



LOS LIBERTADORES  
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA

IURIS

REVISTA

VIA

IURIS

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES

VIA IURIS	Bogotá Colombia	Número 22	pp. 284	Enero Junio	2017	ISSN IMPRESO 1909-5759
						ISSN DIGITAL 2500-803X

### Revista VIA IURIS

ISSN IMPRESO: 1909-5759

ISSN DIGITAL: 2500-803X

### DIRECTOR

John Jairo Morales Alzáte

### EDITORIA

Paula Lucía Arévalo Mutiz

### COEDITORIA

Yenny Parra Zuluaga

### COMITÉ EDITORIAL

Ph.D. María Inés Bergoglio  
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina  
Mg. José Gerardo Candamil Pinzón  
Fundación Universitaria Los Libertadores, Colombia  
Ph.D. Elsie Núñez Carpizo  
Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México  
Ph.D (c). Yesit Leonardo Silva Medina  
Universidad Nacional de Colombia  
Post Ph.D. Felipe Dutra Asensi  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
Mg. Santiago Patarroyo Rengifo  
Universidad Autónoma de Colombia, Colombia  
Ph.D. Bernd Marquardt  
Universidad Nacional de Colombia, Colombia  
Ph.D. Beatriz Londoño Toro  
Universidad del Rosario, Colombia  
Ph.D. Jorge Antonio Quindimil López  
Universidad de Coruña, España

### COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Óscar Guardiola Rivera  
Birkbeck University of London, Inglaterra  
Ph.D. Guilherme Leite Gonçalves  
Fundación Getulio Vargas, Brasil  
Ph.D. José Antonio Pastor Ridruejo  
Universidad Complutense de Madrid, España  
Ph.D. Santiago Manuel Álvarez  
Universidad de Murcia, España  
Mg. Luís Emiro Pérez Navarro  
Universidad del Táchira, Venezuela  
Ph.D. Farid Samir Benavides Vanegas  
Profesor asociado de la Universidad de Los Andes, Colombia  
Prof. Fernando Velásquez Velásquez  
Universidad Sergio Arboleda, Colombia  
Esp. Diego Fernando Victoria Ochoa  
Universidad Libre, Colombia  
Ph.D. Juan Cianciardo  
Universidad Austral, Argentina  
Ph.D. Alexandra Tomaselli  
Institute for Minority Rights de la  
European Academy of Bolzano/Bozen -  
Academia Europea de Bolzano/Bozen, Italia  
Ph.D. Dora García Fernández  
Universidad Anáhuac, México  
Ph.D. Silvana Sciortino  
Universidad Nacional de La Plata, Argentina  
Ph.D. Gerardo Eto Cruz  
Universidad Nacional de Trujillo, Perú

### REVISTA



### COORDINACIÓN EDITORIAL

Diego Alejandro Martínez Cárdenas

### DISEÑO GRÁFICO

Liliana Ahumada Castañeda  
olor.atinta@gmail.com

### IMÁGENES

**DE PORTADA E INTERNAS**  
Antonio Jacanamijoy  
artcolombian@gmail.com

### CORRECCIÓN DE ESTILO

Laura Rodríguez Mejía

### TRADUCCIÓN INGLÉS

Franz Mauricio Castro Barahona

### TRADUCCIÓN PORTUGUÉS

Andrés Felipe Borraez Álvarez

### TRADUCCIÓN FRANCÉS

Jean Gary Apollon

### PERIODICIDAD

Semestral

### NÚMERO DE EJEMPLARES

100

### DEPÓSITO LEGAL

**Contribuciones, suscripción  
o canje dirigirse a:**

**Revista Via Iuris**

**Fundación Universitaria Los Libertadores**

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas  
y Relaciones Internacionales

**Centro de Investigaciones Sociojurídicas**

Cra. 16 No. 63A - 68, Sede Administrativa  
Oficina 307, Bogotá (Colombia)

[iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co)

Teléfono +57 (1) 254 47 50

Ext. 3202/3204

Versión electrónica:

<http://revistas.libertadores.edu.co/>



**LOS LIBERTADORES**  
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA

#### DIRECTIVOS

JUAN MANUEL LINARES VENEGAS  
Presidente del Claustro

SONIA ARCINIEGAS BETANCOURT  
Rectora

ORLANDO SALINAS GÓMEZ  
Vicerrector Académico

VÍCTOR CAMILO MAESTRE SOCARRAS  
Vicerrector de Educación Virtual y a Distancia

LUIS IGNACIO AGUILAR ZAMBRANO  
Director de Investigación

DIEGO ALEJANDRO MARTÍNEZ CÁRDENAS  
Editor Institucional

JOHN JAIRO MORALES ALZÁTE  
Decano Facultad de Derecho, Ciencias Políticas  
y Relaciones Internacionales

PAULA LUCÍA ARÉVALO MUTIZ  
Gestora Centro de Investigaciones Socio  
jurídicas Facultad de Derecho, Ciencias  
Políticas y Relaciones Internacionales

#### INDIZACIONES Y SISTEMAS DE RESÚMENES BIBLIO-HEMEROGRÁFICOS Y DIRECTORIOS

Versión electrónica:

<http://revistas.libertadores.edu.co/>

Indexada en la Red de Revistas Científicas de  
América Latina y el Caribe, España y Portugal  
REDALYC

<http://redalyc.uaemex.mx/>



Índice Internacional de Revistas  
Actualidad Iberoamericana  
<http://www.citrevistas.cl/b2.htm>

**Actualidad Iberoamericana**  
Índice Internacional de Revistas

El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de los autores y no compromete el criterio del director, editor o de la Institución. Los textos pueden reproducirse parcialmente citando la fuente. Los autores deben ceder sus derechos de autor para que el artículo y materiales sean reproducidos, publicados, editados, fijados, comunicados y transmitidos públicamente en cualquier forma o medio.

(Ver cesión de derechos y autorización de uso, pp. 278 y 279)

# CONTENIDO

9-10

**PRESENTACIÓN**

John Jairo Morales Alzate &amp; Paula Lucía Arévalo Mutiz

13-29

**ÁREA JURÍDICA****Un estudio a la filosofía política de John Rawls en la aproximación a la Constitución Política de Colombia de 1991**

Daniel Alfonso Barragán Ronderos &amp; Luis Alfredo Castellanos Castellanos

31-43

**La conciliación y la mediación en el proceso penal colombiano**

Laura Andrea Acosta Zárate &amp; Ricardo Hernán Medina Rico

45-59

**Entre la culpa presunta y la responsabilidad objetiva**

Andrés Felipe Cadena Casas

61-85

**La garantía en el contrato interadministrativo, un imperativo para evitar el riesgo al patrimonio del Estado**

Olga Lucila Lizarazo Salgado &amp; Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco

89-108

**ÁREA SOCIOJURÍDICA****Políticas de identidad en los Encuentros Nacionales de Mujeres (Argentina): momentos coyunturales en la conformación de una agenda política**

Silvana Sciortino

109-126

**Leyes patriarcales y sus inscripciones en cuerpos femeninos: La implicación de la clandestinidad en itinerarios abortivos vividos en la capital de Bahía**

Paula Rita Bacellar Gonzaga &amp; Lina María Brandão de Aras

127-148

**Producción espacial para lograr la paz en Colombia**

Luis Carlos Olaya Amézquita, Edgar Ricardo Naranjo Peña &amp; Juan David Guevara Salamanca

149-164

**Participación ciudadana en contexto: tendencias y modelos de juicios con jurados en clave sociojurídica**

Santiago Abel Amietta

167-185

**ÁREA DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA****Políticas públicas para la asistencia a víctimas de trata de personas en Colombia: estado del arte 2005-2016**

Nancy Edith Alarcón Moreno

189-208

**ÁREA DERECHO Y HUMANIDADES****Reto del Hambre Cero: una estrategia de las Naciones Unidas, su relevancia en la agenda mundial y su trascendencia en Colombia**

Eddy Fernando Pinzón Ruge

209-222

**Aproximación del MIGA a la economía latinoamericana y las oportunidades de inversión en Colombia**

Fernando Chavarro Miranda &amp; Alexander Sellamén Garzón

225-244

**RESEÑA****El derecho general de la personalidad**

Edna Raquel Hogemann

245

**INSTRUCCIONES PARA COLABORADORES**



# CONTENT

9-10

## PRESENTATION

John Jairo Morales Alzate & Paula Lucía Arévalo Mutiz

## JURIDICAL AREA

13-29

**A study of John Rawls political philosophy in the approach to the 1991 Colombian Political Constitution**

Daniel Alfonso Barragán Ronderos & Luis Alfredo Castellanos Castellanos

31-43

**Conciliation and mediation in the Colombian penal process**

Laura Andrea Acosta Zárate & Ricardo Hernán Medina Rico

45-59

**Between the alleged guilt and liability**

Andrés Felipe Cadena Casas

61-85

**The guarantee in the inter-administrative contract, an imperative to avoid the risk on the State patrimony**

Olga Lucila Lizarazo Salgado & Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco

## SOCIO-LEGAL AREA

89-108

**Identity policies in the National Women´s Meetings (Argentina): relevant moments in the political agenda construction**

Silvana Sciortino

109-126

**Patriarchal laws and their inscriptions in female bodies: the implication of hiding in abortive itineraries lived in the capital of Bahia**

Paula Rita Bacellar Gonzaga & Lina María Brandão de Aras

127-148

**Space production for peace in Colombia**

Luis Carlos Olaya Amezquita, Edgar Ricardo Naranjo & Juan David Guevara Salamanca

149-164

**Citizen participation in context: trends and models of jury trials in social and legal situation key**

Santiago Abel Amietta

## AREA OF LAW AND POLITICAL SCIENCE

167-185

**Public policies for assistance to victims of human trafficking in Colombia: state of the art 2005-2016**

Nancy Edith Alarcón Moreno

## LAW AND HUMANITIES AREA

189-208

**Zero Hunger Challenge: a strategy of the United Nations, its relevance in the world agenda and its importance in Colombia**

Eddy Fernando Pinzón Ruge

209-222

**MIGA's approach to the Latin American economy and investment opportunities in Colombia**

Fernando Chavarro Miranda & Alexander Sellamén Garzón

## REVIEW

225-244

**The general right of personality**

Edna Raquel Hogemann

253

## INSTRUCTIONS FOR CONTRIBUTORS



# CONTEÚDO

9-10

## APRESENTAÇÃO

John Jairo Morales Alzate &amp; Paula Lucía Arévalo Mutiz

13-29

## ÁREA JURÍDICA

Um estudo à filosofia política de Jhon Rawls na abordagem à Constituição Política da Colômbia de 1991

Daniel Alfonso Barragán Ronderos &amp; Luis Alfredo Castellanos Castellanos

31-43

Conciliação e a mediação no processo penal colombiano

Laura Andrea Acosta Zárate &amp; Ricardo Hernán Medina Rico

45-59

Entre culpa presumida e responsabilidade objetiva

Andrés Felipe Cadena Casas

61-85

A garantia no contrato inter-administrativo, um imperativo para evitar o risco ao patrimônio do Estado

Olga Lucila Lizarazo Salgado &amp; Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco

89-108

## ÁREA SOCIOLEGAIS

Políticas de identidade nas Reuniões Nacionais de Mulheres (Argentina): momentos de conjuntura na conformação de uma agenda política

Silvana Sciortino

109-126

Leis patriarcais e suas inscrições em corpos femininos: a implicação da clandestinidade em itinerários abortivos vividos na capital da Bahía

Paula Rita Bacellar Gonzaga &amp; Lina María Brandão de Aras

127-148

Produção espacial para alcançar a paz na Colômbia

Luis Carlos Olaya Amezquita, Edgar Ricardo Naranjo &amp; Juan David Guevara Salamanca

149-164

Participação cidadã no contexto: tendências e modelos de julgamentos com juris em chave sociojurídica

Santiago Abel Amietta

167-185

## ÁREA DIREITO E CIÊNCIA POLÍTICA

Políticas públicas de assistência às vítimas do tráfico de pessoas na Colômbia: estado da arte 2005-2016 Nancy

Edith Alarcón Moreno

189-208

## ÁREA DIREITO E HUMANIDADES

O Desafio da Fome zero: uma estratégia das Nações Unidas, sua relevância na agenda mundial e sua importância na Colômbia

Eddy Fernando Pinzón Ruge

209-222

Aproximação da Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos (MIGA) à economia latino-americana e oportunidades de investimento na Colômbia

Fernando Chavarro Miranda &amp; Alexander Sellamén Garzón

225-244

## REVISÃO

O Direito Geral de Personalidade

Edna Raquel Hogemann

261

## ORIENTAÇÕES PARA OS AUTORES



# CONTENU

9-10

## PRÉSENTATION

John Jairo Morales Alzate & Paula Lucía Arévalo Mutiz

13-29

## CHAPITRE JURIDIQUE

Une étude de la philosophie politique de John Rawls dans l'approche de la Constitution politique de la Colombie de 1991

Daniel Alfonso Barragán Ronderos & Luis Alfredo Castellanos Castellanos

31-43

La conciliation et médiation dans le processus pénal colombien

Laura Andrea Acosta Zárate & Ricardo Hernán Medina Rico

45-59

Entre la culpabilité présumée et la responsabilité objective

Andrés Felipe Cadena Casas

61-85

La garantie dans le contrat inter-administratif, un impératif pour éviter le risque au patrimoine de l'État

Olga Lucila Lizarazo Salgado & Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco

89-108

## CHAPITRE SOCIAL ET JURIDIQUE

Politiques d'identité dans les Rencontres nationales des femmes (Argentine): moments conjoncturels dans la formation d'un agenda politique

Silvana Sciortino

109-126

Les lois patriarcales et leurs inscriptions dans l'humanité féminines: l'implication de se cacher dans des itinéraires avortés vécus dans la capitale de Bahia

Paula Rita Bacellar Gonzaga & Lina María Brandão de Aras

127-148

Production spatiale pour parvenir à la paix en Colombie

Luis Carlos Olaya Amezcuita, Edgar Ricardo Naranjo & Juan David Guevara Salamanca

149-164

La participation citoyenne en contexte: tendances et modèles de jugements avec des jurys clé sociojuridique

Santiago Abel Amietta

167-185

## CHAPITRE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Politiques publiques d'assistance aux victimes de la traite des êtres humains en Colombie: état des lieux 2005-2016

Nancy Edith Alarcón Moreno

189-208

## CHAPITRE DROIT ET HUMANITES

Défi Zéro Faim: une stratégie des Nations Unies, sa pertinence dans le programme mondial et son importance en Colombie

Eddy Fernando Pinzón Ruge

209-222

Rapprochement de MIGA à l'économie latino-américaine et les opportunités d'investissement en Colombie

Fernando Chavarro Miranda & Alexander Sellamén Garzón

225-244

## REVUE

O Direction générale de la personnalité

Edna Raquel Hogemann

269

## MANUEL POUR LES ASSOCIE(E)S







---

# Presentación

El Derecho como parte de las Ciencias Sociales, tiene como deber aportar a la solución de problemáticas que atañen a la sociedad, en este propósito debe proponer un ejercicio dialógico con otras áreas del saber que hagan posible la transformación social, mediante apuestas de innovación y construcción de tecnologías sociales, lo que significa, en otras palabras que la investigación jurídica y sociojurídica debe proveer la posibilidad de generar cambios y lograr una metamorfosis del entorno social a través de ajustes en prácticas sociales objetivas que se concreten en soluciones y nuevas apuestas que sustenten de manera prospectiva el desarrollo humano y social.

En ese orden de ideas, la Revista *Vía Iuris*, en su número 22, presenta los resultados de algunas investigaciones, discusiones actuales y reflexiones que dan cuenta de propuestas provenientes de diversas latitudes e intereses investigativos.

Este número cuenta con cinco secciones y un grupo de artículos escogidos para su conformación que se detallan a continuación:

La primera sección, corresponde al área jurídica, integrada por cuatro documentos, así:

“Un estudio a la filosofía política de John Rawls en la aproximación a la Constitución Política de 1991”, reflexión realizada por los investigadores Daniel Alfonso Barragán Ronderos y Luis Alfredo Castellanos Castellanos, quienes retoman las obras de John Rawls y sus postulados sobresalientes en lo atinente a la definición de justicia presente de manera intrínseca en la Constitución de 1991, a partir de principios que preconizan la igualdad, el reconocimiento de la diferencia y dignidad, unos y otros, que hacen posible concretar fallos en los que se interpretan situaciones y materializan derechos y libertades que permiten concretar una justicia social y económica, vista entonces la justicia como equidad para la

edificación de una sociedad como la colombiana en clave de justicia y paz.

“La conciliación y la mediación en el proceso penal colombiano”, escrito por Laura Andrea Acosta Zárate y Ricardo Hernán Medina Blanco, texto en el que los autores abordan dos de los mecanismos posibles para lograr la terminación anticipada del proceso penal en Colombia, a saber: la conciliación y la mediación, las anteriores que buscan desjudicializar el proceso penal, buscando la implementación efectiva de herramientas procesales eficientes que alienten el uso de mecanismos de alternatividad procesal a fin de permitir la descongestión y activismo penal en el país.

“Entre la culpa presunta y la responsabilidad objetiva”, texto presentado por Andrés Felipe Cadena Casas, el autor realiza un estudio acerca del cambio de régimen de imputación de responsabilidad por colisión de automotores que en el último lustro, ha pasado del régimen de culpa presunta al régimen de responsabilidad objetiva y viceversa, de forma tal que la investigación espera dilucidar las características, condiciones y régimen aplicado.

Por último, “La garantía en el contrato interadministrativo, un imperativo para evitar el riesgo al patrimonio del Estado”, investigación presentada por Olga Lucila Lizarazo Salgado y Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco, quienes indagan acerca de la ausencia de garantía en los contratos interadministrativos, circunstancia que debe exigirse a fin de evitar detrimento patrimonial de las Entidades del Estado y sus pares homónimas.

La segunda sección, corresponde al área socio-jurídica, integrada por el resultado de cuatro investigaciones, así:

En primer lugar la investigación, titulada: “Políticas de identidad en los Encuentros Nacionales de Mujeres (Argentina): momentos coyunturales en la conformación



de una agenda política”, escrito por la investigadora argentina Silvana Sciortino, trabajo que da cuenta de un proceso de construcción identitaria de mujeres pertenecientes a los pueblos originarios indígenas que construyen su agenda política a partir de sus necesidades, prioridades, contexto transnacional, nacional y regional en perspectiva de género.

En segundo lugar, la investigación realizada en Salvador capital de Bahía titulada: “*Leyes patriarcales y sus inscripciones en cuerpos femeninos: La implicación de la clandestinidad en itinerarios abortivos vividos en la capital de Bahía*”, por las profesoras Paula Rita Bacellar Gonzaga y Lina Maria Brandão de Aras, en la cual se analizan los itinerarios abortivos de cinco mujeres en Salvador, el objetivo del trabajo descansa en analizar el discurso jurídico apropiado y desarrollado las mujeres en torno a la penalización del aborto, las experiencias clandestinas y algunos temores emergentes alrededor de dichas prácticas.

En tercer lugar, se encuentra el trabajo: “*Producción espacial para lograr la paz en Colombia*”, presentado por los investigadores: Luis Carlos Olaya Amézquita, Edgar Ricardo Naranjo Peña y Juan David Guevara Salamanca, texto que presenta una propuesta de la producción espacial para la construcción de la paz, atendiendo a la espacialización del poder político, interpretación de los intentos reformistas agrarios como antecedentes de la propuesta de paz territorial acordada en La Habana, como también analizar tres casos (Cesar, Arauca y Tumaco) junto con sus retos de las conformaciones espaciales como escenarios de conflicto y el establecimiento de la paz territorial.

En cuarto lugar, el profesor Santiago Abel Amieta, presenta el trabajo titulado “*Participación ciudadana en contexto: tendencias y modelos de juicios con jurados en clave sociojurídica*”, que expone una introducción a sistemas de participación lega en la administración de justicia, que abre una oportunidad para estudiar nuevos modelos de participación en la justicia como un nuevos paradigmas de investigación sociojurídica.

La tercera sección, corresponde al área *Derecho y Ciencia Política*, en el cual se encuentra el artículo titulado: “*Políticas públicas para la asistencia a víctimas de la trata de personas en Colombia: Estado del arte 2005-2016*” escrito por la investigadora Nancy Edith Alarcón, su investigación presenta algunas de las investigaciones correspondientes a la trata de personas, con fines de explotación sexual, de allí se deriva el análisis sobre la responsabilidad institucional estatal en el diseño e implementación de una política pública a fin de dar tratamiento a esta problemática.

La cuarta sección, área *Derecho y humanidades*, está conformada por dos trabajos, a saber:

Un primer documento titulado: “*Reto del hambre Cero: una estrategia de las Naciones Unidas, su relevancia en la agenda mundial y su trascendencia en Colombia*”, del investigador Eddy Fernando Pinzón Ruge, en el cual se desarrolla del derecho a la alimentación adecuada, propiciado por la Naciones Unidas para afrontar el riesgo de hambruna y permitir el cumplimiento de los objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), el autor evalúa la importancia de esta estrategia en Colombia.

El segundo documento, “*Aproximación del MIGA a la economía latinoamericana y las oportunidades de inversión en Colombia*”, escrito por los investigadores Fernando Chavarro Miranda y Alexander Sellamén Garzón, en el cual analizan la dinámica de Organismo Multilateral de Inversión (MIGA) y sus efectos, respecto de las actividades de inversión extranjera directa.

Finalmente, este número presenta la reseña: *El derecho general de la personalidad*, escrito por la Profesora Edna Raquel Hogemann.

Esperamos que el contenido de este número editorial sea de su agrado, como también que contribuya a pensar y resignificar las diversas posibilidades del Derecho y su papel como transformador social.

Prof. John Jairo Morales Alzate -LLM-  
Director

Prof. Paula Lucía Arévalo Mutiz - Mg  
Editora

REVISTA

# VIA IURIS

LEGAL AREA  
ÁREA JURÍDICA  
CHAPITRE JURIDIQUE

Área *Jurídica*





Fecha de recepción: 29 de agosto de 2016  
 Fecha de evaluación: 14 de octubre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Un estudio a la filosofía política de John Rawls en la aproximación a la Constitución Política de Colombia de 1991\*

*Daniel Alfonso Barragán Ronderos\*\**  
*Luis Alfredo Castellanos Castellanos\*\*\**

## Citar este artículo

Barragán, D., & Castellanos, L. (2017). Un estudio a la filosofía política de John Rawls en la aproximación a la Constitución Política de Colombia de 1991. *Via Iuris*, 22, pp. 13-29.

## RESUMEN

El escrito se enfoca en una investigación documental sobre los postulados expuestos por John Rawls en las obras *Teoría de la Justicia* (1971) y *El Liberalismo Político* (1996), que lo encaminan hacia una reflexión sobre la forma en que dichos postulados han evolucionado, principalmente en materia de derechos humanos, a partir de los principios de igualdad y dignidad presentes en la doctrina rawlsiana para hacer una interpretación constitucional. En el análisis jurisprudencial, se presenta un resultado en cuanto a la definición de justicia presentada por Rawls, frente a la definición que se infiere en la Constitución de 1991 de Colombia, debido a que se determina una aproximación a los principios de igualdad y de diferencia. Además, se infiere una correlación entre la equidad como principio para determinar la justicia en la sociedad, tratando de forma distinta a quien en situación de desventaja debe ser tratado de manera diferencial.

\* Este artículo es resultado del proyecto de investigación: "La construcción democrática inmersa en la Constitución de 1991" (2015-2016), del Grupo de Investigación Teoría del Derecho, la justicia y la política, de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. (Periodo 2015-2016). Bogotá (Colombia).

\*\* Coordinador de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. Miembro del grupo de investigación: Teoría del Derecho, la justicia y la política, reconocido por Colciencias, categoría C. Correo electrónico: [daniel.barragan@ugc.edu.co](mailto:daniel.barragan@ugc.edu.co)

\*\*\* Docente Auxiliar adscrito a la Coordinación de Investigaciones de la facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. Miembro del grupo de investigación: Teoría del Derecho, la justicia y la política. Correo electrónico: [luis.castellanos@ugc.edu.co](mailto:luis.castellanos@ugc.edu.co)

## Palabras clave

Consenso traslapado, Constitución Política de Colombia de 1991, contractualismo, liberalismo político, principio de diferencia, principio de igualdad, teoría de la justicia de Rawls.

## A study of John Rawls political philosophy in the approach to the 1991 Colombian Political Constitution

*Daniel Alfonso Barragán Ronderos*  
*Luis Alfredo Castellanos Castellanos*

### ABSTRACT

The paper focuses on a documentary research on the principles presented by John Rawls in *Teoría de la Justicia* (1971) and *El Liberalismo Político* (1996), which leads him towards a reflection on the way in which those principles have evolved; mainly in the human rights field based on the principles of equality and dignity, presented in the Rawlsian doctrine, to make a constitutional interpretation. In the jurisprudential analysis, it is presented a result in terms of the definition of justice set by Rawls, against the definition inferred in the 1991 Colombian Constitution, due to the fact that an approximation to the principles of equality and difference are determined. In addition, it is inferred a correlation between equity as a principle for determining the justice in society, trying differently to whom at a disadvantage should be treated differentially.

### Keywords

Overlapping consensus, 1991 Colombian Political Constitution, contractual, political liberalism, principle of difference, the principle of equality, a Rawls theory of justice.

## Um estudo à filosofia política de Jhon Rawls na abordagem à Constituição Política da Colômbia de 1991

*Daniel Alfonso Barragán Ronderos*  
*Luis Alfredo Castellanos Castellanos*

### RESUMO

Este artigo centra-se em uma pesquisa documental sobre os postulados expostos por Jhon Rawls nas obras Teoria da justiça (1971) e O liberalismo político (1996), que o levaram a uma reflexão sobre o modo como esses postulados evoluíram, principalmente em matéria de direitos humanos, com base nos princípios de igualdade e dignidade presentes na doutrina rawlsiana para fazer uma interpretação constitucional. Na análise jurisprudencial, apresenta-se um resultado em relação à definição de justiça apresentada por Rawls, em comparação com a definição que é inferida na Constituição de 1991 da Colômbia, uma vez que determina-se uma abordagem dos princípios de igualdade e diferença. Além disso, uma correlação é inferida entre a equidade como um princípio para determinar a justiça na sociedade, tratando de forma diferente aqueles que estão em desvantagem ser tratados diferencialmente.

### Palavras-chave

Consenso sobreposto, Constituição Política da Colômbia de 1991, Contratualismo, Liberalismo político, Princípio de diferenciação, Princípio de igualdade, Teoria da justiça de Rawls

## Une étude de la philosophie politique de John Rawls dans l'approche de la Constitution politique de la Colombie de 1991

*Daniel Alfonso Barragán Ronderos*  
*Luis Alfredo Castellanos Castellanos*

### RÉSUMÉ

L'article se concentre sur une recherche documentaire sur les postulats exposés par John Rawls dans les ouvrages *Theory of Justice* (1971) et *Political Liberalism* (1996), qui l'amènent à réfléchir sur la manière dont ces postulats ont évolué, principalement en matière de droits de l'homme, sur la base des principes d'égalité et de dignité présents dans la doctrine rawlsienne pour en faire une interprétation constitutionnelle. Dans l'analyse jurisprudentielle, un résultat est présenté concernant la définition de la justice présentée par Rawls, comparée à la définition qui est déduite dans la Constitution de 1991 de la Colombie, parce qu'une approximation des principes d'égalité et de différence est déterminée. En outre, une corrélation entre l'équité est déduite comme un principe pour déterminer la justice dans la société, en traitant différemment ceux qui sont défavorisés devraient être aussi traités différemment.

### Mots-clés

Consensus de chevauchement, Constitution politique de la Colombie de 1991, le contractualisme, le libéralisme politique, le principe de la différence, le principe de l'égalité, la théorie de la justice de Rawls.

## INTRODUCCIÓN

La teoría de la justicia de John Rawls (1971), tiene un reconocimiento global por la actualidad que le aporta a la doctrina del contrato social, y es fundamental para comprender cómo se construyen las sociedades, cómo se preservan los derechos humanos y cómo se establece el consenso desde los acuerdos de convivencia, que se refrendan en el escenario nacional. Además, incluye un derecho de gentes que caracteriza su argumentación a nivel internacional.

Se debe considerar que Rawls expone en su teoría un nuevo enfoque, desde el liberalismo político, que combina aspectos de “la social democracia europea” (Nagel, 2003, p. 221), que representa una nueva forma de observar la política y la organización democrática a favor de la justicia social.

La filosofía política de Rawls ha sido de suma importancia dentro de las nuevas teorías contractualistas, la idea de justicia que plantea parece ser ideal, sus postulados basados en los principios de libertad y diferencia se han estudiado ampliamente por quienes se han dedicado al estudio de las estructuras sociales.

Resulta importante realizar algunas reflexiones a los postulados esenciales propuestos por Rawls acerca de la idea de justicia, y de su representación en la Constitución Política colombiana de 1991 como documento, que si bien en *stricto sensu* no es el contrato social del que hablaba Rousseau, es la disposición normativa que más se le asemeja.

La investigación se hace necesaria en la medida que el término *justicia*, como uno de los fines últimos del Estado social de derecho colombiano, resulta etéreo al momento de estudiarlo, ya que responde a una multiplicidad de variables que impiden concretar su alcance. Por tal motivo, es importante ubicarse desde una posición filosófica de estudio para poder aproximarse al ideal de justicia; para el caso, la investigación utiliza la concepción rawlsiana, que implica la comprensión de la justicia como equidad, que determina iguales derechos y una distribución racional de recursos para privilegiar a los menos aventajados, esto en favor del principio de igualdad y de los bienes básicos (Rawls, 1971), que en últimas permite entender el alcance político y jurídico que se le puede dar a la aplicación y

protección de los derechos y libertades fundamentales, para que sean vistos en términos de justicia.

La investigación es pertinente, ya que en el contexto jurídico colombiano, en el que la evolución constante de este en materia de protección y promoción de los derechos humanos parece estar posicionándose de manera más fuerte, resulta imperioso conocer de manera clara cuál es el ideal político de la sociedad, para luego de ello, poder aplicar el derecho de manera más justa. Quien se interese en el estudio político del poder constituyente y de la ponderación de derechos y principios fundamentales para la consecución de justicia, debe conocer el análisis realizado en esta oportunidad.

Por otra parte, el Estado social de derecho que propugna la Constitución colombiana de 1991, cuenta con una legitimación en sentido ascendente, es decir, el pueblo de Colombia, como bien lo indica el inicio de aquella carta política, es el que detenta el poder, delegando parte de su soberanía al gobernante para que este se la retribuya de forma regulada y protegida. Sin embargo, en tratándose de términos de justicia, se generan ineludiblemente desequilibrios, por cuanto quienes se encargan de la administración de esta están permeados por sus propios intereses.

Se hace necesario establecer parámetros de control que permitan la correcta administración de la justicia, no solo para quien hace las veces de juez, sino para las otras ramas del poder público, toda vez que son ellas quienes se encargan de crear las leyes y administrar los derechos y las libertades fundamentales.

Para los efectos, múltiples autores se han preocupado por señalar el camino para la correcta aplicación y administración de la justicia. Escuelas *ius* naturalistas, *ius* positivistas, relativistas, pragmáticas, etc. se han esforzado por establecer sus propios parámetros. Sin embargo, dado el contexto jurídico colombiano se considera que la teoría contractualista se ajusta idealmente, claro está, en la modesta opinión de los autores. Por todo ello, John Rawls, quien se adscribe a la citada escuela contractualista, se aventura a esclarecer cómo se aplica la teoría de la justicia en la sociedad, lo que supone un punto de partida que permite un análisis de tal posición filosófica, con la enunciada sobre justicia y legitimidad de su aplicación, en la Constitución colombiana de 1991.

Así pues, surge la pregunta: ¿cómo se ve aplicada la filosofía política de John Rawls de las obras *Teoría de la Justicia* (1971) y *El Liberalismo Político* (1996), en lo determinado por la Constitución Política de Colombia de 1991? que permitirá establecer la representación de los postulados propuestos por Rawls sobre el concepto de justicia en la Constitución Política de Colombia de 1991, para luego determinar si existe armonía entre aquellos, o si resultan disonantes entre sus ideales.

Para resolver la pregunta de investigación propuesta, es necesario contextualizar al lector con los principales conceptos que propone John Rawls, por un lado: abordar el contenido y alcance del principio de la justicia en las obras *Teoría de la Justicia* (1971) y *El Liberalismo Político* (1996), para a continuación establecer cómo evolucionan los postulados de justicia en el contenido de las obras anteriormente citadas, y finalmente, señalar cómo se ve representado el concepto de justicia que señala Rawls en la Constitución Política de Colombia de 1991.

## METODOLOGÍA

La presente investigación utiliza un enfoque cualitativo: se “enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto” (Hernández, 2014, p. 334); además, tiene un alcance exploratorio por cuanto “el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado” (Hernández, 2014, p. 91) ya que no se evidencia mucha literatura sobre la idea de justicia en el contexto de la Constitución Política colombiana de 1991, y mucho menos desde la óptica filosófica de John Rawls. Asimismo, cuenta con un alcance descriptivo (Sampieri, 2014), ya que especifica las propiedades y características de la filosofía política rawlsiana, frente a la filosofía de justicia en el marco de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Por su parte, el presente artículo se fundamenta en una revisión documental, que se basa en el seguimiento de las obras de John Rawls, a partir del estudio de la evolución de su teoría de la justicia (1971) hasta el liberalismo político (1996). Como lo indican Rodríguez y Valldeoriola (2007) “La elaboración del marco teórico a partir de la revisión documental resulta imprescindible, ya que, fundamentalmente, nos permite delimitar con mayor precisión nuestro objeto de estudio y constatar el estado de la cuestión” (p. 18).

La teoría de la justicia (1971) de John Rawls sirve como doctrina jurídica, que se aplica en la defensa de los derechos humanos; además, su evolución en el liberalismo político (1996), va en pro del cumplimiento de la igualdad, la libertad y el respeto a la vida.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Los principios de la justicia y su evolución en el liberalismo político

Las sociedades en su propia construcción han propendido por una multiplicidad de valores, cada uno de estos mejor o peor calificados dependiendo del querer de sus asociados; sin embargo, hay ciertos intereses que parecen ser comunes a cualquier sociedad, aunque pareciera que en casi ninguna se concreta más que en una práctica semántica de convencimiento propio sin resultados concretos, es decir, el pueblo se proyecta algunos fines esenciales, pero la sociedad funciona de forma diferente.

De aquellos valores comunes, se destaca *la justicia*, término que pareciera alejarse cada vez que un autor se interesa en establecerle un cerco que la delimite. Asimismo, son muchos autores quienes han tratado de definirla desde Platón, Aristóteles y Ulpiano, hasta Tomás de Aquino, entre otros; pese a las múltiples reflexiones, no se ha concretado su definición.

Es de resaltar que el concepto *justicia* es uno de los postulados esenciales plasmado en la Constitución Política de Colombia de 1991. Este valor aparece desde el preámbulo, al establecer como fin esencial el “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia” (p. 13 [Preámbulo]). Idea que se concreta luego, en el artículo segundo de la misma carta normativa, al indicar que son fines esenciales del Estado: “la vigencia de un orden justo” (p. 13 [artículo 2]).

Es por la importancia que se le ha dado a la justicia como constructo social, que el autor John Rawls dedicó parte de su trabajo a señalar el método más efectivo para lograr alcanzarla, claro, no como fin último, sino como parte de un orden social adecuado para todos sus asociados.

Así pues, los contratos sociales requieren de unos supuestos mínimos para que las sociedades funcionen, idea defendida por Rousseau (1988), Hobbes (1979), Locke (2006) y finalmente Rawls, quien en su obra

La *Teoría de la Justicia* (1971) explica que el término *justicia* se debe fundamentar esencialmente en dos ideas: la libertad y la igualdad diferenciada, este último con dos características esenciales: la primera, igualdad de oportunidades y la segunda, la lucha contra la desigualdad.

Las anteriores nociones resultan ser difíciles de aplicar, ya que quién se encuentre en esa primera posición original —la que le da vida al contrato social— no puede deslindarse de su propia historia; es necesario que estas se construyan desde una hipotética posición original, en la cual los integrantes de la sociedad se “sienten a negociar cegados” con el “velo de ignorancia”; velo que les posibilitaría maximizar las concepciones morales sobre los materiales, para la generación de los principios que fundamentarán la sociedad.

Es decir, ya que le es imposible a la persona negociadora deslindarse de sus propios intereses, es necesario separarlo de aquellos deseos, ubicándolo en una posición donde no le sea posible saber qué lugar ocupa en la sociedad, para que así busque favorecer a todos los sectores de la misma, ya que el negociador no sabrá que parte le tocará de lo acordado. A tal método de objetividad, Rawls (1971) le da el nombre de *velo de ignorancia*.

En cuanto a la aplicación de los principios de justicia, siempre se conservará un orden lexicográfico, lo que quiere decir que su cumplimiento, está determinado de acuerdo al orden sucesivo. Así las cosas, la igual libertad, como el primer principio del que habla Rawls, que no se refiere tan solo al cumplimiento de la libre movilidad, sino al derecho a vivir libremente<sup>1</sup>, debe ser cumplido ante todo.

Se tiene que el derecho a la libertad personal, libertad de expresión, libertad de pensamiento y libertad de locomoción, defendidos por Rawls (1996), son protegidos de manera reforzada en el ordenamiento jurídico colombiano, ubicadas como principio orientador del mismo Estado, además de como derechos fundamentales.

Asimismo, sobre el principio que le es subsiguiente, el de la igualdad, Rawls (1971) sostiene que

este no se debe entender de forma absoluta; el hecho de entregar los mismos beneficios a todos los integrantes de una sociedad, solo causaría perjuicio a la misma. Así que integra el elemento de la “diferencia” para ubicar a la igualdad dentro de un plano más específico.

Rawls dilucida a la igualdad como un principio orientador que no puede faltar en la consecución de una sociedad justa, “la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones” (2006, p. 17), así las cosas, “en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente” (Rawl, 2006, p. 17).

No obstante, este concepto de igualdad no se entiende de una manera absoluta; Rawls acepta la desigualdad, entendiendo que aquel factor le permite a una sociedad avanzar. Para que el elemento de igualdad aparezca, debe darse el factor de la “diferencia”. Entonces “las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como b) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades” (2006, p. 88).

Esta posición es similar a la adoptada por la jurisprudencia colombiana, en la que a través de la figura jurídica conocida como: “juicio integrado de igualdad”, se avanzó estructuralmente en el análisis de las ponderaciones a los derechos fundamentales colindantes, demarcando la solución jurídica a la prevalencia de un derecho por sobre otro derecho. Es de resaltar que esta figura jurídica mencionada, se denominaba hasta antes de la sentencia C-015 de 2014: test de proporcionalidad, test de razonabilidad o test de igualdad.

Para entender con mayor claridad la figura del “juicio integrado de igualdad”, se debe señalar que la Corte Constitucional colombiana, a partir de la sentencia C-015 de 2014, la estructuró con tres etapas de análisis, que se ven cumplidas al:

- (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la

<sup>1</sup> Lo que implica un acuerdo entre las partes, para maximizar la posibilidad de extender las libertades de todos los individuos, sin que se llegue a imponer injusticias sobre cualquiera de ellos a favor de la mayoría.

comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución (Sentencia C-015, párrafo 6).

Además, añade la Corte en la citada jurisprudencia que:

El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin (Sentencia C-015, párrafo 6).

Los anteriores parámetros resultan ser una solución eficaz que ha encontrado el derecho colombiano para aplicar este segundo principio de Rawls, de manera tal que el elemento de la diferencia en la igualdad se ve claramente dilucidado.

Asimismo, es de señalar que la sentencia T-323 de 2015, del magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

En efecto, resulta importante tener en cuenta que esta Corte en diversos casos ha adelantado el denominado “test de igualdad” el cual ha tenido un proceso de evolución jurisprudencial como quiera que desde su concepción primigenia ha adoptado diversos criterios sostenidos dentro del juicio de igualdad europeo (que sigue el modelo del principio de proporcionalidad) y del modelo americano (que se fundamenta en la distinción entre tres niveles de escrutinios de igualdad) para, con posterioridad, arribar al que ha denominado “juicio integrado de igualdad” por medio del cual se ha armonizado y articulado los dos esquemas para adecuar el que mejor puede dirimir las realidades sociales de los colombianos. (Sentencia T-323, párrafo 100).

Así que básicamente, el juicio de integrado de igualdad, armoniza los “elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense” (Sentencia T-323, párr. 120).

En ese sentido, con dicha integración la Corte analiza, según los parámetros europeos:

(i) [...] si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual

no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. (Sentencia T-577, párr. 1).

Al mismo tiempo, integra el modelo norteamericano en la medida en que tiene en cuenta los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios, que varían, como se observó previamente, en estricto, intermedio y flexible. Atendiendo al tipo, se observa:

(i) estricto, [que] el trato diferente deba constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso;” en el “(ii) intermedio, [que] (...) el fin [sea] importante constitucionalmente y el medio [sea] (...) altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que [sea] suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento (Sentencia T-577, párr. 1).

Los principales conceptos nombrados anteriormente, tienen una mejora explicativa, en la posterior obra *El liberalismo político* (Rawls, 1996), donde se atiende a las críticas hechas por varios autores sobre algunos vacíos que se encontraron en su teoría.

Con el motivo de comprender cómo evoluciona el pensamiento de Rawls se realiza un análisis, donde se describe la concepción que el autor poseía sobre los principios de la justicia en su obra de 1971 y cómo la concibió posteriormente en su obra de 1996.

### Una teoría de la justicia: estudio sobre los principales conceptos de Rawls

En la obra titulada: *Teoría de la justicia*, se genera una nueva teoría contractualista, que basa sus argumentos en la idea de justicia como el principio máximo en el cual una sociedad se estructura. Es la idea de que, así como cualquier sistema debe llegar a la verdad, cualquier contrato social debe llegar a la justicia so pena de su fracaso.

Para llegar a tal concepto de justicia, el autor refiere a la conformación de una estructura social desde una posición original, como primer momento de creación del contrato social: una situación donde un grupo de individuos negocian las condiciones de justicia necesarias para una sociedad. Aquella posición original refleja ciertas restricciones, en donde:

Las alternativas que les son asequibles y el conocimiento de sus circunstancias están limitados de diversas formas. A estas restricciones me referiré como restricciones del concepto de lo justo, ya que sirven para escoger todos los principios éticos y no sólo aquellos de la justicia. Si las partes tuviesen que reconocer también principios para otras virtudes, estas restricciones se aplicarían igualmente (Rawls, 2006, p.129).

Es decir, las restricciones a las que se refiere el autor se enmarcan en la ignorancia del saber a cuál grupo representan dentro de las negociaciones; al desconocer tal cosa, el individuo será más cauto y más justo en lo pactado, logrando así que el ideal de justicia sea desarrollado de mejor forma, en razón a que se deslindan las continuas pretensiones que tienen las personas de buscar beneficios de acuerdo a sus propios intereses. En otras palabras, el *velo de la ignorancia* es la condición necesaria para que se pueda producir la *posición original*, ya que este velo crea una situación en la cual las partes contratantes no saben sus fortalezas ni sus debilidades dentro de la sociedad, así como su ubicación o ventaja dentro de la misma. Entonces lo lógico es que el individuo no se arriesgue a verse perjudicado; a tal elección, Rawls la llamó: teoría de la elección racional (*rational choice*).

Con todo esto, se genera una situación de perfecta igualdad entre las partes, que hace que se acuerde una estructura que favorezca al menos aventajado de la sociedad, es decir, *maximin*.

Ahora bien, al concepto de *maximin*, Rawls lo entiende como “una regla para escoger bajo una gran incertidumbre” (Rawls, 1971, p. 88). La regla *maximin* señala que cuando la persona se enfrenta a una situación donde debe elegir entre algo que es seguro y otro elemento que puede representar un mayor margen de beneficio, pero donde hay una probabilidad de que el elector se quede sin nada, lo correcto es elegir el segundo, ya que si está con suerte, sus beneficios serán altísimos, y si no lo está, no habrá perdido mucho y aun así podrá volver a intentarlo.

Sin embargo, pese a que la probabilidad de conseguir beneficios pueda ser alta según la regla *maximin*, quien esté construyendo ese acuerdo social no puede arriesgar nada, ya que solo existe una única oportunidad de elegir, debido a que solo existe un contrato social, y lo decidido en ese momento afectará a la sociedad por el resto de su existencia, por tal lo co-

rrecto será elegir lo seguro, así los beneficios estén mayormente limitados.

Ahora bien, en el primer principio de la justicia, cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás (Rawls, 1971). En cuanto al segundo principio de la justicia, las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (Rawls, 1971).

Así pues, la definición del concepto del orden lexicográfico se comprende como la expresión que ordena jerárquicamente los principios de la justicia y el cumplimiento que se les debe dar. Así se privilegian los principios políticos, sobre los principios sociales y principios económicos, para que de esta forma se cumpla primero con el principio de la libertad y luego con el de la igualdad. Lo que se busca es la no vulneración de las libertades por la simple obtención de unos beneficios económicos o sociales.

Finalmente, frente a los bienes primarios, se definen como la base material de la teoría, donde Rawls (1971) fundamenta la posibilidad de contabilizar la distribución que los principios consagran desde la posición original. Es el mínimo que alguien debe tener para disfrutar de sus libertades básicas. Estos mínimos se concretan en la siguiente lista de bienes primarios:

- a. Los derechos y las libertades básicas.
- b. La libertad de desplazamiento y la libre elección de ocupación en un marco de diversas oportunidades.
- c. Los poderes y las prerrogativas de los puestos y cargos de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica.
- d. Ingresos y riqueza.
- e. Las bases sociales de respeto a sí mismo (Rawls, 1971, pp. 96-97).

Así las cosas, esta teoría se convierte en una alternativa al utilitarismo clásico de Bentham y Mill (1987), quienes producen un marco teórico desde la posición del espectador parcial, donde se considera que la opción que un individuo toma, a favor de una ma-

yor utilidad, también describe lo que una sociedad concibe para el logro de sí misma.

Rawls, con su obra, da la última versión de un contrato social, considerado como un aporte novedoso en la medida en que se ajusta a una época donde el utilitarismo de la sociedad capitalista primaba. Se convierte en una alternativa teórica para quienes esperan respuestas que trasciendan el plano material, pues recupera la moralidad en el constructo social. Cabe destacar las ideas de lo justo y del constructivismo político que Rawls (2006) utiliza: “el deseo de hacer lo que es legítimo y justo es la principal forma de que disponen las personas para expresar su naturaleza como seres racionales libres e iguales” (p. 403).

Hay que considerar que la teoría de la justicia de John Rawls (1971) es democrática radical, en cuanto no posee una concepción de la justicia donde se perjudique a una minoría a favor de una mayoría dentro de una sociedad, como lo considera el utilitarismo, sino que por el contrario cree que cada grupo y persona que represente una minoría debe ser visto y tratado en igualdad de condiciones; de allí su principio de igual libertad, además de su principio de la diferencia con igualdad de oportunidades, que hace que en una estructura social no haya oprimidos.

