voz y voto en el cabildo y, por asiento que está hecho con Su Majestad, ha tenido a su cuidado la cobranza de la realeza alcabalas hasta el año de 1697 mirando siempre la utilidad de su República pudiendo gloriarse de haber conservado el renombre que de sus principios adquirió de muy noble y muy leal.

Los dos primeros años de actas de cabildo de la Ciudad no se encuentran en el Archivo Histórico de la Ciudad de Puebla, por ello, lo que no es posible conocer de primera mano es quiénes habían sido durante esos años los miembros del cabildo. Fue hasta 1533 cuando se tienen las actas, y a efectos de esta investigación se resume parte del contenido de algunos de esos textos que permiten observar algunas de sus funciones:

Nombramiento de alcaldes ordinarios y de regidores para 1534. Fueron Nombrados Como alcaldes Francisco Ramírez Y García De Aguilar Y Como Regidores Francisco De Oliveros, Cristóbal De Soto, Alonso De Buiza, Gonzalo Díaz, Sebastián Rodríguez, Martín De Calahorra, Juan Bonal Y Alonso Luco De Peñaranda. (Archivo Histórico del Municipio de Puebla, 1533)

Solicitud hecha al cabildo, por Alonso Martín Partidor, procurador, para que expida las ordenanzas convenientes para que no haya mulas en la ciudad, sus términos ni en los caminos reales pues se han quejado los viajeros de esto. (Archivo Histórico del Municipio de Puebla, 1533)

Acuerdo del cabildo para que los alcaldes y regidores se encarguen de vigilar el precio de los productos, visiten los términos y señalen los caminos. Para ello, las diputaciones se darán por periodos de tres meses cada uno:

Quedando, así como diputados Francisco de Oliveros, Alonso Luco De Peñaranda, Cristóbal De Soto, Martín De Calahorra, Juan Bernal, Gonzalo Díaz, Alonso De Buiza Y Sebastián Rodríguez. (Archivo Histórico del Municipio de Puebla, 1533)

Poder especial dado a Pedro de Meneses para representar a la ciudad ante la audiencia. Los poderdantes son Francisco Ramírez, alcalde ordinario; Francisco De Oliveros y Cristóbal De Soto, regidores. (Archivo Histórico del Municipio de Puebla, 1533)

Las anteriores reseñas de las actas de cabildo demuestran cuáles eran algunas de las sesiones que tenía el cabildo y en cuáles participaban los alcaldes ordinarios. Es necesario destacar que en todas las sesiones participaban los alcaldes, aun cuando no se estuviera dirimiendo conflictos de orden civil o criminal.

La relevancia de la Ciudad de Puebla para la Corona de Castilla fue tanta que en 1532 se emite un traslado de la real provisión para la elección de alcaldes ordinarios y regidores de la Puebla de los Ángeles dada en la Ciudad de México. En esta se establecieron cuáles eran los requisitos para ser alcalde ordinario, de modo que son los siguientes:

- ▶ Deben ser los más ricos y abonados.
- ▶ De mejor conciencia.
- ▶ De buena vida y fama.
- ▶ Prefiriendo a los conquistadores casados (Archivo Histórico del Municipio de Puebla, 1532).

El procedimiento que estableció consistía en los alcaldes y regidores que habían sido elegidos por los usos y las costumbres ante el escribano del cabildo votaran y nombraran personas para alcaldes y regidores quienes cumplieran los requisitos anteriores. Una vez votados y nombrados, se tomaría a dos alcaldes de las cuatro personas de las que más votos tuvieron, de cuyos nombres se dejará testimonio. Los alcaldes ordinarios serán electos por un año, y se repetirá el procedimiento año a año (figura 1).



Fuente: Archivo Histórico del Municipio de Puebla (1533).

FIGURA 1. 1567, 24 DE ENERO. TRASLADO DE LA REAL PROVISIÓN PARA LA ELECCIÓN DE ALCALDES ORDINARIOS Y REGIDORES DE LA PUEBLA DE LOS ÁNGELES DADA EN LA CIUDAD DE MÉXICO EL 14 DE JUNIO DE 1532