### Liberalismo político: una mejora a la teoría de la justicia

*El liberalismo político* es la recopilación de conferencias realizadas por Rawls (1996), después de haber producido *La teoría de la justicia* (1971). La mayoría de conceptos presentes en esta obra, responden a los vacíos teóricos que no habían sido considerados en su primera obra. Por ejemplo, en una de sus conferencias, expone un complemento a su texto de 1971, en la que resuelve dos vacíos teóricos: primero, los fundamentos que sirven a las partes en la posición original, que no se explicaron suficientemente y, segundo, cuando se aplican los principios de la justicia en las etapas constitucional, legislativa y judicial, no se dio una opinión satisfactoria de cómo se especificarían más concretamente las libertades básicas (Rawls, 1996).

Cabe considerar, que al ser *El liberalismo político* una obra que complementa *La teoría de la justicia* surge una evolución de la teoría de la justicia de Rawls, puesto que se aclaran conceptos que antes no se habían tenido en cuenta, como lo fueron las desigualda-

des que podrían generar los accidentes y las enfermedades dentro de las capacidades humanas.

### Conceptos del liberalismo político

Las concepciones de la *posición original* y el *velo de la ignorancia* poseen casi la misma argumentación que en su obra inicial; el cambio que se le da a los principios de la justicia, hace que se dé un nuevo entendimiento de estos y de toda la teoría de la justicia.

En el primer principio de la justicia<sup>2</sup>, cada persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para todos (Rawls, 1996). En cuanto al segundo principio, las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: a) deben relacionarse con puestos y posiciones abiertas para todos en condiciones de plena equidad y de igualdad de oportunidades, y b) deben redundar en el mayor beneficio de los miembros menos privilegiados de la sociedad (Rawls, 1996).

Frente a los bienes primarios, en *El liberalismo político* (Rawls, 1996) se hace referencia a unas críticas realizadas por Sen (2011), quien consideraba que Rawls omitió las diferencias en las capacidades humanas que pueden aparecer desde el nacimiento, o por causa de enfermedad o accidente, al creer que todos somos libres e iguales. A esto, Rawls responde que todas las personas son capaces de ser cooperadores normales de la sociedad, y que aquellas personas que no pueden acceder a ciertos cargos, debido a sus capacidades, no sufren la violación de sus derechos porque existe un marco institucional justo de igualdad de oportunidades.

Considera Rawls que existen variaciones en las capacidades, de las cuales caracteriza cuatro tipos:

- a. variaciones en las habilidades intelectuales y morales;
- b. variaciones en las capacidades y habilidades físicas, incluidos los efectos de las enfermedades y los accidentes;
- c. variaciones en las concepciones que tienen del bien los ciudadanos; y
- d. variaciones en los gustos y en las preferencias.

2 Evolucionado de la Teoría de la Justicia hacia el liberalismo político.

La concepción de los bienes básicos o primarios es igual que en la obra *Teoría de la justicia* (Rawls, 1996).

### Comprensión de la evolución en la obra de Rawls

Al establecer pautas para el diálogo en sociedad, capaces de construir el consenso legítimo que lleve al liberalismo político de John Rawls, se hará posible la interiorización de los principios democráticos como valores que se expresan en la solidaridad y en el respeto —en todas sus formas<sup>3</sup>— se evitará la corrupción y la consecuente miseria de la sociedad.

Al estudiar la filosofía política de Rawls, se encuentra el fundamento de la provisión de las condiciones suficientes para que la dignidad humana exista y se mantenga desde el principio de la igualdad, fundamento que se podría asimilar en la institucionalidad que da sustento a la Constitución Política de Colombia de 1991, que se esgrime como marco normativo y de referencia para la estructura de derechos humanos dentro de la sociedad colombiana.

Así pues, y observando la forma como la teoría de la justicia de Rawls se expresa en el derecho de gentes (1998), aparece el sentido de la igualdad en las relaciones internacionales de los Estados del mundo. Siguiendo el antecedente kantiano, se daría la posibilidad de establecer una paz perpetua consensuada desde los principios de la teoría de la justicia, desde la reflexión sobre un modelo efectivo que se aplique en el marco de una sociedad de las naciones auténticamente mundial.

El establecimiento de la paz abre el camino al desarrollo humano igualitario con el propósito de la igualdad económica, política y social, entre todos los países del mundo, sin que haya una ruptura con el derecho a la autodeterminación de los pueblos y sin que se viole la soberanía de los Estados-nación contemporáneos, que han sido defendidos ampliamente desde el derecho consuetudinario y de forma más reciente por el derecho convencional, regentado este último por la Carta de San Francisco (1945).

Por su parte, la implicación de la teoría de la justicia en el derecho internacional abre nuevos horizontes de investigación que giran alrededor de la construcción de un gobierno global, desde los escenarios de la ONU hasta los tratados firmados por los Estados. Lo fundamental

de esta teoría de la justicia es materializar la posible igualdad entre las naciones y construir un sistema político equitativo, donde se considere al menos aventajado, y donde las potencias mundiales cesen su afán de poder, que trae como resultado la vulneración de los principios básicos de países como Colombia.

Es claro que el derecho internacional trae consigo unos principios fundamentales, uno de ellos es la igualdad soberana entre Estados, principio que aparece a la cabeza del artículo primero de la Convención de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco. Sin embargo, aquel principio se ve mermado por los intereses particulares de algunos Estados, especialmente los “poderosos”.

La *Realpolitik*, es el manejo político que los Estados aplican para situaciones concretas, que a partir de un conjunto de acciones diplomáticas, pueden manipular el contexto. Entonces, un Estado puede ser afectado en su consentimiento, ya no a través de la fuerza, el dolo o el error, sino a través de manipulaciones de otros tintes, que empujan al Estado hacia una decisión conducida, lo que pone en posiciones de desigualdad a los diferentes Estados.

### Análisis comparativo de las obras de John Rawls *Teoría de la justicia* (1971) y *Liberalismo político* (1996)

Con se explicó anteriormente, se trata de exponer sistemáticamente cómo ha evolucionado la obra de Rawls, considerando las argumentaciones que posee en su *Teoría de la justicia* y en su obra posterior del *Liberalismo político*.

John Rawls defiende una visión más social y moral de la política (según su teoría de la justicia), considerando los principios que desarrolla. El primer principio es el de igual libertad, que trata,

El debido funcionamiento de las instituciones que permita que toda persona tenga un derecho igual al conjunto más amplio de libertades que sea compatible con un conjunto semejante de libertades para todos, el segundo principio está comprendido en dos partes: a) El de igualdad equitativa de oportunidades, que se refiere a que las oportunidades deben estar vinculadas a funciones y posiciones a las cuales todos tengan igual acceso, dados los talentos requeridos, y b) el de la diferencia, que trata sobre la creación de condiciones que deben servir para el mayor be-

3 Al otro, al bienestar común, a los bienes colectivos.

neficio de los menos aventajados de la sociedad, de acuerdo a lo generado en la posición original (Botero, 2004, p. 11).

Se debe comprender, desde acá, que la teoría política de Rawls surge como contradicción al utilitarismo e intuicionismo, que revitaliza el debate sobre el estado de naturaleza de una forma innovadora para el siglo xx, que se observa en sus planteamientos sobre la posición inicial de los individuos en la sociedad.

De esta forma, “Es significativo que Rawls dedique gran parte de las primeras páginas de su Teoría de la justicia a la crítica del utilitarismo y el intuicionismo, dejando claro que se propone ofrecer una alternativa a ambos” (Contreras, 2009, p. 138).

La alternativa consiste en volver a colocar la filosofía política del consenso, a través del contrato social, en las primeras instancias del pensamiento político, estableciendo nuevos parámetros para su comprensión, en pro de la justicia social, como bien se ha discutido a lo largo del presente escrito.

### Filosofía política de Rawls en la Constitución Política de Colombia de 1991

La idea de justicia dada por Rawls en sus obras, es de cierta manera la misma que recoge la Carta Política colombiana de 1991, hecho que resulta de trascendental interés en la medida que aquella norma, la Constitución de un pueblo, para el caso colombiano, es la muestra representativa de lo que se conoce como “contrato social”. Por tal, todo lo que sea consagrado por la Constitución, adquiere per se, categoría superior, idea regentada por la noción del poder constituyente.

Es ella, la Constitución, la que encarna todo el espíritu, filosofía, ideales, costumbres... de un pueblo, por tal, se ubica en la cúspide de la pirámide kelseniana, negando así la superioridad de cualquier otra norma. Tal idea, la de la supremacía constitucional, tiene sus antecedentes en los autores: Lord Edward Coke, Alexander Hamilton Marshall, Florentino González, etc., quiénes, entendieron con claridad la legitimidad que esta norma detentaba al ser emanada directamente por el pueblo.

Así pues, la Constitución Política de Colombia de 1991, incorpora dentro del marco de un Estado social de derecho, algunos postulados emanados desde la voluntad misma del pueblo a través de sus representantes (Asamblea Nacional Constituyente), que otorga

mayor preponderancia a ciertos postulados, como la justicia, la libertad y la igualdad (principio de diferencia), entre otros.

Así las cosas, la Constitución de 1991, como desarrollo del contrato social del pueblo colombiano, recoge parte de la soberanía de este, que legitima así su superioridad. Sin embargo, su creación, pese a estar orientada al ideal de justicia, dista en parte de tal fin, ya que es de recordar, que aunque la Asamblea Nacional Constituyente permitió la creación de la nueva Constitución colombiana de 1991, a la vez admitió la participación activa de diferentes grupos representativos de la sociedad, quedando corta en la integración de toda la población, lo que a la larga se traduce en un contrato social desigual e injusto.

Empero, a pesar de tal contratiempo en la creación de la Constitución colombiana de 1991, se denota un esfuerzo por parte del constituyente primario, reforzado por la Corte Constitucional, de satisfacer el ideario de justicia, motivación que de cierta manera, y sin proponérselo, se ha acercado a lo estipulado por Rawls en sus obras: *Teoría de la justicia* (1971) y *El liberalismo político* (1996).

Es entonces, desde un análisis de las primeras disposiciones normativas de la Constitución de 1991, que las ideas de Rawls han sido desarrolladas en el texto constitucional, no como referencia directa utilizada por el constituyente primario, sino como expresión común del ideal de justicia. Lo anterior, se empieza a dilucidar en la Constitución Política de Colombia de 1991, desde el Preámbulo, el cual establece que:

EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la **justicia, la igualdad**, el conocimiento, **la libertad** y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo **que garantice un orden político, económico y social justo**, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente<sup>4</sup> (Preámbulo).

4 Negrilla fuera del texto original.

Otorgando preponderancia a los postulados de: justicia, igualdad y libertad, entre otros, que de acuerdo a lo pretendido por el constituyente primario sirven de derroteros para la construcción de una Colombia asentada en el concepto de dignidad humana, con miras al desarrollo de una verdadera justicia política con implicaciones jurídicas.

Asimismo, el artículo segundo, de los fines esenciales del Estado, enmarca la “vigencia de un orden justo” (Constitución Política, 1991) como premisa fundante que orienta la actividad estatal en sus diferentes ramas del poder público. Concepto que desarrolla el término de la justicia, pero que no es en esencia tal postulado, ya que para el caso, el orden justo es mucho más limitado, en razón a que se enmarca como:

la vigencia de los preceptos constitucionales, en el imperativo para el legislador y para las autoridades de actuar dentro de esos parámetros superiores; de expedir normas y actos que no contraríen la Carta Política, y en la exigencia para que los jueces, en el ejercicio de su función de administrar justicia, profieran sus decisiones con plena observancia de esos cánones constitucionales. Asimismo, dentro de un orden justo, se reclama el compromiso que deben asumir todas las personas de respetar los derechos de los demás, de no abusar de los propios y de cumplir con sus deberes y obligaciones constitucionales y legales (Sentencia C-573/03, párrafo 2).

Es entonces la correcta aplicación de las disposiciones normativas consagradas en la Constitución colombiana de 1991, las que según la Corte Constitucional, determinan la consecución del ideal de un orden justo, pero que en relación con el valor de justicia, solamente se ve desarrollado cuando integra según Rawls, los elementos de: libertad e igualdad en un plano diferenciado.

Es de resaltar, que los anteriores preceptos aparecen desde las primeras disposiciones normativas del texto constitucional, y que por tal, cuentan con un nivel de protección superior, ya que son ellos los que habilitan la interpretación de las normas que le son subsiguientes, idea que desde un análisis hermenéutico de la norma, se ven reafirmados.

Es entonces por la categoría de “norma de normas” con la que se ve revestida la Constitución colombiana (1991), que todos los asociados, empezando por los diferentes estamentos que componen la función pú-

blica hasta llegar a los demás ciudadanos y extranjeros que se encuentren en el territorio colombiano, se ven obligados a aceptarla como su norte, lo que permite la incorporación de elementos que garantizan el ideario de justicia.

Ahora bien, en lo dispuesto por la Corte Constitucional colombiana, la correcta aplicación del derecho es lo que se entiende como justicia, criterio que según la teoría rawlsiana, se ve complementado por los criterios de libertad y diferencia; los dos desarrollados por la parte dogmática del texto constitucional y complementado por otras normas que los desarrollan. Sin embargo, el camino para alcanzar la correcta aplicación del derecho, y la continua supremacía constitucional, como criterios de justicia, aún se encuentra en construcción, y mientras no se llegue a ellos, la injusticia seguirá como elemento de cotidianidad. Concepto que la Corte Constitucional llama: el Estado de Cosas Inconstitucionales (ECI).

Ahora bien, en relación con el ideario de justicia tal y como lo concibe Rawls, la Corte Constitucional colombiana lo ha asemejado al concepto: *justicia distributiva*, el cual presenta múltiples aristas cuando se pretende su aplicación, por lo que se hace necesario reglarlo, so pena de que se incurra nuevamente en un desequilibrio injusto para los colombianos. Así las cosas, se tiene que la Corte en sentencia T-406 de 1992, expone que:

Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva —cuestión de por sí temeraria— se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos, para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos (Rawls, 1971).

Dicho en otra perspectiva, la justicia distributiva debe ser planteada como un problema de repartición —de asignación por parte del Estado— de recursos nuevos disponibles, cuyo resultado final, cualquiera que sean los beneficiarios o los afectados por tal repartición, no desmejore la situación de aquellos que poseen menos recursos (Corte Constitucional, 1992, párrafo 150).

De esta forma, se explica la aplicación del principio de igualdad de Rawls en un caso jurídico que fomenta la aplicación de la Acción de Tutela, para defender los derechos fundamentales. Pero la Corte Constitucional

ha ido mucho más allá, cuando de ponderar el derecho a la igualdad se refiere. Inicialmente, la puesta en la balanza de este se denominó: Test de proporcionalidad y juicio de igualdad, el cuál fungía como:

guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? [Y añade] (...) En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato (Sentencia C-022/96, párrafos 1-3).

Sin embargo, pese a que tal test de proporcionalidad y juicio de igualdad se ajusta de manera ideal a lo dispuesto por Rawls como aplicación de justicia, este concepto de justicia distributiva incorporado en la Constitución colombiana, se ve unificado más adelante por la misma Corte Constitucional, el cual de manera más garantista, en un fallo de avanzada, señala que debe ahora propugnar por un juicio integrado de igualdad. Sobre el referente el máximo tribunal constitucional colombiano señala que:

El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si

los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. (Corte Constitucional, 2016, párr. 7 [St. C-194/16]).

Así las cosas, la Constitución avala tratos diferenciados para las personas, criterio que lejos de chocar con el artículo 13 superior, se ve armonizado a este, es en el reconocimiento de la pluralidad por parte de la norma jurídica donde se ve consagrado un verdadero Estado social de derecho. Ahora bien, sobre el punto, la Corte Constitucional recuerda que “la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida” (Corte Constitucional, 2016, párrafo 7 [St. C-194/16]).

Es entonces en la labor protectora de los derechos y libertades fundamentales de la Corte Constitucional, que se logran establecer diferentes test que permiten, de acuerdo al nivel de vulneración del derecho, verificar si la norma se ajusta o no a los fines establecidos por el constituyente; tal tribunal establece tres tipos de exámenes: leve, intermedio y estricto. Tales revisiones se justifican de la siguiente manera:

El test leve busca entonces evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, medidas que no tengan un mínimo de racionalidad. Este test ha sido aplicado en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia *prima facie* una amenaza frente al derecho sometido a controversia (Corte Constitucional, 2016, párrafo 7 [St. C-194/16]).

En un segundo nivel de protección, el test intermedio aparece para revisar si la afectación de un derecho que se considere no fundamental, se justifica por la implementación de una norma específicamente “cuando existe un indicio de arbitrariedad que

puede afectar la libre competencia económica o en aquellos casos en que la medida podría resultar 'potencialmente discriminatoria' en relación con alguno de los sujetos comparados" (Corte Constitucional, 2016, párrafo 7 [St. C-194/16]).

Ahora bien, en un tercer momento, el test estricto se aplica cuando el derecho a la igualdad a todas luces parece verse más vulnerado, o "cuando la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental" (Corte Constitucional, 2016, párrafo 7 [St. C-194/16]). Tal examen integra dos elementos más de análisis, el primero busca "establecer "si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo" (Corte Constitucional, 2016, párrafo 7 [St. C-194/16]), el segundo elemento, revisa si "los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales" (Corte Constitucional, 2016, párrafo 7 [St. C-194/16]). Así que es posible, a través de la función legislativa, soslayar los derechos de algún grupo o minoría en busca de que prevalezcan los derechos de la comunidad en general, actuaciones que son justificables solo si cumplen con los parámetros establecidos en el test estricto de igualdad.

## CONCLUSIONES

La comprensión de *la Teoría de la justicia* y su evolución a *El liberalismo político* de John Rawls hace posible entender cómo debería funcionar una democracia contemporánea, en la que los principios de justicia, libertad e igualdad, en el marco de la diferencia para todos los habitantes, deben ser ejecutados para alcanzar la verdadera justicia social.

En la argumentación emitida en el presente artículo, se observa una coherencia entre la teoría de la justicia rawlsiana y el criterio constitucional emitido por la corte constitucional colombiana sobre el arraigo del consenso traslapado, como escenario de legitimidad del accionar del Estado en las diferentes ramas del poder público.

Se observa, además, un desarrollo de los postulados de John Rawls, que fundamenta los conceptos del estado de naturaleza y de la organización del

Estado, así como de su legitimidad. Todo esto, se presenta en la explicación del concepto del *velo de ignorancia* y de los principios de igualdad e igual libertad que aplica Rawls para la construcción del consenso a una democracia contemporánea, a favor de la justicia social.

La teoría de la justicia de John Rawls es válida para argumentar sobre casos jurídicos, como se presentó, a modo de ejemplo la sentencia T-406 de 1992, mediante la cual se observa la posibilidad de realizar la justicia social para un caso específico de derecho en Colombia.

Por su parte, el concepto de justicia propuesto por Rawls, es el mismo usado por la Constitución Política de Colombia de 1991, que considera la idea de que aquel desarrolla la libertad y la igualdad (principio de diferencia), los cuales han sido abordados ampliamente por la Corte Constitucional, tribunal encargado de la protección e interpretación de la carta política en la que de forma similar se entienden aquellos conceptos respecto de la posición rawlsiana.

Entonces, la Constitución Política colombiana establece en el marco de un orden justo la igualdad como principio y derecho fundamental, que pese a señalar que todos los seres humanos son iguales ante la ley, esta se entiende bajo el principio de la diferencia (postura rawlsiana) la cual establece que en un mundo de desiguales, los derechos deben ser desiguales, buscando de esta manera la equiparación de derechos.

En el derecho colombiano, a partir de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional como su interprete autorizada, ha dispuesto que el derecho y principio fundamental a la igualdad, se logra a través de tratos diferenciados, esto enmarcado en un juicio integrado de igualdad de estricto cumplimiento, lo que en últimas, permite la incorporación del ideal de justicia rawlsiano. En ese escenario, el principio de la diferencia cobra un papel fundamental en cuanto a la equidad que otorga a los ciudadanos el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales.

Así, en la Constitución Política de 1991 los fallos emitidos por la Corte Constitucional, el cumplimiento de las altas cortes de las directrices constitucionales y, en general, el reconocimiento que los ciudadanos colombianos realizan de la carta política (1991) determina cómo el constituyente primario, se ha apropiado de sus derechos y sus deberes, llegando a un

consenso que está en construcción y que se comprende como el primer escenario de una sociedad plural.

Sin embargo, se presenta un camino de acceso reducido a los derechos fundamentales que el Estado debe contrarrestar, con el privilegio de los principios de la igualdad y la diferencia, para evitar la discriminación de cualquier tipo en los escenarios de la construcción estatal, como se asume de la teoría de la justicia y el posterior liberalismo político de Rawls, en los argumentos hacia una sociedad igualitaria y equitativa, que respete los derechos hacia la diferencia y represente por igual a una sociedad plural, en la construcción de una sociedad pluralista, políticamente desarrollada y

vinculante, hacia los procesos que antes eran proclives a la exclusión y el consecuente conflicto en las esferas de la vida en sociedad.

En definitiva, Rawls en las obras anteriormente citadas, brinda un apoyo teórico para determinar la inclusión social y política, como escenarios de la construcción del Estado de derecho propio de una sociedad globalizada, plural y democrática, incluida en los escenarios internacionales por su capacidad de superar los conflictos en consenso, privilegiando la igualdad y la diferencia en el accionar de la política pública, para la plena satisfacción de las necesidades y el desarrollo de una Colombia justa y en paz.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bentham, J. & Mill, S. (2004). *Utilitarianism and Other Essays*. Londres: Penguin Books.
- Botero, J. (2004). *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá: Editorial UN.
- Contreras, F. (2009). Retrato del jurista global o la ética del nuevo cosmopolitismo. Entrevista a David Kennedy. *Revista Internacional de Pensamiento Político. I Época*. 4(137-142), 71-80.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón; 05 de junio de 1992).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996. (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 23 de enero de 1996).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-573 de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 15 de julio de 2003).
- Colombia, Corte Constitucional Sentencia C-015 de 2014. (M.P. Mauricio González Cuervo; 03 de diciembre de 2014).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-323 de 2015. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 25 de mayo de 2015).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2016. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 02 de marzo de 2016).
- Constitución Política de Colombia. [C.P.] Promulgada 6 de julio de 1991. (Colombia).
- Organización de las Naciones Unidas. (1945). *Convención de la Naciones Unidas*. Nueva York. Recuperado de: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>
- Hernández, R., Collado, C. & Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw Hill.
- Hobbes, T. (1979). *Leviatán*. Madrid: Editorial Nacional.
- Locke, J. (2006). *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1996). *El liberalismo Político*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1998). *El Derecho de Gentes*. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rodríguez D. & Valdeoriola J. (2007). *Metodología de la Investigación*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya.
- Rousseau, J. J. (1988). *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*. Madrid: Tecnos.
- Sen, A. (2011). *Nuevo Examen de la Desigualdad*. Barcelona: Alianza editorial.



Fecha de recepción: 11 de junio de 2016  
 Fecha de evaluación: 11 de octubre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# La conciliación y la mediación en el proceso penal colombiano\*

*Laura Andrea Acosta Zárate\*\**  
*Ricardo Hernán Medina Rico\*\*\**

## Citar este artículo

Acosta, L., & Medina, R. (2017). La conciliación y la mediación en el proceso penal colombiano. *Via Iuris*, 22, pp. 31-43.

## RESUMEN

El presente escrito busca abordar dos de los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal previstos en la legislación colombiana vigente: la conciliación y la mediación. Lo anterior, teniendo en cuenta que son las figuras de menos uso entre operadores jurídicos y participantes en los procesos penales colombianos. En virtud de lo anterior se pretende exponer dos herramientas procesales que se encuentran en la búsqueda de desjudicializar el proceso penal y encontrar grandes aportes para los sujetos, las partes y los intervinientes de un delito y un proceso. El artículo aspira a exponer los objetos, las características, los procedimientos, los efectos y las consecuencias de estos mecanismos.

\* Este artículo es resultado del proyecto de investigación "Problemas actuales del derecho penal" (2015 - 2017), del Grupo de Investigación en Derecho penal de la Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia).

\*\* Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Sistema de Justicia Penal de las Universidades de Lérida (España). Ganadora del Concurso Nacional Universitario de Técnicas de Juicio Oral en el Sistema Acusatorio organizado por el Departamento de Justicia de la Embajada de los Estados Unidos de América (DOJ) y la agencia USAID (versión 2013-2014). Correo electrónico: [lauraacostazarate@gmail.com](mailto:lauraacostazarate@gmail.com)

\*\*\* Abogado, especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Justicia Criminal de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Tutor del equipo de técnicas de juicio oral de la Universidad del Rosario, actualmente es Secretario Académico de Pregrado en la Facultad de Jurisprudencia de la misma universidad. Correo electrónico: [ricardo.medina@urosario.edu.co](mailto:ricardo.medina@urosario.edu.co)

## Palabras clave

Conciliación, derechos de las víctimas, justicia negociada, mediación, proceso penal, terminación anticipada.



## Conciliation and mediation in the Colombian penal process

*Laura Andrea Acosta Zárate*  
*Ricardo Hernán Medina Rico*

### ABSTRACT

This paper seeks to address two of the mechanisms of early termination in criminal processes provided in the Colombian legislation in force: the agreement and mediation. This, considering that they are the figures of less use among legal practitioners and participants in the Colombian criminal processes. Considering that we seek to present two procedural tools that are found in the search of dejudicializing the criminal process and find great contributions to the subject, the parties and the participants of a crime and a process. The article aims to expose the objects, features, procedures, effects and consequences of these mechanisms.

### Keywords

Conciliation, victims' rights, negotiated justice, mediation, criminal process, anticipate termination.

## Conciliação e a mediação no processo penal colombiano

*Laura Andrea Acosta Zárate*  
*Ricardo Hernán Medina Rico*

### RESUMO

Este artigo procura abordar dois dos mecanismos de rescisão antecipada do processo penal previstos na atual legislação colombiana: conciliação e mediação. O que precede, levando em consideração os números menos usados entre os operadores legais e os participantes no processo. Em virtude do acima exposto, pretende-se apresentar duas ferramentas processuais que estão em busca de incentivar a solução de conflito no processo criminal e encontrar grandes contribuições para os sujeitos, as partes e os participantes de um crime e um processo. O artigo pretende expor os objetos, características, procedimentos, efeitos e consequências desses mecanismos.

### Palavras-chave

Conciliação, direitos das vítimas, justiça negociada, mediação, processos penais, rescisão antecipada.



## La conciliation et médiation dans le processus pénal colombien

*Laura Andrea Acosta Zárate*  
*Ricardo Hernán Medina Rico*

### RÉSUMÉ

Le présent document vise à examiner deux des mécanismes de cessation anticipée du processus pénal prévus dans la législation colombienne actuelle: la conciliation et la médiation. Ce qui précède, en tenant compte du fait qu'ils sont les figures les moins utilisés parmi les opérateurs juridiques et les participants aux procédures pénales colombiennes. En vertu de ce qui précède, il est prévu de présenter deux outils procéduraux qui sont dans la recherche de dénoncer le processus pénal et de trouver de grandes contributions pour les sujets, les parties et les participants d'un crime et d'un processus. L'article vise à exposer les objets, les caractéristiques, les procédures, les effets et les conséquences de ces mécanismes.

### Mots-dés

Conciliation, droits des victimes, justice négociée, médiation, procédure pénale, résiliation anticipée.

## INTRODUCCIÓN

La conciliación tradicionalmente se ha considerado como un mecanismo de terminación de un litigio, un proceso o un diferendo en temas civiles, comerciales, administrativos o laborales. Cuando se hace referencia a delitos y sus consecuentes penas a imponer, la conciliación no solo no es percibida como aliada de la víctima sino que es rechazada por la sociedad.

Por su parte, la mediación aún no es de buen recibo como mecanismo de disolución del conflicto por su falta de claridad entre los operadores jurídicos, tanto institucionales como privados. Al ser una figura de reciente creación en la historia jurídica colombiana, su uso no se ha generalizado ni popularizado entre los transeúntes del proceso penal.

Ahora bien, se puede afirmar con cierto grado de certeza que, a partir de la Ley 906 de 2004, la justicia negociada y los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal cobraron vigencia como un reflejo de lo que debería ser un buen manejo del proceso penal, en donde solo unos casos muy particulares serán llevados a juicio. Autores como el profesor Juan Carlos Forero (2013) reconocen que:

Al mencionarse los cambios que introdujo al sistema procesal penal, el Acto Legislativo No. 003 de 2002, se discuten las notas esenciales de este sistema de investigación y juzgamiento. No se puede afirmar con carácter absoluto que la obligatoriedad de la acción penal es de la esencia del sistema inquisitivo, mientras que la discrecionalidad en el ejercicio de la misma sea una de las notas características del acusatorio (p. 25).

A partir de este acto legislativo y la ley que con posterioridad se promulgó, conceptos e instrumentos tales como el principio de oportunidad o las negociaciones como fundamento de futuros preacuerdos se institucionalizaron como herramientas de uso cotidiano para fiscales, defensores y demás partícipes de un proceso penal. Con la entrada en vigencia del sistema acusatorio se buscó favorecer los principios de economía, agilidad y en especial de justicia, con el objetivo que los procesos penales no atravesaran cada una de las etapas previstas por el procedimiento hasta llegar a la

sentencia, sino que pudiesen ser dirimidos de manera anticipada por las partes, por lo general, conservando las consecuencias propias de un sistema punitivo.

Ahora bien, ríos de tinta se han escrito sobre los mencionados mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, pero poco se ha tratado sobre la prescripción, la mediación y en especial la conciliación. Se ha pensado que la conciliación es simplemente una figura importada de un procedimiento civil o de cuestiones extrajudiciales. Por lo anterior, el presente texto busca revisar la conciliación y la mediación desde la órbita del derecho penal colombiano.

De esta manera, se pretende explicar qué es la conciliación en los procesos penales colombianos, cómo debe interpretarse esta figura y por qué su aplicación —cuando la ley lo permite— no va en contra de los fundamentos ni las finalidades de la ley criminal positiva dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, aspira a presentar la figura de la mediación y las diferencias que existen con la conciliación, así como con otras figuras, su aplicación, procedencia y efectos.

## METODOLOGÍA

En virtud de lo anterior, el artículo se dividirá en dos apartes, La primera: la de la conciliación y la segunda: la de la mediación. En el apartado de la conciliación se presentará el concepto de esta figura para realizar un análisis lingüístico y etimológico del mecanismo en cuestión, para después revisarlo desde la normativa y la jurisprudencia escrita al respecto. A continuación, se presentarán las características de la conciliación tanto en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004, para posteriormente revisar la procedencia de la misma en ambas legislaciones. En el segundo gran apartado se revisará la mediación como mecanismo de terminación anticipada del proceso penal, su objeto, efectos y características para así esbozar algunas conclusiones.

El presente texto se construyó a partir de un análisis de fuentes del derecho tales como la jurisprudencia y la doctrina, así como a través de una revisión normativa de un estudio de la terminación anticipada del proceso penal como principio fundante del sistema penal acusatorio.



## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### La conciliación

#### Concepto

La conciliación es un

proceso de comunicación interaccional, simultáneo y circular; que se establece entre las Partes involucradas en un conflicto en el cual media un tercero calificado para ello [...] y enfatiza la importancia del entendimiento directo entre las personas y la responsabilidad de cada una de ellas, respecto de su propia conflictividad y de la posibilidad de su resolución o transformación (Montoya, 2011, p. 33).

Etimológicamente hablando, proviene “del latín *conciliatio*, que significa acción y efecto de conciliar o acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado” (Montoya, 2011, p. 36).

Según las profesoras Marulanda, Posada y Marulanda (1998), existen diversas formas de entender la conciliación, a saber:

Real Academia de la Lengua

El diccionario de la Real Academia Española define el concepto de conciliar como Componer y ajustar los ánimos de los que están opuestos entre sí.

Concepto psicológico

Se ha definido como un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla la parte activa, dirige u orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por arreglo, con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio básico de solución.

Concepto comercial

Es un mecanismo mediante el cual las partes entre las que existe un conflicto susceptible de transacción, originado en un negocio mercantil o derivado de actividades comerciales, tratan de superar la controversia existente, con la colaboración de un tercero experto, objetivo e imparcial, quien las orienta con fórmulas propuestas por

todos los intervinientes, con la finalidad de terminar el conflicto y evitar que llegue a la justicia ordinaria o arbitral.

Concepto jurídico

Es un acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes involucradas en el conflicto antes de iniciar un proceso o en el transcurso de este, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio, siempre y cuando el asunto materia de la *litis* sea susceptible de transacción, conforme lo establece la ley, teniendo como intermediario objetivo e imparcial la autoridad del Juez, u otro funcionario o a un particular debidamente autorizado para ello, quien previo conocimiento del caso, debe procurar las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contenga derechos constituidos y reconocidos con el carácter de cosa juzgada.

Concepto en sentido natural

La conciliación es una estrategia de solución pacífica de conflictos que, gracias a la intervención de un tercero llamado conciliador, permite que las partes consideren sus necesidades y todo aquello que es verdaderamente relevante al problema, para favorecer una solución justa (Marulanda, Posada & Marulanda, pp. 25-26).

Ahora bien, las mismas autoras nos brindan el concepto de conciliación en materia penal al recordar lo expresado ante los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia por el profesor Cadavid, esto es: “la conciliación es una forma alternativa del ejercicio de la jurisdicción y, correctamente, de sustitución del *ius puniendi* por parte del Estado” (Marulanda, Posada & Marulanda, 1998, p. 27).

En algunas ocasiones este mecanismo es considerado como un prerequisite para poder continuar con la acción penal, por lo cual, de no llevarse a cabo la misma no puede adelantarse el proceso penal. Este tipo de conciliación se conoce como conciliación preprocesal, que en palabras del profesor Restrepo (2005) es un “acuerdo entre la víctima y el sujeto activo del delito para la reparación del daño y que debe intentarse siempre que la investigación penal proceda por querrela del afectado” (p. 214).

La conciliación tiene como fundamento buscar la recuperación de

la confianza en el sistema judicial al poner de relieve la voluntad de las partes y no solo la del Estado. Es un mecanismo de economía procesal en la medida que suprime actividades propias de la investigación y juzgamiento, a la vez que se propugna por que la actividad investigativa se centre en delitos graves que así lo ameriten (USAID, 1995, p. 6).

En materia penal solo a partir de 1989 (Decreto 1861 de ese año) y 1991 (Decreto 2700) se consagró la figura traída del derecho privado, con la que se cimenta la conciliación en el ámbito judicial penal como:

un mecanismo civilizado, amigable, de solución de conflictos y a la vez servir para la descongestión de los despachos judiciales. Parece ser, además, uno de los pocos mecanismos que se han implantado para descongestionar los despachos judiciales que ha dado resultados positivos (Martínez, 1997, pp. 38-39).

### La conciliación en la ley penal colombiana

El mecanismo de solución anticipada del proceso penal: conciliación, se encuentra en la Ley 600 de 2000 en el artículo 41, que consagra:

Artículo 41. Conciliación. La conciliación procede en aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral.

En la resolución de apertura de instrucción, el funcionario señalará fecha y hora para la celebración de audiencia de conciliación, la que se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes. Sin embargo, a solicitud de los sujetos procesales o de oficio, el funcionario judicial podrá disponer en cualquier tiempo la celebración de audiencia de conciliación.

Si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

Durante la audiencia no se permitirá la intervención directa de los apoderados, únicamente el diálogo con sus poderdantes con el fin de asesorarlos para proponer fórmulas de conciliación.

Si se llegare a un acuerdo, el funcionario judicial lo aprobará cuando lo considere ajustado a la ley.

Obtenida la conciliación, el Fiscal General de la Nación o su delegado o el juez podrá suspender la actuación hasta por un término máximo de sesenta (60) días para el cumplimiento de lo acordado. No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo. Verificado el cumplimiento, se proferirá resolución inhibitoria, de preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento.

Si no se cumplieren lo pactado, se continuará inmediatamente con la actuación procesal.

No se podrán realizar más de dos (2) audiencias de conciliación durante el proceso.

Hasta antes de proferirse la sentencia de primera instancia, el funcionario judicial aprobará las conciliaciones que se hubieren celebrado en un centro de conciliación oficialmente reconocido o ante un juez de paz.

Por su parte, en el sistema penal acusatorio, en la Ley 906 de 2004, la conciliación se encuentra en el artículo 522, que ampara:

Artículo 522. La conciliación en los delitos querellables. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.



La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001.

Como afirma el profesor Avella (2007), “[e]ste instituto procesal enmarca en la llamada justicia compositiva, tercera vía, solución alternativa de conflictos o justicia restaurativa, y tiende a [la] búsqueda de la intervención mínima y fragmentaria del derecho penal” (p. 113). Como puede colegirse de la lectura de estos dos artículos, la conciliación no se encuentra prevista para todo el catálogo de delitos presentes en la legislación colombiana. Tipos penales como el secuestro extorsivo, el feminicidio o las lesiones personales con ataques con ácido de tan hondo calado en la sociedad, no son objeto de conciliación.

### La jurisprudencia colombiana frente a la conciliación

La jurisprudencia constitucional define esta figura en los siguientes términos:

una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-591 de 2005).

La Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005 esboza las principales características de esta figura en los siguientes términos: i) instrumento de autocomposición; ii) actividad preventiva de la sentencia; iii) no es entendida en estricto sentido como una actividad judicial; iv) mecanismo útil para solucionar conflictos; v) inspirada en el criterio pacifista orientador de la actividad de solucionar conflictos; vi) busca descongestionar los despachos judiciales; vii) cobija los asuntos susceptibles de ser negociados; viii) actuación reglada; ix) forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que la afectan; x) naturaleza fundada en principios democráticos, por cuanto permite la intervención directa de la ciudadanía en la actividad jurisdiccional; xi) busca garantizar un acceso efectivo

a la administración de justicia; xii) puede ser judicial o extrajudicial, y xiii) en materia penal goza de regulación especial.

En virtud de las anteriores características, el legislativo ha buscado mecanismos para obligar a los operadores jurídicos a que hagan uso de estos en materias penales. Así pues, podemos ver cómo en el artículo 43 de la Ley 600 de 2000 se establece que una vez se haya dispuesto la resolución de apertura de instrucción, se llamará a conciliación dentro los 10 días hábiles siguientes.

No obstante, la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia entendió que dicha audiencia de conciliación no era obligatoria y su desconocimiento no generaría una nulidad de la actuación, por cuanto esta es una facultad discrecional del fiscal. Al respecto puede consultarse el siguiente pronunciamiento:

Colégese entonces de lo anterior que el hecho de que en la referida norma [artículo 38 del decreto 2700 de 1991, anterior Código de Procedimiento Penal] se disponga que “En todos los casos, cuando no se hubiere hecho solicitud, en la resolución de apertura de investigación, el funcionario señalará fecha y hora para la celebración de audiencia de conciliación, que se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes” no está significando que el propósito del legislador fuera establecer un requisito de proseguibilidad de la actuación penal en los asuntos por los delitos allí señalados, pues, de conformidad con las finalidades que se trazó la reforma legal, lo único que se buscó fue lograr, de una manera más coherente, que se cumplieran los propósitos de justicia material, efectividad de los derechos y ahorro de tiempo, evitando que el aparato investigativo se desgaste de manera inoficiosa en los casos en los que las partes pueden voluntariamente acordar el monto de los perjuicios extinguiendo la acción penal.

[...]

En este sentido, este instrumento procesal lo que busca es darle cabida a mecanismos que hagan alternativo el uso del derecho penal en asuntos que por su naturaleza pueden arreglarse por voluntad de los interesados, y si bien sería lo ideal que, como lo prevé la norma en comento, así procediera el Fiscal en la resolución de apertura cuando antes no ha mediado solicitud de parte,

su omisión no implica resquebrajamiento de las formas propias de la instrucción o el juzgamiento, pues en principio es la voluntad privada la que prevalece, si se tiene en cuenta que la oportunidad de los legitimados para elevar la solicitud de la mencionada audiencia de conciliación, está dada “en cualquier tiempo”, por manera que la oficiosidad autorizada al funcionario judicial solo pretende que, si ello es posible, se de [sic] en los albores del proceso, evitando así actuaciones dilatadas en el tiempo que finalmente llegan a iguales resultados (Corte Suprema de Justicia, Radicación 12129 de 16 de marzo 2000).

En igual sentido la Corte manifestó posteriormente:

la celebración de la audiencia de conciliación, tal como lo señaló la representante del Ministerio Público en su concepto, es tan potestativa como discrecional, no solo por parte de los funcionarios que conocen de la actuación, sino también por parte de los sujetos procesales que lleguen a manifestar o no el interés de extinguir por esta vía la acción penal por delitos que admitan el desistimiento o la indemnización integral, entre los cuales se encuentra el de *lesiones personales* con incapacidad médico legal inferior a los sesenta días y sin secuelas, como el que se adelanta en contra de Carlos Mario Álvarez López (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 29043 del 27 de octubre de 2008).

Vista la anterior dificultad, en el desarrollo de la Ley 906 se planteó en el artículo 522 que el adelantamiento de esta figura se erigía como un requisito de procedibilidad de la acción, en el entendido de que para delitos querellables era un requisito *sine qua non*, para ejercer la acción penal; sobre el particular la Corte Constitucional precisó:

El Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo cambio alguno en materia de mecanismos de solución alternativa de conflictos, pero sí modificó algunas de las funciones que está llamada a cumplir la Fiscalía en relación con las víctimas de los delitos; nuevas competencias que en nada se oponen a que la Fiscalía, en materia de delitos querellables, es decir, aquellos cuya acción penal es desistible por el afectado, continúe realizando una labor de conciliador, y que por ende, en lo pertinente, tengan plena aplicación las líneas jurisprudenciales que la Corte ha sentado en la materia, por cuanto, el órgano de investigación sigue siendo

parte de la rama judicial del poder público, y en tal sentido, su actividad continúa regida por los principios de independencia e imparcialidad, inherentes a la actividad del conciliador.

[...]

En tal sentido, por tratarse de delitos querellables y por ende el contenido de justicia afecta solo la esfera de la víctima y en tal medida admiten desistimiento, consideró el legislador como una medida de política criminal que surtieran una etapa de conciliación, sin que se oponga al nuevo esquema procesal penal que ella se surta ante un fiscal, a fin de que si hubiere acuerdo entre el querellante y el querellado, proceder a archivar las diligencias; y en caso contrario, ejercer la correspondiente acción penal, caso en el cual no podrá ser utilizado en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo conciliatorio (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-591 de 2005).

### Características de la conciliación

A continuación se expondrán las características básicas de la conciliación tanto en el sistema mixto inquisitivo que se tenía conforme a la Ley 600 de 2000, así como las concebidas en el sistema acusatorio adversarial de la Ley 906 de 2004.

En la Ley 600 de 2000 la conciliación era concebida como meramente retributiva, mientras que en el nuevo régimen consagrado por la Ley 906 de 2004 se enmarca dentro de los mecanismos de justicia restaurativa; así, principios propios de esta se establecen como derroteros del proceso. Dentro de estos, que la información obtenida por la participación del procesado en el desarrollo de la audiencia de conciliación no puede ser usada en su contra y que cualquier mecanismo para acercar a la víctima y al procesado debe ser adelantado frente a un funcionario imparcial.

También puede destacarse como característica de esta figura que la conciliación procede para unos delitos específicamente definidos por la ley (según la Ley 600 de 2000).

Lo anterior permite formular la siguiente pregunta, ¿para qué delitos procede la conciliación dentro de la Ley 600? La respuesta es para dos clases de delitos, por un lado aquellos punibles que admiten desistimiento (es decir los querellables y los que se



encuentran dentro del listado taxativo del artículo 35 del Código Penal). Por otro lado, también procede contra los delitos que admiten la figura de la indemnización integral.

En cuanto a la Ley 906 de 2004 debe afirmarse que se surtirá de manera obligatoria para los delitos que requieren querrela y como requisito de procedibilidad, esto es, la conciliación preprocesal que se describió dentro de la explicación del concepto.

### Efectos de la conciliación

Tanto en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004 se tenían previstos unos efectos de la conciliación, a saber, en la primera el acuerdo conciliatorio puede suspender el trámite por 60 días improrrogables. Después de esto podrá el funcionario proferir resolución inhibitoria (antes de haberse abierto la instrucción formal), resolución de preclusión (después de abierta la instrucción formal y hasta antes de que quede en firme la resolución de acusación) o realizar una cesación del procedimiento (en sede de juicio).

Por su parte dentro de lo previsto en la Ley 906 de 2004 se contempla que si la conciliación es exitosa el funcionario podrá ordenar el archivo de las diligencias. Es importante lo señalado por los profesores Bernal y Montealegre (2013):

Debe tenerse en cuenta que la categoría de cosa juzgada se predica del contenido del acta donde está estipulado el acuerdo de voluntades y no de la decisión de archivo ordenada por el fiscal, porque dicha decisión constituye solo el reconocimiento de la voluntad expresa de los intervinientes de dar por terminada la controversia judicial, de manera que es simplemente formal el acto del fiscal o del juez de ordenar el archivo o la preclusión conforme al momento procesal en que se realice la conciliación, por ser las únicas formas idóneas para reconocer formalmente la terminación de la actividad procesal. Es necesario precisar que, por razón de la reserva judicial y los límites de la competencia de los jueces de garantías y conocimiento, la Fiscalía no puede tomar decisiones que impliquen la terminación de la actividad procesal con fuerza de cosa juzgada. Como ya se dijo, la actuación que hace tránsito a cosa juzgada es el acta de conciliación porque, se insiste, la Fiscalía no puede proferir decisiones que tengan esta característica (p. 102).

### Procedencia de la conciliación

Existe una breve diferencia en la procedencia de la conciliación en las legislaciones objeto de estudio, en la Ley 600 de 2000 procedía en cualquier momento mientras que en la Ley 906 de 2004 sucede únicamente antes de la audiencia de formulación de imputación. La razón de ser de este límite es que de ese momento en adelante el funcionario no es imparcial, de la audiencia de formulación de imputación en adelante procede la figura de la mediación a partir de la cual resulta procedente el principio de oportunidad en la modalidad de la suspensión de procedimiento a prueba.

### La mediación

La mediación se ubica dentro del concepto de justicia restaurativa (artículo 523 de la Ley 906 de 2004). Es finalidad de la justicia restaurativa buscar la restauración del tejido social quebrantado por el delito. Recordemos que el Código de Procedimiento Penal define la justicia restaurativa como “el proceso en el que participan víctima y victimario para resolver las cuestiones derivadas del delito” (Ley 906 de 2004, art. 523).

Para el autor Daza (2014), la mediación

Es un procedimiento consensual, confidencial a través del cual las partes con la ayuda de un facilitador neutral entrenado en resolución de conflictos, interviene para que las partes puedan discutir sus puntos de vista y buscar una solución conjunta al conflicto (p. 196).

En consecuencia, puede afirmarse que es un mecanismo de justicia restaurativa por medio del cual un tercero neutral (mediador), conforme al manual expedido por la Fiscalía, permite el intercambio de opiniones entre la víctima y el victimario.

### Objeto de la mediación

El objeto de la mediación se encuentra consagrado en el artículo 523 del Código de Procedimiento Penal, que enuncia como objetos la reparación, la restitución y el pedir perdón.

Trayéndolo a colación, el artículo menciona:

Artículo 523. Concepto. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral,

particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

### Procedencia de la mediación

La procedencia de esta figura se encuentra tipificada en el artículo 524 del Código de Procedimiento Penal:

Artículo 524. Procedencia. La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

En consecuencia, se colige que la mediación procede desde la imputación hasta antes de la iniciación del juicio oral. Según el inciso final del artículo 524 procede frente a delitos de oficio, que tengan una pena mínima de cinco (5) años y frente a aquellos que protejan un bien jurídico individual. Es menester resaltar que la normativa colombiana habilita a las partes a realizar acercamientos mediante la mediación cuando la conciliación ha fracasado.

### Efectos de la mediación

La mediación puede tener, a la luz del artículo 526 de la Ley 906 de 2004, efectos civiles y efectos penales:

Artículo 526. Efectos de la mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, exclu-

ye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación.

Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

En otras palabras, los efectos civiles se entenderán como excluyentes del ejercicio de la acción civil y el incidente de reparación integral (si este fue el objeto de la mediación).

En cuanto a los efectos penales, los resultados de la mediación serán tenidos en cuenta para el ejercicio de la acción penal (aplicación del principio de oportunidad) y para seleccionar la respuesta punitiva estatal.

### Conformación de listas, su actualización y otros aspectos de la mediación

La lista de mediadores debe ser conformada por el Jefe de Unidad de Fiscalías teniendo en cuenta diferentes parámetros como las necesidades del servicio, la disponibilidad del recurso humano y su preparación en medios alternativos para la resolución de conflictos. Donde haya más de una unidad de fiscalías en el país, los jefes de unidad en conjunto, elaborarán la lista.

Estas listas deben actualizarse cada dos años y pueden estar integradas por servidores públicos, incluidos los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, con excepción de los fiscales. De igual forma, pueden estar conformadas por personas particulares pertenecientes a centros de conciliación, consultorios jurídicos, practicantes universitarios, colegios de abogados y organizaciones no gubernamentales, entre otros, siempre y cuando tengan capacitación de medios alternativos en resolución de conflictos.

La Fiscalía General de la Nación debe examinar constantemente la forma como se cumple la labor de mediación y la calidad, eficiencia y acierto de quienes actúan en esta; de igual forma, si es necesaria la disminución de mediadores disponibles introducirán de inmediato los correctivos pertinentes: amonestándolos, excluyéndolos o reestructurando las listas.



Según las circunstancias, la lista de mediadores notifica a todos los despachos de los funcionarios que actúan en un municipio o circuito. Excepcionalmente, si en un respectivo despacho falta la lista, se debe acudir a la de otro de la misma jurisdicción y en su defecto se hará la designación en persona debidamente calificada para el oficio.

El fiscal excluirá de las listas de mediadores y solicitará investigación disciplinaria, si es procedente:

- a. A quien por sentencia ejecutoriada haya sido condenado por la comisión de delitos, salvo culposos y políticos.
- b. A quien haya aprobado la mediación contra la cual hubieren prosperado objeciones por dolo, error grave o cohecho.
- c. A quien injustificadamente no haya cumplido con la designación hecha.
- d. A quien haya fallecido o se incapacite física o mentalmente.
- e. A quien se ausente definitivamente del respectivo territorio jurisdiccional.
- f. A quien sin causa justificada no aceptare, retardare, o no ejerciere la designación. En estos eventos se comunicará al empleador, a la autoridad pertinente de la entidad, o al superior jerárquico, para que conforme con el reglamento interno o discrecionalidad dispuesta al respecto, adopte los correctivos, reconvenciones o amonestaciones del caso.
- g. A quien como mediador haya convenido o requerido honorarios con las partes o haya recibido pago de ellas.
- h. A quien siendo servidor público hubiere sido destituido por sanciones disciplinarias, o al particular cuando hubiese sido sancionado por las autoridades de ética de la correspondiente disciplina. En estos eventos se comunicará al empleador, a la autoridad pertinente de la entidad, o al superior jerárquico la correspondiente decisión y la exclusión de la lista del mediador (Fiscalía General de la Nación, 2009).

Es función del Fiscal General de la Nación o de su delegado designar al mediador de las listas elegibles, para poder actuar como mediador. La persona elegida tiene el deber de declarar las circunstancias que puedan dar lugar a un impedimento o inhabilidad. Cuando el fiscal tenga conocimiento de esta información se la comunicará a las partes y decidirá si retira o no al mediador. En caso de que las partes no acepten al mediador que les fue asignado, deberá ser con razones fundadas, en caso contrario, se entiende que no existe ánimo de mediación entre las partes. Si las partes proponen un mediador distinto al de la lista, se aceptará y se designará.

## CONCLUSIONES

La conciliación es uno de los mecanismos de terminación anticipada en el proceso penal previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004. Es una herramienta que permite terminar el proceso de manera anticipada que busca encontrar aciertos y ventajas para todas las partes e intervinientes, pero que ha sido dejada de lado por el espíritu litigioso de nuestras instituciones. Se trata de un mecanismo que permite llegar a una verdadera justicia. Pasó de ser visto como meramente retributivo para hacer parte de la justicia restaurativa. Aunado a lo anterior y viendo su importancia, se constituyó como obligación para una serie de delitos en la Ley 906 de 2004.

La mediación complementa la conciliación prevista en la ley penal vigente, mediante la culminación de la mejor manera de un proceso penal desde el punto de vista del juicio restaurativo para la víctima y la sociedad, y un mejor reproche para el infractor.

La conciliación, la mediación y los demás mecanismos de terminación anticipada del proceso penal deben ser analizados, estudiados, reformulados y promovidos en un país que como se mencionó tiene un alto estándar litigioso. Lo anterior ya que en un futuro proceso de posconflicto y de apertura a la paz debe dejarse de lado lo contencioso para encontrar soluciones a conflictos jurídicos donde haya menos enfrentamiento y más diálogo y acuerdo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avella, P. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*. Tomo 3. Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Módulo de Formación para fiscales.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2013). *El Proceso Penal Tomo II: Estructura y garantías procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-190 de 1999. (Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; 24 de marzo).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. (Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; 9 de junio).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. (Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño; 26 de septiembre).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación 12129. (Magistrado Ponente: Carlos Augusto Galvez Argote; 16 de marzo de 2000).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación 23939. (Magistrados Ponente: Javier Zapata Ortiz; 25 de mayo de 2006).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 29043. (Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastida; 27 de octubre de 2008).
- Colombia, Fiscalía General de la Nación. *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*. Recuperado 30 de marzo de 2016 de <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>
- Colombia, Fiscalía General de la Nación. *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*. Recuperado el 30 de marzo de 2016 de <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>
- Daza, A. (2014). *Principales reformas procesales penales en América Latina: Argentina, Colombia y Puerto Rico*. Bogotá: Universidad Libre.
- Forero, J. (2013). *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*. (2.ª ed.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Martínez, G. (1997) *La Conciliación en los procedimientos penal y contravencional*. 2da Edición. Medellín: Biblioteca jurídica Diké.
- Marulanda, A. Posada, M. & Marulanda, L. y otros. (1998). *La Conciliación en materia penal*. Primera edición. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.
- Montoya, M. y otros. (2011). *Teoría y práctica de la conciliación. La conciliación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- Pérez, M. (1996) *Programa para la modernización de la administración de justicia. Técnicas de conciliación*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- Restrepo, M. (2005). *El nuevo sistema acusatorio*. Bogotá: Editorial Intermedio.





Fecha de recepción: 30 de agosto de 2016  
 Fecha de evaluación: 22 de noviembre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Entre la culpa presunta y la responsabilidad objetiva\*

*Andrés Felipe Cadena Casas\*\**

## Citar este artículo

Cadena, A. (2017). Entre la culpa presunta y la responsabilidad objetiva. *Via Iuris*, pp. 22, 45-59.

**Responsabilidad Civil:** distribución de los daños o pérdidas que se producen en la vida social a consecuencia de la acción o inacción de los seres del mundo exterior

Melich Orsini

## RESUMEN

La Corte Suprema de Justicia ha abordado el estudio del régimen de imputación de responsabilidad por colisión de automotores con el pasar del tiempo. En el transcurso de algo más de diez décadas, ha pasado del régimen de culpa presunta al régimen de responsabilidad objetiva y viceversa. Este artículo tiene por finalidad demostrar que los jueces y magistrados de Colombia han intentado, equivocadamente, introducir un sistema objetivo que ha matizado la jurisprudencia en un régimen de responsabilidad que nunca ha sido contemplado por el código civil colombiano. Se concluye que la responsabilidad por colisión de automotores en Colombia siempre ha sido estudiada y aplicada desde la culpa.

\* Este artículo es resultado de una investigación para la obtención del título de Máster en Derecho, con énfasis en Derecho Privado, realizado bajo la dirección de la Dra. Betty Martínez Cárdenas dentro del proyecto "Regímenes indemnizatorios en Colombia" desarrollado por la línea de investigación en Derecho Civil del grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

\*\* Abogado de la Universidad Javeriana, Magíster en Derecho de la Universidad del Rosario. Bogotá (Colombia). Correo electrónico: [andrescadena07@hotmail.com](mailto:andrescadena07@hotmail.com)

## Palabras clave

Actividades peligrosas, colisión de automotores, culpa presunta, daño, responsabilidad extracontractual, responsabilidad objetiva.



## Between the alleged guilt and liability

*Andrés Felipe Cadena Casas*

### ABSTRACT

The Justice Supreme Court has dealt with the responsibility imputation for automotive collision study over the time. During more than ten decades, it has been passed from blame alleged to the liability regime and vice versa. This article is intended to demonstrate that judges and magistrates in Colombia have mistakenly tried to introduce an objective system that has qualified the jurisprudence in a liability regime that has never been referred to by the Colombian civil code. It is concluded that the responsibility for automotive collision in Colombia has been studied and applied from the guilt.

### Keywords

Hazardous activities, automotive collision, guilt alleged, damage, extracontractual liability, strict liability.

## Entre culpa presumida e responsabilidade objetiva

*Andrés Felipe Cadena Casas*

### RESUMO

O Supremo Tribunal Federal tem abordado o estudo do regime de imputação de responsabilidade por colisão de veículos a motor com a passagem do tempo. No decorrer de pouco mais de dez décadas, passou do regime de culpa presumida para o regime de responsabilidade objetiva e vice-versa. O objetivo deste artigo é demonstrar que os juízes e magistrados da Colômbia tentaram erroneamente introduzir um sistema objetivo que tenha uma jurisprudência qualificada em um regime de responsabilidade que nunca foi contemplado pelo código civil colombiano. Conclui-se que a responsabilidade pela colisão de veículos a motor na Colômbia sempre foi estudada e aplicada a partir da culpa.

### Palavras-chave

Atividades perigosas, colisão de veículos a motor, culpa presumida, danos, responsabilidade extracontratual, responsabilidade objetiva.



## Entre la culpabilité présumée et la responsabilité objective

*Andrés Felipe Cadena Casas*

### RÉSUMÉ

La Cour suprême de justice a examiné l'étude du régime d'imputation de la responsabilité en cas de collision de véhicules à moteur au fil du temps. Au cours d'un peu plus de dix décennies, il est passé du régime de la culpabilité présumée au régime de responsabilité stricte et vice versa. Le but de cet article est de démontrer que les juges et magistrats colombiens ont tenté à tort d'introduire un système objectif qui a une jurisprudence qualifiée dans un régime de responsabilité qui n'a jamais été envisagé par le code civil colombien. Il est conclu que la responsabilité de la collision de véhicules à moteur en Colombie a toujours été étudiée et appliquée à partir de la faille.

### Mots-clés

Activités dangereuses, collision de véhicules à moteur, faute présumée, dommages, responsabilité extracontractuelle, responsabilité stricte.

## INTRODUCCIÓN

Las alarmantes cifras entregadas por la Secretaría de Movilidad de Bogotá evidencian que la colisión de automotores en Colombia es una de las mayores causas de muerte violenta en el país. Esta situación ha planteado y revivido una discusión jurídica y jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia en torno al régimen de imputación de responsabilidad por colisión de automotores.

El debate jurisprudencial se circunscribe a dos teorías, la primera de ellas sienta sus bases en la culpa y por ende centra su soporte jurídico en el artículo 2341 del Código Civil. La segunda se refiere a la responsabilidad objetiva, la cual defiende la idea del riesgo y apoya su tesis en el artículo 2356 referente a actividades peligrosas.

Sobre el particular, nuestra codificación civil prevé en el Título XXXIV del libro IV: “responsabilidad común por los delitos y las culpas”; en él se estructuran los tipos de responsabilidad y los títulos de imputación que deben tenerse en cuenta para endilgar una responsabilidad civil extracontractual. El artículo 2341 consagra lo siguiente:

Artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido (Código Civil, artículo 2341).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia afirma que este canon tiene su génesis “en el principio de derecho universalmente aceptado, según el cual quien con una falta suya cause perjuicios a otro, está en el deber de reparárselo” (Corte Suprema de Justicia, sentencia 10298/2014 de agosto 2014).

De acuerdo con lo anterior, el artículo 2341 está imponiendo la carga de reparar a quien por culpa cause un daño a otro, es decir que se establece un criterio de imputación basado en la culpa (Casación civil, 30 de abril, 1976, Dr. Humberto Murcia Bailén, citado por Preciado Agudelo, 1987, p. 543).

Por su parte, el artículo 2356 del mismo título y libro establece lo siguiente:

Artículo 2356. Responsabilidad por malicia o negligencia.

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta [sic].

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino (Código civil colombiano, art. 2356).

A partir de este artículo se abrió paso dentro de la jurisprudencia y la doctrina, a la introducción de la noción de *actividades peligrosas*, entre ellas la conducción de automóviles basada en la teoría del riesgo.

En el fallo del 24 de marzo de 1936, la Corte Suprema hizo una alusión directa a la teoría del riesgo, la cual define: *ubi emolumentum, ibi onus*, es decir que aquel que recibe un provecho, debe asimismo soportar las cargas. Con esta teoría, la Corte estableció que la obligación de indemnizar resulta del solo hecho de tener la propiedad o el goce de la cosa, sin importar si le precede culpa o si se violó una regla de conducta.

En la sentencia del 18 de noviembre de 1940 (citada en Corte Suprema de Justicia, sentencia 18 de diciembre de 2012) se precisó que el sistema de responsabilidad contemplado en nuestro ordenamiento civil parte de la noción de culpabilidad para poder imponer la obligación de indemnizar. Sin embargo, aclaró que la responsabilidad que contiene el artículo 2341 es totalmente diferente al 2356, en atención a que el primero es un *principio de responsabilidad* y el segundo establece una *presunción de responsabilidad*.

Posteriormente, en la sentencia del 10 de agosto de 1941 (citado en Corte Suprema de Justicia, sentencia



18 de diciembre de 2012), la Corte se refirió a la falta de sustento legal con respecto a la teoría del riesgo, expresó que no existe texto legal que la consagre y que por tal motivo resultaba improcedente su creación por vía jurisprudencial.

En el año de 1945, en la sentencia del 16 de marzo (citada en Corte Suprema de Justicia, sentencia 18 de diciembre de 2012), el alto Tribunal reiteró que el artículo 2356 es claro al establecer una presunción de culpabilidad a cargo de quien ejecuta una actividad peligrosa por lo cual no se puede interpretar a la luz del riesgo.

En providencia del 28 de julio de 1970 (citada en Corte Suprema de Justicia, sentencia 18 de diciembre de 2012) la misma sala civil insistió en que no había acogido el enfoque de la responsabilidad objetiva, reiterando que en ningún caso se puede prescindir de la culpa para estructurar el concepto de responsabilidad civil extracontractual, ya que el régimen de culpabilidad es un sistema humanista y justiciero y no uno materialista como el régimen de responsabilidad objetiva.

Casi cuarenta años después, en el año 2009, la Corte en una sentencia con ponencia del Magistrado William Námén Vargas se inclinó por retener la teoría de la responsabilidad objetiva con base ya no en el artículo 2356 del Código Civil, sino en el artículo 88<sup>1</sup> de la Constitución Política. En dicha providencia, con fecha de agosto 24 de 2009<sup>2</sup>, la sala civil de la Corte Suprema sostuvo que la culpa no es un elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas, en virtud de que la responsabilidad objetiva permite establecer que quien se benefició de una actividad catalogada como peligrosa asume *per se* el riesgo de causar un daño.

Sin embargo, la Corte no fue unánime en esta decisión. Tres salvamentos de voto de los magistrados

Ruth Marina Díaz Rueda, Cesar Julio Valencia Copete y Edgardo Villamil Portilla sentaron su posición y expresaron la inconveniencia de cambiar la tradición de culpa que se venía consolidando en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.

En consecuencia, como respuesta a la jurisprudencia precedente, el 26 de agosto de 2010 la sala civil<sup>3</sup> contravirtió la posición asumida por el magistrado ponente William Námén Vargas un año atrás. En esta nueva providencia la Corte retomó la teoría de la presunción de culpa argumentando que si la intención del legislador hubiera estado encaminada a dejar por fuera el elemento de culpa de la responsabilidad extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas, sin duda alguna y muy seguramente habría efectuado tales precisiones conceptuales en el texto del ya referido artículo 2356; sin embargo, esto no se dio ya que sería un contrasentido incluir un sistema de imputación alterno a la culpa cuando el Código Civil y la mayoría de legislaciones civiles y comerciales están concebidas desde un régimen subjetivo.

Como se puede observar, el tema del régimen de responsabilidad por colisión de automotores no ha sido un tema pacífico y estático, por el contrario ha generado que tanto la doctrina y la jurisprudencia sienten sus posiciones, que han generado una inestabilidad en los fallos de los jueces y una aleatoriedad de providencias en pro y en contra de ambas teorías.

Este debate sobre el régimen aplicable al conductor que colisiona su automóvil sigue vigente especialmente en las decisiones de los jueces del país, que sume a las víctimas y agentes del daño en una gran incertidumbre jurídica. Es por tal motivo que se hizo necesario dilucidar la posición real que ha asumido la Corte Constitucional desde siempre y que se ha venido diluyendo por las providencias aisladas de la misma corporación y de los administradores de justicia del país.

## METODOLOGÍA

Este artículo tiene por objeto mostrar los resultados de una investigación desarrollada dentro del programa de Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. La investigación se desarrolló durante dos años, a partir del análisis

1 Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos" (Constitución Política, 1991).

2 Esta providencia recibió aclaración de voto de los magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, César Julio Valencia Copete y Edgardo Villamil Portilla.

3 Esta providencia recibió aclaración de voto de los magistrados: Jaime Arrubla Paucar, William Námén Vargas y Arturo Solarte Rodríguez.

cualitativo y cuantitativo de veinte fallos, datos obtenidos de la oficina de reparto de los juzgados civiles del circuito a nivel nacional y las estadísticas de la Secretaría de Movilidad de Bogotá.

La pregunta que pretendo responder es la siguiente: ¿por qué, a pesar de la tendencia de introducir una responsabilidad objetiva en nuestro sistema, la culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual por colisión de automotores, no solo para los jueces de la Corte Suprema de Justicia, sino también para aquellos de instancias inferiores?

De acuerdo al anterior interrogante, este artículo trata de demostrar que la culpa fue prevista como el fundamento de la responsabilidad civil por colisión de automotores por dos razones: primero, porque los accidentes de automotores, además de ser una actividad peligrosa, llevan intrínseco el factor de la imprevisibilidad, lo cual los enmarca en un juicio subjetivo en el que se verifica la prudencia o negligencia del autor del daño. Segundo, porque legalmente no existe norma expresa que contemple la teoría objetiva o que por lo menos desconozca el concepto de culpa en estos tipos de responsabilidad.

Inicio entonces en la primera parte del plan con la naturaleza de culpa. En este punto se revisa su naturaleza, concepto y aplicación. En la segunda parte se desarrolla lo concerniente al régimen de culpabilidad que rige la responsabilidad por colisión de automotores.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Naturaleza de la responsabilidad por colisión de automotores

Cuando me refiero a la responsabilidad civil por colisión de automotores debo acudir en primer término al origen de la culpa, este concepto viene del latín *culpa*, del verbo *culpo, culpare, culpatum* (Martínez, 2008, p. 278), desde el “derecho romano – 7 partidas” (Nota de Bello, Ll.6,7,8 etc., tit.15, part. 7. Código Civil de la República de Chile, 1981, p. 1853). Por su parte, el famoso “principio general de responsabilidad por culpa” reseñado en el artículo del profesor Fabrizio Mantilla:

es una abstracción moderna inspirada, principalmente, en las teorías de Domat (siglo xviii) estructuradas a partir de los textos de Hugo Grocio

(siglo xvii) y los trabajos realizados por la escuela de Salamanca sobre la *Lex Aquilia* del derecho romano. Los juristas franceses de los siglos xvii y xviii, en términos generales, acogieron estas teorías que vieron, finalmente, su consagración legal en el Código de Napoleón de 1804 (arts. 1382 y 1383 C.C. fr.) y luego fueron incluidas en el Código de Bello (arts. 2341 C.C. col. y 2314 C.C. ch.) (Mantilla, 2007, p. 1)<sup>4</sup>.

Esta tradición fue adoptada, desarrollada y materializada en nuestra codificación en el artículo 63, el cual establece la culpa contractual, y en el artículo 2341 que consagra el principio general de responsabilidad basado en la culpa, este último prevé el criterio de imputación que se debe aplicar en el campo extracontractual.

Sin embargo, a partir de 1935 la Corte Suprema de Justicia comenzó a fundar este tipo de responsabilidad en el riesgo, valiéndose de la influencia francesa, tomando como base la providencia del 13 de febrero de 1930, en la que la corte de casación francesa profirió un fallo contundente:

sentando los siguientes principios: 1. El artículo 1384, establece una presunción de responsabilidad contra aquel que tiene bajo su guarda la cosa inanimada que ha causado perjuicio a otro. 2. No se tendrá en cuenta para aplicar la presunción de responsabilidad, si la cosa estaba o no accionada por la mano del hombre o si tiene un vicio inherente a su naturaleza. 3. Las fórmulas de esta sentencia forman parte del derecho positivo francés (Tamayo, 2009, p. 170).

El alto tribunal, a través de sendos fallos en los años de 1936 y 1938, fundamentó la responsabilidad extracontractual por colisión de automotores en la expresión “riesgo creado”, dejando a un lado la culpa y abriéndole campo a la imputación objetiva.

Ese ir y venir en la jurisprudencia colombiana reseñado en los párrafos precedentes ha creado diversas aristas con respecto al estudio de la responsabilidad por colisión de automotores, una de ellas es la presunción del artículo 2356, que como ya se mencionó al inicio del presente artículo, se refiere al ejercicio

<sup>4</sup> Véase la nota 2 en el artículo de Mantilla (2007, p. 1) para bibliografía complementaria al respecto.



de actividades peligrosas. En este artículo se estructura una presunción que tiene como finalidad trasladar la carga de la prueba al sujeto que causó el daño; sin embargo, el debate jurisprudencial y doctrinal se ha circunscrito al tipo de presunción. Por un lado los objetivistas hablan de una presunción de responsabilidad y los subjetivistas de una presunción de culpa.

En atención a lo anterior y con el fin de estudiar la presunción establecida en el artículo 2356, se expone la diferenciación entre la presunción de responsabilidad y la presunción de culpa.

### Presunción de responsabilidad vs presunción de culpa

La presunción en nuestro derecho es entendida como “un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de hechos debidamente probados” (Parra, 2006, p. 709). En el caso de las presunciones en materia de responsabilidad, es el juez quien interpreta esas presunciones bajo el apego propio de la valoración de la prueba.

En el campo de la responsabilidad civil extracontractual por colisión de automotores se encuentra la presunción de responsabilidad y la presunción de culpa, ambas presunciones han sido desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina. A continuación se explica en qué consiste cada una de ellas, iniciando con la diferenciación planteada por los hermanos Mazeaud:

la diferencia fundamental que se encuentra entre la presunción de culpa y la presunción de responsabilidad es básicamente que la primera se desvirtúa probando diligencia y cuidado y la segunda probando fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima (Martínez Rave y Martínez Tamayo, 2003, p. 227).

### Presunción de responsabilidad

#### Definición

La presunción de responsabilidad se estructura a partir del hecho y el daño. Con base en ello se crea una presunción en cabeza del presunto ejecutor del daño; sin embargo, el profesor Antonio Rocha critica la llamada *presunción de responsabilidad* debido a que “es una expresión que no es jurídica, ya que en ella se presume un hecho pero no una obligación,

es por ello que es mas [sic] preciso hablar de una presunción de peligrosidad” (Rocha, 1949, p. 358).

#### Factor de atribución

En el caso de la presunción de responsabilidad esta deriva del riesgo. En este caso la víctima, en teoría, solo tendría que demostrar el hecho y el daño sin necesidad de entrar a probar la causalidad entre ambos, ni la culpa del agente que lo causó. Por ejemplo, el caso del taxista que colisiona a otro por exceso de velocidad causándole al pasajero del taxi colisionado, graves lesiones en sus brazos y piernas. En este caso, la víctima (pasajero) solo estaría llamado a probar la colisión entre ambos taxis y las lesiones en su cuerpo.

En este tipo de factor de atribución y en el caso en comento, no se mira la conducta específica de quién desarrolla la conducta dañosa, por el contrario, esta se omite y se da paso al factor del riesgo como criterio básico de imputación.

#### Causales de exoneración

La presunción de responsabilidad solo puede ser desvirtuada probando un factor extraño. Para nuestra legislación, el caso fortuito o fuerza mayor está definido en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890<sup>5</sup>; Malinvaud (1990) la define como el “acontecimiento imprevisible, irresistible y externo a la actividad del deudor o generador del daño” (p. 263). Por su parte, la *culpa* exclusiva de la víctima se refiere al “hecho de la víctima consistente en un acontecimiento extraño al ámbito del demandado, aspecto que impide su imputación y es de tal entidad que torna en irrelevante para la causalidad el comportamiento del propio demandado” (Santos, 1996, p. 122).

De manera ilustrativa podríamos tomar el mismo ejemplo de los taxistas. Supongamos entonces, que la colisión de los dos taxis se da por una grave inundación generada por la ruptura de dos tubos madre que de forma intempestiva estallaron, y a causa de la fuerte presión del agua desplazaron a uno de los taxis contra el otro, lo que genera la colisión. En este caso, el llamado caso fortuito o fuerza mayor sobrepasa la

5 “ se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Código Civil Colombiano, artículo 64).

voluntad de los taxistas, lo que hace que un evento extraño genere una acción que causa un daño.

En el caso de la culpa exclusiva de la víctima, imaginemos el mismo escenario de los taxistas, ambos van por la misma vía y en el mismo sentido, de repente el pasajero de uno de los taxis, de forma intempestiva, se baja del taxi, y al hacerlo es arrollado por el otro vehículo de transporte público. Aquí estamos frente a una situación que escapa al control de los conductores del vehículo y que evidencia una “puesta en peligro” por parte de la misma víctima.

### Presunción de culpa

#### Definición

La presunción de culpa es un medio a través del cual el juez puede descargar o desplazar la carga de la prueba. Esta se da cuando el hecho o los hechos constitutivos de culpa son ejecutados o dejan de serlo directamente por la persona autora del daño. Veamos esta definición reflejada en un ejemplo: dos vehículos se encuentran circulando en una carretera en contraflujo, uno de ellos, al intentar sobre pasar a otro vehículo, invade el carril contrario ocasionando un choque. En esta situación, existe una colisión de actividades peligrosas; sin embargo, el carro que ocupó el carril contrario incurrió en culpa al no respetar el Código de Tránsito que prohíbe y castiga este tipo de conductas.

De acuerdo a lo anterior, la víctima, en teoría, solo tendría que demostrar el hecho, es decir la invasión del carril, el daño (menoscabo del carro o lesión de la persona) y el nexo causal entre ambos.

#### Factor de atribución

En el caso de la presunción de culpa, el presunto autor del daño debe demostrar que no estuvo en culpa; es decir, que como se le imputa a título de culpa, el realizador de la conducta debe probar mediante hechos positivos la manera en la que obró o cómo dejó de actuar.

Para este punto podríamos citar el ejemplo de dos automóviles que se encuentran próximos a pasar una intersección. Uno de ellos está esperando que el semáforo cambie, mientras tanto, el otro se encuentra a varios metros de distancia del semáforo y confía en que alcanza a pasar aumentando la velocidad.

Sin embargo, cuando se encuentra pasando por la intersección, el vehículo que estaba esperando el cambio del semáforo a luz verde, inicia su marcha y se encuentra de frente con el automóvil que no alcanzó a pasar.

Para este caso, el automóvil que chocó al carro que no alcanzó a pasar la intersección, debe probar que acató la señal del semáforo y que además circulaba a la velocidad permitida. Por su parte, el vehículo que quedó en medio de la intersección deberá atacar con hechos positivos la imprudencia que se le endilga.

#### Causales de exoneración

La presunción de culpa solo puede ser desvirtuada probando prudencia y diligencia:

la apreciación no se hace en concreto sino en abstracto. Esto es, no se tienen en cuenta las circunstancias y condiciones subjetivas del demandado en responsabilidad civil sino que se recurre a un tipo abstracto (el del hombre prudente), para hacer la comparación. Se va a averiguar si el automovilista prudente, o el transeúnte prudente, o el medico prudente, a quienes se supone en las mismas circunstancias externas, se hubieran comportado en forma distinta y hubieran evitado el daño (Tamayo Lomaba, 2009, pp. 112-113).

Es necesario remitirse a las circunstancias externas y no las internas, pues en este último caso habría apreciación en concreto (Mazeaud, Mazeaud & Tunc, 1957, p. 461).

Las causales de exoneración que presenta esta presunción van dirigidas a probar la prudencia y diligencia empleada en la conducción del automotor, es decir, si nos paramos en el caso citado en la definición, el conductor del que se presume su culpabilidad en el hecho, deberá probar que cumplía con la velocidad permitida, que era una zona demarcada con doble línea discontinua y que además fue prudente al adelantar porque no había obstáculos a la vista.

Como se puede ver, la presunción de culpa hace un examen más profundo de cada hecho y permite evaluar cada conducta en específico en los casos en que coexisten dos actividades peligrosas.

#### Necesidad de la culpa en materia



### de actividades peligrosas

El criterio de imputación que establece el Código Civil invita a evaluar la conducta desde un punto subjetivo, por medio de la valoración de aspectos de la conducta humana, mientras que la responsabilidad objetiva busca centrar su apreciación en el riesgo sin miramientos a la conducta del agente.

Con el fin de evidenciar la necesidad de la culpa, traigo a colación el caso discutido en el 2009 por la Corte Suprema de Justicia, que tuvo como ponente al ex magistrado William Namen.

El caso se remonta al año 1999, en la carretera de Santa Marta a Medellín, a la altura del corregimiento La Gómez, Departamento de Santander. El vehículo (tracto camión) con placas TKA 271 fue colisionado por el otro camión de placa BUS 835 (propiedad de Bavaria), cuyo conductor se encontraba en estado de embriaguez. Este último invadió el carril por donde circulaba el primero, lo golpeó en el costado delantero derecho y le causó múltiples daños.

El presente litigio fue abordado y decidido desde la postura de la responsabilidad objetiva “en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás” (Sentencia 24 de agosto de 2009)<sup>6</sup>.

Aunque la parte resolutive de la sentencia resulta coherente, no lo es así su parte considerativa, ya que de manera forzada busca llegar a una conclusión que obedece más a un juicio subjetivo que a uno objetivo.

Desde la presentación del caso se puede vislumbrar con claridad que se trata de una conducta que debe ser analizada desde la culpa, en el caso que se narra, el demandado colisionó a otro en clara violación de las leyes de tránsito del país: en primer lugar por conducir en estado de embriaguez (Ley 1548 de

2012) y en segundo, por invadir el carril contrario<sup>7</sup> en una carretera nacional.

No obstante, el magistrado ponente, en un intento más vago que contundente, optó por analizar el caso desde el riesgo de la actividad peligrosa desplegada. Su parte considerativa se centró en la peligrosidad creada por el vehículo de propiedad de la empresa Bavaria y la causalidad entre este y el daño. Su intento por desconocer la culpa en este tipo de análisis, llevó a que soportara su argumentación en la creación del riesgo como causal potencial de responsabilidad. Asimismo, buscó instruir el proceso desde la libertad y la sana crítica que tiene el juez al momento de evaluar las pruebas en búsqueda de respaldo a un criterio objetivo que no encontraría en el Código Civil.

La conclusión a la que llegó la Corte Suprema es la misma a la que se llegaría a través de la culpa. Sin embargo, el estudio desde el sistema subjetivo en este tipo de casos es más natural y sencillo, ya que el sistema estructurado en el Código Civil está basado en la culpa y permite respaldar el análisis desde normas positivas, además de utilizar un sistema presuntivo que descarga la actividad probatoria en cabeza de quien se presume obró de forma negligente e imprudente. Para el caso en estudio, era claro el obrar culposo e incluso doloso por parte del demandado, ya que este no atendió las prohibiciones expresas que trae el Código de Tránsito y tampoco los deberes de prudencia y diligencia que le exigen la conducción de un automotor.

La inconformidad por la forma en la que se abordó el caso en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia fue notoria, tres salvamentos de voto son claros al decir que el procedimiento usado por el magistrado ponente desconoce las reglas de responsabilidad establecidas en el Código Civil y además ignora la jurisprudencia de la sala que ha señalado de manera reiterada a la culpa como el eje de la responsabilidad civil por colisión de automotores.

6 Esta providencia recibió aclaración de voto de los magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, César Julio Valencia Copete y Edgardo Villamil Portilla.

7 Código Nacional de Tránsito Terrestre, Artículo 73. Prohibiciones especiales para adelantar otro vehículo. No se debe adelantar a otros vehículos en los siguientes casos: en intersecciones; en los tramos de la vía en donde exista línea separadora central continua o prohibición de adelantamiento; en curvas o pendientes; cuando la visibilidad sea desfavorable; en las proximidades de pasos de peatones; en las intersecciones de las vías férreas; por la berma o por la derecha de un vehículo; en general, cuando la maniobra ofrezca peligro.

**La culpa, eje de la responsabilidad extracontractual por colisión de automotores**

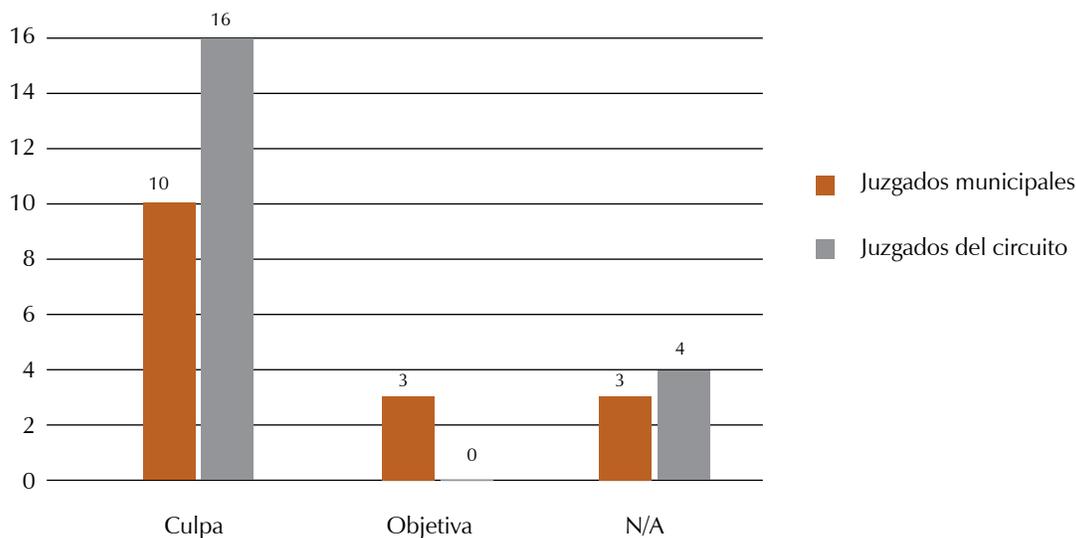
Con el fin de determinar el impacto real de las tesis jurisprudenciales estudiadas y cuyo resultado se presentó en la sección anterior, se realizó una investigación empírica durante los años 2015 y 2016 en los despachos municipales y del circuito de los distritos judiciales de Cali y Bogotá. El trabajo consistió en una encuesta en la que participaron voluntariamente los jueces de los respectivos despachos. En esta encuesta se formularon tres preguntas: 1. ¿Cuántos procesos de responsabilidad civil extracontractual recibe al mes en el despacho?, 2. ¿cuántos procesos de responsabilidad civil extracontractual tienen que ver con

choques de automóviles? y 3. ¿al momento de fallar los casos de responsabilidad civil por colisión de automotores, se inclinan por la responsabilidad basada en la culpa o en la responsabilidad objetiva?

Las encuestas fueron remitidas a los despachos judiciales tanto municipales como del circuito, 10 juzgados civiles municipales y 10 civiles del circuito en el distrito judicial de Cali respondieron las preguntas. En Bogotá, 20 juzgados respondieron la encuesta: 10 por parte de los civiles municipales y 10 por parte civiles del circuito.

De acuerdo a lo anterior, los resultados obtenidos se presentan en la siguiente gráfica.

**Gráfica 1. Los jueces en sus fallos de responsabilidad civil por colisión de automotores, ¿se inclinan por la responsabilidad basada en la culpa o en la responsabilidad objetiva?**



Fuente: elaboración propia

La gráfica 1 muestra que la tendencia que tienen los jueces municipales y los jueces del circuito a fundar la responsabilidad civil extracontractual por colisión de automotores para condenar al agente del daño es la culpa. Paso ahora a explicar con más detalle estos resultados en la encuesta realizada a jueces municipales y jueces del circuito.

**La culpa en los juzgados civiles municipales**

Aunque en el 2009 la Corte Suprema de Justicia trató de cambiar el criterio de imputación a responsabilidad objetiva, se evidencia que en el distrito judicial de Cali, al momento de fallar procesos de responsabilidad por colisión de automotores, la mitad de



los juzgados de la muestra tomada siguen utilizando la culpa como el eje de decisión en materia de responsabilidad por colisión de automotores, aun cuando se esperaba que el criterio de culpa se derrumbara con la sentencia del magistrado Namen Vargas.

Por su parte, en Bogotá los resultados son aún más abrumadores, los jueces en un 70% utilizan la culpa como factor de decisión, mientras que tan solo el 30% restante no recibió procesos de responsabilidad, por lo que no se pudo realizar la tercera pregunta, es decir que la aplicación de la responsabilidad objetiva en los juzgados de primera instancia es nula.

En suma, podemos concluir que el factor culpa en los juzgados civiles municipales de Bogotá y Cali, se da en un 70% de los conflictos suscitados por colisión de automotores. Este porcentaje, además de ser diciente, muestra que los jueces mantienen el criterio de imputación desarrollado por años por la Corte Suprema de Justicia y no caen en vacilaciones momentáneas generadas por una sentencia aislada de la misma corporación.

### **La culpa en los juzgados civiles del circuito**

En los juzgados del circuito, los resultados son más arrolladores y contundentes. En el distrito de Cali, por ejemplo, deciden los procesos de colisión por automotores en un 70% basados en la culpa; mientras el 30% restante representa el porcentaje de los juzgados que no conocieron conflictos de responsabilidad por choque de vehículos.

Es claro entonces que en el distrito judicial de Cali, la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva para los casos de colisión de automotores es intrascendente, la culpa, por el contrario, es un criterio más usado por los jueces para fundar los fallos en estos casos de responsabilidad.

Finalmente, en Bogotá, los jueces civiles del circuito basan sus decisiones en el régimen de culpabilidad en un 90%, en tanto que el 10% residual corresponde a los despachos que no recibieron procesos de responsabilidad civil extracontractual. El porcentaje anterior (90%), además de ser el porcentaje más alto obtenido en la encuesta, evidencia que la culpa es el eje de decisión usado por los jueces para resolver los casos de responsabilidad por colisión de automotores.

En atención a lo anterior, podemos colegir que los juzgados del circuito, tanto en Cali como en Bogo-

tá, ya no marcan una tendencia hacia la responsabilidad basada en la culpa (90%), sino una *realidad*, mostrando también que el régimen objetivo no es utilizado por ninguno de los despachos judiciales a los cuales se les aplicó la entrevista.

### **Ausencia de impacto de la teoría de la responsabilidad objetiva en instancias judiciales inferiores**

La jurisdicción civil representada por la muestra tomada a través del trabajo de campo realizado por este escrito, revela que tanto en los juzgados municipales como en los del circuito, tienen muy arraigado el sistema subjetivo implantado por el Código Civil. Ello a su vez demuestra que la responsabilidad objetiva carece de impacto al momento de fallar los casos de responsabilidad civil por colisión de automotores.

Las cifras que resultaron de la entrevista a los despachos judiciales son demostrativas del actuar judicial, si bien la entrevista no se realizó a la totalidad de los jueces que conforman la jurisdicción civil, sí se tomó una muestra representativa en dos distritos que tienen una carga laboral considerable.

Teniendo en cuenta los resultados de la encuesta, trataré de explicar: a) por qué no ha impactado la responsabilidad objetiva en la jurisdicción civil a instancias de juzgados civiles municipales y civiles del circuito, y b) por qué la culpa se erige como el factor de decisión en los casos de responsabilidad civil por colisión de automotores.

### **La responsabilidad objetiva en la jurisdicción civil**

Los resultados de la encuesta demuestran que la tesis de la Corte Suprema de Justicia tendiente a defender que la responsabilidad por colisión de automotores es objetiva, como lo argumentó el exmagistrado Namen en la Sentencia del 24 de agosto de 2009, no ha tenido un impacto importante en las decisiones de jueces de instancias inferiores, más aún cuando la misma Corte ha fluctuado entre esta teoría y la de la culpa.

Entre 2009 y 2010, la Corte Suprema de Justicia tuvo dos sentencias con posiciones encontradas sobre el criterio de imputación que se debe utilizar en materia de colisión de automotores. La primera es la ya referenciada del exmagistrado Namen Vargas,

en la que se aplicó un criterio basado en el riesgo y la causalidad, se ponderó el análisis objetivo de la actividad peligrosa sobre la conducta culposa del agente. La decisión tomada en esta sentencia recibió la aclaración de voto de tres magistrados, los cuales compartían la parte resolutoria de la providencia pero no el procedimiento para llegar ella.

En 2010, la ponencia de la exmagistrada Ruth Marina Díaz Rueda decidió retomar la línea que había venido defendiendo la sala civil desde hace años, en materia de responsabilidad por actividades peligrosas, la cual ponderaba la importancia del concepto de la culpa y hacía honor a lo establecido en el Código Civil. La providencia rectificó y sentenció que el régimen de imputación que debe regir en Colombia por actividades catalogadas como peligrosas en el campo de la responsabilidad civil extracontractual es la de la presunta culpa.

La providencia de 2010, de forma inequívoca señaló que:

si el legislador hubiese querido prescindir del elemento de la culpa lo hubiera expresado: No hay cómo escapar al sentido natural y obvio que tiene la normatividad que gobierna la materia, máxime cuando según reza el aforismo latino, la ley no omitió inconsideradamente, sino porque no quiso que fuese dicho, (*lex non omitti incaute, sed quia dictum noluit*) (Sentencia del 26 de agosto de 2010).

Con esta nueva decisión por parte de la Corte Suprema de Justicia, la línea objetivista que había implantado —al parecer de forma infructuosa— la sentencia del exmagistrado Námén Vargas en 2009 fue removida en el 2010. Con esto, regresó a la línea de decisión que naturalmente sugería nuestro Código Civil, la cual reivindica el carácter subjetivo de nuestro sistema (culpa) y reconoce los preceptos establecidos para la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil colombiano.

Esta confrontación de posiciones presentada entre los más altos jueces del país no cambió la forma de decidir de los jueces municipales y del circuito debido a que la teoría objetiva no alcanzó a ser desarrollada de forma suficiente por el alto tribunal, por el contrario, fue controvertida y descartada un año después.

El juez, sea cual sea su categoría, debe fundar su decisión en normas positivas que se adecúen no solo a la realidad fáctica, sino a la jurídica. Hoy no existe una norma expresa que consagre la responsabilidad objetiva por colisión de automotores, tampoco es dable, según los recientes fallos de la corte, hacer una interpretación extralegal del artículo 2356. Estas situaciones impiden que el juez tome decisiones a partir de teorías —como la objetiva— que aún no se han concretado ni legal ni jurisprudencialmente.

Las cifras resultantes de la encuesta demuestran que el juez usa las alternativas establecidas en el Código Civil y no se arriesga a emitir fallos con base en teorías que no cuentan con disposición legal o por lo menos con desarrollo jurisprudencial. La culpa por el contrario —como veremos a continuación—, fue y es el factor de decisión por parte de los jueces, al momento de fallar los casos de responsabilidad extracontractual por colisión de automotores.

En ese contexto, este escrito invalida la teoría expuesta por la Corte Suprema de Justicia en 2009 (ponencia del exmagistrado Námén Vargas) en el sentido de que la responsabilidad objetiva no se arraigó en la jurisdicción ordinaria. Por el contrario, la culpa se mantuvo como el criterio de imputación en materia de colisión de automotores.

Así las cosas, este autor se alinea con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 26 de agosto de 2010), en el sentido de mantener el concepto de culpa como el criterio único de imputación en materia de responsabilidad civil por colisión de automotores.

### La culpa como factor de decisión

Los jueces civiles municipales de la ciudad de Cali reciben a diario por reparto tres procesos de diversas materias. Mensualmente reciben unos inventarios cercanos a treinta procesos, solo uno o dos de ellos corresponden a temas relacionados con responsabilidad civil extracontractual. Como vemos, el porcentaje de procesos de responsabilidad civil son la minoría en los despachos municipales.

Por su parte, los juzgados civiles del circuito cuentan con una carga superior en materia de responsabilidad, sus ingresos de procesos de este tipo ascienden a cinco o seis al mes.



Mas allá de la carga laboral que poseen los despachos, se evidenció que los jueces civiles municipales y del circuito centran su motivación en el factor culpa, esto se debe a que el juez puede obtener a través de este factor de imputación un sustento legal y jurisprudencial más sólido y más acorde con la tradición jurídica colombiana, y sobre todo un método de decisión más decantado por la jurisprudencia.

Igualmente, el juez no puede ir en contravía de lo estipulado en la normatividad civil vigente, cada actuación debe estar enmarcada dentro de la legalidad; en el caso de la culpa, además de estar consagrada de forma expresa en el Código Civil, es el factor de decisión idóneo para dirimir los conflictos de responsabilidad por colisión de automotores, no solo por su pertinencia en materia probatoria, sino también por su desarrollo jurisprudencial y doctrinal que hacen más fácil para el juez, sustanciar cada proceso.

Como especifica el profesor Pérez Vives (1968):

El juez tiene gran amplitud de criterio para verificar el paralelo; por eso se ha dicho que en el modelo tomado, el hombre prudente y diligente, como el buen padre de familia, es en realidad el propio juez –el buen juez–, quien se interrogará si él, al haber estado en las mismas circunstancias de hecho, habría actuado en forma diferente al demandado y habría por lo tanto evitado el perjuicio (p. 164).