Don Carlos. Por la divina clemencia Emperador de Romanos semper augusto. Doña Juana, su madre y el mismo don Carlos, por la gracia de Dios Reyes de Castilla, de León, de Aragón, de las dos Çiçilias, de Jherusalém, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valençia, de Galiçia, de Mallorcias, de Sevilla, de Cerdenia, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaén, de los Algarves, de Algezira, de Gibraltar, de las Yslas de Canaria, de las Yndias, Yslas e Tierra firme del mar Oçéano. Condes de Barcelona, Señores de Vizcaya e de Molina, Duques de Atenas e de Neopatria, Condes de Ruisellón y de çerdania, Marqueses de Oristán e de Goçiano, Archiduques de Austria, Duques de Borgonia e de Bravante, Condes de Flandes e de Tirol etc. A vos, el conçejo justiçia y regidores de la Puebla de los Ángeles de la Nueva España, salud e gracia. Sépades que Nos somos ymformados que las çiudades y villas desta Nueva España y en otras governaçiones a ella comarcanas a avido fasta agora deshorden en las eleçiones de los alcaldes e regidores de las dichas çiudades y villas por no se aver fecho conforme a derecho, e que para que de aquí en adelante se tenga e guarde la horden que se deve tener en lo susodicho fue acordado por nuestro presidente e oydores de la nuestra Audiencia e Chancillería Real de la nuestra Nueva España que debíamos mandar dar esta nuestra carta para vos en la dicha razón; e Nos tuvimoslo por bien, porque vos mandamos que agora y de aquí adelante tengáis e tengan los alcaldes e regidores que agora son y serán de la dicha Puebla, la orden siguiente: que juntos los alcaldes e regidores en cabildo e ayuntamiento, como lo son de yuso y costumbre, que ante el escrivano del dicho cabildo boten y nombren personas para alcaldes e regidores a los que pareçiere que lo devan ser, que sean los más ricos e abonados e de mejor conçejençia e vida e fama, prefiriendo a los conquistadores casados; y ansí botados y nombrados, se tome para los dos alcaldes quatro personas de las que más botos tuvieren, los nombres de los quales se echarán escriptos en sendos papeles en un cántaro o en otra cosa que os paresca que se deve; e fecho, de los quales se saquen los dos de ellos, e los que ansi se sacaren, aviendo fidelidad, y no interviniendo farsa ni cautela alguna, elegirán por alcaldes hordinarios de la dicha villa por tiempo de un año, e la misma horden guardaréys e teneys en los regidores que se uvieren de elegir cada un año, tomando para cada un regidor que más botos tuviere dos personas escriptas en la manera susodicha que salgan en las dichas suertes; y asi elegidos los dichos alcaldes e regidores en la forma susodicha, tomad e reçebid juramento en forma de derecho de tomad dellos, entregad a los dichos alcaldes las varas de nuestra justicia; y ansi fecho por ellos el dicho juramento, vos mandamos que los ayáis e tengáis por tales alcaldes y regidores de la dicha Puebla por el año que fueron elejidos e uséys con ellos en los dichos ofiçios en todas las cosas e casos a ellos anexas, conçeñientes, e les guardéis e hagáis guardar todas las honras e graçias, merçedes, franquezas, libertades, preheminençias, prerrogativas, ymunidades que por razón de los dichos ofiçios deven aver e gozar e les deven ser guardadas; e les acudáys e hagáis acudir con todos los derechos e salarios al dicho ofiçio anejos e conçeñientes Sr. Sic. [¿?] según e como más cumplidamente se husó, guardó con los otros nuestros alcaldes e regidores de las otras nuestras ciudades e villas desta Nueva España, de todo bien cumplidamente en guisa que las non menguen de cosa alguna, e que en ello ni en tiempo dello embargo ni contrario alguno las non pongan y ni consintays en poner a otros; por la presente, fecho el dicho juramento en la forma susodicha, los reçebimos e avemos por recçevidos a los dichos ofiçios, so renunçiaçión [sic] dellos; e los unos ni los otros non fagades ni fagan en deal por alguna manera, so pena de la nuestra merced [sic] y de dozientos pesos de oro

para la nuestra cámara a cada uno que lo contrario hiziere. Dada en la gran çiudad de Tenustitlán México de la Nueva España, a catorze días del mes de junio, año del nascimiento de nuestro señor Jhesucrispto de mil y quinientos y treinta y dos años. Yo, Jhoan López, escrivano de cámara de su magestad desta Real Audiencia lo fize escrevir por mandado de su presidente. *Episcopus Sancti Domini*. El licenciado Salmerón, el licenciado Alonso Maldonado, el licenciado Ceynos, el licenciado Quiroga. La qual mandamos sacar por duplicada del registro, de pedimento e suplicación de la parte del cavildo e regimiento de la çiudad de los Ángeles en la çiudad de México, veinte e quatro días del mes de henero de mil e quinientos e sesenta e syete años. Do dize: Jherónimo. Vale.

Yo, Sancho López de Agurto, escrivano de Cámara de la Audiencia Real de la Nueva España por su magestad la fize escrevir por su mandado, con acuerdo de su parte. E doy fe. Chanciller Andrés de Cabrera [rubricado].

Registrada: Joan çerrano [rubricado].

Derechos: XIII Pezos y medio Real, LXXXI granos, XC maravedíes [rúbrica].

Corregida.

[Brevete] La forma e horden que se a de tener en elegir a los alcaldes y regidores en la Puebla de los Ángeles.

Versión paleográfica de Arturo Córdova Durana³.