## CONCLUSIONES

- El régimen de imputación que aplica para la responsabilidad civil por colisión de automotores siempre ha estado basado en la culpa. Los jueces han respetado los postulados de la normatividad civil y no han modificado su forma de fallar por los intentos fallidos de la Corte Suprema de Justicia de introducir el criterio de imputación objetiva.
- La culpa es uno de los conceptos fundantes no solo del Código Civil colombiano, sino de mu-

chas codificaciones latinoamericanas. El hecho de desconocer este término en materia de responsabilidad civil extracontractual por colisión de automotores implicaría un cambio de legislación que no solo afectaría la normatividad civil, sino a las demás normas nacionales que consagran la culpa como uno de los criterios de imputación.

- La teoría objetiva basada en el riesgo y la causalidad, viene siendo tratada en la jurisprudencia nacional; sin embargo, no logró entrar en funcionamiento de forma definitiva por no tener un respaldo legal y sobre todo, por carecer de elementos ajustados a la ley civil para resolver casos de responsabilidad por colisión de automotores.
- Las divergentes teorías objetiva y subjetiva discutidas por la Corte Suprema de Justicia referentes a la responsabilidad civil extracontractual por colisión de automotores, no han generado inestabilidad jurídica; por el contrario, han reafirmado a la culpa como el factor de decisión idóneo para fallar los casos de responsabilidad civil extracontractual por colisión de automotores.
- Los temas relacionados con actividades catalogadas como peligrosas siempre van a ser objeto de discusión y más en las salas de decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, es claro que los cambios jurisprudenciales que se produzcan en el alto tribunal obedecerán a las líneas de pensamiento de sus integrantes y no siempre a lo establecido por el legislador.
- El trabajo de campo de este artículo evidenció que la mayoría de jueces civiles de categoría municipal y del circuito de Bogotá y Cali acuden a la codificación civil (culpa) para dirimir los conflictos relacionados con la responsabilidad civil extracontractual por colisión de automotores, apoyados en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual reivindicó el concepto de culpa.
- El juez siempre estará investido de autonomía judicial y podrá calificar de acuerdo a su sana crítica, por tanto, este tipo de controversias que no han sido totalmente agotadas siempre estarán sujetas a la valoración individual del juzgador.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Código Civil colombiano, [CC]. Ley 57 de 1887. Artículo 64. 26 de mayo de 1873. (Colombia).
- Código Civil colombiano, [CC]. Ley 57 de 1887. Artículo 2341. 26 de mayo de 1873. (Colombia).
- Código Civil colombiano, [CC]. Ley 57 de 1887. Artículo 2356. 26 de mayo de 1873. (Colombia).
- Código Civil de la República de Chile, [CC]. Código Civil de Andrés Bello. P. Lira Urquieta, introducción y notas. 14 de diciembre de 1855 (Chile).
- Código Nacional de Tránsito Terrestre, [CNT]. Ley 769 del 2002. Artículo 73. 6 de Agosto de 2002.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01. (Magistrado Ponente: William Námén Vargas; veinticuatro (24) de agosto de 2009).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. N° 47001-3103-003-2005-00611-01. (Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda; veintiséis (26) de agosto de 2010).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 7724. (Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez; Dieciséis (16) de diciembre de 2010).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 76001-31- 03-009- 2006-00094-01. (Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez; Dieciocho (18) de diciembre de 2012).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación N° 05266 31 03 002.2002 00010 01. (Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco; Cinco (05) de agosto de 2014).
- Constitución Política [CP]. Artículo 88.7 de julio de 1991 (Colombia).
- Malinvaud, P. (1990). *Droit des obligations*. Paris: Litec.
- Mantilla, F. (2007). El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. *Revista Opinión jurídica*, 6(11), 131-150.
- Martínez, M. (2008). La faute y la culpa. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 5, 275-298.
- Martínez, G. & Martínez, C. (2003). *Responsabilidad Civil extracontractual* (11ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. & Tunc, A. (1957). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle (T. I)*. Paris: Editions Montchrestien.
- Melich, J. (1995). *La responsabilidad civil por hechos ilícitos (2 vols.)*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Parra, J. (2006). *Manual de derecho probatorio (15ª ed.)*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Pérez, Á. (1968). *Teoría general de las obligaciones (T. II)*. Bogotá: Editorial Temis.
- Preciado, D. (1987). *Indemnización de Perjuicios - Responsabilidad Civil Contractual. Extracontractual y Delictual (T. I)*. Bogotá: Editorial Librería del Profesional.
- Rocha, A. (1949). *De la prueba en derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Sección de Extensión Cultural.
- Santos, J. (1996). *Instituciones de responsabilidad civil (T. III)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Tamayo, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual (3ª ed.)*. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley Ltda.
- Uribe, R. (1979). *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá: Temis.
- Velásquez, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad de La Sabana, Editorial Temis S.A.
- Villey, M. (1993). *Le droit romain. Coll. Que sais-je?*. París: PUF.





Fecha de recepción: 31 de agosto de 2016  
 Fecha de evaluación: 26 de septiembre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# La garantía en el contrato interadministrativo, un imperativo para evitar el riesgo al patrimonio del Estado\*

*Olga Lucila Lizarazo Salgado\*\**  
*Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco\*\*\**

## Citar este artículo

Lizarazo, O., & Rodríguez, Y. (2017). La garantía en el contrato interadministrativo, un imperativo para evitar el riesgo al patrimonio del Estado. *Revista Via Iuris*, 22, pp. 61-85.

## RESUMEN

La necesidad de investigar sobre la falta de garantía en los contratos interadministrativos tiene ocasión en tanto evitará el detrimento patrimonial de las entidades del Estado por sus pares u homónimas. Lo anterior se evidencia en los informes de la Contraloría General de la República, que reporta un alto porcentaje de los contratos y cumplimientos de los fines esenciales del Estado, por contratos interadministrativos o mal llamados convenios, lo que evidencia que los funcionarios, en su condición de operadores de la norma, emplean los términos desconociendo las condiciones y requisitos que se requieren para unos u otros, y ponen en riesgo los recursos del Estado.

\* Este artículo es resultado del proyecto de investigación enmarcado en el “Convenio de Prácticas Educativas celebrado entre la Secretaría Distrital de Salud y la Universidad La Gran Colombia – Facultad de Derecho de Bogotá.” El desarrollo del documento tuvo su primer origen en el año 2013 y finalizó en el año 2016.

\*\* Abogada de la Universidad Autónoma. Especialista en Derechos Humanos de la ESAP; Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia). Correo electrónico: [ollulisa@gmail.com](mailto:ollulisa@gmail.com)

\*\*\* Abogada de la Universidad La Gran Colombia, especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Laboral de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [yudyr07@hotmail.com](mailto:yudyr07@hotmail.com)

## Palabras clave

Contrato interadministrativo, convenio interadministrativo, daño patrimonial, garantía en el contrato.



## The guarantee in the inter-administrative contract, an imperative to avoid the risk on the State patrimony

*Olga Lucila Lizarazo Salgado*  
*Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco*

### ABSTRACT

The need for research on the lack of guarantee in the inter-administrative contracts happens in both to avoid damage to the property of the State entities by their peers or to the homonymous. This is evidenced in the reports of the Republic General Comptroller Office, which reports a high contracts percentage and the essential purposes of the State compliance, by inter-administrative contracts or conventions; which evidences that the officials, in his capacity as operators of the standard, use the terms in disregard of the conditions and requirements that are required for one or the other, and put at risk the resources of the State.

### Keywords

Inter-administrative contract, inter-administrative agreement, patrimonial damage, guarantee in the contract.

## A garantia no contrato inter-administrativo, um imperativo para evitar o risco ao patrimônio do Estado

*Olga Lucila Lizarazo Salgado  
Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco*

### RESUMO

A necessidade de investigar sobre a falta de garantia nos contratos interadministrativos tem uma oportunidade, desde que evite o detrimento patrimonial das entidades estatais pelos seus pares ou homônimos. O que precede é evidenciado nos relatórios da Controladoria Geral da República, que relata uma alta porcentagem de contratos e o cumprimento dos objetivos essenciais do Estado, contratos interadministrativos ou acordos maldosos, o que mostra que os funcionários em sua condição dos operadores da norma, usem os termos que ignoram as condições e os requisitos necessários para um ou outro e colocam em risco os recursos do Estado.

### Palavras-chave

Contrato interadministrativo, acordo interadministrativo, danos materiais, garantia no contrato.



## La garantie dans le contrat inter-administratif, un impératif pour éviter le risque au patrimoine de l'État

*Olga Lucila Lizarazo Salgado*  
*Yudy Zuleyma Rodríguez Blanco*

### RÉSUMÉ

La nécessité d'enquêter sur l'absence de garantie dans les contrats inter administratifs présente une opportunité tant qu'elle évitera le préjudice patrimonial des entités étatiques par leurs pairs ou leurs homonymes. Ce qui précède est attesté par les rapports du Contrôleur général de la République, qui fait état d'un pourcentage élevé de contrats et du respect des buts essentiels de l'État, par des contrats inter administratifs ou des accords mal nommés, ce qui montrent que les fonctionnaires, dans leur état d'opérateurs de la norme, utilisent les termes en ignorant les conditions et les exigences requises pour l'un ou l'autre, et mettent en péril les ressources de l'État.

### Mots-dés

Contrat inter-administratif, accord inter-administratif, dommages du patrimoine, garantie dans le contrat.

## INTRODUCCIÓN

En Colombia, la celebración de contratos interadministrativos constituye una de las formas de cumplir con los fines del Estado; en el segundo trimestre del año 2011, del total de la contratación celebrada en el país un 9,29% fueron contratos interadministrativos (Contraloría General de la República, 2012); el impacto que genera la modalidad de contratación directa con este tipo de contrato es tal, que con ocasión a la disposición legal presupuestal anual, se autoriza a los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación a que afecten sus presupuestos cuando celebren contratos entre sí, con excepción de los de crédito, los cuales harán los ajustes mediante resoluciones del jefe del órgano respectivo, que condiciona sus apropiaciones a la vigencia siguiente; así es como en el año 2011 se adicionaron recursos por la suma de \$552,3 mil millones y para la vigencia 2012 se adicionaron apropiaciones por \$337 mil millones de pesos (Ministerio de Hacienda & Crédito Público, 2011-2012).

La Contraloría General de la República con el objeto de analizar la operación, costos, ventajas y desventajas de la celebración de convenios interadministrativos y tomando como ejemplo a Fonade, organismo representativo de este tipo de operaciones, concluyó, en primer término que la problemática surge en el hecho de que la ley no haga una distinción entre el concepto de contrato interadministrativo y convenio interadministrativo, puesto que la denominación en las minutas de contrato es incierta. Vaga en la identificación de agentes responsables del daño patrimonial del Estado a entidades del mismo; de igual forma, desde el punto de vista legal, no se prevé una obligación preestablecida que determine la necesidad de constituir garantía ante la celebración de los convenios interadministrativos.

En este orden de ideas, el régimen normativo que regula la contratación administrativa en Colombia faculta a las entidades del Estado, para que mediante la modalidad de contratación directa celebren contratos interadministrativos, siempre y cuando, las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalada en la ley o en sus reglamentos. Adicionalmente se dispuso que cuando se trate de contratos interadministrativos, los contratistas estarán exentos de la Constitución de garantías.

Es así que celebrar un contrato por parte de la administración lleva inmerso un fin público, que

constituye derechos y obligaciones para las partes y su incumplimiento implica la afectación de las finalidades del Estado, como lo es el hacer efectivos los deberes públicos y la prestación de los servicios legítima y eficazmente a cargo de la autoridad administrativa contratante.

El hecho de que el legislador no estableciera como obligatoria la Constitución de garantía ante la celebración de contratos interadministrativos, puede tener asidero en el criterio de unidad de caja, que desconoce el hecho según el cual, para el efectivo cumplimiento de los fines del Estado, se descentraliza la administración otorgando autonomía presupuestal y financiera, lo que tiene como consecuencia, la obligación de responder fiscalmente por los recursos asignados.

Se ha de destacar el hecho, que con corte al segundo trimestre del año 2011, del total de la contratación celebrada en el país un 9,29% tuvo origen en la celebración de contratos interadministrativos (Contraloría General de la República, 2012), impacto que genera la modalidad de contratación directa bajo la celebración de contrato interadministrativo, que autoriza a los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, a que afecten sus presupuestos cuando celebren contratos entre sí, con excepción de los de crédito; los ajustes necesarios se harán mediante resoluciones del jefe del órgano respectivo, condicionando sus apropiaciones a la vigencia siguiente; es así, como en el año 2011 se adicionaron recursos por la suma de \$552,3 mil millones y para el 2012, \$337 mil millones (Ministerio de Hacienda & Crédito Público, 2011-2012).

Se ha de exponer, que la Contraloría General de la República en su función de control, pese a identificar la existencia de falencias en el tema, solo ha propuesto como acciones correctivas, controles de advertencia sobre la ejecución de algunas obras, en las que la modalidad de contratación fue el contrato interadministrativo. Asimismo, ha advertido la falta de claridad conceptual entre el contrato y el convenio interadministrativo, anteriormente enunciados, confusión que se extiende incluso a la doctrina.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se propone analizar cuáles son las consecuencias jurídicas por las cuales el estatuto de contratación no obliga, para la ejecución de los convenios interadministrativos, la Constitución de garantía. Esto con el propósito de generar una propuesta con la cual se pueda



llevar a cabo la materialización de Constitución de garantía en los contratos interadministrativos.

De modo que, el planteamiento del problema surge a partir de la siguiente pregunta:

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas por la no obligación en la celebración de convenios interadministrativos, de la Constitución de garantía?

Como hipótesis se plantea la razonabilidad de que el legislador no haya regulado la Constitución de garantía en los contratos interadministrativos, apelando no solo al principio de autonomía de la voluntad, sino al principio de unidad de caja. Sin embargo, cuando se trata de celebración de contratos interadministrativos que comportan desembolso de recursos, la falta de Constitución de una garantía deja a la administración sin cobertura de manera directa por los eventuales daños e incumplimientos que puedan surgir dentro del proceso de ejecución, en razón a la culpa, fuerza mayor o caso fortuito.

Entre los objetivos específicos, se plantea identificar los beneficios de la Constitución de garantía en función, no solo de los recursos, sino de la satisfacción de necesidades; hallar las diferencias y similitudes que rodean el concepto de contrato y convenios interadministrativos, y determinar si la claridad conceptual conlleva a evitar riesgos en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que rodean el convenio y contrato interadministrativo.

## METODOLOGÍA

La metodología que se implementó en la presente investigación fue cualitativa y cuantitativa, se utilizaron las técnicas de observación participante y registro de datos. Las conclusiones que se derivan del trabajo son el resultado de los indicadores e información compilada que evidencia el eventual daño patrimonial que se causa con la no exigencia de garantía en los contratos interadministrativos ante la especial falta de diferenciación, entre estos y los convenios interadministrativos.

Dadas las características del trabajo que involucran el análisis de marco normativo e informes existentes que refieran la optimización de recursos del Estado colombiano, se utilizó el método descriptivo, para señalar las debilidades previstas en el marco jurídico. De otra parte, el método explicativo se empleó para dar cuenta de las causas y consecuencias ocasiona-

das por la inexistencia de garantía en los contratos interadministrativos.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La Constitución de una garantía se origina ante el hecho de la celebración de un contrato, que tratándose de convenios interadministrativos se da con el contrato administrativo —*strictu sensu*— y está unida a la creación de la jurisdicción contenciosoadministrativa, que surge como una jurisdicción ordinaria, independiente de las demás (Expósito Vélez, 2003).

Hay autores que proponen una diferencia entre el contrato interadministrativo y el convenio interadministrativo, de modo que, el convenio ha sido entendido como una manifestación de la actividad contractual de la administración y se le ha subordinado al contrato, lo que extiende el mismo régimen jurídico para las dos denominaciones (Chávez Marín, 2008; Scognamiglio, 1996).

En relación con el negocio jurídico y el contrato jurídico, su alcance, características y elementos se atenderán de acuerdo a las posiciones de los doctrinantes Bonivento Fernandez (2012) y Lafont Pianetta (2005).

La naturaleza de los convenios interadministrativos, como un acto jurídico fuente de obligaciones, es un ensayo-propuesta de un estudiante de postgrado quien concluye la existencia de argumentos de la Corte Constitucional, que evidencia la necesidad de constituir garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas (García Gómez, 2011).

Es claro que existe una diferencia entre el contrato y el convenio interadministrativo: el convenio interadministrativo es entendido como un negocio jurídico de derecho público y de carácter *intuitu personae* que celebran las administraciones y entes públicos en pie de igualdad, con el fin de satisfacer las necesidades derivadas de la colaboración administrativa (Huerta, 2000).

Los posibles incumplimientos que se presenten cuando se celebran convenios o contratos interadministrativos sin la Constitución de garantía, implicarían un daño para las entidades; el daño se entenderá como un detrimento patrimonial que consiste en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien patrimonial; la pérdida de ganancias o la necesidad sobrevenida de realizar ciertos gastos a un daño no patrimonial, conocido como daño moral.

Jurídicamente, el daño, desde la óptica del derecho como fenómeno social, busca regular la vida colectiva; no puede hablarse de derecho sin hacer referencia al hecho social. Mediante él, la sociedad ha establecido normas generales y obligatorias para sus miembros, efectivizadas voluntariamente o por intervención estatal, para alcanzar una serie de fines “ideales” y óptimos para perennizarse. Mas los mismos no pueden lograrse cuando sus individuos arriesgan su persona o su patrimonio, sin que existan garantías de respeto a la integridad. Dejar al individuo, a la familia o a las formas organizadas de asociación sin la debida protección atenta contra la supervivencia misma de la colectividad. Castigar el daño, entonces, se vuelve indispensable, sintetizado por los latinos en la necesidad del principio *neminem laedere*: “A nadie dañar” (Pérez Vargas, 1991).

Por su parte, el daño patrimonial es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen, o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades; justamente, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados, y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima; así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional (Sánchez Torres, 2004). Cuando el daño sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a modo de contribución. En los demás casos, asevero, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será diferente al de responsabilidad fiscal (Sánchez Torres, 2004).

Por su parte, la responsabilidad fiscal es atribuible a los servidores públicos y los particulares (personas naturales y jurídicas de derecho privado) cuando ejerzan funciones de gestión fiscal, es decir, de administración o manejo del patrimonio público. En

otras palabras, dichas personas son sujetos activos cualificados por la gestión fiscal que adelantan sobre el patrimonio público (Amaya Olaya, 2003).

### Los conceptos de contrato y convenio interadministrativo: diferencias y similitudes

Etimológicamente, convenio y contrato en el derecho Romano eran equivalentes. Convenio viene de “convención” o *cum venir* que acompañada de una suma de formalidades conforman un contrato (Mosset Iturraspe, 1961), esto es, parece haber un delgado hilo que separa los conceptos de convenio y contrato que incluso, que también se confunde con el concepto de asociación. El contrato se constituye como un acuerdo de voluntades que genera obligaciones y constituye una figura que se remonta a los orígenes del derecho, cimentada en el derecho civil, influenciado por el derecho romano (Escola, 1977). En el derecho administrativo, se plantea la existencia del contrato propiamente administrativo (Chávez, 2008), que se diferencia del acto administrativo pues se constituyen como dos actos jurídicos distintos e independientes de la actuación administrativa: en tanto el acto administrativo es en esencia una manifestación unilateral de la voluntad de la administración, el contrato jurídico, se caracteriza por contener la voluntad de las partes (Penagos, 1992; Santofimio Gamboa, 1994).

Por otra parte, el convenio se considera la especie y el contrato el género, en la medida en que todo convenio implica un acuerdo de voluntades (Chávez, 2008). Valencia Zea (1978) establece que contrato y convención son dos conceptos sinónimos. Sin embargo, se ha de precisar, que aunque los dos signifiquen en su origen lo mismo y prime la autonomía de la voluntad, la materialización es distinta, pues se considera que el convenio tiene un objetivo compartido y no hay interés patrimonial, si no se cumplen las expectativas acordadas no se ocasiona daño o lesión alguna; a diferencia de lo que ocurre en el contrato, donde están de por medio, no solo los intereses de la administración pública enmarcados en recursos públicos, sino también el interés de la comunidad por obtener un beneficio del servicio contratado.

Siendo el negocio jurídico, un “acto jurídico lícito integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada que el derecho reconoce como base para la producción de efectos jurídicos buscados y queridos por su autor o autores, siempre que concurren determinados requisitos o elementos” (Diccionario Jurídico



Espasa, 2005). El negocio jurídico en sí mismo está definido para aquellos negocios en los que prima la autonomía de la voluntad; sin embargo, se ha escrito sobre el negocio jurídico público cuando el sujeto que actúa es el Estado con el condicionante de que este negocio jurídico se convierte en acto administrativo (Garrido, 1992): “el acto jurídico es instituto rector de las manifestaciones de voluntad de personas de derecho público con otras de derecho privado” (Solano Sierra, 1994).

Es preciso indicar que el concepto de negocio jurídico se equiparó con el de acto jurídico, sin considerar que el acto jurídico se halla ausente de todo contenido normativo, aquí el agente no tiene el poder de configurar las consecuencias porque están determinadas por la ley (Diez Picaso, 1982). A diferencia del acto jurídico, el negocio jurídico, ésta constituido por una declaración de voluntad privada, encaminada hacia un fin práctico susceptible de producir efectos jurídicos, previstos y aún imprevistos. Es decir que no se basta la voluntad interna, aunque sea legítima; es necesario que dicha voluntad se exteriorice (Ferrero Costa, 1974).

El Código Civil colombiano, no refiere criterio alguno respecto del negocio jurídico; sin embargo, el artículo 1602 estipula que el contrato es ley para las partes, y es concordante con el artículo 16 de la misma norma donde se dispone que los convenios particulares no pueden derogar las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres (Alarcón Rojas, 2011). El Código de Comercio, en los artículos 864 y 865 refiere el concepto de contrato como acuerdo de dos o más partes (Escobar Sanín, 1985). Esto es, el negocio jurídico constituye una declaración de voluntad, como un presupuesto de la propiedad privada, en tanto es un requisito para que los individuos realicen la circulación de la riqueza, a partir de la institución de la autonomía de la voluntad (Durán Vinazco, 2010).

El carácter de los actos contractuales está determinado por la naturaleza de las obligaciones que se contraen de conformidad con el contrato suscrito por la administración. En este sentido, el artículo 1495 del código de civil define el contrato estatal como aquel acto jurídico mediante el cual una persona se obliga con otra a dar, hacer o no hacer una cosa; estas obligaciones determinan si la administración debe ejecutar ciertos actos o si por el contrario está obligada a abstenerse de expedirlos y ejecutarlos (Bonivento

Fernández, 2008). En ese entendido, se tiene que si la administración tiene el deber de dar o hacer una cosa y se abstiene de tal, estará incurso en una omisión administrativa de carácter contractual, que bien puede ser generadora de responsabilidad fiscal (Mojica Cortés, 2007).

Por su parte, hay autores que niegan la existencia del contrato administrativo y refieren que la administración y su gestión se da mediante el acto jurídico, explican que “el contrato en sentido propio, es inaplicable en el derecho administrativo; los que se llaman contratos, son en realidad, actos administrativos, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado” (Otto, 1888). No obstante, la anterior apreciación se ha de tener en cuenta a la luz de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 donde el artículo 40, establece que las estipulaciones de los contratos serán las previstas en la ley y en las normas civiles y comerciales. Lo que lleva a concluir que el contrato en la administración pública es de carácter mixto (Chávez, 2008), tal y como lo define Martínez López (1994), quien estipula que el contrato en la administración pública son todos aquellos contratos de cualquier naturaleza, tipo o especie por parte de alguna administración pública, o lo que es lo mismo de alguna entidad pública.

Saliendo del ámbito del origen que rodea el concepto de contrato y convenio en la administración, se ha de resaltar, que cobra vida el principio de autonomía de la voluntad. Cuando se trata de la gestión de la administración pública, la legislación colombiana contempló la asociación como derecho constitucional, establecido en el artículo 38: es una clara derivación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas. En virtud de este derecho, se reconocen dos facultades: de una parte, la facultad de integrar organizaciones reconocidas por el Estado, con capacidad para adquirir derechos y obligaciones, para emprender proyectos económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índole. De otro lado, la facultad de no formar parte de determinada organización (Corte Constitucional, 2002) lo que implica que todas las personas pueden asociarse libremente; incluso las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

El Estado busca la colaboración de los particulares, lo que lo convierte en parte activa de la contratación, tal y como lo asevera Miguel Ángel Bercaitz (1980), para quien el contrato administrativo es una actuación esencialmente bilateral, de allí la relevancia en la utilización de medios de asociación a la hora de hablar de materialización y concreción de tales fines.

En Colombia, dicha práctica se configura de manera más arraigada a partir de los principios consagrados en la Constitución Política de 1991, y es precisamente en ella donde se desarrollan aún más los preceptos de participación social, cooperación y colaboración en pro del interés general (Ronderos, 2011), expresados en normas tales como la Ley 489 de 1998, cuyo artículo 6 dispone:

en virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones [para ello] prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares (Congreso de la República. 1998).

Con esto, adquiere una amplia perspectiva la ya tradicional celebración de los convenios interadministrativos como modalidad contractual y cuya particularidad es su celebración en virtud del principio de cooperación entre entidades públicas, de tal modo que su finalidad no es otra distinta a “la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar servicios públicos que le han sido encomendados” (Consejo de Estado, 2008).

En este orden de ideas, puede afirmarse que existe una actividad convencional de la administración como actividad autónoma y diferenciada, de modo tal que el convenio de la administración según Jorge Enrique Santos (2008), quien cita a Chávez Marín presenta las siguientes características:

– Desde un punto de vista formal, la actividad convencional es una modalidad de la actividad de negocio de la administración pues involucra la manifestación y el acuerdo de voluntades. En ese orden de ideas, el concepto de convenio de la administración formaría parte del concepto más tradicional de contrato que no incluye la teoría de la causa, la cual resulta imprescindible en el ordenamiento positivo colombiano.

– Las relaciones jurídicas surgidas del vínculo del negocio generado por el convenio de la administración son de obligatorio cumplimiento por las partes involucradas; es decir, tienen plenos efectos jurídicos en el sentido de que las prestaciones deben ser ejecutadas, por lo cual se encuentran disponibles las herramientas legales y judiciales de coerción para lograr el efectivo cumplimiento de las prestaciones asumidas por cada una de las partes.

– El objeto de los convenios de la administración implica siempre el acuerdo de voluntades, las cuales permanecen como autónomas y separables, alrededor de unos fines e intereses comunes a las partes que intervienen en el vínculo.

– En el convenio de la administración, solo es indispensable que una de las partes sea pública, no es necesario que ambas lo sean, puesto que aquél puede ser celebrado también con particulares (convenios de apoyo a los que se refiere el artículo 355 de la Constitución o convenios de ciencia y tecnología regulados en los decretos 393 y 591 de 1991). En todo caso, independientemente de si se celebra con otra administración pública o con un particular, con el convenio debe buscarse el cumplimiento conjunto de funciones administrativas sin delegarlas, salvo en un convenio de descentralización por colaboración.

– El convenio de la administración constituye un objeto o una técnica especial para la gestión pública, esto es, para lograr la realización de los fines atribuidos por el ordenamiento a las entidades estatales (Marín, 2008, pp. 81-ss).

En ese contexto, y entendiendo cuáles son los cometidos de la administración, es necesario referirse a los conceptos que coadyudan a la gestión de la administración mediante el contrato o convenio interadministrativo. Hacer una conceptualización al respecto parece sencillo en tanto, como ya se referenció anteriormente, las palabras tienen el mismo origen, al punto que el marco legal que refiere la contratación en Colombia indistintamente utiliza uno u otro concepto, como se verá más adelante.

El cumplimiento de los objetivos propuestos para este escrito, que apuntan a la diferenciación de los conceptos de contrato y convenio interadministrativo, marca una pauta diferenciadora desde la doctrina, pues aunque hay pocos autores que proponen una



diferencia entre las dos denominaciones, pues en la mayoría de los casos, así como lo interpreta la ley, para la celebración del contrato o convenio interadministrativo impera el principio de la autonomía de la voluntad, sobre la base de que dicho concepto surge en un ambiente de culto a la libertad del individuo.

El negocio jurídico, y más exactamente el contrato administrativo, es aquel celebrado por una persona jurídica pública y sometido, en todo o en parte, a reglamentaciones especiales, diferentes a las que rigen los contratos entre particulares (Rodríguez, 1996). Sin embargo, este concepto aunque sencillo, no deja espacio para entender si dentro de su marco también se tiene en cuenta que la administración no solo celebra con particulares, sino también con otras autoridades de orden público. En torno a los principios de economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, entre otros, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado (Yunes Moreno, 1997).

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el español, el derecho positivo colombiano trata según una regulación común las figuras del contrato y el convenio interadministrativo. Es decir, el régimen jurídico que gobierna la celebración y ejecución de esos acuerdos de voluntades es fundamentalmente el mismo<sup>1</sup>, con excepción de algunos regímenes especiales, consagrados expresamente por el propio ordenamiento y sin perjuicio de que la interpretación de las normas que son marco de estos convenios y contratos, puede ser diferente atendiendo a la naturaleza del acuerdo de voluntades (Chávez, 2008).

El contrato administrativo, es aquel celebrado por la administración pública con un fin público, circunstancia que le permite conferir al contratante, derechos y obligaciones frente a terceros. Si en su ejecución puede afectarse la satisfacción de una necesidad pública, colectiva, dicho contrato estará

sujeto a las reglas de derecho público, que ponen al contratante en situación de subordinación jurídica (Marienhoff, 1966). En Colombia, la subordinación jurídica se contextualiza en la facultad de asociación que la Constitución Política y la ley le confieren a las entidades estatales con particulares o con organismos públicos, para optimizar el cumplimiento de sus funciones, mediante la suscripción de convenios.

De otro lado, el contrato interadministrativo, es también celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato, se identifican contratante y contratista; el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular (Santos Rodríguez, 2008). El contrato implica un acuerdo de voluntades que modifica el ordenamiento jurídico en el sentido de crear, modificar o extinguir obligaciones (Claro Solar, 1936).

Es dicho por la doctrina que en el universo de la libertad de empresa, de mercado, de igualdad y de libre competencia, que cobija también a las administraciones públicas, estas se ubican en el espacio de la oferta de bienes y servicios que pueden ser suministrados por particulares. En tales condiciones, la celebración de un acuerdo de voluntades entre dos instituciones estatales no puede corresponder, muy seguramente, al típico convenio interadministrativo, entendido como un mecanismo apropiado para el logro de intereses mutuos y propios de las instituciones concurrentes. Por el contrario, esa figura se ubica mejor, conceptualmente, en el tradicional contrato que es medio de intercambio patrimonial y plantea intereses contrapuestos entre las partes contratantes, así se trate de dos entidades estatales (Chávez, 2008).

En el orden administrativo, también se conocen conceptos que rodean el tema, por ejemplo la Procuraduría General de la Nación en investigación disciplinaria dispone, para referirse al contrato interadministrativo,

Es como un contrato de colaboración entre entidades públicas, que solo puede realizarse cuando las mismas no son capaces de ejecutar el contrato por sí mismas, sin acudir a la subcontratación; dentro de las entidades factibles

1 “El actual estatuto general de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993, no distingue los dos tipos señalados. Diferentes disposiciones de la Ley se refieren indistintamente a convenios como a contratos interadministrativos, para darles similar tratamiento, normas de las cuales se desprende que en derecho positivo la distinción que proponemos no ha sido adoptada plenamente en el ordenamiento colombiano” (Chávez, 2008, p. 230). A lo anterior, se oponen Expósito Vélez (2003) y Pino Ricci (2001).

de suscribir esta clase de contratación directa para la fecha del contrato (Procuraduría General de la Nación, 2011).

El Consejo de Estado, *Sección Tercera*, afirma que no existe diferencia de fondo entre una y otra figura jurídica, al respecto refiere la corporación:

el principal efecto de los “convenios interadministrativos”, al igual que el de los demás contratos, es el de crear obligaciones que sólo se pueden invalidar o modificar por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales, tal y como claramente lo dispone el artículo 1602 del Código Civil; se advierte entonces que si en un convenio o contrato interadministrativo debidamente perfeccionado, en el cual han surgido las obligaciones correspondientes, una de las partes no cumple con los compromisos que contrajo, tal parte está obligada a responder por ello, salvo que la causa de su falta de cumplimiento encuentre justificación válida. En ese orden de ideas, otro efecto determinante que surge de los convenios referidos, es aquel que se denomina en la doctrina jurídica como integración, el cual encuentra concreción en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, en cuya virtud hacen parte de los contratos o convenios, a título de obligaciones y derechos, al lado de aquello que las partes acordaron expresamente, todo lo que, de acuerdo con su naturaleza, emerja de la ley, de la buena fe, de la costumbre y de la equidad, como elementos que adicionan el contenido y los efectos del negocio jurídico respectivo (Consejo de Estado, 2010, p. 27).

Además, la Corporación destaca como características principales, las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc.; (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de

Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales (Consejo de Estado, 2010).

Un año antes de la anterior disposición, el Consejo de Estado ya se había referido al tema en el sentido de indicar que los convenios interadministrativos:

Son formas de gestión conjunta de competencias administrativas que asumen el ropaje del negocio jurídico y al hacerlo, regulan intereses que aunque coincidentes son perfectamente delimitables, por tanto se trata de relaciones en la que mínimo participan dos partes. Adicionalmente, mediante este instrumento se crean vínculos jurídicos que antes de su utilización no existían y que se traducen en obligaciones concretas. Finalmente, dichas obligaciones son emanaciones de los efectos jurídicos que puedan llegar a desprenderse, son un reflejo directo de las voluntades involucradas (Consejo de Estado, 2008).

El convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociables (Santos Rodríguez, 2008).

Una característica que es atribuible al convenio interadministrativo, es que cada uno de los sujetos negociables va a realizar separadamente sus funciones, pero en cuanto sean concordantes para lograr un fin común; se trata de mantener una separación de competencias, para ejercerlas de tal manera que se logre evitar una duplicidad de funciones y esfuerzos. En relación con esta clase de coordinación, es preciso hacer notar que esta debe ser voluntaria entre las partes y no alude al concepto de coordinación tradicional donde un superior jerárquico impone medidas para la integración de las partes (Rodríguez de Santiago, 1997).



Asimismo, se ha dicho que la distribución de competencias puede darse simplemente cuando una competencia muy general es asignada a dos entidades y estas las distribuyen específicamente para ejecutar lo general, evitando duplicidad de funciones y al mismo tiempo lo que permite lograr una eficiente gestión contractual (Rodríguez de Santiago, 1997).

Meléndez (2010) dice que para destacar las diferencias entre contrato interadministrativo y convenio es oportuno traer a colación el concepto de la Dirección Técnica Legal del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) de la Ciudad de Bogotá sobre la procedencia de la celebración de los contratos interadministrativos de conformidad con la regulación de la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993 refieren el concepto en la misma denominación, esto es, en el marco de la contratación pública se consideran dos figuras distintas teniendo en cuenta el tipo de relación que surge entre las entidades o de estas con particulares.

Se puede concluir que en un contrato, una de las partes —sea o no un ente público— asume la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, o el suministro o asistencia técnica, obligándose la otra a satisfacer el precio o prestación onerosa convenida.

En el convenio no se produce intercambio de prestaciones a título oneroso, sino aportaciones conjuntas de cada una de las partes para la consecución del fin que interesa a ambas y respecto del cual cada una de ellas asume una gestión parcial pero conjunta. Es decir, en el contrato, las partes son contrapuestas mientras que en el convenio son concurrentes (Meléndez, 2010).

Con lo antes expuesto, necesariamente se concluye que si bien es cierto que etimológicamente el convenio y el contrato interadministrativo tienen el mismo origen, en la práctica la materialización presenta diferencias, de modo tal que mientras el convenio está dado para cooperar y ayudar mutuamente, el contrato implica dos partes que se obligan y obtienen como contraprestación un pago y el cumplimiento de una obligación, por lo que incumplir lo pactado trae consigo consecuencias generalmente pecuniarias.

### **El contrato y convenio interadministrativo en la legislación Colombiana**

Como se había mencionado previamente, la legislación colombiana ha dado uso de manera indistinta al

concepto de convenio y contrato interadministrativo; el primer antecedente se remonta al Decreto-Ley 222 de 1983 por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones, en su artículo 16 se clasificaban los contratos administrativos y se incluían bajo la denominación de contrato a los interadministrativos, para su celebración en aplicación del artículo 25 del mismo estatuto, tanto los contratos administrativos como los de derecho privado debían ser celebrados siguiendo los procedimientos de selección de derecho administrativo y, en primer lugar, el procedimiento de la licitación pública (Santos Rodríguez, 2008).

La Ley 80 de 1993, en el segundo párrafo disponía que “se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”, denominando en este caso convenio interadministrativo.

Luego, el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que refiere los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual establece: “En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos”; asimismo, el artículo 25 establecía que “Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros” manteniendo en este caso la denominación de contrato interadministrativo.

Adicional a lo anterior se ha de destacar que la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 refería que “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, a su vez en el artículo 40 señalaba:

Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (Congreso de la República-1993).

En la Ley 1150 de 2007, el artículo 2 dispone que “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa”, asimismo, el literal c) del numeral 4 del dicho artículo, modificado por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, sobre la modalidad de selección de contratación directa, denomina a los interadministrativos en la modalidad de contratos:

Siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

[...]

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

Cuando la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales (Congreso de la República, 2011).

El Decreto 734 de 2012, disponía en el capítulo IV sección II, subsección I, artículo 3.4.2.1.1:

Contratos interadministrativos. Las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993

celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal.

De conformidad con el inciso 1° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, las instituciones públicas de educación superior, o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales podrán ejecutar contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargo fiduciario y fiducia pública siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada, y acrediten la capacidad requerida para el efecto.

La ejecución de dichos contratos estará sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el presente decreto así la entidad ejecutora tenga régimen de contratación especial, salvo lo previsto en el inciso 2° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011.

Parágrafo. Los contratos de seguro de las entidades estatales estarán exceptuados de celebrarse por contrato interadministrativo”, manteniendo los ya dispuesto en la Ley 1150 de 2007, 1474 de 2011 en lo que a la palabra contrato se refiere. (Departamento Nacional de Planeación -2012)

El Decreto 1510 de 2013 les da el mismo concepto indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, en la medida en que establece en el artículo 76:

**Convenios** o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre entidades estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 73 del presente decreto.

Cuando la totalidad del presupuesto de una entidad estatal hace parte del presupuesto de otra



con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las entidades estatales. (Departamento Nacional de Planeación-2013)

En suma del ejercicio realizado, el marco legal no ayuda a aclarar la utilización de la palabra contrato o convenio; sin embargo, en términos generales, se denota que refiere al concepto de contrato en general, como aquel que constituye un negocio jurídico y genera obligaciones bilaterales.

### **Detrimento patrimonial al Estado, ante la no Constitución de garantía en los convenios interadministrativos**

Históricamente, la idea de controlar los recursos del Estado impera a partir del segundo viaje de Cristóbal Colón, para el cual los Reyes Católicos designan a un funcionario<sup>2</sup> con la misión de vigilar o controlar el manejo de los fondos y bienes de la expedición (Younes Moreno, 2006). A la cabeza del control de los recursos y bienes del Estado está la Contraloría General de la República, cuyo objetivo principal es vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación (Rengifo Carreño, 2009).

Actualmente, el proceso aplicable en aras de buscar el resarcimiento por detrimento a los bienes del Estado es el establecido por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, donde se infiere que la responsabilidad fiscal se edifica sobre la base de tres elementos esenciales: una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado, y un nexo causal entre los dos elementos anteriores (Contraloría General de la República, 2010). El objeto del proceso de responsabilidad fiscal será el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, para demostrar el daño patrimonial al Estado será iniciado de oficio o como consecuencia de denuncia o queja presentada por cualquier persona u organización ciudadana.

Dentro del proceso de responsabilidad fiscal, únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habi-

litados para ejercer gestión fiscal (Sánchez Torres, 2004); es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal sufran detrimento en la forma y condiciones prescritas por la ley (Corte Constitucional, 2001) La regulación legal de la defensa del patrimonio tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos; en consecuencia toda la actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular (Vásquez Miranda, 2000). El patrimonio incluye bienes, derechos, intereses y obligaciones del Estado, que involucran responsabilidades y deberes (Carrillo Ballesteros, 2006).

Hay tres clases de bienes del Estado, los de uso público o común<sup>3</sup>, los fiscales o patrimoniales y los adjudicables. Los primeros están a disposición de todos los habitantes respetando su uso reglamentado; los segundos son patrimonio exclusivo del Estado, y los terceros están a disposición del Estado según la ley, teniendo en cuenta que además de la República existen otras personas jurídicas o entidades políticas como los departamentos y los municipios que también tienen bienes fiscales (Ballesteros, 2006).

En el Título III del Libro II, artículos 674 y siguientes del Código Civil, se consignan los denominados “bienes de la unión” expresión que equivale a “bienes de la República”. Se llaman bienes de la unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República; si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se

2 El funcionario se denominó lugarteniente de los Contadores Mayores de Castilla.

3 De conformidad con los artículos 63 y 102 de la Constitución son bienes de uso público que pertenecen a la Nación y en consecuencia son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Asimismo, y en términos de la Corte Constitucional los bienes de uso público común o universal pueden ser gratuitos u onerosos. Generalmente el uso público universal es gratuito, por excepción puede no serlo. Así ocurre cuando se establece el pago de un peaje sobre ciertos caminos o puentes; cuando se exige el pago de una suma de dinero para tener acceso a museos públicos, como jardines zoológicos o botánicos etc. Dada la naturaleza jurídica e índole del uso “común”, su onerosidad debe necesariamente emanar de un texto legal o hallarse autorizada por este. (Sentencia T-292 de 2003).

llaman bienes de la unión o bienes fiscales (Procuraduría General de la Nación, 2008).

Es dado desde la Constitución Política, que los bienes fiscales o patrimoniales se encuentran destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza de forma inmediata<sup>4</sup> y, que como ya se mencionó en el capítulo anterior, hay varias formas mediante las cuales la administración procede a garantizar la prestación y satisfacción de bienes y servicios a la comunidad. Una de ellas está dada por la celebración de contratos interadministrativos; otra se ha dado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que ha dispuesto la necesidad de constituir garantías con las que se busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales (Carrillo Ballesteros, 2006).

En el marco de la responsabilidad fiscal, el daño es su razón de ser (Henaó, 2007); es el primer elemento de la misma y de no estar presente torna inoficioso su estudio; es la causa de la reparación, la cual es la finalidad última de la responsabilidad. En el derecho Romano, surgió una primera división del daño, de un lado el daño inferido a las cosas directamente —*damnum*— y el que lesionaba la personalidad física del individuo —*iniuria*— (Mena García, 1999). La palabra daño deriva del latín *damnum*: “efecto de dañar”; el dañar proviene del vocablo latino *damnare*, que significa “condenar” y, en el idioma español: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; maltratar o echar a perder algo; condenar a alguien, dar sentencia contra él; estropearse, deteriorarse” (Real Academia de la Lengua, 2013).

El daño recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades.

Los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas (Corte Constitucional, 2001). De tal suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella (Sotomayor Uribe, 2011).

En la práctica:

El daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribo culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal (Corte Constitucional, 2001).

En la misma medida en que se ha determinado la existencia de un detrimento patrimonial al Estado en razón a la omisión o acción de un funcionario o particular del Estado, vale la pena referirse a la responsabilidad patrimonial del Estado, bajo los supuestos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, según el cual, el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no solo imperativo, ya que le ordena al Estado a responder, sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública (Irrisarri Boada, 2000). Pero el artículo 90 no restringe la responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, “y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual” (Corte Constitucional, 1996), posición que ratifica lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 13 de julio de 1993.

No obstante, también se ha dicho que tratándose de responsabilidad fiscal resulta impropio situarse

4 Ver: Sentencia C 183 de 2003 de la Corte Constitucional. MP Alfredo Beltrán Sierra.



en los dominios del artículo 90 pues, sencillamente, en tal hipótesis fiscal, el Estado es justamente el extremo afectado, los quebrantos causados al tesoro público por la conducta irregular de quienes ejercen la gestión fiscal, sean éstos servidores públicos o particulares; circunstancia pasiva que se hace aún más palmaria si se tiene en cuenta que en el evento de la responsabilidad fiscal, el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario corre a su favor, siendo por ende impensable cualquier acción de repetición contra funcionario alguno (Corte Constitucional, 2001). Lo cual se refuerza al recordar que no toda conducta de un servidor público vincula a la administración; sin embargo, la anterior posición deja un vacío, en tanto en el marco de los contratos interadministrativos el Estado obra como extremo infractor.

En teoría, lo anteriormente expuesto solo va enmarcado a la responsabilidad patrimonial a la cual está obligado a asumir el Estado con ocasión a la actuación, abstención, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas (Corte Constitucional, 1996). Sin embargo, no se contempla la posibilidad de existencia de responsabilidad directa imputable a otra entidad del Estado cuando esta incumpla lo acordado con ocasión al contrato interadministrativo.

El régimen de responsabilidad está dado no solo a:

Los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de “funcionamiento normal” (o “funcionamiento de los servicios públicos”, simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución) (García de Enterría, 1993).

Si se enmarca el anterior criterio en la legislación colombiana, se puede dar el daño en el marco de la actuación normal de la administración, esto es, la entidad que se contrata para prestar o garantizar la prestación de un servicio puede incumplir con los cometidos pactados en el contrato interadministrativo.

Construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o

culpa, hace que se desplace su fundamento, desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable), a la del patrimonio de la persona lesionada, en este caso la persona lesionada no es otra que la misma administración.

La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial (García de Enterría, 1993).

En el marco de la responsabilidad fiscal, donde es indispensable la concreción de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores, tal como lo da a entender el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, no está contemplado el hecho de declarar responsable a otra autoridad del Estado, como se expuso en el anteproyecto de esta investigación donde se observó que la celebración de contratos interadministrativos constituye una de las formas de cumplir con los fines del Estado.

La Contraloría General de la República con el objeto de analizar la operación, costos, ventajas y desventajas de la celebración de convenios interadministrativos tomó como ejemplo a Fonade por ser un organismo representativo de este tipo de operaciones. A la fecha, en materia de responsabilidad, no hay un precedente en contra de Fonade, en la mayoría de los casos, las investigaciones de orden fiscal están dadas respecto de los contratistas o terceros que ejecutaron el cumplimiento del objeto convenido con Fonade, sin que lo anterior implique que dicha entidad no tenga acciones en su contra en materia penal o contencioso-administrativa.

La conducta como elemento de la responsabilidad debe ser realizada en ejercicio de una gestión fiscal o con ocasión de esta, como también el grado de culpabilidad, que según la ley interpretada por la jurisprudencia constitucional debe ser dolosa o gravemente culposa; de tal manera, en este acápite solo se hará referencia a las actuaciones de la administración de carácter contractual que puedan generar res-

ponsabilidad fiscal, que de conformidad con la Ley 610 de 2000 se constituyan en una conducta:

Antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías (Meléndez, 2010).

En suma, el daño es todo menoscabo o disminución en el patrimonio público, que no puede reducirse a una simple operación aritmética de sumas y restas, como lo establece la Ley 610 de 2000 en su artículo 5. En términos de la Contraloría General:

La disminución o menoscabo del patrimonio del Estado debe ser producido por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías (Contraloría General de la República, 2012).

En términos de responsabilidad fiscal, se ha hecho referencia a la responsabilidad fiscal por el hecho propio, definida como aquella en la que el daño patrimonial al Estado es producido directamente por la persona natural o jurídica que por acción u omisión incurre en una conducta a título de dolo o gravemente culposa de manera contraria a sus deberes jurídicos y las obligaciones estipuladas en un contrato estatal (Amaya Olaya, 2002); ante el caso de la responsabilidad por el hecho propio del servidor público que actúa como gestor fiscal en alguna de las fases precontractual, contractual y poscontractual estatal debe existir una relación de causa eficiente del daño patrimonial entre el sujeto pasivo de la imputación, el sujeto activo de la conducta, el resultado —que es el daño— y el deber jurídico de reparar el daño en la medida en que el Estado no tenga el deber jurídico de soportarlo.

También existe la responsabilidad por el hecho ajeno, lo que conforme a la Ley 610 de 2000 desnaturaliza

la responsabilidad fiscal que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva puesto que esta solo procede a título de dolo o culpa grave del agente estatal que produce el daño. En este caso, se entiende hecho ajeno cuando la conducta que ocasiona el daño es producida por un contratista estatal, en donde su naturaleza jurídica es una persona jurídica, consorcio, unión temporal, promesa de sociedad futura, o cuando el daño es producido por la ejecución de una orden legítima proferida por un funcionario competente, conforme a las formalidades legales y en ejercicio de sus funciones. Véanse los casos en que los sujetos de la responsabilidad fiscal son llamados a responder por el hecho ajeno, que al objetivarse se convierte en responsabilidad orgánica subjetiva de naturaleza fiscal (Velásquez Posada, 2009).

Ahora bien, en tratándose de los sujetos de la responsabilidad fiscal, se ha de indicar que es atribuible a los servidores públicos y los particulares (personas naturales y jurídicas de derecho privado) cuando ejerzan funciones de gestión fiscal, es decir, de administración o manejo del patrimonio público. En otras palabras, dichas personas son sujetos activos cualificados por la gestión fiscal que adelantan sobre el patrimonio público (Amaya Olaya, 2003). Se excluye que probablemente también hay responsabilidad por persona jurídica de derecho público en tanto puede haber incumplimiento por hecho ajeno o hecho propio en los términos ya planteados.

Por disposición constitucional, la Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan recursos públicos, con el fin de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal; es decir, en esta se establece claramente que un determinado servidor público o particular deberá responder por las consecuencias que se deriven de sus actuaciones irregulares en la gestión que haya realizado, y queda obligado a reparar el daño causado al erario público (Contraloría General de la República, Concepto 80112 EE15354).

Para establecer la responsabilidad fiscal se aplica el procedimiento establecido en la Ley 42 de 1993, modificado por la ley 610 de 2000, que consta de varias



etapas: indagación preliminar (artículo 395), apertura del proceso de responsabilidad fiscal (artículos 40 y 41); auto de imputación de responsabilidad fiscal (artículo 48), etapa de traslado (artículo 50), etapa probatoria (artículos 22 al 32 y 51), fallo con responsabilidad fiscal o fallo sin responsabilidad fiscal (artículos 53 y 54). De otro lado, dicha ley en su artículo 12 prevé que en cualquier momento de la actuación se pueden decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable.

Esta situación le da a las entidades públicas una doble connotación en las relaciones contractuales, como contratante y como contratista, donde cada una de las hipótesis tiene efectos jurídicos diferentes, que toca los límites existentes entre contrato interadministrativo y convenio interadministrativo, donde la reforma introducida al Estatuto General de Contratación, mediante la Ley 1150 de 2007, establece notables modificaciones haciendo honor al principio de transparencia que debe existir en la gestión contractual del Estado, y cuando la entidad pública es contratista, pero su contratante es un particular.

Lo anterior, sin dejar de lado que en uno y otro caso, sin importar la posición que tenga la administración en la relación contractual, se ejercerá un control fiscal en desarrollo del proceso auditor; para el proceso de responsabilidad fiscal se deben tener presentes tales circunstancias, a fin de poder determinar con exactitud y mayor destreza los hallazgos penales, disciplinarios, administrativos y posibles detrimentos patrimoniales, e identificar los sujetos de control fiscal responsables de los mismos, por medio de la identificación del régimen de responsabilidad al que están sujetos por disposición de la ley y de la relación contractual, que puede ser directa de este con la administración o de los contratos o acuerdos entre los particulares.

5 La Corte Constitucional expuso en sentencia SU-620/96 “la etapa de investigación sólo tiene cabida cuando los funcionarios de los organismos de control fiscal que realicen funciones de investigación fiscal, han adelantado oficiosamente ‘las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra intereses patrimoniales contra el Estado’, y determinado, mediante el acopio de las informaciones y pruebas correspondientes, la ocurrencia del hecho y su posible incidencia en la gestión y en la responsabilidad fiscal, la identificación de los autores o partícipes y de sus bienes”.

### Beneficios de Constitución de garantía en función de los recursos y de la satisfacción de necesidades

Es sabido que las garantías en sí mismas son un contrato accesorio, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Su existencia por tanto está ligada a la existencia del contrato principal (Becerra Cortés, 2005). En el marco de la Ley 80 de 1993, se ha dispuesto la Constitución de garantía como un respaldo que se exige para la mayoría de los contratos. Deben ser constituidas y otorgadas por el contratista o proponente ante una aseguradora o entidad bancaria, autorizada para funcionar en Colombia, con el objeto de amparar diversos riesgos derivados del incumplimiento del contrato o de la oferta, que podrían generar perjuicios que afecten la integridad patrimonial de la entidad pública contratante. De esta forma, a través de garantías bancarias y pólizas expedidas por estos entes, se pretende garantizar a la entidad estatal lo atinente a las etapas precontractual y contractual (Solano Sierra, 1999).

De conformidad con el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, en los contratos estatales se prevé la existencia de dos clases diferentes de garantías: la de seriedad de la oferta y la de cumplimiento, que será única. La exigencia de la garantía de seriedad de la oferta, “constituye garantizar el compromiso adquirido por el oferente, que de no ser cumplido por su culpa lleva consigo la penalización de la incautación de la garantía” (Moreno Molina, 2000).

La garantía única está dada para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, “la cual se debería mantener vigente durante su vida y liquidación, y se ajustaría a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado” (Matallana Camacho, 2013).

El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone una excepción en lo que refiere a la garantía única de cumplimiento, la cual no es obligatoria en los contratos de empréstitos, interadministrativos, de seguros y en aquellos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía<sup>6</sup> (Pino Ricci, 1997).

6 Sobre el carácter facultativo de las garantías en los contratos y convenios interadministrativos ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002, expediente 15.802, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

La doctrina ha dicho que el pago de multas y de la cláusula penal pecuniaria es necesario incluirlo en los contratos, teniendo en cuenta que las penalidades económicas se utilizan unas veces como mecanismo de sanción al incumplimiento total o parcial del contrato, y otras como forma de apremio (Morales Castro, 2012). Ahora bien, la sanción dineraria por el incumplimiento total o parcial, pero definitiva, de las obligaciones contractuales se denomina cláusula penal pecuniaria. Cuando se tiene como propósito castigar pecuniariamente la no ejecución de la prestación en el tiempo acordado, se denomina multa (Borja Avila, 2009).

La Corte Constitucional en sentencia C-452/99, establece que las garantías establecidas en el régimen de contratación estatal, se fundan en:

El deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público. Así establecida la finalidad perseguida por las disposiciones acusadas, es evidente que la misma no sólo es legítima sino que encuentra claro asidero constitucional en aquellas normas de la Carta Política que imponen a las autoridades públicas la defensa del interés general, la sujeción al principio de legalidad y la actuación conforme a los principios de eficacia, moralidad, transparencia y economía. La garantía contractual, en tanto es otorgada por bancos o compañías de seguros sometidas a la inspección y vigilancia del Estado, aparece como un mecanismo serio y eficaz, que se hace efectivo en un tiempo relativo corto, sin necesidad de acudir a procedimientos o instancias posteriores. Adicionalmente, los tipos de garantías que se exigen en los procesos contractuales han sido específicamente diseñados por las entidades que las otorgan para cubrir el tipo de riesgo que buscan asegurar, motivo por el cual es poco usual que, en caso de hacerse efectivas, no cubran un monto considerable de los perjuicios. Conforme a lo anterior, es claro que la selección efectuada por el legislador no puede ser calificada como una decisión arbitraria, toda vez que existen razones de diversa índole que no permiten afirmar, en forma definitiva, que existen otras opciones que, de manera clara y contundente, alcanzarían la misma finalidad sin mayores costos (Corte Constitucional, 1999).

Ya se ha mencionado que la ley ha dispuesto que cuando se trate de los contratos de empréstitos, interadministrativos, de seguros y en aquellos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, no es necesaria la garantía única de cumplimiento (Artículo 7 de la Ley 1150 de 2007); sin embargo, es discutible puesto que la celebración de contratos interadministrativos comporta un riesgo y un eventual daño patrimonial al Estado por una entidad del mismo.

La falta de Constitución de garantía en la celebración de contratos que entre las entidades del Estado se celebran y que comprometen recursos, y la razón que justifica la cuestión no es otra al manejo que se le da en la jurisdicción civil. Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil regula en materia contractual, que el deudor no es responsable sino de la culpa grave en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio (Universidad de Antioquia, 1949).

En materia extracontractual, el Código Civil distingue la responsabilidad por el hecho propio, por el hecho ajeno, responsabilidad por las cosas y por actividades peligrosas (Santos Ballesteros, 2006). En cuanto a la responsabilidad por el hecho propio, establece el artículo 2341 del Código Civil que el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. Por su parte, el artículo 2347 de dicho código refiere que toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

En la responsabilidad por las cosas, el dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia (artículo 2.350 del Código Civil). De lo anterior se evidencia que tratándose del negocio jurídico, la obligación de estar llamado a responder cobija no solo a quien es servidor público, sino a cualquier persona en general, sin necesidad de calificación o cualificación jurídica alguna (Peirano Facio, 1979).



El marco legal, que regula la contratación en Colombia, en materia de la Constitución de garantía, ha presentado variables a saber: el Decreto-Ley 222 de 1983 en su artículo 25 disponía que la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración se someterán a los siguientes requisitos:

Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos:

- a. Presentación por el oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, desde el momento de formular la propuesta;
- b. Licitación o concurso de méritos;
- c. Registro presupuestal;
- d. Constitución y aprobación de garantías;
- e. Concepto del Consejo de Ministros;
- f. Firma del Presidente de la República;
- g. Revisión del Consejo de Estado;
- h. Publicación en el Diario Oficial, y pago de los derechos de timbre.

PARAGRAFO. Es entendido que además de los requisitos previstos en este artículo deberán cumplirse los especiales que se señalen para determinados contratos. (Presidencia de la República, 1983).

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el artículo 25 dispone que:

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada (Congreso de la República, 1993).

La ley 1150 en el artículo 7 establece que “los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos” y dispone además lo ya antes citado y que refiere a la excepción contemplada para:

Los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento (Congreso de la República, 2007).

Luego en el Decreto 734 de 2012 artículo 3.4.1.1 párrafo 3 disponía que “en la contratación directa no será obligatoria la exigencia de garantías, según lo determine el estudio previo correspondiente atendiendo la naturaleza y cuantía del contrato respectivo”. En cuanto a los contratos interadministrativos remitía directamente al contenido de lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Finalmente, el Decreto 1510 de 2013 en el título III artículo 110 que refiere las garantías y los riesgos que deben cubrir:

Con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley, y del presente decreto (Dirección de Planeación Nacional, 2012).

En lo relacionado con la Constitución de garantía para los contratos interadministrativos dispone en el artículo 76 que “la modalidad de selección para la contratación entre entidades estatales es la contratación directa” y establece además en el artículo 77 que cuando se trate de “contratación directa la exigencia de garantías establecidas en el Título III de las disposiciones especiales del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos”.

## CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto es clara la posición del legislador en el sentido de dejar a la administración, la decisión de constituir o no garantía cuando de contrato interadministrativo se trate; luego esta situación merece un análisis, dado que un alto porcentaje de la gestión de la administración se cumple a través de los contratos interadministrativos.

No hay una posición técnica que justifique tal situación; no obstante, existe una hipótesis alrededor del tema y está dada en uno de los principios contenidos en el marco legal que rodea el sistema presupuestal en Colombia el cual consiste en “la unidad de caja” tal y como lo dispone el Decreto 111 de 1996, en cuyo artículo 12 refiere los principios del sistema presupuestal, en tanto “con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno

de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación”. Este principio tiene como razón de ser que la autoridad presupuestal pueda ejercer con amplitud su función de orientar el gasto público hacia las áreas que estime prioritarias, sin que encuentren los ingresos preorientados hacia la financiación de determinados gastos (Restrepo, 2012). Este principio también implica que todos los dineros del presupuesto son manejados por la Dirección General del Tesoro (Marín Elizalde, 2007).

De lo expuesto, necesariamente se concluye que el principio de unidad de caja queda descartado en tanto, si bien todos los dineros son manejados por el tesoro nacional está dada la libre asignación y destinación de los mismos, luego los recursos pasan a todas las entidades del orden nacional, departamental, municipal y distrital, y por su administración responde el generador del gasto.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón, F. (2011). *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amaya, U. (2002). *Teoría de la responsabilidad fiscal: la responsabilidad fiscal en el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amaya, U. (2003). *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*. Bogotá: Colombiana.
- Arturo, V. (1978). *Tratado de Derecho Civil*. Bogotá: Temis.
- Ballesteros, J. (2006). Del patrimonio público una aproximación al concepto y a su contenido. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá Colombia. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal.
- Becerra M. (2005). Colombia régimen legal de las garantías o cauciones. *Bancoldex-Secretaría General*, 1-30.
- Benavides, J. & Santofimio, J. (2010). *Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. (2<sup>da</sup> ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bercaitz, M. (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma.
- Bonivento, J. (1984). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales I*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Bonivento, J. (2008). *Los Principales Contratos civiles y su paralelo con comerciales*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Bonivento, J. (2012). *Los Principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Borja, R. (2009). *Estudios jurídicos sobre contratación estatal*. Bogotá: Ibañez.
- Cabezas, J. (2013). El daño cultural en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica*, 467, 389 - 400.
- Capitant, H. (1981). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma.
- Carrillo, J. (2006). El patrimonio público, una aproximación al concepto y a su contenido. *Prolegómenos-Derechos y Valores*, 23-34.
- Chávez, A. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Chávez, A. (2008). Los convenios de la administración. *Lecturas de derecho administrativo. Universidad Santo Tomás*. Bogotá: U. Santo Tomás.
- Claro, L. (1936). *Explicaciones de derecho Civil Chileno y comparado*. Santiago de Chile: Nascimento.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil. Radicación: 1881. (Magistrado Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo) 30 de abril de 2008.
- Colombia, Contraloría General de la República. (2010). Síntesis Informativa Fiscal. *Boletín Jurídico en Línea*. Recuperado el 10 de octubre de 2013 de [www.contraloria.gov.co/control-fiscal/responsabilidad-fiscal/...de.../boletin-pdf](http://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/responsabilidad-fiscal/...de.../boletin-pdf)
- Colombia, Contraloría General de la República. (2012). *auditoria.gov.co*. Recuperado el día 28 de noviembre de 2013 de [http://www.auditoria.gov.co/dmdocuments/2012140-LA\\_Proceso\\_RF.pdf](http://www.auditoria.gov.co/dmdocuments/2012140-LA_Proceso_RF.pdf)
- Colombia, Contraloría General de la República (año). *Informe sobre cumplimiento de sus funciones y de gestión al Congreso y al Presidente de la República. Julio de 2011 a Junio de 2012*. Recuperado el día 18 de noviembre del año 2013, de <http://www.contraloria.gov.co/documents/20181/479420/016+Informe+Final+2011-2012.PDF.pdf/a70da926-798f-4a53-94a5-2a698b8d6868?version=1.0>
- Colombia, Contraloría General de la República. (2012) Transparencia en la Gestión Fiscal y Estructuras Financieras. *Revista Economía Colombiana*, (355).
- Colombia, Consejo de Estado. *Sección Tercera. Radicado interno 17.860*. (Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, junio 23 de 2010).

- Colombia, Corte Constitucional. C-840. (Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; 9 de agosto de 2001).
- Colombia, Corte Constitucional. C-333. (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; 1 de Agosto de 1996).
- Colombia, Procuraduría General de la República. Proceso disciplinario 10635.11 de 09 de 2011.
- Colombia, Procuraduría General de la Nación. (2008). *El mar, riesgos y desafíos: defensa, protección y recuperación de bienes de uso público en los litorales*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Colombia, Procuraduría Provincial de Girardot. IUC 2009-115177 (17 de marzo de 2006). Espasa. (2005). *Diccionario Jurídico Espasa*. Granada: Espasa.
- Diez, L. (1982). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Durán, R. (2010). *El contrato (acto o negocio jurídico) y su transformación por la cuestión social en Colombia*. (Tesis de maestría. Bogotá, Colombia, Universidad Nacional de Colombia).
- Escobar, G. (1985). *Negocios civiles y comerciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Escola, H. (1977). *Tratado Integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma.
- Exposito, J. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho Colombiano y Español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, T. & Garcés, J. (coordinadores). (1999) *Crítica y Futuro del Estado de Bienestar (Reflexiones desde la izquierda)*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Ferrero, R. (1974). *El negocio Jurídico*. Lima: Rocarme.
- García, E. (1999). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- García, A. (2011). *Conveniencia de la exigibilidad de garantías de cumplimiento en los convenios interadministrativos*. Recuperado el día 01 de febrero de 2014 de <http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/1396/1/Armando%20Garc%C3%A1%20Garc%C3%B3mez.pdf>
- Garrido, F. (1992). *El negocio jurídico del particular en el Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- González, J. (1981). *Plan de integración nacional. Estado y bienestar en Colombia*. Bogotá: Centro de Investigación y Educación Popular - CINEP.
- González, E. (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. (2007). *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho Colombiano y Francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Huerta, C. (2005). La intervención administrativa en el Estado contemporáneo. *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: derecho administrativo*, (pp.117.148). México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Huerta, P. (2000). *Los convenios interadministrativos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Irrisarri, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano*. (Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia).
- Ivanega, M. (2010). *Instituciones de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Julio, M. (2010). *El control fiscal a la gestión de los contratos estatales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Lafont, P. (2005). *Manual de Contratos*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Marienhoff, M. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marín, M. (2007). *Los principios presupuestarios en derecho fiscal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez, J. (1994). Examen de la contratación de los entes instrumentales: estudio especial de derecho comunitario. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (32).
- Matallana, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



- Meléndez, (2009). *El control fiscal a la gestión de los contratos estatales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Mena, S. (1999). La responsabilidad de la Administración Pública. *Revista Jurídica de Seguridad Social*, 13-20.
- Mojica, F. (2007). Algunos apuntes sobre la caducidad de los contratos estatales en el régimen jurídico colombiano. *Revista virtual via inveniendi et iudicandi*, 1(5), 1-63.
- Mompo, A. (2009). *Contratos.gov.co*. [http://www.contratos.gov.co/archivospuc1/2009/da/213468011/09-12-273510/DA\\_PROCESO\\_09-12-273510\\_213468011\\_1429976.pdf](http://www.contratos.gov.co/archivospuc1/2009/da/213468011/09-12-273510/DA_PROCESO_09-12-273510_213468011_1429976.pdf)
- Morales, C. (2012). *Sanciones pecuniarias en la contratación estatal*. (Tesis, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia).
- Moreno, J. (2000). *Nuevo régimen de contratación administrativa*. Madrid: La ley.
- Mosset, J. (1961). *Manual de derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Omeba.
- Murtula, V. (2005). *la responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: Dykson .
- Ospina, J. & Delgado, A. (2010). *De la culpa a la responsabilidad objetiva –aplicación de la culpa en los casos de responsabilidad civil*. (Trabajo monográfico, Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, Colombia).
- Otto, M. (1888). *Teoría del Contrato jurídico Público*. Buenos Aires, Depalma
- Peirano, J. (1979). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Penagos, G. (1992). *El acto administrativo*. Bogotá: Librería el Profesional.
- Penagos, G. (2003). La Descentralización Territorial en el Estado Unitario. *Revista Jurídica Universidad Javeriana*, 9-24.
- Pérez, V. (1991). *Derecho Privado*. San José: Universidad para la cooperación Internacional.
- Pino, J. (1997). *El régimen de la exorbitancia, las cláusulas obligatorias, multas y penal pecuniaria-Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Real Academia de la Lengua. (2013). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el día 23 de mes febrero de año 2014 de <http://www.rae.es/rae>
- Renato, A. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosh.
- Rengifo A. (2009). *El Control Fiscal Participativo*. Bogotá.
- Restrepo, J. (2012). *Hacienda Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rivero, J. (1980). *El derecho administrativo francés en el Mundo-Versión en español*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, J. (1997). *Los convenios entre administraciones públicas*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Rodríguez, L. (1996). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, L. (2005). La Explicación Histórica del Derecho Administrativo. *Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM*, 293-315.
- Rombo, M. & Guerra, J. (1951). *Constituciones de Colombia*. Bogotá: Biblioteca Popular de cultura Colombiana.
- Ronderos, J. (2011). *Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional, sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública*. (Tesis, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia).
- Sánchez, C. (2004). *Responsabilidad Fiscal y control del Gasto Público*. Bogotá: Dike y Editorial Universidad del Rosario.
- Sánchez, C. (2007). *Aspectos sustanciales de la responsabilidad fiscal en Colombia*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Santofimio, J. (1994). *Acto administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (2007). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santos, J. (2006). *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

- Santos, J. (2008). Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. *Revista Digital-Derecho Administrativo*. Recuperado el día 10 de noviembre de 2013 de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2592>
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Solano, J. (1994). *Contratación administrativa, Ley 80 de 1993-comentarios legislación, doctrina, jurisprudencia*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Solano, J. (1999). *Contratación administrativa. Ley 80 de 1993*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Sotomayor, O. (2011). *Gestión fiscal de los funcionarios públicos y particulares que participan en contratación estatal como elemento estructural de responsabilidad fiscal*. (Tesis de maestría, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Colombia).
- Vásquez, W. (2000). *Control fiscal y auditoría de Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Vidal, J. (1997). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Younes, D. (1997). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Temis.
- Younes, D. (2006). *Derecho del control fiscal: vigilancia para una gestión transparente de lo público*. Bogotá: Academia Colombiana de Abogacía.









Fecha de recepción: 31 de agosto de 2016  
 Fecha de evaluación: 25 de octubre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Políticas de identidad en los Encuentros Nacionales de Mujeres (Argentina): momentos coyunturales en la conformación de una agenda política\*

*Silvana Sciortino\*\**

**Citar este artículo**

Sciortino, S. (2017). Políticas de identidad en los Encuentros Nacionales de Mujeres (Argentina): momentos coyunturales en la conformación de una agenda política. *Via Iuris*, 22, pp. 89-108.

**RESUMEN**

En este trabajo se propone el estudio del proceso de construcción identitaria de un sector de mujeres indígenas en Argentina que se reúne anualmente en los Encuentros Nacionales de Mujeres. En esta oportunidad se reconstruye el recorrido a través del cual las *mujeres originarias* establecieron una agenda política que incorpora las problemáticas de las mujeres a lo largo de la conformación del taller denominado Mujeres de los Pueblos originarios (1986-2011). Con este fin, se delimitan tres momentos coyunturales en el proceso de organización política de las indígenas.

Cabe aclarar que este trabajo se desprende de una investigación etnográfica más amplia en los Encuentros Nacionales de Mujeres. En este marco, se realizó la observación participación y las entrevistas a mujeres indígenas y no indígenas. De especial interés para este escrito, se consultaron los cuadernillos de conclusiones de los Encuentros desde 1986.

Entre los resultados se puede concluir que las mujeres indígenas construyen su agenda política insertas en un entramado de prioridades políticas, legislaciones y acciones transnacionales, regionales y nacionales; lo cual implica un intercambio (conflictivo) con el movimiento indígena, el movimiento de mujeres, el feminismo y otros posibles interlocutores dependientes de la escena local.

\* Artículo de reflexión derivado de la tesis doctoral "*Una etnografía en los Encuentros Nacionales de Mujeres: políticas de identidad desde la afirmación de las 'mujeres de los pueblos originarios'*", Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Investigación financiada por el CONICET. Una versión de este trabajo enfocada en la construcción de la violencia de género como demanda política fue publicado en Sciortino, 2016.

\*\* Investigadora asistente CONICET, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Doctora en Antropología (FFyL-Universidad de Buenos Aires). Licenciada en Antropología de la Universidad Nacional de La Plata. Investigadora UNLP-CONICET. Docente de la Cátedra de Antropología Sociocultural II -FTS- UNLP. Correo electrónico: [silvana.sciortino@gmail.com](mailto:silvana.sciortino@gmail.com)

**Palabras clave**

Mujeres indígenas, movimiento amplio de mujeres, políticas de identidad, Encuentros Nacionales de Mujeres, agenda política, violencia de género.



## Identity policies in the National Women's Meetings (Argentina): relevant moments in the political agenda construction

*Silvana Sciortino*

### ABSTRACT

This paper proposes the identity construction process study of a sector of indigenous women in Argentina that meets annually at the National Women's Meetings. In this opportunity is reconstructed the route through which native women established a policy agenda, that incorporates women issues throughout the workshop conformation called Native Nations Women (1986-2011). With this objective three relevant moments in the political organization process of indigenous are marked out.

It should be noted that this work can be seen from a broader ethnographic research in the National Women's Meetings. In this context, it was made the participation, observation and the interviews with indigenous and non-indigenous women. Of special interest to this writing, was to look at the conclusions meeting booklets since 1986.

Among the results, we can conclude that indigenous women build their political agenda embedded in a framework of political priorities, legislation and transnational, regional and national actions; which implies an exchange (conflictive) with the indigenous movement, the women's movement, feminism, and other potential interlocutors that are dependent on the local scene.

### Keywords

Indigenous women, broad movement of women, identity policies, National Women's Meetings, political agenda, gender-based violence.

# Políticas de identidade nas Reuniões Nacionais de Mulheres (Argentina): momentos de conjuntura na conformação de uma agenda política

*Silvana Sciortino*

## RESUMO

Neste trabalho, propõe-se o estudo de processo de construção de identidade de um setor de mulheres indígenas na Argentina que reúnem-se anualmente nas Reuniões Nacionais de Mulheres. Nesta oportunidade, reconstrói-se a rota através da qual as mulheres originárias estabeleceram uma agenda política que incorpora os problemas das mulheres durante a formação do workshop chamado Mulheres dos Povos Originários (1986-2011). Para este fim, delimitam-se três momentos conjunturais no processo de organização política dos indígenas.

Note-se que este trabalho é derivado de uma pesquisa etnográfica mais ampla nas Reuniões Nacionais de Mulheres. Neste contexto, realizou-se a observação participante e entrevistas a mulheres indígenas e não indígenas. De especial interesse para este artigo, foram consultados os folhetos de conclusões dos encontros desde 1986.

Entre os resultados, pode-se concluir que as mulheres indígenas desenvolvem sua agenda política inserida em uma rede de prioridades políticas, legislações e ações transnacionais, regionais e nacionais; o que implica uma troca (conflituosa) com o movimento indígena, o movimento das mulheres, o feminismo e outros possíveis interlocutores dependentes da cena local.

## Palavras-chave

Mulheres indígenas, Movimento amplo das mulheres, Políticas de identidade, Reuniões Nacionais de Mulheres, Agenda política, Violência de gênero.



## Politiques d'identité dans les Rencontres nationales des femmes (Argentine): moments conjoncturels dans la formation d'un agenda politique

*Silvana Sciortino*

### RÉSUMÉ

Dans ce travail, nous proposons l'étude du processus de construction identitaire d'un secteur de femmes autochtones en Argentine qui se réunit chaque année lors des Rencontres Nationales des Femmes. À cette occasion on reconstruit, le voyage à travers lequel les femmes d'origine ont établi un programme politique qui incorpore les problèmes des femmes tout au long de la formation de l'atelier intitulé Femmes des peuples d'origines (1986-2011). A cette fin, trois moments conjoncturels sont délimités dans le processus d'organisation politique des indigènes.

Il convient de noter que ce travail est dérivé d'une recherche ethnographique plus large dans les réunions nationales des femmes. Dans ce cadre, la participation et les entretiens avec les femmes autochtones et non autochtones ont été menés. D'un intérêt particulier pour cet écrit, les livrets de conclusions des Rencontres depuis 1986 ont été consultés.

Parmi les résultats, on peut conclure que les femmes autochtones établissent leur programme politique intégré dans un réseau de priorités politiques, de législations et d'actions transnationales, régionales et nationales; ce qui implique un échange (conflictuel) avec le mouvement indigène, le mouvement des femmes, le féminisme et d'autres interlocuteurs possibles dépendant de la scène locale.

### Mots-clés

Les femmes autochtones, le vaste mouvement des femmes, les politiques identitaires, les réunions nationales des femmes, le programme politique, la violence sexiste.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo estudia el proceso de construcción identitaria de un sector de mujeres indígenas en Argentina que se reúne en los Encuentros Nacionales de Mujeres (ENM). En esta oportunidad este proceso se aborda desde las reivindicaciones políticas que este colectivo fue definiendo entre 1986 y 2011 en el marco del taller Mujeres de los Pueblos originarios. En especial, se reconstruye el recorrido a través del cual las *mujeres originarias*<sup>1</sup> debatieron y establecieron una agenda política que incorpora las problemáticas de las mujeres.

Se hace un recorrido del proceso poniendo atención a la definición de reivindicaciones y temas prioritarios para la agenda de las indígenas (nombrados por ellas como *temas originarios*). Con este objetivo se presentan tres momentos, los cuales serán entendidos como coyunturales en el proceso de reflexión, organización y articulación de las indígenas con el movimiento amplio de mujeres y al mismo tiempo con el discurso indígena hegemónico. Estos tres momentos se entienden desde contextos históricos y políticos a distinta escala, desde los cuales se hace legible el direccionamiento de determinadas lógicas políticas, en términos de organización colectiva y definición de demandas y derechos.

El enfoque que se despliega articula estos momentos a través de la noción de “políticas de identidad” (Segato, 2007). Cabe destacar que el auge del multiculturalismo como fenómeno político desde fines de la década de los años setenta promueve nuevas lógicas de visibilización en la esfera pública a partir de la reivindicación de identidades grupales, cuyos miembros, por medio de una autoafirmación que gira en torno a un rasgo definido como fundamental exigen reconocimiento (Femenías, 2007).

En este trabajo, las políticas de identidad se entienden desde enfoques que proponen comprender la trama global en la cual estas circulan. Tanto la homogeneidad como la heterogeneidad son dos tendencias atribuidas a la globalización desde paradigmas opuestos. La conformación de un nuevo orden mundial, a través de la unificación planetaria, que implica la

homogeneización de los distintos modos de vida por parte de las fuerzas del sistema económico, se enfrenta a expresiones heterogéneas de visibilidad situada en el orden globalizado. Ante paradigmas que comprenden la globalización a partir de conceptos polares como heterogeneidad-homogeneidad, local-global, autoras como Rita Segato, plantean un proceso ambiguo. Mientras que por un lado se abre el espacio para la afirmación de derechos para las minorías, por otro lado, se limitan las reivindicaciones y posibles soluciones a una agenda global deslocalizada. Segato (2007), reconoce la necesidad de entender lo global y lo local de forma articulada y no como polos en tensión. Al mismo tiempo, sostiene que la intersección entre ambos niveles no conforma un espacio de contacto estático y preestablecido. Por lo tanto, lo local, lo particular, lo regional y sus identidades asociadas, no poseen un papel derivado y directamente redireccionado por las fuerzas globales. Las elecciones culturales que un determinado grupo hace del repertorio simbólico que circula a nivel global, implica una intención significativa y no un mero reflejo del mapa de identidades sociales en el espacio regional. Además, la autora señala el marco nacional como horizonte para entender el sentido de las opciones que un determinado grupo hace, tanto como la reelaboración local que sufren los bienes “globalizados” introducidos (p. 186).

Esta perspectiva problematiza la noción de políticas de identidad en un sentido crítico hacia enfoques estereotipados de las identidades, desde los cuales el reclamo de recursos y derechos parecerían ser determinados por la formación nacional de los países centrales. En línea con pensadores como Frantz Fanon y Homi Bhabha, Segato (2007) elige utilizar el concepto de diferencia entendido como un producto entre interlocutores jerárquicamente posicionados y firmemente situados en historias locales, regionales y nacionales. De manera contrapuesta a un multiculturalismo de corte liberal, que entiende la diversidad cultural como concepto mecánico y “objetificador”, la diversidad debería definirse como producto histórico y no como un hecho de la naturaleza (p. 63).

La comprensión de las identidades de género, raciales y étnicas situadas en un contexto nacional y global permite identificar dinámicas identitarias locales producto de la apropiación e imposición de políticas globales, así como también resaltar las formas concretas de esta articulación en los contextos que se estudian.

1 A lo largo del trabajo las categorías nativas serán indicadas en letra cursiva. Mujeres de los pueblos originarios, mujeres originarias, originarias, son las formas de autodenominación que utilizan al presentarse en los talleres del ENM.



Silvia Rivera Cusicanqui (2000) señala un multiculturalismo “ornamental y simbólico” como mecanismo encubridor por excelencia de las nuevas formas de colonización presentadas en términos de “inclusión condicionada” y “ciudadanía recortada y de segunda clase”, que moldean imaginarios e identidades subalternizadas al papel de ornamentos o masas anónimas que teatralizan su propia identidad. Rivera Cusicanqui (2000) sostiene que las identidades indígenas necesitan ser comprendidas desde la historicidad que les es propia, ya que estas fueron forjadas en el marco estructurante del hecho colonial (p. 38). Por lo tanto, se hace evidente la pertinencia de análisis que aborden la diferencia enmarcada en el horizonte de sentido de la Nación y su historia particular, como forma de contraposición al discurso globalizado alejado de la historicidad nacional.

Otra cuestión a reflexionar en el estudio de las identidades políticas refiere a los procesos de congelamiento y reificación de una identidad que oculta los procesos históricos y políticos que la constituyeron (Jackson & Warren, 2005, p. 11). Se destaca una dinámica en particular, lo que Jane Jackson y Kay Warren llaman “Indigenous self-essentializing”. El proceso de autoesencialización por parte de los pueblos indígenas puede ser entendido como parte de una táctica política usada para conseguir una mayor autonomía. Esta estrategia de consolidación grupal y política suele redundar en tensiones internas con los sectores más débiles del grupo. Las identidades que se cristalizan en la reivindicación de un rasgo único y que ocultan cualquier diferenciación interna suelen concluir en formas de violencia simbólica y físicas que “normalizan” a los/as sujetos/as que intentan hacer visible la diferencia (Femenías, 2008). Una identidad étnica o racial que se asuma como homogénea y monolítica termina siendo un reduccionismo acrítico que puede llegar a reforzar el modelo que pretende desarticular (Femenías, 2007, p. 83).

A partir de estas conceptualizaciones, en este trabajo se abordan los procesos de construcción identitaria de un sector de mujeres indígenas en Argentina a partir de la construcción de políticas específicas en torno a su condición de mujeres e indígenas en el marco del movimiento amplio de mujeres. En América Latina se puede hablar de movimiento amplio de mujeres haciendo referencia a un movimiento social que reúne a una multiplicidad de mujeres independientemente de la diversidad que las caracteriza, por ejemplo, en términos de organización, reivindicaciones, identidades e historias. Siguiendo a Maxi-

ne Molyneux (2003), la diversidad como elemento constitutivo no conllevaría necesariamente a la disolución de un movimiento. Por el contrario, como sucede en el caso del movimiento de mujeres en América Latina, conduciría a una apertura que define al movimiento en continua tensión y redefinición. Como afirma la autora: “Un movimiento de mujeres no precisa tener una única expresión organizativa y puede caracterizarse por una diversidad de intereses, formas de expresión y ubicaciones espaciales” (Molyneux, p. 225).

Siguiendo esta línea se comprende la construcción de una política de identidad específica construida en los ENM. El trabajo de campo permitió identificar las formas en que se entrelazan las dinámicas globales y locales en la conformación de una identidad que disputa en el ámbito de lo político y lo público, y se afirma como *Mujeres de los pueblos originarios*.

Los aspectos que aquí se despliegan, los cuales son apenas una dimensión del complejo proceso de construcción identitaria construido por las *originarias*, intenta ser un aporte para el estudio del movimiento de mujeres en el país desde un abordaje que presta especial atención a la diversidad cultural, al diálogo intercultural y a la generación de prácticas descolonizadoras (Walsh, 2005, pp. 23-24) al interior del movimiento.

## METODOLOGÍA

Los ENM pueden describirse como un espacio paradigmático de reunión del movimiento amplio de mujeres en Argentina<sup>2</sup>. El primer encuentro se realiza en 1986 en la ciudad de Buenos Aires, a través de estas reuniones, las mujeres fueron acordando formas de vinculación y participación política. Los encuentros se caracterizan por mantener desde sus inicios ciertos criterios de organización. Estos se describen como un espacio de mujeres autoconvocado, autogestivo y autofinanciado. Desde 1986 y hasta la actualidad

2 Llamativamente, estos encuentros multitudinarios del movimiento de mujeres despertaron poco interés a científicos sociales y políticos. Un evento significativamente relevante para la vida política de las mujeres en Argentina (por cantidad de mujeres que participan, por la diversidad política, la perdurabilidad y la forma autogestiva que lo caracteriza) ha llamado la atención, casi exclusivamente de activistas y teóricas feministas y de los estudios de Género. Revistas feministas como *Travesías*, *Feminaria* y *Brujas* publicaron diferentes artículos en relación a los encuentros (Tarducci, 1988, 2005; Bellotti, 2002, 2008; Ciriza, 2004; Alma & Lorenzo, 2009).

continúan sin interrupción reuniendo cada año al movimiento de mujeres en Argentina. En la ciudad designada como la anfitriona, las mujeres se autoconvocan durante tres días para debatir en talleres, disfrutar de actividades recreativas y marchar por la ciudad. Las ciudades elegidas suelen ser ciudades con la capacidad de albergar un importante número de personas dado que son miles las mujeres que participan, muchas de ellas acompañadas por sus hijos/as, otras por sus compañeros de partido u organización social de pertenencia. Las mujeres de la ciudad anfitriona se reúnen en una comisión organizadora, integrada por mujeres con distinta trayectoria y pertenencia política de la provincia donde ese año se realiza el ENM.

Los talleres en los ENM se organizan con una o dos coordinadoras (designadas por la comisión organizadora en las reuniones previas al encuentro) y secretarías en número variable, que registran los debates, las propuestas y las denuncias que surgen durante el transcurso del mismo. Las conclusiones se redactan al finalizar la última jornada de taller, el domingo por la tarde. El consenso es la forma a partir de la cual se toman las decisiones. Si este no es alcanzado, se deben incorporar las distintas posturas no consensuadas. Las conclusiones acordadas se publican al año siguiente en un *cuadernillo de conclusiones*.

Durante los años 2007 y 2011 se realizó el trabajo de campo etnográfico en los ENM, especialmente con la participación en el taller "Mujeres de los Pueblos originarios". En Argentina, algunos sectores de mujeres indígenas encontraron un camino de visibilidad y organización a través de la participación en el movimiento de mujeres conformando este taller, el cual representa un espacio nacional de reunión de mujeres indígenas. En el mismo participan mujeres que se reconocen como *qom*, *mocovíes*, *guaraníes*, *charrúas*, *coyas*, *quechuas-aymara*, *diaguitas*, *huarpes*, *ranqueles*, *mapuches*, *mapuches-tehuelches*.<sup>3</sup> Cabe destacar que también asisten a estos talleres mujeres no indígenas.

Las mujeres indígenas con las cuales se tuvo la oportunidad de vincularse en esta investigación cuentan con una trayectoria de lucha en el marco de sus pueblos y comunidades de pertenencia. Es decir, para muchas de ellas, su participación en el movimiento de mujeres es precedida por experiencias de

organización y acción en el movimiento indígena. Desde distintas organizaciones, lugares de residencia y posiciones políticas, participan de espacios de organización y movilización junto a sus compañeros. Algunas de ellas, además forman parte de espacios de organización a nivel comunitario, a través de asambleas o cooperativas. Otras pertenecen a organizaciones indígenas mixtas.

También participan originarias que conforman organizaciones específicas de mujeres indígenas.

La participación de la autora en el activismo feminista a nivel local y en el movimiento de mujeres a través de los Encuentros Nacionales de Mujeres, permitió conocer este espacio y de esta manera construir el problema de investigación. La experiencia en los enm y, en especial, en el taller de las Mujeres de los Pueblos originarios interpeló la propia identificación como feminista de la autora. Algunas de estas interpelaciones, nacidas en el ámbito compartido del activismo, devinieron en hipótesis de investigación. Para lo cual, dado la ausencia de bibliografía previa, como tarea inicial se encontró la necesidad de reconstruir la historia de participación de las mujeres originarias en estos enm y en ese camino identificar una serie de reivindicaciones que este colectivo construye y reformula en la articulación con sus propios pueblos y con las mujeres no indígenas que participan del encuentro nacional.

En el marco del trabajo de campo se realizó observación participación en los ENM. Para complementar estas observaciones se sumaron otros encuentros en los que también se tuvo en cuenta el criterio de que en ellos participaran como organizadoras u oradoras mujeres indígenas. Marcela Lagarde (2003) se refiere a la observación participación en términos de "estancia con mujeres", donde "estar con las mujeres, hacer cosas juntas, acompañarse y participar" resulta una forma válida a través de la cual construir conocimiento. En este transcurrir entre mujeres que atravesó el presente trabajo de campo, la palabra escuchada, registrada, compartida, fue acompañada por el "estar ahí": observar sus expresiones, compartir sensaciones, cantar, bailar, discutir y acordar fueron parte del mismo proceso de investigación.

La elección de un "sujeto a conocer" implicado en la propia experiencia del investigador/a puede ser señalado críticamente desde perspectivas objetivistas del trabajo de campo. Pero para una investigadora que se considera parte activa del proceso de conoci-

3 Se retoman las adscripciones étnicas enunciadas por las mujeres al presentarse.



miento, esta instancia conflictiva entre el “estar adentro o el estar afuera” es superada ante una práctica acompañada por el análisis reflexivo (Gregorio Gil, 2006). La crítica feminista contribuyó a romper con los supuestos de neutralidad científica, anticipando el giro posmoderno a cuestionar el “realismo etnográfico” (Gregorio Gil, 2006; Stolcke, 2008).

Para la elaboración del trabajo que se presenta en esta oportunidad, los *cuadernillos de conclusiones* de los ENM recolectados desde 1986 (año del primero encuentro) conformaron las fuentes principales a través de las cuales se reconstruyeron las primeras participaciones de las indígenas en el ENM y se reflexionó en torno a su articulación con el movimiento de mujeres en el país a fines de los ochenta y principio de los noventa. Luego de las tareas de recopilación, lectura y análisis de estos *cuadernillos*, se recorrió año tras año —hasta el 2011 (límite temporal de mi trabajo de campo)— la presencia de las *originarias* en los ENM. Este trabajo unido a la realización de entrevistas a mujeres indígenas y no indígenas que participaron y participan de los mismos, resultaron el punto de apoyo desde el cual avanzar en la sistematización de una serie de momentos o etapas que ayudarán a dimensionar el proceso de organización político de las mujeres indígenas y la construcción de una agenda política indígena que comienza a incorporar problemáticas que hacen a los derechos de las mujeres y en especial a las mujeres indígenas. Como se apunta a continuación, este proceso deviene de una serie de debates e intercambios entre las mujeres indígenas y no indígenas que desde mediados de la década de los años ochenta vienen reflexionando sobre sus derechos y demandas.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Primer momento: reorganización del movimiento de mujeres posdictadura militar (1986-1992)<sup>4</sup>

Un primer momento puede ser establecido entre los años 1986 y 1992, período que se llamará de “reorganización del movimiento de mujeres”. Cabe destacar que para finales de los años sesenta y todo el período que va hasta fines de los ochenta, un gran número de países del cono sur en nuestro continente se encontraban bajo gobiernos dictatoriales. Por lo

que corresponde contemplar que la segunda ola del feminismo maduró en América Latina en un período de crisis política y dictadura. En la década del ochenta, en un contexto de apertura democrática, tienen lugar una serie de fenómenos que estimulan y fortalecen la organización de las mujeres en el país. A partir de 1983 comienzan a llegar activistas exiliadas durante la dictadura militar que traen consigo un bagaje de experiencias e ideas políticas ligadas al feminismo de los “países centrales”. Otras tantas salen de la clandestinidad a la cual habían sido relegadas, habilitadas nuevamente a reunirse en espacios públicos. Fenómenos de este tipo hicieron posible el incremento de la participación de las mujeres argentinas en espacios de reuniones feministas y de mujeres regionales e internacionales. En este contexto surge en Argentina una forma de organización del movimiento de mujeres que puede describirse como única en la región. Los Encuentros Nacionales de Mujeres se conforman desde fines de los ochenta en uno de los espacios paradigmáticos de reunión del movimiento de mujeres en el país.

Cabe destacar que la presencia de mujeres indígenas puede verificarse desde el primer encuentro. En el *cuadernillo de conclusiones* de 1986 ya se incorpora la problemática de las indígenas en el temario<sup>5</sup>. Específicamente dentro del taller Mujer y trabajo se introdujo como subtema “La trabajadora indígena”. También figura en el *cuadernillo* de ese mismo año, un taller titulado “La mujer india”. Ema Cuañeri<sup>6</sup>, cantora *qom* de Formosa, figura como relatora de ese taller. A continuación se transcriben algunos fragmentos de su relato relevantes para el análisis:

No se puede hablar de la mujer india sin hacer referencia a su cosmovisión como **integrante del pueblo indio** todo, pues en él **no existe el conflicto occidental de superioridad de un sexo** sobre otro. Allí hay una **complementación** de roles y cada uno asume el suyo naturalmente.

[...]

nos solidarizamos con las mujeres que sí sufren discriminación y les deseamos éxitos en sus pedidos de necesarias reivindicaciones, ya que justamente por sufrirlas pueden entender lo que el

4 En Argentina la apertura democrática se inicia en el año 1983 con la elección de Raúl Alfonsín como presidente de la República Argentina tras las elecciones presidenciales del 30 de octubre de 1983.

5 Cada taller programado establece previamente un temario con los puntos centrales a tratar en la jornada de debate.

6 Ema Cuañeri figura como relatora de ese taller.

pueblo indio ha sentido hace 494 años, y si ellas logran la igualdad de roles en su sociedad, favorecerán la igualdad de derechos para nuestros pueblos (Cuadernillo de conclusiones del I ENM, 1986, p. 61-62)<sup>7</sup>.

Durante el II ENM convocado en Córdoba (1987) no se realizó un taller específico, pero en el marco del taller Mujer y cultura se hizo referencia a las *originarias*. Las mujeres reunidas propusieron: “Crear espacios y fuentes de recursos económicos para garantizar la participación de las mujeres indígenas, campesinas y de sectores de bajos recursos en el III Encuentro Nacional de Mujeres” (Cuadernillo de conclusiones del II ENM, 1987, p. 43).