Del texto anterior se evidencia la importancia y el desarrollo que tuvo la Ciudad de los Ángeles para la Corona de Castilla, pues concedió beneficios que serían otorgados años más en la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias emitidas por el rey Carlos II, específicamente en el título tercero, del libro V.

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

De esta figura jurídica denominada alcalde ordinario derivada de la investigación se puede concluir que:

- ▶ Los alcaldes ordinarios fueron el primer instrumento de control jurídico que se instituyó en los nuevos territorios de la Corona de Castilla, el cual contribuyó a una formalización jurídica y política, como la creación del Ayuntamiento de la Villa Rica de la Vera Cruz.

³ La transcripción se hizo conforme a las normas internacionales de transcripción paleográfica de documentos novohispanos de 1961, se agregó la puntuación y acentuación mínima que se creyó necesario para el mejor entendimiento del documento histórico.

- ▶ Existen diversas discrepancias entre varios autores sobre las atribuciones de los alcaldes ordinarios, esto es, por un lado, solo se le dan atribuciones de juez de primera instancia; y por otro, atribuciones de gobierno y administración.
- ▶ El cabildo de la Nueva España distó mucho de gozar de una autonomía similar a la del cabildo castellano medieval, que, según De Icaza (2008, p. 281), “fue casi nada más que el nombre territorial y administrativo; no fue nunca una entidad política como el de España y con ese carácter no existió en la época colonial ni ha sido posible crearlo después”.
- ▶ A pesar de las *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680 en que se presentaban como atribuciones de los alcaldes ordinarios las cuestiones civiles y criminales, estos también fungían como administradores de los problemas de la ciudad.
- ▶ Los alcaldes ordinarios llegaron a poseer mandatos especiales para realizar funciones como administradores de la Real Hacienda.

REFERENCIAS

- Alonso Martínez, I. (2009). Vocabulario medieval contenido en el texto y documentos. *Antigüedad y Cristianismo*, 26, 327-340. Recuperado de <https://revistas.um.es/ayc/article/view/388131>
- Alvarado Morales, M. (1979). El cabildo y Regimiento de la Ciudad de México en el siglo XVII: un ejemplo de la oligarquía criolla. En *Historia Mexicana*, 28(4), 489-514. Recuperado de <http://aleph.academica.mx/jsui/bitstream/56789/24820/1/28-112-1979-0489.pdf>
- Archivo Histórico del Municipio de Puebla. 2018. *Sección de Actas de cabildo*. Puebla, México: Autor.
- Ard Boone, R. 2014. *Mercurino di Gattinara and the Creation of the Spanish Empire*. Londres: Pickering & Chatto.
- Barrios Escobar, L. E. (1996). *La alcaldía indígena en Guatemala: época colonial (1500-1821)*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Dougnac Rodríguez, Antonio. (1998). *Manual de historia del derecho indiano*. Ciudad de México, México: McGraw-Hill.
- Escudero, J. A. (2003). *Curso de Historia del Derecho: fuentes e instituciones político-administrativas*. Madrid, España: Edisofer.
- Flores Olea, A. (1970). Los regidores de la ciudad de México en la primera mitad del siglo XVII. *Estudios de Historia Novohispana*, 3(3). <http://dx.doi.org/10.22201/iih.24486922e.1970.003.3226>
- Icaza Dufour, F. de. (2008). *Plus ultra: la monarquía católica en Indias, 1492-1898. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en sus primer centenario*. Ciudad de México, México: Porrúa.

- Lorenzana de la Puente, F. (2003). Jueces y pleitos: la administración de la justicia en la baja Extremadura en el Antiguo Régimen. *Hispania: Revista Española de Historia*, 63(213), 29-73. <https://doi.org/10.3989/hispania.2003.v63.i213.234>
- Mazín, Ó. (2013). Leer la ausencia: las ciudades de Indias y las Cortés de Castilla, elementos para su estudio (siglos XVI y XVII). *Historias*, 84, 99-110. Recuperado de https://www.estudioshistoricos.inah.gob.mx/revistaHistorias/wp-content/uploads/Historias_84_99-110.pdf
- Salazar Andreu, J. P. (2017a). *Historia del derecho EDC*. Puebla, México: s. e.
- Salazar Andreu, J. P. (2017b). *Mercurino Arborio Gattinara, el Gran Artífice Intelectual de la Fundación de la Puebla de los Ángeles*. Ciudad de México, México: s. e.
- Sánchez Bella, I., Díaz Rementería, C. y Hera, A. de la. (1992). *Historia del derecho indiano*. Madrid, España: Mapfre.
- Tomas y Valiente, F. (2008). *Manual de historia del derecho indiano*. Madrid, España: Tecnos.
- Zerón Zapata, M. y Fernández de Santa Cruz, M. de. (1945). *La Puebla de los Angeles en el siglo XVII*. Ciudad de México, México: Patria.