En el III ENM en Mendoza (1988), las problemáticas de las indígenas figuraron en el marco de distintos talleres. El cuadernillo de las conclusiones de cada encuentro suele comenzar con una presentación general y con el documento que se lee en la apertura, redactados ambos por la comisión organizadora. El cuadernillo que corresponde a ese año, comienza con una presentación que hace referencia a las mujeres indígenas y su lucha. También se puede leer en las conclusiones del taller Trabajadoras rurales, empleadas domésticas y cuentapropistas, la propuesta de impulsar la educación bilingüe y bicultural a través del apoyo de la reglamentación de la ley 23.302<sup>8</sup>, “la devolución de las tierras a los aborígenes”, “el rescate de los cultivos andinos [y] de la vivencia tradicional” (Cuadernillo de conclusiones del III ENM, 1988, pp. 22-23). En las conclusiones del taller Organizaciones políticas, de mujeres y de derechos humanos, se exigió la aplicación en todas las provincias con población indígena de la Ley provincial 3258.<sup>9</sup> En este mismo encuentro se redactó una síntesis de las conclusiones de cada taller, entre los puntos se volvió a exigir la aplicación de la ley 3258 (Cuadernillo de conclusiones del III ENM, 1988, p.101).

En 1989, en el IV ENM en Rosario, se organiza el segundo taller específico titulado La mujer aborigen. En primer lugar, las mujeres acuerdan hacer un ho-

menaje a Ayme Payne<sup>10</sup> nombrando el taller con su nombre. En la conclusión del taller se destaca que:

**Tras la llegada del español, el papel de la mujer que antes era el eje central de la comunidad se va modificando** [...] El papel de la mujer representa la fuerza, el puente entre los ancianos que ya no pueden trabajar y los niños que empiezan a vivir, es la transmisora fundamental de la cultura de su etnia. [...] **Es la mujer india la que trasmite la lengua, costumbres, religión, culto a los antiguos, artesanías, etc.** [...] Es también el **núcleo fundamental de la familia** [...] Fuera de su comunidad, la mujer india pierde no solo la importancia de su rol, sino también que es sometida a **una triple marginación**: la explotación como trabajadoras, como mujeres y como mujer india. [...] La mujer tiene por delante entonces, **un doble trabajo de reconquista de su identidad: como mujer y como mujer india** (Cuadernillo de conclusiones del IV ENM, 1989:35-36)<sup>11</sup>.

En dicho taller exigieron que se reconociera el carácter pluriétnico y pluricultural del país. En el plano de la educación, las mujeres propusieron la reformulación de los programas de educación con asesoramiento y participación de las comunidades étnicas, así como la capacitación etnohistórica para docentes. También exigieron la incorporación de fechas históricas conmemorativas de los pueblos, y la participación activa de los medios masivos de comunicación para la toma de “conciencia sobre la problemática india”. Las indígenas cierran las conclusiones asumiendo el compromiso de luchar por la defensa de sus derechos y exigen que el encuentro repudie el festejo del V Centenario del descubrimiento de América.

El V ENM (1990) se acercaba a los festejos y contra-festejos por el V centenario. Las mujeres indígenas y no indígenas se posicionaron al respecto señalando esta celebración como “un intento de encubrir el carácter dominador de la conquista, donde no hubo amalgama o encuentro de culturas, sino un genocidio feroz, un choque violento de culturas, aún no resuelto” (Cuadernillo de conclusiones del V ENM; 1990, pp. 9-10). En el taller Mujer y cultura, las mujeres reunidas propusieron “transformar esta celebración [V Centenario] en una posibilidad de lectura crítica, que nos permita conocer qué y quiénes

7 Negrillas fuera del original.

8 Ley nacional 23.302 de Asuntos Indígenas (1985) Disponible en <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD9/contenidos/documentos/doc12/index.html>

9 Ley de la provincia del Chaco, “De las comunidades Indígenas” (1986). Disponible en [http://indigenas.bioetica.org/leyes/chaco.htm#\\_Toc124265962](http://indigenas.bioetica.org/leyes/chaco.htm#_Toc124265962)

10 Cantora mapuche, fallecida en 1987.

11 Negrilla fuera del original.



somos los argentinos, y cuál es la raíz fundamental de nuestra identidad, y promover desde cada una de nosotras, en los lugares donde estamos, tareas de colectivo para avanzar en este camino” (Cuadernillo de conclusiones del V ENM; 1990, pp. 9-10).

Durante el V encuentro se realizó el taller Mujer Aborigen desde el cual se propusieron los siguientes ejes de debate: tierra-identidad-cultura-educación-trabajo y seguridad social- discriminación y salud. Entre los aspectos señalados por las indígenas en aquella oportunidad, cabe destacar un claro posicionamiento, aún persistente, de distanciamiento respecto del feminismo: “Las mujeres aborígenes no somos ni feministas ni racistas, estamos en la vida junto al hombre, luchando por la participación y el respeto de nuestra cultura” (Cuadernillo de conclusiones del V ENM, 1990, p. 17). El feminismo se comprende como una forma de imposición occidental y en especial de las “mujeres blancas” sobre las “no blancas” (Sciortino, 2015).

En el encuentro realizado en la ciudad de Mar del Plata (1991) las problemáticas de las indígenas y la situación de sus pueblos también estuvieron presentes. En el taller Mujer y cultura, las mujeres reunidas sostuvieron que la conquista de América no fue un encuentro de dos culturas sino el avasallamiento de una cultura sobre otra. En este taller, se construye la propuesta de recordar el “genocidio del 5° centenario” en cada lugar con actividades artísticas, culturales como contrapropuesta a la “celebración” (Cuadernillo de conclusiones del VI ENM, 1991, p. 46).

Otros talleres también hacen referencia al V centenario, entre ellos, Mujer y trabajo y Mujer y Poder. El taller de las *originarias* se tituló, en esa oportunidad: Quinto Centenario de la conquista de América, en el que se señalaron cuestiones tales como la “triple opresión” de las mujeres indígenas: por “mujer, trabajadora y aborígenes”, y la propuesta de que las organizaciones de mujeres en cada lugar tomen como tarea la inclusión de las “mujeres aborígenes”, para asegurar su participación en los encuentros y la participación de las mujeres indígenas en la comisión organizadora (Cuadernillos de conclusiones del VI ENM, 1991, p. 68). En sintonía con lo que sucede en los últimos encuentros realizados, las indígenas hacen visible la presencia de mujeres en la historia y lucha de sus pueblos. En este taller se destacan la figura de Micaela Bastidas y Bartolina Sisa, “como ejemplo de heroísmo y símbolo de la lucha y resistencia de las mujeres aborígenes y americanas contra la opresión

y dominación de nuestros pueblos” (Cuadernillos de conclusiones del VI ENM, 1991, p. 68).

Las mujeres indígenas, contemplando el próximo encuentro coincidente con el año de cumplimiento del V centenario de la conquista de América, proponen que este se realice en una “ciudad de importante concentración aborigen”. Como el título lo indica, se hizo especial mención a los contrafeitos por los quinientos años de la conquista con diversas propuestas y se incluyó un documento al respecto. En el trascurso del taller se propuso cambiar el nombre de este taller por el de La Mujer aborigen.

En este encuentro puede percibirse a través de la lectura del cuadernillo de conclusiones, una expresa voluntad de parte de la Comisión organizadora de hacer visible la participación de las indígenas, evidenciado en la incorporación de un artículo periodístico en las primeras páginas del cuadernillo. La incorporación de esta nota es significativa ya que ningún otro colectivo de mujeres recibió especial atención a través de una nota específica. La nota se adjunta luego de las palabras de apertura e introducción y se titula “Asisten representantes de todo el país; delegadas de indígenas”. Se destaca especialmente que entre las “más de seis mil mujeres” que llegaron a la ciudad para el encuentro, también se contaban mujeres de las “comunidades indígenas” (Cuadernillo de conclusiones del VI ENM, 1991, p. 5).

El VII encuentro tuvo lugar en la ciudad de Neuquén en el mes de octubre de 1992. En el discurso de apertura que se transcribe en el cuadernillo se destaca la preocupación por las dificultades de integrar a la comisión organizadora mujeres indígenas de la zona (Cuadernillo de conclusiones del VII ENM, 1992, p. 2).

Ese año el taller se llamó Mujer aborigen - Los 500 años de la conquista y en el mismo se establecieron temas tales como la “triple opresión” como mujer, trabajadora y aborigen; la declaración del 12 de octubre como jornada nacional de esclarecimiento y difusión de la cuestión aborigen; la eliminación de símbolos patrios que reivindiquen la conquista española, y que los gremios docentes estimulen la reflexión de “la verdadera historia del país, el genocidio y la temática aborigen”. Las mujeres deciden elevar al encuentro un pedido de pronunciamiento en repudio de los genocidios a los que fue sometido todo el pueblo argentino en estos 500 años transcurridos: “conquista española, campaña del desierto y los desaparecidos por la dictadura de 1976”. Así

como proponen la lucha conjunta contra “los enemigos comunes, contra los actuales conquistadores: las potencias imperialistas, la oligarquía terrateniente y los grandes monopolios” (Cuadernillo de conclusiones del VII ENM, 1992, p. 34).

Uno de los artículos periodísticos que se incluye en el cuadernillo de las conclusiones del VII ENM en Neuquén (1992) destaca la presencia de las *originarias* en el encuentro. En este se realizó la primera marcha por la ciudad<sup>12</sup>, esta vez en repudio al genocidio y a los 500 años de la conquista como una de las consignas principales (Alma & Lorenzo, 2009, p. 64).

El recorrido y el análisis de los cuadernillos de conclusiones, junto a la reconstrucción de las trayectorias personales y colectivas de organización de las mujeres de los pueblos originarios, permiten afirmar que las indígenas estuvieron presentes en el período de reorganización del movimiento de mujeres post-dictadura militar en Argentina.

Aunque de manera incipiente en los primeros encuentros, las *originarias* fueron partícipes de este espacio que reúne al movimiento de mujeres. Aún más, la autora sostiene que la afirmación de la diversidad cultural dentro del movimiento de mujeres en Argentina, no es ni un fenómeno importado ni reciente (Sciortino, 2013). Por el contrario es anterior a la gran irrupción de los sectores populares relacionada con la crisis del 2001 en Argentina (Di Marco, 2010).

### Segundo momento: derechos, identidad y trama global (1993-2006)

Como quedó evidenciado en el apartado anterior, la vuelta a la democracia en 1983 permitió a las mujeres encontrarse fuera del manto de clandestinidad y reconstruir no solo los vínculos locales sino también los internacionales. Para ese momento resultaron cruciales las experiencias de participación de mujeres argentinas en la Conferencia Mundial sobre la Mujer en Nairobi (1985), así como en los Encuentros Feministas Latinoamericanos (Alma & Lorenzo, 2009).

12 Los días de debate se cierran con una marcha multitudinaria a través de la ciudad. Este es un momento significativo del encuentro ya que expone públicamente la magnitud del movimiento y la diversidad de sectores sociales y políticos que participan del mismo.

Cabe destacar que mientras la mujer se constituía —avanzada la segunda mitad del siglo xx— en sujeto de interés para el derecho y las agencias internacionales (la Organización de Naciones Unidas lleva adelante las conferencias mundiales sobre la mujer desde 1975); un camino similar transitaban los pueblos indígenas. Se suelen destacar dos acuerdos internacionales: el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Estos acuerdos internacionales se ven anteceditos o apoyados por una serie de declaraciones que fueron afianzando la figura de los pueblos indígenas en el derecho internacional<sup>13</sup>.

Las políticas de identidad que desde los años ochenta comenzaron a tomar fuerza en el continente, fueron señalando nuevas formas de afirmación definidas por el entrecruzamiento de la pertenencia étnica y de género. Especialmente a partir de la Conferencia Mundial de la Mujer realizada en Beijing (1995), se reconoció que las mujeres (entre ellas las indígenas) enfrentan formas de discriminación agravadas a causa de factores como raza, edad, lengua, origen étnico, cultura, religión o discapacidad, que deben ser abordadas con políticas positivas adicionales dirigidas a su condición particular.

La atención que la mujer indígena recibió como sujeto de derechos a partir de 1995 con la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer promovió la formación y afianzamiento de organizaciones internacionales dedicadas a las problemáticas de las mujeres indígenas. Entre estas se puede nombrar el Foro Internacional de Mujeres Indígenas -FIMI- y el Enlace Continental de Mujeres Indígenas -ECMIA- (Valladares, 2008). Este es un momento donde proliferan en el plano transnacional, la creación de organismos y realización de eventos referidos a la cuestión indígena, a las mujeres y a las mujeres indígenas que conforma un andamiaje global contenedor de las identidades

13 Ver Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966); la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (declaración y programa de Acción de Viena, 1993); la Conferencia Mundial contra el Racismo (Durban, 2001); la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (París, 2005). En 2002 se reunió por primera vez en Naciones Unidas el Foro Permanente para las cuestiones indígenas.



en busca de reconocimiento y justicia (Sciortino, 2013).

Las lógicas globales de conformación de identidades en lucha por reconocimiento cultural, el establecimiento de derechos específicos, la conformación de la figura “mujer indígena” como sujeto de derechos y área de intervención tienen sus repercusiones en los contextos locales. En Argentina con posterioridad a Beijing, comenzaron a registrarse una serie de eventos específicos sobre mujeres indígenas en distintas provincias del país. En la actualidad es posible identificar organizaciones sociales de mujeres indígenas que llegan a instancias significativas tales como la realización de marchas nacionales y la presentación de proyectos de ley<sup>14</sup>.

Si se vuelve la atención a los primeros ENM las *originarias* están presentes pero, como señalan mujeres indígenas y no indígenas que participaron a inicio de la década del noventa, es a partir del encuentro del 1992 que la participación de las *originarias* comienza a tener mayor visibilidad en términos de número de mujeres que participan conformando además un taller específico que logra tener continuidad hasta el presente. En 1993, en el VIII encuentro realizado en Tucumán, se organizó el taller Mujer Aborigen. El temario recorrió temas como “situación actual de los pueblos en el país y en América”, “tierra”, “educación bilingüe”, “desocupación”, “reconocimiento de las culturas originarias”, “discriminación”. La salud también fue parte de los debates, denunciaron carencia de centros y medios asistenciales, así como enfermedades como el cólera y la desnutrición. En esta oportunidad denunciaron, además, el robo de niños y trámites fraudulentos en jardines y hospitales, así como la esterilización de las mujeres indígenas como “formas modernas de exterminio” (Cuadernillo de conclusiones del VIII ENM, 1993, p. 32).

En este taller, ya se hace mención a los procesos globales que se vienen desarrollando en materia de derechos. En el taller de las indígenas como en el de Mujer y cultura se señala y reconoce el año internacional de los pueblos indígenas declarado por la ONU<sup>15</sup>. También, se menciona a “la hermana Ramona Quiro-

ga representante internacional de las organizaciones indígenas ante las Naciones Unidas” (Cuadernillo de conclusiones del VIII ENM, 1993, p. 33), también hacen referencia a la creación del Consejo Nacional de la Mujer Indígena (CONAMI).

En 1994 en el encuentro en Corrientes, la tabla de contenidos del cuadernillo de conclusiones indica la realización del taller Mujer aborigen pero la conclusión no fue incluida. El X ENM realizado en Jujuy también contó con el taller Mujer aborigen. Las mujeres sostuvieron que “la lucha de las mujeres aborígenes no es una lucha aislada pues se hermana con la lucha de los sectores populares” (Cuadernillo de conclusiones del X ENM, 1995, p. 2). La cuestión de la devolución de las tierras, como la salud y la educación ocuparon el debate en el taller. Las *originarias* exigieron leyes de protección de las artesanías y del patrimonio cultural. También se solidarizaron con “los pueblos latinoamericanos, tomando como ejemplo el pueblo de Chiapas” (Cuadernillo de conclusiones del X ENM, 1995, p. 2).

En 1996, en Buenos Aires, las conclusiones del XI encuentro señalan dos ejes centrales: la cuestión de la tierra y el reclamo de una ley de protección de artesanías. También expresan que “las hermanas tobas de Rosario denuncian el maltrato de las mujeres aborígenes en el trabajo de parto y extracción de sangre a hombres y mujeres sin su consentimiento” (Conclusiones del XI ENM: 1996, p. 97).

En el taller Mujer aborigen del XII ENM en San Juan (1997), las conclusiones refieren a distintas cuestiones y problemáticas de los pueblos originarios pero no especifican ninguna reivindicación o exigencia que ponga en primer lugar las problemáticas de género. Devolución de tierras, identidad y maltrato ejercido sobre los indígenas en distintas instituciones públicas fueron algunos de los temas que ocuparon las discusiones según lo refleja la redacción de las conclusiones.

En el documento de apertura del XIII Encuentro realizado en Resistencia, Chaco, en el primer párrafo se hace referencia a los pueblos originarios, rindiéndoles homenaje (Cuadernillo de conclusiones del XIII ENM, 1998, p. 3). Ese año, nuevamente las *originarias* se reunieron en el taller Mujer aborigen el cual contó con la participación de “más de 200 mujeres”. Entre los temas tratados se especifican en las conclusiones: tierra, juventud, educación, organización y lucha, identidad y cultura y uno específico sobre

14 En el mes de abril del 2015 y 2016 se realizaron respectivamente la I y II Marcha de Mujeres originarias por el Buen Vivir. En la I Marcha se presentó el anteproyecto de Ley del Buen Vivir.

15 La Asamblea General proclamó 1993 el Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, seguido por el establecimiento del Decenio Internacional de las poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004).

“los problemas de las Mujeres indígenas” en el cual se puntuaba: a) problemas con sus maridos “que se politizan y después no las dejan salir”; b) la aparición de representantes indígenas “de afuera, que ellos mismos no conocen”; c) mujeres que denuncian ser maltratadas y violaciones a las jóvenes, y d) se denuncia la discriminación de la mujer aborigen que sufre en Chaco cuando busca trabajo (Cuadernillo de conclusiones del XIII ENM, 1998, p. 132).

El taller organizado en el XIV ENM en Bariloche (1999) se denominó “Lucinda Quintipurray”<sup>16</sup> En estas conclusiones y en las de años anteriores ya se hace referencia a distanciamientos y discusiones internas, entre las *originarias*. El tema del territorio, la identidad, la educación figuraron en el temario agregándose exigencias respecto a la obtención de jubilaciones y pensiones para la “mujer formadora de familia”. También se presentan varias quejas a la comisión organizadora sobre la organización del taller. Las mujeres exigieron al INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) voz, voto y participación directa.

En el taller Mujer aborigen del XVI encuentro en la ciudad de La Plata (2001), las mujeres reunidas propusieron para el año siguiente nombrar los talleres Mujer de los Pueblos originarios. El temario tocó problemáticas en línea con años anteriores: territorio, educación bilingüe, cumplimiento de leyes vigentes y otras en concordancia con la situación de crisis que se agudizaba en el país (Cuadernillo de conclusiones del XVI ENM, 2001, p. 76).

En el año 2002, en Salta, el taller se llamó por primera vez Mujeres originarias, con el argumento de que son mujeres de los pueblos originarios de América, “ni indias, ni aborígenes”. En el taller reconocen que las mujeres son las que luchan, buscan comida para sus hijos, siembran, mientras que se sostiene que los varones “tienen sus vicios y están destruidos”. Ellas afirman que no son unas mujeres más, son *mujeres originarias* en una sociedad dominante que impone su cultura sobre sus etnias. Desde su perspectiva, los reclamos que expresan no solo son sociales o de género sino un problema étnico. Las mujeres reunidas proponían unirse, escucharse y desarrollar la solidaridad recíproca englobando a todas las etnias. También se denunció violencia de los varones de sus pueblos, y se reconoció que es doblemente silenciada por la sociedad y por sus compañeros.

16 Anciana mapuche asesinada en 1993 en su casa del Paraje Cuesta del Ternero, provincia de Río Negro.

Significativamente, la violencia contra las mujeres al interior de sus comunidades comienza a ser reconocida y nombrada. Como se manifestó en el taller, las indígenas “juntan pesito sobre pesito” para poder participar de los ENM porque en el taller pueden “hablar juntas sobre nuestros problemas del hambre, de la pobreza, de la violencia. Aquí debatimos”. Nuevamente se asienta la participación de entre 150 y 200 mujeres<sup>17</sup>.

Por su parte, en el XVIII ENM realizado en Rosario (2003), las mujeres se reunieron en el taller Mujeres de los Pueblos originarios (nombre que lleva hasta el presente). El temario incluyó los siguientes puntos: realidad de las mujeres de los pueblos originarios de la Argentina; participación en la comunidad cultural, social, política, económica y laboral; medicinas naturales; métodos anticonceptivos naturales; discriminación; exclusión; el derecho a la tierra; repercusión de la crisis en la vida de sus comunidades; políticas territoriales que las afectan; expropiación y extranjerización de la extracción de los recursos naturales.

En el mismo sentido, en el año 2004, en Mendoza se llevó adelante el XIX ENM, en el taller Mujeres de los Pueblos originarios se incorporó a los reclamos por devolución de tierras, educación y salud, la denuncia hacia “pseudo representantes de los pueblos originarios que buscan con nuestra lucha servirles a los organismos internacionales” (Cuadernillo de conclusiones del XIX ENM, 2004, p. 67-68). Las mujeres se propusieron “defender nuestro territorio de manera activa organizándonos, uniéndonos, informándonos, entrelazándonos con los sectores que luchan” (Cuadernillo de conclusiones del XIX ENM, 2004, p. 67-68). Las conclusiones se cierran con la siguiente afirmación: “Las mujeres de este taller seguiremos luchando en unidad, por todas nuestras reivindicaciones porque el opresor es el mismo para todos nuestros pueblos” (Cuadernillo de conclusiones del XIX ENM, 2004, p. 67-68).

En Mar del Plata se celebró el XX encuentro en 2005, en el taller Mujer de los Pueblos originarios las mujeres afirmaron: “Venimos de cada rincón de este país, de las villas y de las grandes ciudades, a donde llegamos como río que desangra nuestra tierra. La luz de esperanza, es el crecimiento de nuestra unidad, lucha y sabiduría” (Cuadernillo de conclusiones del XX ENM,

17 Conclusiones descargadas desde la Red Informativa de Mujeres <http://www.rimaweb.com.ar/>



2005, p. 70-71). Entre las denuncias realizadas figuró la falta de cumplimiento de leyes y convenios como ya se venía señalando en encuentros anteriores. También se denunció la privatización y extranjerización de los ríos, lagos y tierras; la represión en los algodones del Chaco; el desalojo de comunidades mapuche y wichí; así como a las religiones que “invaden a los pueblos” (Cuadernillo de conclusiones del XX ENM, 2005, p. 70-71).

En 2006, en Jujuy, el taller del XXI ENM se tituló Mujer y Pueblos originarios. En las conclusiones, las indígenas se reafirman “en la lucha por nuestros derechos: tierra y territorio, salud, educación, cultura”. Reconocen la diversidad que las conforma como colectivo, enuncian: “tenemos que unirnos por ser mujeres, en este día que es el día de la madre. Las madres que están aquí son madres luchadoras”. Nuevamente la violencia aparece en las conclusiones: “La violencia sobre las mujeres existente en las comunidades, provocadas por el alcoholismo” (Cuadernillo de conclusiones del XXI ENM, 2006)<sup>18</sup>.

Las conclusiones de cada encuentro resultaron un aporte fundamental para seguir año a año el camino de construcción del taller de las *originarias* y de una identidad afirmada en el marco del movimiento de mujeres. En el trabajo de investigación se puso en diálogo el relevamiento de las conclusiones con entrevistas realizadas a mujeres indígenas que participaron en los primeros años de organización del taller o de las instancias de organización de mujeres que comenzaron a generarse en los primeros años de la década del noventa en el país. Los relatos registrados complementan los resultados alcanzados desde el análisis de los cuadernillos (Sciortino, 2013).

En suma, en la década del noventa, el contexto global y regional que venía promoviendo la organización de mujeres a través de financiamientos específico para indígenas o a través de experiencias de organizaciones de base en las cuales las mujeres tomaban protagonismo, también se configuraba localmente. Los primeros años de la década del noventa son señalados por las mujeres entrevistadas como el momento de inicio de la organización de las indígenas en el país. Las experiencias de organización política regionales e internacionales de las mujeres indígenas estaban presentes en la escena local, con características particulares y

en conexión con la reorganización del movimiento de mujeres posdictadura en el país.

A esta altura, es posible identificar un taller nacional de mujeres indígenas que consolida su participación en los ENM presentándose al resto de las mujeres reunidas desde una identidad concreta y argumentada desde los discursos y prácticas políticas. Mujeres de los pueblos originarios será la categoría identitaria que las reunirá y diferenciará, la cual de allí en adelante, comienza a consolidarse y complejizarse en términos políticos.

### Tercer momento: revisión de posiciones, consolidación de identidades (2007-2011)

En los talleres de las mujeres indígenas en los ENM, la desigualdad y la violencia de género fueron apareciendo como temas de debate de manera conflictiva, con cierta resistencia a ser reconocidos y abordados colectivamente. El señalamiento de las desigualdades de género fue tomando mayor presencia en los encuentros recientes. Como se observa en los apartados anteriores, en las conclusiones emergen, a medida que pasan los años, menciones dispersas respecto a ciertas desigualdades en tanto que mujeres y en relación a sus compañeros.

Paradójicamente, a la par del reconocimiento de contextos de desigualdad de género se puede observar una firme reivindicación de la relaciones de género en términos de complementariedad-igualdad como vínculo inherente a los pueblos indígenas. Retomando las primeras enunciaciones desde 1986 hasta las entrevistas realizadas en el trabajo de campo, las explicaciones, reivindicaciones y perspectivas de las *originarias* sobre la complementariedad entre los géneros se define a partir de nociones tales como *armonía, simetría, equilibrio, igualdad*. La complementariedad se presenta como una categoría que se reivindica en tanto condición que distingue los vínculos de género indígenas de los de Occidente.

Desde la perspectiva de las *originarias*, la complementariedad es la relación que fundamenta la ausencia de conflicto y desigualdad entre los géneros en las sociedades indígenas. La complementariedad como categoría en las enunciaciones políticas y las reivindicaciones culturales se establece como la forma esencial de relación en la pareja indígena. Esta pareja conforma un modelo ideal basado en la armonía, el equilibrio y la igualdad. En especial, con esta noción

<sup>18</sup> Conclusiones descargadas desde la Red Informativa de Mujeres <http://www.rimaweb.com.ar/>

refieren a una simetría en las relaciones de género respecto de las tareas cotidianas del trabajo y de los roles en el hogar. El vínculo complementario con el varón, compromete a la mujer a determinadas actividades y funciones en el grupo comunitario y familiar.

Ahora bien, mientras que en el discurso político hegemónico de la identidad indígena se encuentra la afirmación de la complementariedad-igualdad entre los sexos, las participaciones de las indígenas en el marco de los talleres de los ENM y en las entrevistas realizadas dejan entrever grietas por donde se filtran situaciones de desigualdad.

En los talleres presenciados, varias mujeres refieren el tema de la violencia, específicamente a “las violaciones” (Sciortino, 2014). Reconocen ser violadas en las ciudades y hasta se preguntan cuántas de ellas son el resultado de situaciones de abuso sexual. En el encuentro en la ciudad de Paraná (2010), se llegó a reconocer que algunas de ellas están encargadas de las problemáticas de las “violaciones seguidas de muerte”.

La complementariedad afirmada en el primer discurso de Ema en el taller de 1986 debió ser revisada a partir de los relatos de las *hermanas* que plantean conflictos concretos con sus compañeros: especialmente la desigual participación en la toma de decisiones y la toma de la palabra. También refieren, como se vio, a la violencia contra las mujeres y las violaciones. Las experiencias relatadas entran en conflicto con la enunciación de una *armonía* y un *equilibrio* interno entre sexos. En sus intervenciones las *originarias* comienzan a reconocerlo y a explicarlo:

Hace muchos años atrás cuando yo empecé en la lucha mapuche y las compañeras feministas me **decían “¿en las comunidades mapuches hay opresión de género?”, yo contestaba no.** Porque me quedaba el privilegio como *weichafe*, *weichafe* es guerrera de mi Pueblo, me permitía hablar de igual a igual con los hombres. [...] Entonces siempre **tenía un lugar de privilegio hasta que comencé a visitar las *rukas***, los hogares, las casas de mis *lamien* [hermana]. **Y esos mismos hombres que conmigo eran comprensivos** o me pedían consejos, me escuchaban o me empoderaban frente a los hombres *winkas* [...] **Esos mismos hombres oprímían a sus mujeres**, pero hasta que yo no visité los hogares y estuve allí viendo la relación no me di cuenta que el Pueblo

mapuche estaba atravesado por la **colonización patriarcal** (Moira)<sup>19</sup>.

Rosana<sup>20</sup> también reconoce la desigualdad, en la entrevista compartida resaltó:

Las mujeres antes estábamos aisladas, yo lo tenía naturalizado como ese lugar que teníamos que tener pero después con otras mujeres me di cuenta que no es así. Me di cuenta... **el patriarcado, el machismo**, me costó mucho poder hablar.

[...] Si no empezamos nosotras, siempre vamos a estar pendientes de que ellos digan que sí, que no, ellos vienen solamente cuando hay un escenario y pueden tomar el micrófono y hacer política. ¿Vos ves algún líder acá? No vienen, ¿Dónde está la complementariedad? Le mienten al mundo, **dicen que somos complementarios ¿Dónde está la complementariedad?**<sup>21</sup>

Más allá del nivel de crítica que hagan a sus *hermanos*, se manifiesta un punto común que une los relatos: la referencia a la colonización. Los relatos registrados sostienen que en “esta cultura dominante, antropocéntrica, individualista, economicista y patriarcal”, en el “sistema occidental” se encuentra la causa del desmantelamiento de las relaciones complementarias y de igualdad entre los sexos. Desde esta perspectiva, la colonización impuso, entre otras cosas, el “menosprecio” hacia la mujer y el “machismo” que junto al “alcoholismo” produjeron distintos tipos de violaciones hacia las *originarias*, entre los que se nombraron: el abandono de las familias, la opresión en distintos niveles, la violencia física, la imposibilidad de hablar y la obligación de permanecer “atrás” de sus compañeros.

Durante el trabajo de campo, Clara<sup>22</sup>, explicaba en la entrevista compartida que en los pueblos indígenas:

19 Mujer mapuche de la comunidad Pillán Mahuiza, provincia de Chubut. Palabras pertenecientes a la exposición que realizó en la mesa titulada “200 años de lucha y resistencia de la mujer en América Latina”, “El Otro bicentenario”, Ciudad de Buenos Aires, mayo de 2010. Negrilla fuera del original.

20 Mujer coya que participó en los ENM a principio de los noventa y en la conformación del taller de las *originarias*. En el momento de la entrevista formaba parte de la organización “Mujeres Originarias Autoconvocadas”.

21 Entrevista realizada en el marco de las Jornadas de celebración del Inti Raymi, CABA, junio 2011.

22 Mujer quechua aymara de la comunidad de Qhapaj Ñan. Entrevista realizada en el marco de las Jornadas de celebración del Inti Raymi, Ciudad de Buenos Aires, junio 2011.



No hay una desigualdad, si el hombre tiene que cocinar cocina, si tiene que lavar ropa lo va a hacer también y lamentablemente, tengo que decirlo, que con la colonización quedó el **machismo** en nuestras propias comunidades. Con la **colonización** quedó el machismo, el alcohol, el golpearle [a una mujer], todo eso es una enfermedad que vino con el **Estado** (Destacados míos).

Anabel<sup>23</sup>, otra de las mujeres entrevistadas explicaba: “Creo que las mujeres desde siempre en este sistema occidental que nos han impuesto, hemos sido menospreciadas y siempre ha sido el hombre el que ha sobresalido sobre la mujer”<sup>24</sup>.

Moira sostiene la siguiente relación entre patriarcado y colonización:

Filosófica y espiritualmente claro que el Pueblo mapuche **no ha sido patriarcal**. [...] **los hombres son víctimas de esta cultura dominante, antropocéntrica, individualista, economicista y patriarcal** que les cercena la plenitud y la capacidad de poder desarrollar todo su potencial recuperando esa percepción femenina que los hombres tienen y que culturalmente le son arrebatadas o abortadas<sup>25</sup>.

En los talleres en los cuales se realizó la observación participativa, el reconocimiento de la desigualdad y la violencia de género queda enunciado a nivel de la experiencia individual. Sin embargo, cuando alguna mujer no indígena las consulta al respecto exponen una perspectiva en la que todas parecen coincidir. A continuación se transcribe la respuesta de una de las referentes indígenas en el taller que refleja este acuerdo. Se trata de una mujer coya que ante la pregunta sobre las relaciones entre los sexos en sus pueblos respondió:

El tema del rol de nuestros hombres, el concepto que se tiene en las culturas...en nuestra cosmo-

visión como pueblos originarios... se sabe que entre el hombre y la mujer debe haber una plena complementariedad, debemos ir a la par, por eso se dice que somos una dualidad. Pero pensemos también cómo fue toda la imposición de todo un sistema machista, nuestros hombres así como son víctimas del alcoholismo, víctimas de muchas debilidades, son los principales que han caído en romper con esa complementariedad y esa dualidad. Entonces también han caído en la traición, en abandonar a sus esposas y sus hijos... no quiero justificar que sean víctimas, pero que han caído en eso también...pero lo originario de nuestra cosmovisión es que caminemos en dualidad, en complementariedad. Esto así tiene que ser<sup>26</sup>

De este modo, la desigualdad entre sexos se reconoció y comenzó a nombrarse entre las *originarias*. Este reconocimiento no invalida, a nivel del discurso político, el de la complementariedad enunciada en términos de igualdad-simetría en tanto condición natural de las relaciones de género en el interior de los pueblos. Desde las perspectivas registradas, “la colonización” fue y sigue siendo la razón que menoscaba el equilibrio entre varones y mujeres indígenas.

Cabe reconocer que las reivindicaciones y debates que se dan en este taller no pueden comprenderse por fuera del marco de las luchas de sus Pueblos. Pero también es justo reconocer que la afirmación como mujeres e indígenas interpela la identidad como territorio propio de los varones. Por ejemplo, en los talleres del encuentro se ha señalado la desigualdad que ocupan en relación a sus compañeros de movimiento. Moira, en el taller del 2008 en Neuquén, durante una de sus intervenciones preguntó a sus *hermanas*: “¿Cuál será el lugar de las mujeres en los procesos de liberación?” Ella continuó su oratoria, y destacó que las mujeres ya no pueden ser solo las que preparan la comida en los encuentros de sus pueblos: “Tenemos que dejar de ser las que cocinan durante los encuentros de nuestros Pueblos, dejar de ser las que pelan las cebollas y las zanahorias”<sup>27</sup>.

Esto pone en evidencia que frente a la reificación de las luchas por reconocimiento cultural, se escuchan mujeres que vienen levantando las voces en los

23 Mujer charrúa de la Comunidad Orcopo. Palabras pertenecientes a la exposición que realizó en la mesa titulada “200 años de lucha y resistencia de la mujer en América Latina”, “El Otro bicentenario”, CABA, mayo de 2010.

24 Entrevista realizada en el marco de las Jornadas de celebración del solsticio de primavera, CABA, septiembre, 2010.

25 Mujer mapuche de la comunidad Pillán Mahuiza, provincia de Chubut. Palabras pertenecientes a la exposición que realizó en la mesa titulada “200 años de lucha y resistencia de la mujer en América Latina”, “El Otro bicentenario”, Ciudad de Buenos Aires, mayo de 2010. Negrilla fuera del original.

26 Lucía se presenta como mujer del Coyasuyu. Es integrante de la organización “Mujeres Originarias en la Política Social y Comunitaria (mopsyc). Taller “Mujeres de los Pueblos originarios”, ENM, Paraná, 2010.

27 Diario de campo, 16 de agosto de 2008.

entramados políticos de sus movimientos y comunidades de pertenencia.

## CONCLUSIONES

Este taller reúne indígenas de distintas comunidades y regiones del país. A pesar de las diferencias culturales, particularidades geográficas, trayectorias históricas y biográficas, se presentan como *mujeres de los pueblos originarios* y esa pertenencia las identifica como *hermanas*. *Hermanas* en una historia de “lucha” que las unifica sobre su diversidad étnica o comunitaria. La “colonización”, el “genocidio”, el “racismo”, la “discriminación” son experiencias históricas y contemporáneas que vivencian y destacan como marcadores de una distinción dentro del colectivo más amplio de mujeres. Por lo tanto, Sciortino (2013) sostiene que la identidad enunciada en los encuentros como *mujeres de los pueblos originarios* se afirma a partir de tres categorías centrales. La primera, la noción de *mujeres* que comparten una historia de subordinación común al poner el eje en la “colonización” y el “genocidio” que como *pueblos* (segunda categoría) debieron y deben enfrentar. Esta historia es común a todas las *hermanas* (tercera categoría) en su condición de mujeres y marca una distinción fundante en la definición y afirmación de género.

A partir del recorrido de los distintos momentos establecidos es posible afirmar que las indígenas estuvieron presentes en el período de reorganización del movimiento de mujeres posdictadura militar en Argentina. Aunque de manera incipiente en los primeros encuentros, las *originarias* fueron partícipes de este espacio que reúne al movimiento de mujeres. Aún más, la autora sostiene que la afirmación de la diversidad cultural dentro del movimiento de mujeres en Argentina, es anterior a la gran irrupción de los sectores populares relacionada con la crisis del 2001 en Argentina.

En la década del noventa, las experiencias de organización política regionales e internacionales de las mujeres indígenas estaban presentes en la escena local, con características particulares y en conexión con la reorganización del movimiento de mujeres posdictadura en el país. Ya avanzados los años noventa es posible identificar un taller nacional de mujeres indígenas que consolida su participación en los ENM presentándose al resto de las mujeres reunidas desde una identidad concreta y argumentada desde los discursos y prácticas políticas. *Mujeres*

*de los pueblos originarios* será la categoría identitaria que las reunirá y diferenciará, la cual de allí en adelante, comienza a consolidarse y complejizarse en términos políticos.

En los talleres en los cuales se realizó la observación participante, y las entrevistas a partir del 2007, se puede observar la tensión entre los discursos indígenas cerrados a la crítica interna de género, y el reconocimiento de la desigualdad y la violencia de género que cada año toma mayor visibilidad entre las participaciones de las mujeres indígenas.

Las mujeres indígenas traen a los encuentros, desde sus primeras intervenciones, las problemáticas de sus pueblos y ponen énfasis diferentes sobre los puntos del temario dependiendo del contexto y los acontecimientos del momento. En general, el temario incluye “tierra y territorio”, e “identidad” (aquí suelen incorporar temáticas como la revalorización de sus cosmovisiones, creencias y culturas); también las problemáticas en el ámbito de la salud y la educación están presentes.

Las reivindicaciones que pueden ser consideradas de género aparecen de manera más irregular. A lo largo de los años se reconocen ciertas problemáticas que sufren las mujeres indígenas y que atentan contra la complementariedad de los sexos reivindicada desde el discurso indígena. Como aparece en el cuadernillo del primer encuentro la noción de complementariedad es presentada como una forma de relación que se opone a la desigualdad de género característica de las sociedades occidentales. Mientras que en un principio parece negarse la desigualdad entre los géneros, a medida que avanzan los encuentros se comienzan a señalar ciertas situaciones que contradicen la idea de armonía y complementariedad interna. Como en otra oportunidad se analizó lo que puede observarse no es la desaparición de esta noción sino una serie de resignificaciones que permiten seguir utilizándola (Sciortino, 2013a).

En sus discursos se filtran problemáticas específicas de género, entre las que se destacan la violencia contra las mujeres y la desigual participación en espacios del movimiento y en la toma de la palabra en el ámbito público. Pareciera que a pesar de que están en un encuentro de mujeres (por lo tanto en un espacio propicio para conversar sobre las desigualdades de género y la violencia contra las mujeres) los discursos están enraizados en la defensa de una



identidad indígena que posee sus *temas originarios* definidos *a priori*, que desplazan problemáticas que resaltan las fisuras internas del colectivo que se afirma.

Hay una gama de problemáticas, los temas originarios, que se definen como culturales y se aceptan en el repertorio de cuestiones a debatir en el taller: territorio, identidad, cosmovisión, educación, interculturalidad, salud. Pero a la vez existe una serie de temáticas que parecen caer por fuera de los bordes de lo que “la cultura” establece. Estos temas se vuelven “aculturales” o propios de las “blancas” o “las argentinas”. Por lo tanto, se los excluye o se relativiza su importancia y prioridad de discusión.

Ante una tendencia conservadora de algunos sectores del movimiento indígena y de *mujeres originarias* a reivindicar de manera monolítica “una cultura originaria” en cuyo interior las relaciones de género serían complementarias (en términos de igualdad de género y ausencia de violencia), en la práctica política, las indígenas enfrentan estos “discursos incuestionables”. En los talleres observados y en las entrevistas realizadas se encontró, en coexistencia, una tendencia hacia la deliberación interna (Segato, 2011) sobre cuestiones que las afligen en tanto mujeres.

El recorrido que se presentó muestra el carácter paradójico de la construcción de una identidad étnica atravesada por el género. Se propone que los posicionamientos, diálogos y demandas registrados en los talleres y espacios colectivos complementarios, sean entendidos en el contexto más amplio y global en el cual las políticas de identidad se configuran. Rita Segato (2007) distingue entre “las nuevas identidades políticas transnacionales” y las “alteridades históricas”. Mientras que las primeras responden a una agenda política global alejada de las problemáticas localizadas que responde principalmente a temáticas internas de los países centrales; las segundas son el resultado de la convivencia histórica en un determinado contexto nacional. Siguiendo a la autora resulta interesante contemplar la imposición de las identidades globales como un último avance hegemónico de los países centrales que transmite una nueva normativa “global”, es decir, la homogeneización mundial de la manera de constituirse en la diferencia. La distinción de

ambos conceptos permite dar luz sobre la producción de identidades políticas en condiciones periféricas. Desde este posicionamiento se desprende la crítica que realiza Segato hacia un multiculturalismo anodino y estancado, desde el cual se imponen identidades políticas estereotipadas, constituidas para el reclamo de recursos y derechos determinados por la formación nacional de los países centrales. De la misma manera, resulta significativo para el análisis de las identidades políticas, contemplar el aspecto regulativo de las mismas. Es decir, en tanto sistema de regulación y control de las subjetividades, la identidad tiene una función estructurante que produce un efecto de verdad (Femenías, 2007, p. 80). En este sentido, la identidad no solo es un proceso íntimo a partir de la interrelación de una persona con otra. Además de los vínculos intersubjetivos, la identidad rige la interacción a nivel macro, a nivel de grupos diferenciados que entran en contacto en el espacio social, produciendo una cierta estructuración de las representaciones y acciones de los grupos que las constituyen.

Las mujeres indígenas se encuentran insertas, como todo colectivo que se autoafirma en la escena política contemporánea, en un entramado de agendas, prioridades políticas, legislaciones y acciones transnacionales, regionales y nacionales. Los movimientos locales a los que ellas pertenecen entran directa o indirectamente en las lógicas de la globalización, que oscilan entre problemáticas situadas, diagnósticos deslocalizados y soluciones ajenas a las perspectivas de los/as actores/as. Estas mujeres entretejen sus voces en el concierto de las diferencias, enuncian figuras reivindicativas que son resultados del debate (conflictivo) con el movimiento indígena, el movimiento de mujeres, el feminismo y otros posibles interlocutores dependientes de la escena local. Entre la autoesencialización de las identidades indígenas y el etnocentrismo del movimiento de mujeres, entre los roles domésticos y la participación protagónica en la escena política pública, las indígenas se afirman “entre-medio” de sentidos, reivindicaciones y proyecciones políticas. Como afirmó una de las *originarias* entrevistadas: “La lucha de las mujeres es un camino”. Esta reflexión comienza a identificarse cada vez con mayor claridad en las voces y prácticas políticas de las mujeres indígenas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alma, A., & Lorenzo P. (2009). *Mujeres que se encuentran. Una recuperación histórica de los Encuentros Nacionales de Mujeres en Argentina (1986-2005)*. Buenos Aires: Feminaria.
- Bellotti, M. (2002). 17° Encuentro Nacional de Mujeres: lo personal es político. *Brujas*, 21(29), p. 42-55.
- Bellotti, M. (2008). Los Encuentros Nacionales de Mujeres: hablar con la propia voz. *Brujas*, 27(34), 110-112.
- Ciriza, A. (2004). Voces feministas fuera de lugar. Sobre los Encuentros Nacionales de Mujeres vistos desde la periferia. *Brujas*, 23(30), p. 26-35.
- Di Marco, G. (2010). Los movimientos de mujeres en la Argentina y la emergencia del pueblo feminista. *La Aljaba*, 14, 51-67.
- Femenías, M. (2007). *El género del multiculturalismo*. Bernal: UNQui.
- Femenías, M. (2008). Identidades esencializadas/violencias activadas. *Isegoría*, (38), 15-38.
- Gregorio, C. (2006). Contribuciones feministas a problemas epistemológicos de la disciplina antropológica: representación y relaciones de poder. *AIBR*, 1(001), 22-39.
- Lagarde, M. (2003). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Molyneux, M. (2003). *Movimientos de mujeres en América Latina. Estudio teórico comparado*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Rivera, S. (2000). La raíz: Colonizadores y colonizados. En X. Albó & R. Barrios (coord.), *Violencias encubiertas en Bolivia* (pp.25-139). La Paz: Cipc-Aruwiyiri.
- Sciortino, S. (2013). Una etnografía en los Encuentros Nacionales de Mujeres: políticas de identidad desde la afirmación de las 'mujeres de los pueblos originarios. (Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina).
- Sciortino, S. (2013a) Mujeres, madres y luchadoras: representaciones políticas de las mujeres originarias en los discursos identitarios. Ponencia presentada en la VII Jornadas Santiago Wallace de Investigación en Antropología Social. Facultad de Filosofía y Letras (UBA): Ciudad de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.jias.org.ar/conf-cientifica/comunicacionesActasEvento.php>
- Sciortino, S. (2014). Violencias relatadas, derechos debatidos y mujeres movilizadas: el aborto en la agenda política de las mujeres indígenas en Argentina. *Caravelle*, (102), 87-106.
- Sciortino, S. (2015). Procesos de organización política de las mujeres indígenas en el movimiento amplio de mujeres en Argentina. Consideraciones sobre el feminismo desde la perspectiva indígena. *Universitas Humanística*, (79), 65-87.
- Sciortino, S. (2016). La emergencia de la violencia de género como tema originario en los procesos de organización política de las mujeres indígenas (Encuentros Nacionales de Mujeres 1986-2011). En I. Colanzi, M. L. Femenías, & V. Seoane (comps.), *Violencia contra las mujeres: La subversión de los discursos* (pp. 87-114) Rosario: Prohistoria Ediciones.
- Segato, R. (2007). *La Nación y sus Otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de Políticas de la Identidad*. Buenos Aires: Prometeo.
- Segato, R. (2011). Género y colonialidad: en busca de las claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial. En K. Bidaseca, & V. Vazquez Laba (comps.), *Feminismo y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina* (pp.17-48). Buenos Aires: Ediciones Godot.
- Stolcke, V. (2008). De padres, filiaciones y malas memorias. ¿Qué historia de qué Antropología? *Revista Pós Ciências Sociais*, 5(9/10), 11-62.



- Tarducci, M. (2005). La Iglesia Católica Argentina y los Encuentros Nacionales de Mujeres. *Estudios Feministas*, 13(2), 397-402.
- Tarducci, M. (1988). III Encuentro Nacional de Mujeres ¿A qué van las mujeres a un encuentro? *Feminaria*, 1(2), 37-39.
- Valladares de la Cruz, L. (2008). Los derechos humanos de las mujeres indígenas. De la aldea global a los foros internacionales. *Alteridades*, 18(35), 47-65.
- Walsh, C. (2005). Introducción. (Re)pensamiento crítico y (de)colonialidad. En C. Walsh (ed.), *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial. Reflexiones latinoamericanas* (pp.13-35). Quito: Abya Yala.

### Documentos consultados

- Cuadernillo de conclusiones del I ENM, Buenos Aires, 23, 24 y 25 de mayo de 1986.
- Cuadernillo de conclusiones del II ENM, Córdoba, 22 al 25 de mayo de 1987.
- Cuadernillo de conclusiones del III ENM; Mendoza, 11, 12 y 13 de junio de 1988.
- Cuadernillo de conclusiones del IV ENM; Rosario, 19, 20 y 21 de agosto de 1989.
- Cuadernillo de conclusiones del V ENM; Temas de Río Hondo, 16, 17 y 18 de junio de 1990.
- Cuadernillo de conclusiones del VI ENM; Mar del Plata, 8, 9 y 10 de junio de 1991.
- Cuadernillo de conclusiones del VII ENM; Neuquén, 10, 11 y 12 de octubre de 1992. Conclusiones del VIII ENM; Tucumán, 12, 13 y 14 de junio de 1993.
- Cuadernillo de conclusiones del X ENM; Jujuy, 1995. Conclusiones del XI ENM; Buenos Aires, 7, 8 y 9 de junio de 1996.
- Cuadernillo de conclusiones del XIII ENM, Resistencia, 10, 11 y 12 de octubre de 1998.
- Cuadernillo de conclusiones del XVI ENM; La Plata, 18, 19 y 20 de agosto de 2001.
- Cuadernillo de conclusiones del XIX ENM; Mendoza, 9, 10 y 11 de octubre de 2004.
- Cuadernillo de conclusiones del XX ENM; Mar del Plata, 8, 9 y 10 de octubre de 2005.
- Cuadernillo de conclusiones del XXI ENM; Jujuy, 8, 9 y 10 de octubre de 2006.

Fecha de recepción: 26 de agosto de 2016  
 Fecha de evaluación: 12 de septiembre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Leis patriarcais e suas inscrições em corpos femininos: A implicação da clandestinidade em itinerários abortivos vividos na capital da Bahia\*

*Paula Rita Bacellar Gonzaga\*\**  
*Lina Maria Brandão de Aras\*\*\**

## Citar este artículo:

Bacellar, P., & Brandão de Aras, L. (2017). Leis patriarcais e suas inscrições em corpos femininos: A implicação da clandestinidade em itinerários abortivos vividos na capital da Bahia. *Via Iuris*, 22, pp. 109-126.

## RESUMO

Este artigo analisa os impactos da criminalização do aborto nos itinerários abortivos de cinco mulheres em uma capital no Nordeste do Brasil. Apoiado em formulações de teorias feministas sobre a construção de instituições sociais que ratificam a desigualdade de gênero e as contribuições de Foucault nas relações de poder e nas formações discursivas. O objetivo do estudo foi analisar como o discurso é percebido, apropriado e confrontado pelos participantes. A metodologia utilizada foi qualitativa, com o uso de entrevistas narrativas e análise do discurso. Os resultados mostram o medo da penalidade legal que aparece com mais força nas mulheres que não relacionam medos com conteúdo religioso.

Do mesmo modo, descobriu-se que a criminalização é um fator determinante para que elas evitem pedir ajuda e resistam buscar atendimento médico quando há complicações devido a procedimentos abortivos inseguros. A clandestinidade aparece como uma circunstância agravante em situações de risco e ineficácia para efetivamente evitar a prática de interrupções de gravidezes não planejadas. Finalmente, propõe-se uma discussão sobre o que encoraja sustentar o aborto como crime no contexto brasileiro.

\* O presente artigo é resultado da pesquisa: “Eu quero ter esse direito a escolha”: Formações discursivas e itinerários abortivos em Salvador. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo. Universidade Federal da Bahia. Bahia. Brasil (Período 2014-2016).

\*\* Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, Brasil. Correio eletrônico: paularitagonzaga@gmail.com

\*\*\* Doutora em História e Professora Titular da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas e também é associada ao Programa de Pós Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo. Universidade Federal da Bahia. Bahia Salvador de Bahia – Bahia, Brasil. Correio eletrônico: laras@ufba.br

## Palabras clave

Aborto, Itinerários abortivos, clandestinidade, formações discursivas, direitos reprodutivos, criminalização.



## Leyes patriarcales y sus inscripciones en cuerpos femeninos: La implicación de la clandestinidad en itinerarios abortivos vividos en la capital de Bahía

*Paula Rita Bacellar Gonzaga*  
*Lina Maria Brandão de Aras*

### RESUMEN

El presente trabajo analiza los impactos de la criminalización del aborto en los itinerarios abortivos de cinco mujeres en una ciudad capital al noreste del Brasil. Respaldado en formulaciones de las teorías feministas sobre la construcción de instituciones sociales que ratifican la desigualdad entre los géneros y con las contribuciones foucaultianas sobre relaciones de poder y formaciones discursivas. El objetivo del estudio fue analizar como el discurso jurídico es percibido, apropiado y confrontado por las participantes. La metodología empleada fue de corte cualitativo, con uso de entrevistas narrativas y análisis del discurso. Los resultados muestran el temor a la penalización jurídica que aparece con más fuerza en aquellas mujeres que no relatan temores con contenido religioso.

Asimismo, se encontró que la criminalización es determinante para que ellas eviten pedir ayuda y se resistan a buscar atención médica cuando se producen complicaciones debidas a procedimientos abortivos inseguros. La clandestinidad aparece como un agravante en situaciones de riesgo e ineficaz para evitar efectivamente la práctica de interrupciones de embarazos no planeados. Finalmente, se propone una discusión sobre lo que fomenta sostener el aborto como delito el contexto brasileiro.

### Palabras Clave

Aborto, itinerarios abortivos, clandestinidad, formaciones discursivas, derechos reproductivos, criminalización.

# Patriarchal laws and their inscriptions in female bodies: the implication of hiding in abortive itineraries lived in the capital of Bahia

*Paula Rita Bacellar Gonzaga*  
*Lina Maria Brandão de Avas*

## ABSTRACT

The present paper analyzes the impacts of the abortion criminalization in abortive itineraries of five women in a capital city in the northeast of Brazil.

Supported in feminist formulations theories about the social institutions construction that ratifies the inequality between the genders and foucaltians contributions on relations of power and discursive formations; the aim of this study was to analyze how the legal discourse is perceived, appropriated, and confronted by the participants. The methodology used was qualitative type, using narrative interviews and discourse analysis. The results show the legal penalty fear that appears with more strength in those women who do not relate fear to religious content.

Also, it was found that the criminalization is crucial for them to avoid asking for help and they may be reluctant to seek medical attention when complications occur due to unsafe abortion procedures. The clandestine appears as an aggravating factor in situations of risk and ineffective to effectively avoid the practice of unplanned pregnancy interruptions. Finally, it is proposed a discussion on what promotes support to abortion as a crime the Brazilian context.

## Keywords

Abortion, abortive itineraries, secrecy, discursive formations, reproductive rights, criminalization.



## Les lois patriarcales et leurs inscriptions dans l'humanité féminines: l'implication de se cacher dans des itinéraires avortés vécus dans la capitale de Bahia

*Paula Rita Bacellar Gonzaga  
Lina Maria Brandão de Aras*

### RESUMO

Cet article analyse les impacts de la criminalisation de l'avortement dans les itinéraires avortés de cinq femmes dans une capitale du nord-est du Brésil.

Entérinée dans les formulations des théories féministes sur la construction des institutions sociales qui ratifieront l'inégalité entre les sexes et les contributions foucaaldiens sur les relations de pouvoir et des formations discursives, le but de l'étude était d'analyser la façon dont le discours juridique est perçu, approprié et confronté les participants La méthodologie utilisée était qualitative, avec des entretiens narratifs et des analyses de discours. Les résultats montrent la crainte de la sanction légale qui apparaît avec plus de force chez les femmes qui ne rapportent pas leurs peurs avec un contenu religieux.

De même, il a été constaté que la criminalisation est un facteur déterminant afin qu'elles évitent de demander de l'aide et résistent à la recherche de soins médicaux lorsqu'il y a des complications dues à des procédures avortées dangereuses. La clandestinité apparaît comme un facteur aggravant dans les situations de risque et d'inefficacité pour éviter effectivement la pratique des interruptions de grossesses non désirées. Enfin, une discussion est proposée sur ce qui encourage le contexte brésilien à soutenir l'avortement en tant que crime.

### Palavras-chave

Avortement, itinéraires avortés, clandestinité, formations discursives, droits reproductifs, criminalisation.

## INTRODUÇÃO

O aborto consiste em um tema controverso no Brasil. Seria reducionista afirmar que é um tema inaudível ou que não é debatido publicamente. Pelo contrário, constantemente essa temática está em debate e é explorada no cenário político nacional. A questão é que esse debate é majoritariamente monopolizado por grupos conservadores que controlam os meios de comunicação e produzem um discurso praticamente monolítico para a população, onde trata o aborto como um desvio moral e legal de conduta que deve ser severamente punido.

No Brasil o aborto é um debate de significativa relevância política e não foram raras as vezes em que foi barganhado em alianças partidárias e religiosas nas campanhas eleitorais. Isso nos indica que a manutenção da criminalização do aborto atende não apenas a demandas específicas de manutenção do controle da capacidade reprodutiva das mulheres, como também garante protagonismo político a grupos que manipulam essa temática para conseguir representatividade nos parlamentos e apelo midiático.

Torres (2012) aponta como a situação da América Latina é preocupante no que tange aos constantes retrocessos no campo dos direitos sexuais e reprodutivos. De acordo com o autor os países latino americanos, com exceção do Uruguai, têm apresentado conjunturas desfavoráveis a avanços legislativos sobre a questão do aborto. Essa leitura é propícia ao contexto Brasileiro onde se prevê no Código Penal que o aborto é crime com pena de um a três anos de reclusão para quem o provocar ou permitir que outrem o faça, salvo em situação de risco de vida para a gestante e em caso de gravidez fruto de violência sexual (Brasil, 1940). No ano de 2012 por decisão do Supremo Tribunal Federal em resposta a pressão social de grupos feministas e de organizações de profissionais e pesquisadores da saúde os casos de anencefalia também foram incorporados entre esses permissivos legais.

Mesmo com esses direitos adquiridos, a movimentação política no cenário Brasileiro apresenta um significativo avanço de grupos conservadores que tem encaminhado Projetos de Lei que mais do que impedir avanços, tem proposto retrocessos nas garantias de atendimento e segurança das mulheres que busquem os serviços de aborto legal. Um exemplo

disso é o Projeto de Lei nº 5069<sup>1</sup>, de autoria do então Presidente da Câmara dos deputados Eduardo Cunha<sup>2</sup>, cujo objetivo é que qualquer pessoa que anuncie processo ou substância que possa provocar aborto ou que orientem, instruem e auxiliem mulheres em situação de aborto devem ser penalizadas com detenção. O texto defende ainda que a pena seja maior em caso de a gestante ter idade inferior a dezoito anos e/ou a pessoa indiciada atue como profissional de saúde pública ou esteja em exercício de cargos na área de medicina, farmácia e enfermagem. Ainda estipula que os atendimentos em caso de estupro só sejam realizados diante apresentação de boletim de ocorrência e exame pericial pelo instituto médico legal.

As propostas em curso rompem com o que está previsto na Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento, documento publicado pelo Ministério da Saúde em 2005 e reeditado em 2010 e prevê que em caso de relato de violência sexual a palavra da mulher deve ser recebida com prerrogativa de verdade pela equipe de saúde, sendo desnecessário a abertura de inquérito policial sobre o caso. Também é grave que se penalize quem informar ou orientar sobre procedimentos abortivos porque isso é posto como função da equipe de saúde e de quem acolher mulher vítima de estupro, como preconiza a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes (Brasil, 2012), que diz que toda mulher nessa situação deve ser informada sobre seu direito ao aborto legal em caso de gravidez e que deve ser garantido a ela acesso a esse serviço se ela assim desejar.

Frente a esse quadro, o objetivo deste texto é analisar os impactos da criminalização do aborto nos itinerários abortivos de cinco mulheres na cidade de Salvador, situada na região Nordeste do Brasil. Itinerário

1 O texto original do Projeto de Lei nº 5.069/2013 pode ser conferido no Site da Câmara Federal através do Link: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1071423.pdf>. Acessado em 22 maio 2016.

2 No dia 05 de maio de 2016 o deputado Eduardo Cunha foi afastado do cargo e da Presidência da Câmara por decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Teori Zavascki, relator da Operação Lava Jato - maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro na história do Brasil e que tem movimento diversos setores da economia e da política nacional - o ministro considerou que o deputado ameaçava o curso das investigações.



abortivo<sup>3</sup> é uma adaptação do conceito itinerário terapêutico desenvolvido no campo da sócio antropologia para definir o percurso realizado por alguém desde a identificação de um possível adoecimento até a utilização de estratégias de cura que possam ser efetivas (Arendt; Assis e Motta, 2012).

O trabalho de análise que se propõe aqui é interperlar como o legislativo Brasileiro, mas expressamente através da criminalização do aborto prevista no Código Penal (Brasil, 1940) tem operado sobre mulheres que vivenciam a experiência do aborto clandestino. A distinção dessa proposta é ir para além da quantificação dos casos que chegam ao judiciário ou às unidades de saúde; o foco é fazer a ligação entre a punição do aborto, distante em tempo e tangibilidade e a experiência de cinco mulheres que interromperam gestações com níveis distintos de informação, ansiedade, medo e insegurança. Nesse sentido essa produção se torna relevante por trazer para a cena do debate sobre aborto as pessoas a quem o Estado Brasileiro define como criminosas, que não podem falar abertamente sobre suas histórias. Se a lei é para elas, que elas nos digam como ela funciona, que elas sejam convocadas a falar sobre os impactos dessa proibição em suas histórias.

A criminalização do aborto é um processo histórico e que está suscetível as alterações nas relações de poder vigentes. São essas alterações e as estratégias de resistência de quem as contestam que serão analisadas nos discursos de cinco informantes interpeladas na pesquisa e apresentadas mais adiante neste artigo. Faz-se necessário, portanto, destacar que a compreensão de poder e relações de poder que embasa essa produção é centrada na contribuição de Foucault (2005).

Os efeitos e repercussões das relações de poder são compreendidos e analisados através da sua formação discursiva, discursiva, da forma como é reproduzida e introjetada pelas informantes. Essa concepção se sustenta na prerrogativa de que o exercício do poder ocorre no nível da materialidade, da sua execução sobre os corpos (Foucault, 1979). “Em outras palavras, o poder transita pelos indivíduos, não se aplica a eles [...]” (Foucault, 2005, p. 26.). A partir dessa

formulação a perspectiva adotada ao longo dessa pesquisa foi de conceber as informantes como sujeitos ativos e com atuação direta sobre o poder que transpassa suas experiências através de sanções morais, jurídicas e religiosas. É preciso, ainda, interrogar que tipo de poder é esse que produz legitimidade para outros discursos que nas sociedades ocidentais passam a exercer posições potentes de controle e deliberação.

Foucault (2005) aponta que o direito ocidental carrega uma forte característica do poder régio, isso implica que o pensamento jurídico se estruturou para defender, justificar, servir e proteger um poder centralizado e a reiteração da soberania. Com a transição da modernidade e a criação dos Estados-Nação o Direito se atualiza e passa de um protetor da soberania para um importante aparato de reiteração das relações de dominação. Essas relações não são globais ou hegemônicas, nem tampouco de uma soberania central, mas técnicas de sujeição polimorfos que são operacionalizadas no interior do corpo social. Uma dessas relações de dominação, mantida inclusive através dos aparelhos e instituições do Direito, é a problemática da desigualdade de gênero. (Foucault, 2005)

No que se refere aos direitos sexuais e reprodutivos vale ressaltar, novamente, que a América Latina se encontra numa situação singular até hoje. Enquanto as movimentações políticas da década de 60 favoreceram conquistas para mulheres europeias e norte americanas, formando o que se convencionou chamar de Segunda Onda do Feminismo, países do sul da América, como Brasil, Argentina, Chile, viviam sob regimes ditatoriais e de supressão dos direitos civis. Nesse contexto os movimentos feministas e de mulheres foram enfraquecidos e, em muitos casos, assimilados por coletivos maiores ou partidos de esquerda que reivindicavam a redemocratização. Infelizmente nesses espaços as mulheres também não tiveram suas pautas consideradas prioritárias e, principalmente, no que tange a criminalização do aborto, no momento de fechamento das constituições a influência de frentes religiosas foi decisiva para que se mantivesse a prática como crime (Rubial, 2014).

O contexto histórico é fundamental para a compreensão das especificidades das lutas feministas na América do Sul. Estas estiveram imbricadas nas demandas por participação política das mulheres, através dos movimentos estudantis, da militância em partidos políticos e organizações de mulheres. A

3 No caso dos itinerários abortivos o conceito compreende desde a suspeita da gravidez, majoritariamente ocasionada pela ausência da menstruação, até a confirmação da gestação, processo de decisão pelo abortamento, estabelecimento das estratégias operacionais possíveis, tentativas, efetivação do procedimento e as possíveis complicações oriundas de práticas inseguras.

utilização da história oral contribuiu para trazer essas participações às páginas da História, bem como evidenciar os campos de interesses específicos das mulheres, como é o caso da descriminalização do aborto (Pedro e Wolff, 2010).

Desta forma, nos propomos a seguir uma epistemologia descolonizadora e transformadora, como defende Curiel (2009), compreendendo as participantes na condição de mulheres oriundas de países periféricos, racializados, com sua trajetória de classe e os aspectos geracionais. Isso implica numa ruptura com o fluxo já consolidado de estudos Brasileiros sobre aborto e carreiras reprodutivas que tem como bases de referências autoras oriundas de países desenvolvidos, principalmente a França, em que os direitos sexuais e reprodutivos estão em um patamar mais consolidado e que a interrupção voluntária da gravidez é legalizada.

## O PERCURSO METODOLÓGICO

Os resultados trabalhados nesse texto são um recorte da pesquisa de mestrado intitulada ““Eu quero ter esse direito a escolha”: Formações Discursivas e Itinerários Abortivos em Salvador”<sup>4</sup>, onde foram analisados 22 relatos de interrupções de gravidezes entre as doze mulheres participantes. Por questões metodológicas apenas cinco participantes serão apresentadas nesse trabalho, tendo como objetivo a análise dos questionamentos das entrevistadas sobre a situação jurídica do aborto no Brasil.

A investigação foi desenvolvida através de abordagem metodológica qualitativa, com enfoque no uso de entrevistas narrativas. A escolha do uso de narrativas em investigações cujo grupo de participantes é composto por mulheres é defendida por Rocha-Coutinho (2006) como a forma mais efetiva de acessar não apenas os fatos em seu recorte objetivo (onde, quando e como aconteceram), mas principalmente de forma a permitir que os relatos consigam avançar pelas experiências emocionais das participantes. Esse cuidado é fundamental em trabalhos que abordam pessoas em situação de clandestinidade, onde o medo e o constrangimento de abordar a temática são agravados pela possibilidade de penalização judicial.

Como defendem Bauer e Jovchelovitch (2002) a entrevista narrativa é uma técnica que visa a produção de histórias cujo compromisso não é apenas com a verdade, mas com a verdade da experiência de cada indivíduo. A condição de clandestinidade em que as informantes estão imersas devido a criminalização do aborto implica em histórias que foram silenciadas por muito tempo, em alguns casos experiências que ocorreram em completa solidão, por isso todos os cuidados éticos foram garantidos ao longo da execução dessa investigação, sendo apresentado termo de consentimento livre esclarecido para as informantes assegurando a confidencialidade das histórias, assim como a utilização de nomes fictícios em todas as produções oriundas dessa pesquisa.

Humphreys (1974) defende que, ao se propor a pesquisa temática relacionadas a grupos tidos socialmente como desviantes, é necessário ser extremamente cuidadoso não apenas na abordagem inicial, mas também ao longo do trabalho e da análise, acentuando-se os cuidados éticos para que a pesquisa não seja causa de constrangimento e nem de sanção jurídica aos participantes. O autor destaca, ainda, que a condição de crime não pode definir a construção do objeto de pesquisa, pelo contrário, este deve se pautar a partir da discussão das forças de controle social e seus modos de funcionamento. A partir disso o compromisso ético dessa pesquisa garante a confidencialidade das interlocutoras, salvaguardando-as de possíveis constrangimentos ou sanções decorrentes de suas narrativas. Todas as mulheres são identificadas por nomes fictícios escolhidos aleatoriamente pela autora. Ainda sobre os aspectos éticos dessa pesquisa, cabe destacar que todas as narrativas aqui apresentadas são autênticas, que seu uso para fins científicos foi expressamente autorizado pelas informantes através do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, a investigação foi conduzida respeitando todos os aspectos éticos e especialmente comprometida com a confidencialidade de informações que possam acarretar prejuízos de qualquer ordem para as interlocutoras.

Em um contexto que se esforça para invisibilizar, silenciar e criminalizar as mulheres que abortam, é preciso um esforço de confiança e cuidado para encontrar aquelas que estejam dispostas a compartilhar sua história. Para Motta (2008) o aborto é um tema envolto em silêncio no Brasil, por mais que se silenciem as histórias elas fazem parte do repertório e da vida de todas as mulheres. Considerando esse aspecto o grupo de participantes não foi previamente es-

4 Dissertação aprovada em defesa pública realizada em 28 de janeiro de 2016 na Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia.



colhido (porque a própria criminalização dificultaria a sua identificação), mas foi estimulado a participar. A partir de um e-mail de apresentação da pesquisa que foi encaminhado para uma rede de mulheres e que, posteriormente, foi replicado para mais mulheres do círculo de convivência dessas primeiras. Todas as informantes se voluntariaram, pessoalmente ou por e-mail, para contribuir com a pesquisa e as entrevistas foram realizadas em horário e local de preferência que estas indicaram.

As mulheres cujas histórias serão analisadas nesse trabalho podem ser brevemente apresentadas da seguinte forma: Perséfone, atriz, 34 anos, se auto declara negra e interrompeu quatro gravidezes, a primeira aos 16 anos na casa de uma mulher que morava na região metropolitana de Salvador, as outras três com uso do Cytotec<sup>5</sup>; Thêmis é analista jurídica, racialmente se reconhece como branca, tem 30 anos e interrompeu três gestações, na primeira com uso de Cytotec, as duas últimas em clínicas particulares localizadas em bairro nobre da cidade de Salvador; Sarasvati, 45 anos, se auto declara parda, psicóloga, realizou dois abortos em uma clínica clandestina situada num bairro nobre da capital baiana; Bastet tem 27 anos, é filósofa, identifica-se como branca, interrompeu uma gestação aos 16 anos utilizando Cytotec; Yara trabalha como secretária, se auto declara negra, provocou um aborto também com uso de Cytotec. No que tange a religião todas relatam que foram educadas sob preceitos de religiões cristãs: Thêmis, Sarasvati, Yara e Bastet em famílias católicas; Perséfone relata que seus pais eram testemunhas de Jeová. A presença dessas influências é recorrente nos relatos, apesar de que no momento da entrevista apenas Sarasvati sinalizou filiação à uma religião, no caso, a umbanda<sup>6</sup>; as demais interlocutoras declararam não ter uma religião.

As entrevistas foram trabalhadas a luz da análise do discurso, com demarcação da perspectiva Foucaultiana. Foi considerado que o discurso é uma unidade dispersa, que se movimenta em direção a outros, confluindo e divergindo e que as formações discursivas são baseadas no princípio do dialogismo, ou seja, cada discurso está constantemente povoado por ou-

tros e em diálogos com outros (Carneiro e Carneiro, 2007). O sujeito da análise do discurso não é, portanto, um indivíduo neutro e puro. Ele é construído sobre a égide sócio-histórica, o que ele fala não é uma formulação originalmente e exclusivamente sua, como aponta Brandão (1993).

Foucault (2014) defende que a produção, circulação, legitimação, organização e distribuição dos discursos obedecem a uma necessidade que seus perigos e poderes sejam conjurados, controlados. Diante da problemática do aborto a análise do discurso cabe para pensar como as formações discursivas foram legitimadas historicamente para chegarem à contemporaneidade com status de verdade, porque essas formações e não outras? Como aponta Gregolin (2001) o sentido que reconhecemos para algo é um sentido construído e cimentado a partir de um processo que excluiu outras possibilidades de sentido e significância. Desta forma, se no Brasil contemporâneo o aborto ainda segue envolto numa névoa de segredo, crime e pecado, é porque essas formações discursivas cimentaram suas defesas e segregaram outras formações que poderiam ter se sobressaído ao longo do tempo. Não existe, na perspectiva da Análise do Discurso, a concepção de discurso com um sentido imanente e puro, a linguagem é polissêmica e heteróclita e os signos estão em constante interação entre si construindo um conteúdo que é politicamente selecionado (Carneiro e Carneiro, 2007).

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

A interrupção voluntária da gravidez é uma realidade das trajetórias reprodutivas de mulheres em todas as sociedades de que se tem conhecimento, como aponta Luiza Heilborn (2012), seja com mais ou menos regularidade, com ou sem sanções, é uma prática presente na reprodução humana.

Em diversos períodos históricos, a criminalização do aborto passa a ser possível quando se faz necessário defender os direitos dos homens sobre os corpos das mulheres. De acordo com Galeotti (2007) durante o período clássico grego o aborto não era sempre considerado uma infração contra o Estado. A interrupção da gravidez poderia ser considerada um ato criminoso se ferisse os direitos dos homens sobre as mulheres que eles tinham sob seu domínio, sendo o aborto uma prática repreensível se o homem reivindicasse que a mulher que abortara estava ferindo seu direito a descendência. Isso não se aplicava às prostitutas e mulheres que não viviam sob tutela mascu-

5 Cytotec é o nome comercial do medicamento produzido a partir da substância Misoprostol que é originalmente destinado ao tratamento de patologias gastrointestinais e amplamente utilizado pelas mulheres para interromper uma gravidez, graças a seu efeito na musculatura uterina, provocando contrações.

6 Religião brasileira que articula referências de religiões de matriz africana, do espiritismo e do cristianismo.

lina, por isso a prática era compreendida como algo próprio dessas e que não deveria ser executada por mulheres casadas. Mais uma vez o que se observa não é a defesa do nascituro, mas da supremacia do chefe da família que deve ter seus direitos sobre as mulheres da família (esposas, escravas, irmãs, empregadas) e seus ventres respeitados.

Lerner (1990) defende que as mulheres se constituíram como as primeiras escravas, que tinham como objetivo a produção de herdeiros e escravos, mas que em ambos casos elas não teriam quaisquer direitos sobre sua produção. A autora ainda questiona a noção de coisificação das mulheres proposta por Lévi-Strauss, destacando que as mulheres nunca foram coisificadas, mas sua sexualidade e sua capacidade reprodutiva que eram exploradas de acordo com os interesses do grupo familiar e social, mesmo assim as mulheres mantiveram sua capacidade de ação, ainda que contida e censurada.

O que Lerner (1990) denomina capacidade de ação pode ser considerado como a noção de resistência proposta por Foucault (2001). Para esse autor, é possível pensar relações de poder quando existe a possibilidade de resistência. Desse modo, é possível ratificar a ideia de Lerner, pois as mulheres estiveram sempre em ação, resistindo através de estratégias de subversão distintas ao longo da história, inclusive dentro dos ambientes familiares diante das estratégias de controle e exploração da sexualidade e da capacidade reprodutiva feminina, essa subversão, no entanto, passou a ser cerceada e punível penalmente.

A primeira sanção oficial contra o aborto ocorreu em Roma, entre o reino de Sétimo Severo e o de Antonio Caracalla (193-217). Apesar de o feto ainda ser considerado como uma extensão do corpo materno, ele passou a ser tutelado pelo Estado devido ao crescimento do número de abortos entre mulheres casadas ser visto como uma forma intolerável de desobediência e autonomia feminina (Galeotti, 2007). As penas previstas eram:

Exílio temporário para divorciadas ou casadas que tivessem abortado contra a vontade do cônjuge (poderia parecer escandaloso que ela pudesse privar o seu marido dos filhos sem ser castigada>>); trabalhos forçados nas minas e exílio numa ilha com apreensão parcial dos bens (relegatio cum ademptione bonorum) para quem tivesse administrado chás ou filtros amorosos. Estava prevista inclusive a pena capital no caso de morte da mulher. O aborto foi

classificado entre os crimes extraordinários, punidos discricionariamente fora do sistema formulado e sem sanções pré-estabelecidas (com efeito, o exílio tinha uma duração não especificada, ainda que não permanente) (Galeotti, 2007, pp. 42-43).

A inserção de sanções jurídicas configura um novo discurso regendo as escolhas e práticas femininas. Como Foucault (2004) destaca esse discurso não é acessível a todos, pelo contrário, o fato de ser restrito a um conjunto de normas e ritos facilita que ele seja utilizado para excluir e segregar indivíduos. É notório que as mulheres foram historicamente excluídas dos espaços políticos de poder e construção de conhecimento, assim como das sociedades discursivas que se instauraram como detentoras de legitimidade.

De acordo com Ramos (1993) a marginalização das mulheres nessas instâncias também culminou num apagamento de suas questões no campo acadêmico e científico. No caso das mulheres Brasileiras, assim como das mulheres dos outros países latino-americanos, esse apagamento é agravado pela marginalização econômica e intelectual que a colonização impôs ao sul global, principalmente às mulheres negras e indígenas. O avanço territorial europeu se efetivou através da exploração das mulheres não europeias.

A violação dos corpos femininos foi institucionalizada como estratégia efetiva e recorrente de demonstração da supremacia do homem branco europeu sobre os povos nativos, como aponta Carneiro (2012): “Toda situação de conquista e dominação de um grupo humano sobre outro é a apropriação sexual das mulheres do grupo derrotado pelo vencedor que melhor expressa o alcance da derrota” (Carneiro, 2012 p.). Desse modo, corpos de mulheres negras, indígenas e mestiças foram utilizados como indicativos da expansão europeia sobre o novo mundo, situação ocorrida no Brasil e em outros países da América Latina.

A herança da sociedade patriarcal colonial no controle do corpo e sexualidade das mulheres, sobretudo no concernente aos direitos sexuais e reprodutivos, ainda persiste no contexto Brasileiro e latino, onde milhares de mulheres sofrem violência doméstica, inclusive o estupro perpetrado por pais, tios, namorados ou maridos, e outras milhares morrem anualmente vítimas do aborto clandestino. A Organização Mundial de Saúde (OMS) identificou que existe um crescimento nos índices de aborto na América Latina, onde aproximadamente 32% das gestações são



interrompidas. No Brasil Diniz e Medeiros (2010) identificaram que, considerando apenas as zonas urbanas, uma em cada cinco mulheres em idade reprodutiva já provocou aborto pelo menos uma vez, esse número provavelmente é ainda maior, visto que não foram consideradas as mulheres da zona rural e que muitas se recusam a falar dessa experiência.

Diante da magnitude dessa problemática, as vozes que se fazem ouvir no cenário político e midiático são majoritariamente de conotação proibicionista e repressora. Onde estão as mulheres Brasileiras que se arriscaram na clandestinidade para conseguir interromper uma gravidez? Quais são suas histórias? Seus medos? Seus motivos? Em tempos onde o conservadorismo se arvora em brados cabe garantir que essas vozes não sejam silenciadas novamente. Retomo o questionamento de Spivak (2003) para questionar: Podem falar essas dissidentes da ordem patriarcal? Quem as escutará? Que vozes estarão presentes nas suas falas?

Interrogar mulheres sobre seus itinerários abortivos em situação de clandestinidade implica em uma retomada de uma situação delicada e que geralmente foi vivida com grande ansiedade e temor, como nos relata Bastet<sup>7</sup>, uma das mulheres entrevistadas:

“Nunca é um momento tranquilo, nunca é uma coisa legal de viver, dificilmente as pessoas estão ali tranquilas, não, você tá esperando um bando de merda que pode dar, inclusive a merda de você ser presa, processada pelo estado. Isso acontece. Então não é uma relação tranquila de maneira alguma” (Bastet, 01 abortamento aos 16 anos).

Adesse, Monteiro e Levin (2013) destacam que apesar dos discursos deterministas e biologizantes defenderem que a interrupção de uma gestação produziria impactos na estrutura psicológica das mulheres por romper com algo tido como inerente a sua formação, a maternidade, o que se constata nas pesquisas sobre essa temática é que o sofrimento, o stress e a ansiedade das mulheres estão muito fortemente associados ao contexto de criminalização que as impõe o lugar da clandestinidade. De acordo com Becker (2008) a criação de normas alheias a realidade dos indivíduos não coíbe as práticas, mas produz sujeitos desviantes, visto que a norma é uma linha

que não incorpora as experiências que já estavam postas. Qual a razão pela qual o aborto é crime na maior parte dos países latino-americanos?

De acordo com Foucault (2005) a mecânica de poder que emerge a partir do século XVII, traz a reorganização do exercício do poder, não mais centrado no corpo do rei, agora o poder é legislado pelo corpo social. O foco de conquista e exploração que era direcionado para a terra, os impostos e a produção passa a operar sobre os corpos, sobre os desejos, sobre suas práticas. Esse modelo não opera mais em nome de um rei soberano, mas sim, em nome de uma soberania que está situada no corpo social. Para o autor a repressão dos corpos se origina no fluxo descontínuo da história e passa a ser concebida como uma prática politicamente útil e economicamente rentável, prática essa sobre a qual a sociedade moderna se estruturou e que se mantém vigente em nome da defesa do corpo social e da ordem coletiva.

Essas sociedades, regidas pelo que o autor denominou de BioPoder se estrutura a partir da operacionalização do Poder disciplinar e da Biopolítica. Foucault (2005) define que o primeiro se debruça sobre a normatização das condutas, catalogação dos comportamentos, hábitos e regulação da vida privada através de sociedades discursivas que autorizam a vida desde que dentro dos padrões, como a Psicologia, a Medicina, a Pedagogia e o Direito.

A Biopolítica tem como objetivo o controle das massas, das coletividades e dos números que determinam o balanço entre a vida e a morte. A sociedade do Biopoder é aquela onde o giro da modernidade produziu o lema fazer viver e deixar morrer, para isso é preciso considerar quais vidas importam e quais podem ser ignoradas, o que o autor definiu como Racismo de Estado. Foucault (2005) explicita que o termo racismo nesse conceito está para além do aspecto racial, propriamente, mas se refere a todos os grupos que, pelos mais diversos motivos, são considerados menos úteis aos objetivos do modelo de sociedade moderna que o Estado deseja.

As mulheres que abortam constituem em um desses grupos. Como discorre Badinter (1985) a necessidade de garantir o avanço das taxas de natalidade fez com a modernidade se organizasse para legitimar o controle da sexualidade e da capacidade reprodutiva das mulheres através das disciplinas científicas e do judiciário. O que se ratifica nesse período é a ideia de sacrifício. O que a princípio era vinculado como

7 Esse nome, assim como todos os outros atribuídos nesse texto as interlocutoras são nomes fictícios, de modo a garantir a confidencialidade e o sigilo que o comprometimento ético requer.

caminho para a felicidade feminina, passa a ser visto como um esforço necessário não apenas em nome da família ou da Igreja, mas do país que responsabiliza as mulheres por suas derrotas em batalhas internacionais, a soberania do corpo social é imposta sobre a coerção das mulheres. Essa discussão é fundamental para pensar como a exploração do corpo feminino, assunto do qual a historiografia pouco se ocupou por acreditar ser um assunto de cunho privado é de fato um assunto público, que define a opressão institucionalizada a que as mulheres foram submetidas.

Com a sacralização da maternidade como única possibilidade de dignidade para as mulheres, o aborto passa a ser considerando uma prática que as marginaliza socialmente. Rohden (2002) aponta como os profissionais da medicina se opuseram fortemente a realização de aborto como uma forma de manter a legitimidade da profissão. De acordo com essa autora, a ginecologia que se constrói no início do século XIX, vem para garantir a reprodução, gravidezes saudáveis, manutenção da honra feminina e controle e tipificação das alterações corporais das mulheres. O alvorecer da medicina pode ser pensado como a consolidação de uma sociedade do discurso, quando se produz e se conserva discursos, garantindo que eles tenham circulação limitada (Foucault, 2004). A constituição de regras e normas da disciplina médica se mantém até os dias atuais através da exploração da ignorância dos usuários dos seus serviços. Um bom exemplo disso é pensar que com a inserção da figura do médico nos assuntos pertinentes a gravidez e a contracepção, as mulheres foram perdendo protagonismo nesse processo.

A ruptura, ainda que pontual, com a maternidade compulsória retira as mulheres de um lugar historicamente predestinado a elas e que é parte da manutenção das relações de dominação a que elas estão expostas. Por isso quando decidem interromper uma gestação as mulheres estão rompendo, de fato, com um domínio que em diversas civilizações desde a antiguidade é tecido e instaurado sobre seus corpos, sua sexualidade e sua capacidade reprodutiva e ainda:

...ponen en tensión una multiplicidad de mandatos culturales tradicionalmente hegemónicos asociados a la maternidad obligatoria, la heterosexualidad compulsiva, la reproducción de la familia monogámica y heterosexual, entre otros. Por esto, el aborto no sólo irrumpen el proceso de reproducción biológica, sino que además lo hace respecto de la perpetua-

ción de patrones de poder que se ciernen sobre las sexualidades y los cuerpos de las mujeres. En este sentido, las disputas en torno a la interrupción del embarazo de modo seguro, legal y gratuito, no solo implican tensiones en torno al reconocimiento de determinados derechos. Suponen a su vez conflictos en relación al estatus social de las mujeres, a su autonomía y a su posibilidad de desplazarla matriz heterosexual, entre otros. Las resistencias expuestas por los sectores conservadores religiosos a la legalización del aborto, así como a la realización de interrupciones del embarazo en los casos contemplados por la ley, implican una oposición directa al reconocimiento de la autonomía de las mujeres y a la configuración de gramáticas corporales que superen los binomios mujer-madre y mujer-esposa, cristalizados en las concepciones ideológicas de la "familia tradicional" (Faúndes e Defago, 2013, p.13.)

Foucault (1979) afirma que é preciso compreender a materialidade do poder e como esse é exercido sobre os corpos que resistem e questionam a ordem vigente. As díades se formam a partir do que é imposto e do que é desejado, como a moralidade e o prazer e a limitação da sexualidade à reprodução, desse modo assim como o poder se organiza para resistir a descriminalização do abortamento, porque isso implica na liberação das mulheres da sua função obrigatória de procriação e as permite vivenciar a sexualidade de forma mais vinculada ao desejo e ao prazer do que a perpetuação da espécie, as mulheres também se organizam na elaboração de estratégias que garanta experiências autênticas de sexualidade e reprodução.

De acordo com Beauvoir (1980) a ruptura com a imanência, conjunto de normas e condutas socialmente prescritas é o caminho para a experiência da transcendência através do qual os indivíduos podem experimentar uma vida autêntica, ou seja, de acordo com seus próprios anseios e que questione as regras que os limitem, no entanto, a autora salienta que o caminho da autenticidade é tortuoso e repleto de sanções disciplinares e questionamentos morais. Esse conflito imposto entre o que é considerado legítimo e o que é desejado e decidido pelas mulheres compõem o caráter polifônico e multifacetado do dilema que as informantes vivem. Mesmo quando acreditam que estão agindo de forma reprovável, elas atuam de modo a resistir e transcender ao que está imposto. Dentro da perspectiva de Beauvoir (1980) esse é o exercício da transcendência.



“Eu tenho tranquilidade de falar sobre aborto, sobre a quantidade de abortos que eu fiz, não tenho problema nenhum em falar sobre isso. O problema está na pessoa que escuta isso. Você não pode hoje chegar em um jantar de amigos que estejam comentando sobre aborto e falar: ‘eu fiz aborto’, ou ‘eu fiz três abortos’. As pessoas te olham diferente, você deixa de ser uma pessoa admirável. Você deixa de ser uma estudiosa da agressão contra a mulher, você deixa de ser uma pessoa que foi bem no seu curso inteiro da faculdade, você deixa de ser uma boa profissional” (Thêmis).

“Essa mulher (que ajudou a conseguir o cytotec) espalhou pra Bahía inteira, só faltou ela pintar num muro: ‘Bastet esteve grávida e cometeu um aborto’. Cometeu um aborto, um crime. Então, todo mundo ficou sabendo na época. É e aí, pois é, eu sei que todo mundo ficou sabendo e eu lembro que teve esse ar meio punitivo e tal e foi nesse momento que eu comecei a contar pra todo mundo que eu tinha feito e tinha feito mesmo e daí? ‘Quem é você pra ficar me julgando, né?’ e aí eu não sei, eu sempre falei disso como uma experiência, tipo assim, eu comecei a ver a necessidade de se falar sobre isso pra se ter mais informação sobre isso, sabe? De tornar a coisa pública” (Bastet).

Os relatos de Thêmis e Bastet demonstram como as malhas do controle sobre os corpos e a capacidade reprodutiva feminina operam de forma difusa e socialmente naturalizada. A operacionalização dessa penalização social é polimorfa e eficaz, tornando, inclusive, a penalização jurídica um fantasma pouco temido (Arend, Assis E Motta, 2012). O silêncio sobre suas experiências de interrupção voluntária das gravidezes aparece entre as informantes dessa pesquisa como um instrumento efetivo de proteção contra questionamentos e possíveis sanções em seus círculos de convivência pessoal ou profissional.

O receio de serem reduzidas a experiência do abortamento coaduna com a hierarquização sexual proposta por Rubin (2003) onde os indivíduos são socialmente valorizados ou desvalorizados na sociedade a partir de normas estabelecidas sobre seus comportamentos sexuais e reprodutivos. De acordo com Foucault (1988) o forçoso silêncio sobre alguns temas é um dispositivo de barragem que garante o gozo da descoberta para aqueles que se arvoram em dissecar as sexualidades e demais condutas desviantes.

Para Thêmis e Sarasvati o medo da desvalorização no ambiente de trabalho ou de algum tipo de constrangimento público devido a vivência de um aborto aparece como um fator significativo para manter essas histórias em segredo, isso é de extrema relevância para se pensar como apesar de ter acendido a vários espaços de atuação intelectual e profissional as mulheres reconhecem que seus esforços ainda são constantemente ameaçados pelas regras de conduta moral que são impostas sobre suas vidas privadas.

“Eu trabalho com pessoas que são esclarecidas, são pessoas voltadas pras ciências sociais, ciências naturais, pro direito, mas quando elas olham pra uma questão como essa, elas não identificam como uma questão científica, elas identificam como uma questão emotiva. Então, a sociedade por si tem a cultura do aborto como algo errado. Se você é criado numa sociedade onde o aborto é legal, onde o aborto é comum, você não cresce com esse conceito mal formulado de que fulana que fez um aborto cometeu um crime, fulana que fez um aborto é errada. Eu acho que as pessoas olham muito pra questão da cultura mesmo. A cultura do aborto é uma questão marginalizada, então você vira uma marginal. Você que assume o lugar de uma professora, uma profissional, que é uma mulher bem-sucedida, quando se descobre que você fez um aborto, o preconceito, fatalmente, aparece ali... Pelas questões que já foram instituídas pelo catolicismo e chanceladas pelo direito. Nosso direito é um direito católico. Onde as leis estão baseadas no conceito de certo e errado que foi trazido ao longo dos anos pela Igreja católica, pelo direito europeu e aí modificado aqui pela forma que foi” (Thêmis).

“Então, eu acho que eu não tendo a falar com as pessoas principalmente por esse aspecto principalmente de dizer, bem, não é problema de ninguém, ninguém tem nada a ver com isso. E por outro lado porque também é uma coisa ilegal, entendeu, eu posso chegar na sala de aula e dizer as pessoas que eu fiz um aborto ...Eu tenho uma responsabilidade ali, eu não posso jogar um negócio... Primeiro que ninguém tem nada a ver com isso, porque se eu não contextualizo isso, isso vira uma repercussão na sala que pode ser uma coisa que interfira na aprendizagem, que interfira na minha relação com meus alunos. Bem, se eu tô num grupo de amigos e se são amigos que eu acho que é tranquilo eu falar qualquer coisa e alguém me pergunta eu acho que eu posso descrever isso. Mas de modo geral eu acho

que até isso eu tenho direito de não falar, de não me expor, é minha vida, entendeu? Eu acho que é um pouquinho nesse sentido. (Sarasvati)”

De acordo com Rubin (2003) o caráter recriminatório que ainda predomina nas sociedades ocidentais está fortemente associado ao processo de internalização de conceitos de religiosos que se expandiu ao longo da história e transcendeu a sua origem, sendo perpetuado mesmo por pessoas que não professam essa fé. Para Del Priore (1994) a Igreja Católica é a responsável pela instauração de mecanismos de regulação da sexualidade no território Brasileiro e destaca que as índias apresentavam um vasto campo de receitas que poderiam ‘fazer mover’ (termo nativo utilizado para designar o aborto, descrito como o retorno da menstruação), tais como, drogas abortivas (majoritariamente o chá de arruda), golpes na barriga, pular de uma altura grande, carregar peso, arrastar-se com a barriga no chão, relações sexuais violentas, provocar vômitos e diarreia, abstinência e, também, o infanticídio por sufocamento. De acordo com os achados dessa autora, ao chegar no Brasil Colônia os jesuítas impuseram regras sobre as condutas sexuais, definindo que estas deveriam se restringir a sexo apenas para fins reprodutivos e no âmbito do matrimônio. Nesse sentido, o aborto era visto como um contrassenso com a política da metrópole e um pecado abominável pelos sacerdotes, visto que muitos associavam que o único motivo para interrupção da gravidez era o caráter imoral da relação que a produziu, desconsiderando a agência das mulheres sobre sua vida reprodutiva. Assim, o aborto passou a ser associado a relações ilegítimas, a prostituição e promiscuidade das mulheres, sendo estas duplamente responsabilizadas.

A influência das religiões de origem judaico-cristãs é um fator preponderante na discussão sobre direitos sexuais e reprodutivos até os dias atuais. A Igreja Católica aparece historicamente como protagonista na luta pela manutenção de regimes proibicionistas nos países latino-americanos e se situa como a principal opositora das conquistas por direitos reprodutivos e descriminalização do aborto nesse território (Heilborn, 2012; Faúndes; Defago, 2013; Rocha; Rostagnol; Gutierrez, 2009; Ruibal, 2014). Os discursos recriminatórios dessas religiões, no entanto, não impedem que as mulheres religiosas recorram a procedimentos clandestinos quando se vêem diante de uma gravidez não planejada. Em levantamento sobre os 20 anos de pesquisa sobre abortamento no Brasil constatou-se que mais 90% das mulheres que

abortam se identificam como católicas. O espiritismo figura em segundo lugar como religião mais apontada entre as participantes dos estudos analisados (Brasil, 2009).

Nesse sentido os discursos da religião e do direito apresentam uma similaridade interessante: não é eficaz em coibir a prática, mas eficiente em causar desconforto, medo, risco, stress e insegurança entre as mulheres que abortam. De acordo com Carneiro e Carneiro (2007) cada sujeito é constituído por várias versões de si mesmo, operando através de uma polifonia em que discursos conscientes ou não o atravessam, mesmo que conscientemente acreditem ou defendam a própria religião ou a justiça Brasileira, as mulheres irão compor novas tessituras discursivas que sejam mais realistas e acolhedoras a sua situação, como Yara relata:

“Eu fui batizada, crismada, eucaristia, crisma e tudo isso, mas na verdade, não só a questão do aborto, mas a questão da camisinha e outras coisas da Igreja católica eu não concordo. São doutrinas que eu não sigo, porque como eu nunca fui casada eu mantinha relação sem ser casada. E com a questão do aborto eu sempre tive esse pensamento da pessoa ter direito a escolha... Mas mesmo eu sabendo que mesmo pequeno ainda assim era uma vida, ao mesmo tempo eu me sinto como dona do meu corpo e responsável por aquele ser, eu me sinto na obrigação de ter aquela escolha, de prosseguir ou não. A questão do aborto eu sei dos riscos, não só pra mãe, mas também pro feto e aí isso que mais me preocupava, a questão dos riscos, mas eu não concordo com certas coisas do catolicismo, não só com relação a isso, outras coisas também, temas assim, eu não concordo. Pra mim eu consegui ter esse discernimento, essa separação, mesmo com uma religião, mesmo com o pensamento diferente do dele, eu me senti responsável, eu vou gerar, é meu corpo, então eu quero ter esse direito a escolha. Se é possível ou não fazer e tal” (Yara).

“Eu tinha muito remorso sempre, todas as vezes. Até das duas primeiras vezes que tinha minha mãe me ajudando, mas dentro de mim tinha uma coisa muito grande que eu estava matando, que eu tava tirando uma vida, eu estou matando, que eu era assassina. Essas coisas todas permeiam a minha cabeça até hoje. Acho que é por isso que eu estou aqui. Acho que é meio porque, eu sempre ficava ‘ah, preciso me confessar’. Eu já pensei em ir até numa igreja um dia só pra contar pra alguém que eu já fiz isso. [cho-



ro] Eu não tenho coragem de falar com as pessoas sobre isso, não tenho, não tenho. Eu acho que as pessoas vão sempre, sei lá... Eu acho de verdade que eu fui uma assassina [voz embargada] mas eu fui uma assassina que não teve prazer em matar” (Perséfone).

A confissão é um meio de colocar em evidência o que não é considerado ‘normal’ (Foucault, 1979). Perséfone se equilibra numa representação social que cultivou entre as pessoas de seu convívio e que parece destoar dos seus itinerários abortivos. A concomitância de condutas sexuais (que historicamente são pareadas a condutas morais) contrastantes a leva a um constante conflito sobre si própria e o caminho que ela pressupõe para atenuar essa conjuntura é através da confissão. A legitimação de outrem, detentor de um discurso de verdade, que a absolva de alguma forma. Apesar de nunca ter sido processada penalmente, nem se referir a essa possibilidade como um medo durante a realização dos abortamentos, Perséfone utiliza os termos do direito para referir-se a sua prática ‘matar’, ‘assassina’, ‘matando’. Ela assume como verdade os discursos circulantes e dominantes socialmente. “Qual é esse tipo de poder capaz de produzir discursos de verdade que são numa sociedade como a nossa, dotados de efeitos tão potentes?” (Foucault, 2005, p. 22).

A articulação do discurso científico que determina o que é ou não vida com uma legislação que define como crime uma interrupção e que se constitui como defensora do corpo social soma-se a sustentação da longínqua malha histórica de repressão à sexualidade e controle dos corpos femininos exercidos pelas religiões cristãs, essa tríade compõe uma formação forte o suficiente para sustentar uma relação de poder que se impõe sobre as mulheres.

A ausência de informações, de suporte e a possibilidade de sofrer retaliações jurídicas, familiares e religiosas constituem os itinerários abortivos e, principalmente, o processo de decisão das informantes. No entanto, como sinaliza Foucault (2005) o poder só existe em ato, ele não se detém, mas se exerce e não existe poder se não houver resistência. Desse modo, apesar da conjuntura que se consolida através do conflito e da repressão, as mulheres entrevistadas optaram pela interrupção, algumas mais de uma vez.

Fica nítida na narrativa de Yara uma negociação entre o que é aceitável ou não dentro dos dogmas religiosos, é uma torção discursiva a partir da qual a informante consegue identificar o que pode ser

uma normativa opressora, questionar sua validade e tomar sua decisão mesmo que não negue todo o conteúdo desse discurso. Os impactos da proibição religiosa e jurídica do aborto não estão, portanto, nem na desistência daquelas que professam uma fé, nem tampouco na efetividade dos processos contra as mulheres que abortam, esses impactos operam nos itinerários abortivos produzindo medos e riscos que são atenuados ou acrescidos a partir da condição sócio econômica dessas mulheres. Como pode-se constatar na discrepância entre os seguintes relatos:

“Você sabe que você tá fazendo uma coisa ali que de alguma forma você não deveria estar fazendo porque não é legal. É ilegal, entendeu? Mas o fato da clínica ser uma clínica que realmente não dava grandes pistas do que estava acontecendo ali, porque você podia entrar pra fazer seu pré-natal, você podia entrar com sua barriga na boca, se eu não me engano o cara inclusive fazia parto, então não ficava aquela coisa de uma clínica clandestina que você se sente completamente oprimida ou oprimido, entendeu?” (Sarasvati).

“A gente foi lá e fez. Numa casa de uma mulher, tinha um monte de mulheres lá, parecia, sei lá o que era aquilo. Era uma casa, tinha um corredorzinho e as mulheres ficavam ali esperando a sua hora de tomar uma aplicação de alguma coisa. E aí, aí eu ficava lá sentada, a mulher chamava, aplicava alguma coisa na vagina, não sei o que era aquilo e mandava a gente pra casa e aí tinha alguns dias de aplicação. Na minha primeira aplicação eu já... eu tava com quatro meses. Aí eu fui pra casa da minha tia, minha mãe me levou pra casa da minha tia, pra poder que isso acontecesse uma noite toda ... fiquei lá a noite inteira sentindo muita dor, lembro que o marido dela ficou reclamando porque ela não tava conseguindo dormir porque eu tava chorando muito, mas eu tava sentindo muita dor. E aí eu tava chorando muito, sentindo muita dor, tendo muita contração, perdendo muito sangue, e meu tio gritando, reclamando, “na hora de fazer não doeu, não chorou. Agora aguente, tá abortando porque quer” (choro). “E aí quando o dia amanheceu minha tia ligou pra minha mãe e minha mãe foi lá me buscar e me levou pro hospital” (Perséfone).

A contradição dos relatos de Perséfone e Sarasvati coaduna com os achados de Menezes e Aquino (2009) em recente levantamento sobre o aborto no Brasil. As autoras indicam que a condição de criminalidade do aborto é ineficaz no que se pretende,

isto é, evitar que as interrupções aconteçam, mas é muito eficiente em produzir mais um aspecto onde a desigualdade social é determinante para experiência das mulheres, produzindo uma seleção entre aquelas que precisarão se expor a procedimentos arriscados em locais insalubres e aquelas que poderão pagar por clínicas conceituadas que discretamente realizam procedimentos com profissionais da medicina, em ambientes devidamente higienizados e seguros. Dados como os já apresentados, assim como a recorrente defesa de que o aborto necessita ser encarado no Brasil como uma questão de Saúde Pública são recorrentemente ignorados em debates nos espaços políticos de decisão do país. Fica nítido, portanto, que a manutenção da criminalização dessa prática se constitui numa estratégia de Racismo do Estado que garante a marginalização, a exposição e até mesmo a morte de mulheres periféricas e majoritariamente negras. Sobre isso é possível retomar as contribuições do jurista Torres (2012):

(...) é preciso lembrar que, ao manter a criminalização do aborto, o Brasil viola princípios democráticos elementares relativos à possibilidade de criminalização (idoneidade, subsidiariedade e racionalidade), bem como ignora as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico ou para impor uma determinada concepção moral ou para punir condutas frequentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população, pois a criminalização do aborto constitui um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina, representa um mero instrumental simbólico da ideologia patriarcal, não tem sido eficaz nem útil para a proteção da vida intra-uterina, está sendo mantida com um enorme custo social, impede a implantação e efetivação de medidas realmente eficazes para o enfrentamento do problema e acarreta às mulheres terríveis sequelas e morte. Assim, o Brasil, que adotou o sistema democrático e que aderiu a todos os princípios e tratados internacionais de direitos humanos acima referidos, incorporando em seu sistema jurídico-constitucional os direitos humanos, sexuais e reprodutivos das mulheres, tem a obrigação jurídica e ética de descriminalizar o aborto (Torres, 2012, p. 43).

A descriminalização do aborto no contexto Brasileiro é uma demanda que urge em diversos sentidos, seja pelos tratados internacionais que o país é signatário e que deveriam preservar a autonomia das mulheres sobre sua própria capacidade reprodutiva ou, ainda,

da necessidade de evitar mortes maternas decorrentes de procedimentos inseguros que poderiam ser realizados em condições médicas ideais, mas existe um aspecto que precisa ser ressaltado, descriminalizar o aborto é uma etapa necessária no processo de desvinculação da maternidade como aspecto simbiótico de feminilidade e isso é um avanço que o Estado Brasileiro, e todo seu bojo patriarcal e misógino, não dá sinais de aceitar.

De acordo com Rocha-Coutinho (2004) apesar de atualmente ocuparem cargos profissionais com larga aceitação, as mulheres Brasileiras não mudaram de representação diante da sociedade, elas apenas passaram a ter mais um papel a desempenhar, sendo que a centralidade da família e da maternidade seguem consolidadas e inquestionáveis como marcadores da essência feminina. A redução das mulheres ao seu corpo e a sua capacidade reprodutiva é um recurso discursivo que historicamente é utilizado para defender uma posição subalterna das mulheres na dinâmica social.

De acordo com Swan (2007) a promoção da função orgânica da concepção em termos simbólicos e indentitários prevêem um destino social que é inscrito no corpo feminino, e que tem por objetivo a manutenção desse corpo como uma posse social e impõe a maternidade como uma fatalidade que as mulheres não podem recusar. A associação simbiótica das mulheres a função materna cumpre um papel perverso de despi-las do seu lugar de sujeito de direitos, livre exercício sobre seus corpos e sua sexualidade. A redução de mulheres a um papel social voltado aos cuidados de outrem ignora que as mulheres também são indivíduos que merecem cuidados, atenção e respeito da sociedade civil e do Estado. Essa demanda é apresentada nas narrativas de Perséfone e Yara:

“Se fosse numa coisa que fosse descriminalizada... não sei explicar o que tá passando na minha cabeça aqui agora. [pausa] eu acho que seriam várias forças unidas em prol disso, no sentido de [pausa] de cuidar de uma mulher que tá passando por isso. De cuidado. [choro] porque a gente precisa de cuidado” (Perséfone).

“Eu senti muita falta disso, de ter alguém pra conversar, alguém que já tivesse passado pela experiência, que aconselhasse. Aí eu vi o quanto a questão dessa lei do aborto, como seria diferente, claro que não pra banalizar, todo mês usar como se fosse um método contraceptivo, não isso. Mas algumas situações, de-

pendendo do caso, se a gente tivesse um local que a gente pudesse ter um acompanhamento, conversar. Porque eu soube que nos locais que é legalizado o procedimento é tão simples, tão menos invasivo (Yara).

Retomando a perspectiva de que os discursos são construídos historicamente, numa malha de confluências e divergências organizadas para privilegiar determinados grupos, cabe questionar quando as mulheres serão consideradas realmente indivíduos autônomos e com capacidade de escolha pelo Estado Brasileiro. Impor a maternidade como um castigo diante da prática sexual é reduzir sujeitos capazes, conscientes e atuantes em máquinas reprodutivas que não podem administrar a própria capacidade reprodutiva. É imprescindível, portanto, que o aborto seja ressignificado no repertório discursivo Brasileiro, visto que seu status de crime não é eficaz nem para coibir a prática nem tampouco para penalizar essas mulheres e passe a ser considerado um direito entre aquelas que devem e podem gerir a primeira posse que os humanos adquirem: o próprio corpo.

## CONCLUSÕES

A proposta desse trabalho é de analisar itinerários abortivos a partir da perspectiva Foucaultiana de formação discursiva e de relações de poder, compreendendo que os discursos não são neutros, nem tampouco representações de verdade, mas construções históricas forjadas ao longo do tempo de acordo com interesses de manutenção de privilégios de determinados grupos. Nesse aspecto a criminalização do aborto consiste numa estratégia discursiva eficaz no controle dos corpos, da sexualidade e da capacida-

de reprodutiva feminina, garantindo uma associação determinista das mulheres a uma função orgânica que é a procriação.

As narrativas analisadas evidenciam que a proibição legal do aborto é pouco efetiva em evitar que as mulheres recorram a essa prática, mas é muito útil em reforçar as desigualdades socioeconômicas entre as que fazem essa escolha. Fica nítido também que interromper uma gestação é uma experiência marcada pelos riscos e insegurança que perpassam a clandestinidade. Além disso, o discurso penal ocupa um lugar similar ao discurso religioso, impondo a ameaça de sanções delineadas por questões morais e que apresentam variações a partir da interpretação que cada informante traz desses discursos.

A situação do aborto no Brasil é de ameaça aos direitos já adquiridos (permissivos legais que garantem assistência médica para realização de aborto em casos de estupro, anencefalia e risco de vida para a mulher) e de enfraquecimento na discussão por avanços na legislação que criminaliza a prática. A investida de setores religiosos nos espaços de decisão política tem garantido que o conservadorismo e a defesa de argumentos religiosos vigorem apesar da laicidade do Estado.

Faz-se necessário repensar o momento histórico que vivemos, assim como essa retomada de grupos de extrema direita não apenas no Brasil, mas em outros países latino-americanos, e que vão garantir um contorno de perseguição aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adesse, L. Monteiro, M. & Levin, J. (2008). Abortamento, um grave problema de saúde pública e de justiça social. *Revista Radis-Comunicação em Saúde* [periódico online] 66, pp. 10-15. Acesso: 28 jun 2015. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/revista-radis/66/reportagens/grave-problema-de-saude-publica-e-de-justica-social>
- Arend, S. Assis, G. & Motta, F. & (Orgs). (2012) *Aborto e Contracepção: Histórias que ninguém conta*. Florianópolis: Insular.
- Badinter, E. (1985). *Um Amor Conquistado: O Mito do Amor Materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- Bauer, M. & Jovchelovitch, S. (2002). Entrevista narrativa. Em Martin W. Bauer e George Gaskell (orgs). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som. Um manual prático* (Pp.90-113) São Paulo: Vozes.
- Beauvoir, S. & (1980). *O segundo sexo: Fatos e Mitos*, v.1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- Beauvoir, S. & (1980). *O Segundo sexo: A experiência vida*, v. 2. (1980) Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- Becker, H. (2009). *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Brandão, M. (1993). *Introdução a análise do discurso*. Campinas: Editora da Unicamp.
- BRASIL; Código Penal Brasileiro. Decreto Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.
- BRASIL, Ministério da Saúde. Norma Técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos
- Carneiro, EA; & Carneiro, ECAR. (2007). *Notas introdutórias sobre a análise do discurso*. Parte 4 - Fundamentos da Análise do Discurso. Publicado em 11.07.2007. Acesso em: 26 out. 2015. Disponível em: <http://www.duplipensar.net/artigos/2007s1/notasintrodutórias-analise-do-discurso-fundamentos.html>
- Curiel, O. (2009). Descolonizando el feminismo: una perspectiva desde America Latina y el Caribe. Biblioteca Digital Feminista. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: [http://feministas.org/IMG/pdf/Ochy\\_Curiel.pdf](http://feministas.org/IMG/pdf/Ochy_Curiel.pdf)
- Del Priore, M. (1994). A Árvore e o Fruto: Um breve ensaio sobre o aborto na história. *Revista Bioética*, v. 2, n.1, pp. 43-51.
- Diniz, D, & Medeiros, M. (2010). Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência & Saúde Coletiva*, 15 (Suppl. 1), 959-966. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>
- Faúndes, J., & Defago, M. (2013). ¿Defensores de la vida? ¿De cuál “vida”? un análisis genealógico de la noción de “vida” sostenida por la jerarquía católica contra el aborto. *Sexualidad, Salud y Sociedad* (Rio de Janeiro), (15), pp.10-36. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S1984-64872013000300002>
- Foucault, M. (1979). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal.
- Foucault, M. (1988). *História Da Sexualidade I: A Voluntade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal.
- Foucault, M. (2004). *A ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola.
- Foucault, M. (2005). *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, M. (2014). *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Galeotti, G. (2007). *A história do Aborto*. Lisboa: Edições 70.
- Gregolin, M. & et al. (2001). *Análise do Discurso: entornos do sentido*. Araraquara: UNESP, FCL, Laboratório Editorial. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2001.
- Heilborn, M, Cabral, C, Brandão, E, Cordeiro, F & Azize, R (2012). Gravidez imprevista e aborto no Rio de Janeiro, Brasil: gênero e geração nos processos decisórios. *Sexualidad, Salud y Sociedad* (Rio de Janeiro), (12), pp. 224-257. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S1984-64872012000600010>



- Humpreys, L. (1974). A transação da sala de chá: sexo impessoal em lugares públicos. Em Matilda Riley e Edward Nelson (Edits) *A observação sociológica*, Rio de Janeiro: Zahar.
- Lerner, G. (1990) *El origen del patriarcado. La creación del patriarcado*. Barcelona: Critica.
- Menezes, G, & Aquino, E. (2009). Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. *Cadernos de Saúde Pública*, 25 (Suppl. 2), s193-s204. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2009001400002>
- Ministério da Saúde (MS). (2005). Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes. Ministério da Saúde: Brasília DF.
- Ministério da Saúde (MS). Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. (2009). Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos. Brasília: MS.
- Ministério da Saúde (MS) (2010). Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Aborto. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno nº 4, Ed. 2. Brasília: MS.
- Motta, F. (2008). Sonoro silêncio: por uma história etnográfica do aborto. *Revista Estudos Feministas*, 16(2), 681-689. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200024>
- Pedro, J. & Wolf, C, (2010). Gênero, feminismo e ditaduras no Cone Sil. Florianópolis: Ed. Mulheres.
- Ramos, M. D. (1993). *Mujeres e História. Reflexiones sobre las experiencias vividas em los espacios públicos y privados*. Málaga: Atenea.
- Rocha, M. Rostagnol, S., & Gutiérrez, M. (2009). Aborto y Parlamento: un estudio sobre Brasil, Uruguay y Argentina. *Revista Brasileira de Estudos de População*, 26(2), 219-236. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-30982009000200005>
- Rocha-Coutinho, M. L. (2006). A narrativa oral, a análise de discurso e os estudos de gênero. *Estudos de Psicologia (Natal)*, 11(1), 65-69. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S1413-294X2006000100008>
- Rohden, F. (2002). Ginecologia, gênero e sexualidade na ciência do século XIX. *Horizontes Antropológicos*, 8(17), pp. 101-125. Acesso em 10 agosto de 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-71832002000100006>
- Rubin, G. (2003). Pensando sobre sexo: notas para uma teoria radical da política da sexualidade. *Cadernos Pagu, Campinas*: N. 21, pp. 1-88.
- Ruibal, A. (2014). Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contra-mobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. *Revista Brasileira de Ciência Política*, (14), 111-138. <https://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141405>.
- Sedgh, G., Beara, J., Sing, S., Banko, A., Popincha, A., et al. (2016) *Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and sub-regional levels and trends*. *Lancet* 16: 30380-30384.
- Spivak, G. (2003). ¿Puede hablar el subalterno? *Revista Colombiana de Antropología*, (39), 2003, pp. 297-364.
- Swan, T. (2007). *Meu corpo é um útero? Reflexões sobre procriação e Maternidade*. Em: Cristina Stevens (Orgs), *Feminismo e Maternidade: Diálogos Interdisciplinares*. (Pp. 201-244) Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: Edunisc.
- Torres, J. (2012). Aborto e legislação comparada. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 64, (2), pp.40-44. Acesso em 21 Jul 2016. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200017&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200017&lng=en&nrm=iso)

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2016  
 Fecha de evaluación: 3 de octubre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Producción espacial para lograr la paz en Colombia\*

*Luis Carlos Olaya Amézquita\*\**  
*Edgar Ricardo Naranjo Peña\*\*\**  
*Juan David Guevara Salamanca\*\*\*\**

**Citar este artículo:**

Olaya, L., Naranjo, E., & Guevara, J. D. (2017). Producción espacial para lograr la paz en Colombia. *Via Iuris*, 22, pp. 127-148.

## RESUMEN

El objetivo de este artículo es interpretar la realidad colombiana en clave de ordenamiento y producción espacial. Para ello, se realiza una propuesta conceptual que es producto de un esfuerzo por plantear categorías que permitan analizar, desde estas claves, los diversos conflictos que se han dado en algunos puntos geográficos del país: el Caribe, los Llanos Orientales y el Pacífico tumaqueño. A partir de este análisis, se tratará de dilucidar qué puede entenderse por *producción espacial para la paz* y por qué constituye un reto para la *construcción de paz* en Colombia desde lo que en el marco del proceso de las conversaciones de la Habana se ha propuesto como *paz territorial*.

\* Este artículo es producto de investigación del proyecto Retos del posconflicto (2016) desarrollado por el grupo de Investigación Analítica Métodos Inteligentes, SAS.

\*\* Profesional en Ciencia Política y Gobierno de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá (Colombia); maestro en Psicoanálisis de la Universidad Nacional de Colombia, investigador de Analítica Métodos Inteligentes, SAS y de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: [luis.olaya@urosario.edu.co](mailto:luis.olaya@urosario.edu.co)

\*\*\* Politólogo de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, maestro en Antropología del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Ciesas-Sureste (Chiapas, México), investigador de Analítica Métodos Inteligentes, SAS. Correo electrónico: [anaxtasis@hotmail.com](mailto:anaxtasis@hotmail.com)

\*\*\*\* Politólogo de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, magíster interdisciplinario en Ciencias de la Rehabilitación y Sociología de la Universidad de Alberta (Canadá). Investigador de Analítica Métodos Inteligentes, SAS, analista de contexto Unidad de Restitución de Tierras e investigador asociado al Instituto Rosarista de Acción Social (SERES) de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: [juandguevara@gmail.com](mailto:juandguevara@gmail.com)

**Palabras clave**

Construcción de paz, ordenamiento espacial, producción espacial para la paz.



## Space production for peace in Colombia

*Luis Carlos Olaya Amézquita*  
*Edgar Ricardo Naranjo Peña*  
*Juan David Guevara Salamanca*

### ABSTRACT

The aim of this article is to interpret Colombian reality in a space management and a production key. To do this, there is a conceptual proposal which is the product of an effort to raise categories to analyze, from these keys, the various conflicts that have taken place in some geographical areas of the country: the Caribbean, the Eastern Plains and the Pacific Tumaqueño. From this analysis, an effort will be made to elucidate what can be understood by space production for peace and why it constitutes a challenge for the *construction of peace* in Colombia from what has been proposed in the Havana agreement process as a *territorial peace*.

### Keywords

Peace construction, spatial sorting, space production for peace.

# Produção espacial para alcançar a paz na Colômbia

*Luis Carlos Olaya Amézquita  
Edgar Ricardo Naranjo Peña  
Juan David Guevara Salamanca*

## RESUMO

O objetivo deste artigo é interpretar a realidade colombiana em chave de ordenamento e produção espacial. Para isso, é feita uma proposta conceitual que é o produto de um esforço para criar categorias que permitam analisar, a partir dessas chaves, os diversos conflitos que ocorreram em alguns pontos geográficos do país: o Caribe, Llanos Orientales e o Pacífico tumaqueño. A partir desta análise, vai-se tentar elucidar o que pode ser entendido pela produção espacial para a paz e por que constitui um desafio para a construção da paz na Colômbia, pois o que, no âmbito do processo de conversas em Havana, foi proposto como paz territorial.

## Palavras-chave

Construção da paz, ordenamento espacial, produção espacial para a paz.



## Production spatiale pour parvenir à la paix en Colombie

*Luis Carlos Olaya Amézquita  
Edgar Ricardo Naranjo Peña  
Juan David Guevara Salamanca*

### RÉSUMÉ

L'objectif de cet article est d'interpréter la réalité colombienne en termes d'ordre et de production spatiale. Pour ce faire, une proposition conceptuelle est faite qui est le produit d'un effort pour élever des catégories qui permettent d'analyser, à partir de ces clés, les différents conflits survenus dans certains points géographiques du pays: les Caraïbes, les Plaines orientales et le Pacifique tumaqueño. A partir de cette analyse, nous tenterons d'élucider ce qui peut être compris par la production spatiale pour la paix et pourquoi cela constitue un défi pour la construction de la paix en Colombie par rapport à ce qui a été proposé dans le cadre des pourparlers de La Havane en ce qui attrait à la paix territoriale.

### Mots-clés

Construction de la paix, ordonnancement spatial, production spatiale pour la paix.

## INTRODUCCIÓN

Los múltiples debates en torno a la *construcción de paz* pueden categorizarse en un binomio de visiones: la minimalista y la maximalista. Lo que distingue a estas dos perspectivas es que mientras la minimalista se concentra en la superación de las secuelas producidas por una situación de conflicto, la maximalista propone la eliminación de las causas que lo produjeron.

Así, un análisis maximalista de *construcción de paz* ha de tener en cuenta todos aquellos elementos causales de conflictos, los cuales, por ser diversos, suponen también una cantidad considerable de discusiones: desarrollo económico, estabilidad política, superación de la pobreza y eliminación de inequidades, (Rettberg, 2003, p. 86). Este artículo parte de un análisis maximalista, aunque se centra en un solo elemento: la producción espacial. No obstante, propone algunas reflexiones tangenciales respecto a otros puntos de gran relevancia en el concierto de causas que generaron el conflicto en Colombia.

Las razones que sostienen este enfoque de análisis son las siguientes: i) la perspectiva espacial, aunque ha sido abonada por discusiones que giran en torno al espacio, el lugar, la región, los territorios, las territorialidades y lo global, no predominan en los análisis de conflictos ni en los trabajos de construcción de paz<sup>1</sup>; ii) actualmente el gobierno colombiano ha culminado un proceso de negociaciones de paz que inició a principios del mes de septiembre de 2012<sup>2</sup> en el que la llamada *política de desarrollo agrario integral o reforma rural integral* ha jugado un papel de gran importancia no solo en términos políticos y económicos, sino también en términos ideológicos, lo cual explica por qué el acceso y uso de la tierra se constituyó como uno de los debates más relevantes dentro de la discusión sobre la paz territorial, y iii) la superación del conflicto colombiano pasa por com-

prender las complejidades espaciales de los territorios colombianos, lo que implica entender la interacción y las producciones de diversos elementos de tipo político, económico y cultural, cuya relevancia es esencial para producir espacios de paz.

Es así que este artículo de investigación examina la propuesta gubernamental actual conocida como paz territorial, e inquiriere por las posibilidades de la construcción de paz a nivel espacial. De este modo, los objetivos de este escrito se centran primero, en presentar la propuesta teórico-conceptual de la producción espacial, haciendo énfasis en sus elementos esenciales: la espacialización del poder político y los antagonismos inherentes a toda producción espacial. Segundo, en interpretar los intentos reformistas agrarios como antecedentes de la propuesta de *paz territorial* acordada en La Habana, y tercero, presentar y analizar tres casos de la geografía colombiana (Cesar, Arauca y Tumaco) a la luz de los elementos teóricos y conceptuales del enfoque histórico de la producción espacial, y de las conformaciones espaciales antagonicas que retan la construcción de paz y el establecimiento de la *paz territorial*.

## METODOLOGÍA

### Del diseño metodológico al desarrollo del debate analítico y conceptual

El punto de partida de esta discusión se generó a lo largo de varias reflexiones en torno al proceso de paz, específicamente sobre las condiciones de posibilidad para que este se materializara como garante de un proceso sociopolítico, pues si bien el discurso gubernamental propone con la figura de la paz territorial la concreción de este objetivo, se considera que esta propuesta ha de construirse a partir de la revisión y el análisis de un enfoque histórico localizado en el que las diversas dinámicas locales y regionales clarifiquen las perspectivas de acción institucional. En este sentido, y partiendo de un conocimiento previo sobre tres espacios: Cesar, Arauca y Tumaco, se dio origen a la pesquisa por el lugar que tiene la producción espacial en la construcción de paz.

En primer lugar, y al socializar cada uno de los casos contruidos a partir de la revisión y análisis de fuentes primarias y secundarias, fueron evidentes las diferentes etapas de producción espacial en cada territorio, factor que llevó, en un segundo momento, a organizar la información específica a partir de la lectura y

1 Un análisis de la literatura muestra que las perspectivas dominantes son la económica y la política, y que en aquella se encuentran múltiples puntos de vista que van desde la teoría de juegos hasta las economías de conflicto (Collier 1999, 2003, 2005; Flores & Nooruddin 2009; Mendeloff, 2004), y así también, en términos políticos, análisis que se concentran en teorías del conflicto y la gestión pública (Barnes 2001; Cammett & Malesky 2012; Englebert & Tull 2008; Flores & Nooruddin 2012).

2 Es importante señalar que, durante la escritura de este artículo, las comisiones negociadoras firmaron un acuerdo que fue refrendado mediante un plebiscito que contó con 12808858 votos. De este total de votantes, el 50,21% manifestó no estar de acuerdo con lo pactado por las comisiones negociadoras.



comprensión de los diferentes planteamientos teóricos para dilucidar, en un tercer momento, cuáles han sido los antagonismos generados por dicha producción espacial. Finalmente, con base en la estructura de esta discusión conceptual y de la revisión histórica del proceso de producción espacial en tres espacios disímiles de la geografía colombiana se establecieron los componentes necesarios para realizar un análisis detallado de lo que se propone en este artículo como producción espacial para la paz.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Hacia la definición teórica del problema

En el campo de las ciencias sociales, los análisis espaciales tienen en común un elemento: que su desarrollo ha sido sostenido por la observación de las dinámicas humanas. El fundamento de discusión de las disciplinas que adoptan esta perspectiva se enmarca principalmente en la comprensión del significado que adquiere un espacio particular, el cual es resultado de un proceso de identificación, de interpretación y apropiación social del entorno en el que se habita. En este espacio cargado de sentido social, cultural, político y económico se constituye una identidad colectiva que fundamenta la apropiación y defensa del *territorio*, espacio común que Marc Augé (1995) denomina el *lugar antropológico*, cuya existencia y materialidad se revela en muchos casos antagónica respecto de los procesos de producción espacial capitalista.

Este tipo de procesos de producción espacial capitalista, aun cuando suponen el desarrollo de antagonismos, no generan, necesariamente, conflictos sostenidos en el tiempo; sin embargo, Colombia, al ser uno de los países con más altos índices de concentración de la tierra de Latinoamérica<sup>3</sup> los produjo, y los produjo antes de la *espacialización de las relaciones sociales del capital*. Teniendo en cuenta esto puede explicarse por qué el conflicto se ha mantenido durante décadas, pues los índices de inequidad han sido una constante en la historia del país<sup>4</sup>. Este punto de vista ha sido ampliamente documentado por varios investigadores

(Berry, 2000; Gómez Hernández, 2011; Hirschman, 2013; Richani, 2012; Thomson, 2011).

En este mismo sentido, la configuración espacial para la administración territorial plantea una relación inherente con el desarrollo histórico de la política de tierras en Colombia. De esta manera, para comprender el proceso evolutivo del ordenamiento territorial en regiones, provincias, estados y departamentos (Borja, 1996), se deben identificar los escenarios en donde se adjudicaron, concesionaron, vendieron y ocuparon las tierras. Desde esta perspectiva, puede dilucidarse el origen del latifundio para hacer ahínco en que la figura de la hacienda, por ser una de las *formas espaciales*: i) explica la inequitativa distribución de las tierras en Colombia; ii) redefine los principios rectores del surgimiento de las élites políticas regionales; iii) determina la materialización espacial de los intereses políticos-económicos locales a partir de la instauración de las diferentes entidades político administrativas (Borja y Nieto, 2005), y iv) permite entender por qué el acaparamiento de tierras se convierte en objeto y fin de quienes pretenden detentar el poder político y económico en las regiones, no solo por su valor tangible en la producción de bienes, sino por los poderes simbólicos que de dicha posesión emanan.

### La producción espacial

La producción espacial será concebida desde las políticas de gobernanza y los efectos que el diseño institucional y el desarrollo económico tienen en el asentamiento de una población en un determinado territorio, entendiendo por dicho asentamiento no solo una relación de pervivencia, sino ante todo de producción; es decir, una relación de producción espacial y de significación de los territorios.

Esta *significación de los territorios* supone que la configuración del espacio está mediada por diversas prácticas y perspectivas que son llamadas por el geógrafo brasileño Bernardo Mançano Fernandes (2008): *multiterritorialidades*. Este autor afirma que para reconocer las diversas visiones que se posan sobre el espacio, es necesaria una *tipología de los territorios*. Esta tipología no es otra cosa que un ejercicio de categorización de las diversas maneras en que los asentamientos humanos transforman el espacio. Dicha transformación, según Harvey (2010), puede denominarse como una segunda naturaleza puesto que se trata de la reconfiguración de las características ínsitas del espacio, la cual solo puede materializarse a través de una destrucción creadora del suelo, o dicho de otro

3 Un indicador que muestra el grado de inequidad en la distribución de la riqueza, es el índice Gini. De acuerdo con datos del Banco Mundial, este índice, para el 2013, se elevó en Colombia a 53,5.

4 Según los datos con que cuenta el Banco Mundial, para 1988 el índice Gini de Colombia fue de 53,1; para 1989, 53,6; para la década de los noventa el promedio es de 54,6, para la primera década del siglo XXI, el promedio es de 62,72. Finalmente, para el 2011, el índice es de 54,2 y, para el 2012, de 53,5.

modo: del desarrollo de prácticas humanas sobre el mundo físico para la posterior Constitución de lo que Fernández llama *espacios de gobernanza*<sup>5</sup>.

Dentro de esta tipología de territorios pueden resaltarse espacios cuya gobernanza está caracterizada por ser precaria. Este tipo de producción espacial tiene dos rasgos distintivos: es parcelaria y libre. Parcelaria, pues no pretendía ejercer dominio sobre una gran extensión de espacio; libre por no regirse como propiedad individual ni privada, por lo cual la movilidad humana no se veía restringida. Puede decirse entonces que se trata de una *producción espacial parcelaria libre*<sup>6</sup>. Este tipo de producción facilita el análisis del conjunto de instituciones y prácticas económicas indígenas precolombinas, las cuales constituían asentamientos precedentes tanto a la Colonia española como a la organización estatal neogranadina y sus subsiguientes transformaciones institucionales.

A pesar de lo diversos que son los actores transformadores del espacio, dos son los principales: el Estado y el capital. Para entender cuáles son las transformaciones que estos actores imprimen en el espacio es menester comprender primeramente cómo las instituciones afectan la producción espacial.

### Espacialización del poder político

En lo que al Estado atañe, su producción espacial es de carácter institucional, es decir que se concentra en la creación de espacios de gobernanza o “territorios de la nación” (Fernández, 2008, p. 10). Dado que semejante configuración del territorio posibilita la fragmentación política del espacio, su carácter de organización espacial se da en términos de la creación de estados, provincias, departamentos, municipios. Estos factores de configuración y organización determinan la identificación del espacio desde la concepción y transmisión de una idea gubernamental sustentada en la unidad territorial (Fernández, 2008).

Para los geógrafos colombianos Gustavo Montañez y Ovidio Delgado (1998), la producción de este espacio es el resultado de la aplicación y materialización de una visión de gestión y administración. Es a partir de esta apropiación y dominio denominada territorialidad (Montañez & Delgado, 1998; Fernández, 2008), en la que el poder del Estado, representado en sus instituciones, se alza como antagónica frente a otras formas de producción espacial (Fernández, 2008) pues las enfrenta a lo que podría llamarse *imposición institucional* que se materializa en el espacio.

Lo que distingue a esta producción espacial respecto de otras producciones es su carácter de legitimidad. Dicha legitimidad se genera paralelamente con la instauración de un campo hegemónico (Rosberry, 1994) en el que los límites espaciales y la identidad territorial se consolidan a partir de la gobernanza y los dispositivos institucionales enmarcados en un proyecto de construcción de identidad nacional que se cierne en una delimitación del espacio y se organiza conforme a determinados dispositivos de planeación útiles para la representación del mismo.

Es así que las representaciones espaciales son el resultado de las concepciones de quienes planifican el territorio. Estas concepciones están sostenidas por los discursos racionales que definen el uso del suelo y se apropian y transforman el entorno natural: las representaciones espaciales son definidas por “las profesiones de la planeación o por convenciones cartográficas que asumen que el paisaje natural puede ser racionalmente planeado y subdividido [...] especialmente en zonas de planificación definidas para determinados usos” (Shields, 2013, p. 42). Estas representaciones espaciales se refieren al territorio sociopolítico determinado y significado por códigos, leyes, representaciones (mapas) y discursos que definen las formas de relacionamiento de los actores sociales, en lo que también se conoce como discursos sobre el espacio (Shields, 2013).

En el caso colombiano, la configuración de estas instituciones, así como la producción de representaciones del territorio, se debatió por décadas entre la mácula colonial y diversos diseños institucionales ensayados y puestos en práctica a través de la adopción de múltiples constituciones, la proposición de sucesivas reformas legales y la configuración gradual del ordenamiento territorial. Fue así que, para construir un proyecto de unidad nacional, en el contexto

5 Según Fernández (2008), en este espacio de gobierno se consolidan los espacios de la propiedad y los espacios relacionales, en los cuales se logran identificar las tensiones generadas por el nivel de interpretación de diferentes actores sobre un mismo espacio habitado.

6 Este concepto se encuentra en sintonía con lo expuesto por Salomón Kalmanovitz a propósito de las alternativas de ocupación latifundista (Kalmanovitz, 1983, p. 63). Según este autor, dichas alternativas son de carácter reactivo. Aquí se entienden, más en sentido espacial que en el económico y por ende como formas de ocupación del territorio.



del proceso independentista del siglo XIX, se instituyó en el año de 1811 la figura de las provincias, cuyo objetivo intentaba reforzar la autonomía política de los centros urbanos establecidos y fortalecidos durante el régimen colonial español<sup>7</sup>.

Posteriormente, en el año de 1821, época en la que se fundamenta el proyecto de la Gran Colombia, no solamente se reconocen las tres principales naciones: Cundinamarca, Venezuela y Ecuador, sino que se instauran los departamentos, entidades divididas por provincias, y estas últimas por cantones y parroquias. Los departamentos (Cundinamarca, Bogotá, Cauca, Popayán, Magdalena, Cartagena, Boyacá, Tunja y Panamá) intentaron consolidar la administración gubernamental de este gran territorio a través de la identificación y comprensión de siete zonas específicas<sup>8</sup> (Borja, 1996, p. 31).

Con la disolución de la Gran Colombia se legitimó la República de la Nueva Granada a través de la promulgación de la Constitución de 1832. Esta carta constitucional les dio un significado central a las provincias, al convertirlas en espacios urbanos del poder político cuya dinámica comenzaba a dinamizar la economía. Estas entidades adquirieron en el año de 1856 el carácter de Estados, factor que las dotó de una mayor autonomía y soberanía local, esta última reafirmada en 1895 con el reconocimiento de los Estados región, estadios supremos de la materialización del poder regional, en

el que el Estado central cedió a las regiones<sup>9</sup> su poder político sustentado en el monopolio legítimo de la fuerza. Ante estas manifestaciones de fragmentación del poder, cuyo alcance había agudizado el control político de las élites regionales, se formalizó el cambio de propuesta territorial hacia la Constitución de un Estado central.

La organización del espacio por parte del poder político se dio a través de una fragmentación del territorio, que a su vez se produjo en el marco de la implementación de políticas territoriales, las cuales han girado en torno a la evolución de los intereses políticos y económicos en el orden nacional y local. Este factor agudizó la distribución tanto de la riqueza como del poder político, que instauró prácticas clientelares en las que se intensificó la lucha por la repartición de los recursos provenientes del Estado (Borja & Nieto, 2005).

### Antagonismos espaciales

Producto de las contiendas por el poder político, se dio un patrón de ocupación del espacio en Colombia regido por lógicas regionales, las cuales, en la mayoría de casos, se constituyeron como zonas de frontera, es decir como espacios donde los procesos productivos e institucionales no se han integrado al devenir sociocultural y se encuentran regidos por drásticas formaciones o transformaciones (Mellafe, 1969). Así se dio origen a la delimitación y Constitución de las regiones (Borja, 1996), esto es, espacios de poder individuales, familiares y comunitarios en donde la cohesión social y la identificación con el lugar generó, además de intensos procesos políticos, procesos de apropiación cultural, social y económica (Montañez & Delgado, 1998).

Las disputas por el poder político y su afirmación en las regiones se sostuvieron sobre el latifundio, forma de apropiación territorial que se entenderá aquí como *producción espacial hacendaria*, la cual, en muchos casos, determinó la *espacialización del poder político*, tal como Fernando Guillén lo ha analizado para el caso colombiano (Guillén, 2008). Es así que

7 Este régimen se caracterizaba por la fuerza de entidades territoriales que se afirmaban en el poder político, económico y social local. Esto es entendido por Miguel Borja (1996) como un sistema en el que se identificaba “un alto grado de concentración de la riqueza y del poder, con una propiedad latifundista de la tierra y un dominio monopólico de los recursos naturales por parte de grupos terratenientes con aspiraciones caudillistas y regionalistas en sus propias áreas de influencia” (p. 29).

8 1) concentración indígena (altiplano cundiboyacense, Sierra Nevada de Santa Marta, Región del Sur); 2) mayor población mestiza (eje regional Socorro-Pamplona, nororiente del Nuevo Reino); 3) el occidente colombiano (región de la minería, la gran hacienda y la esclavitud negra); 4) la costa atlántica; 5) región de Neiva y Mariquita; 6) Chocó, y 7) los Llanos orientales. El debate sobre la recuperación de esta figura como modelo del ordenamiento territorial actual ha sido propuesto por los sociólogos colombianos Fals Borda y Miguel Borja (1996), quienes han insistido en la necesidad de replantear el esquema territorial gubernamental para volver sobre las regiones. A la luz de este planteamiento, los autores afirman que el ordenamiento territorial en Colombia no se adecua a la dinámica regional del país.

9 El debate sobre la recuperación de la región como figura del modelo del ordenamiento territorial actual ha sido propuesto por los sociólogos colombianos Fals Borda y Miguel Borja (1996), quienes han insistido en la necesidad de replantear el esquema territorial gubernamental para volver sobre las regiones. A la luz de este planteamiento, los autores afirman que el ordenamiento territorial en Colombia no se adecua a la dinámica regional del país.

a partir del poder concentrado en las haciendas y expandido en las regiones, se dieron múltiples cambios en la configuración espacial en Colombia asociados, de una parte, al vertiginoso crecimiento en términos de ocupación de tierras de esta producción espacial, y de otra, a superar una crisis económica generada por la implementación de los antiguos modos de producción fundados en la producción espacial hacendaria.

En el marco de dichos conflictos, asociados todos a la producción espacial, se enfrentaron indígenas, campesinos o descendientes de españoles pobres, incluso, contra la hacienda. Dicho de otro modo, era un enfrentamiento entre la producción espacial parcelaria libre contra la hacendaria, la cual incrementaba su poder político por las vías de la ocupación de hecho, por la adjudicación de baldíos y por la compra de tierras, aunque en menor medida, pues no se llegó a consolidar un mercado de tierras. Esta precaria movilización de tierras sumada a relaciones de producción, sustentadas en coerciones extraeconómicas<sup>10</sup>, hizo difícil tanto la introducción de dinámicas mercantiles como de un modelo económico específico, razón por la que se dieron otro tipo de conflictos que no solo intentaban recuperar la soberanía central, sino que buscaban el establecimiento de una política capaz de constituir las bases sociales y estructurales que permitieran el desarrollo del sistema económico capitalista, el cual prosperó allí donde había relaciones de producción sustentadas en incipientes mercados como lo es el caso de Antioquia y Santander, las cuales surgieron, en términos espaciales, a base de trabajo libre y de colonizaciones espontáneas sostenidas por la figura de la parroquia, forma de ocupación del territorio que se entenderá aquí como producción espacial parroquial (Guillén, 2008).

Es por ello que la introducción de Colombia al capitalismo, más allá de las peripecias de la economía de extracción basada en monocultivos como el café o en la actividad minera, produjo otra serie de conflictos debido al hecho de que las producciones espaciales, bien fueran parcelarias libres o hacendarias, eran incompatibles con la espacialización de las relaciones sociales del capitalismo, pues este necesariamente instauro un mercado de trabajo, lo cual precisa de relaciones de producción libradas

de cualquier tipo de lazos de subordinación directa. Solo la producción espacial parroquial era menos incompatible con esta espacialización de las relaciones sociales, y por ello allí donde esta era la forma predominante de producción espacial, el capitalismo encontró condiciones materiales más propicias para su reproducción.

Si bien la producción espacial parcelaria libre sucumbió en algunos casos ante el avance del latifundio, en otros se legalizó en forma de resguardos indígenas o en propiedades colectivas de comunidades afro. Así, las contradicciones espaciales continuaron entre el poder político representado en la hacienda y el avance del capitalismo, y aun en las luchas ya no por el mantenimiento de la producción espacial parcelaria libre, sino en enfrentamientos ante el crecimiento de la gran propiedad territorial. Con la entrada de Colombia al mercado mundial a través de exportaciones, estos conflictos por el ordenamiento espacial se resolvieron durante las últimas décadas del siglo XIX, razón por la que el siglo XX se caracteriza ya no por la producción sino por la adaptación espacial, esto es, acomodar el modelo de tenencia de la tierra a la producción capitalista. Esta adaptación se debe a que la tenencia de la tierra era difícilmente modificable, por lo cual la producción espacial del capital no pudo tener lugar sin una adaptación espacial agenciada desde el campo hegemónico de la producción espacial institucional. Es por ello que este siglo se caracteriza por la adopción continua de reformas que, como ya se estableció, adecuaron el crecimiento del capitalismo y trataron de contener la aparición de conflictos sin lograrlo cabalmente.

Esta aparición de conflictos y contradicciones espaciales se han fundado en factores económicos y sociales y en la imposición de la representación del espacio por parte del Estado (espacio de gobernanza), dejando de lado otras formas y espacializaciones sociales que emergen del seno sociocultural de las poblaciones que producen y se apropian del territorio. De este modo, se debe comprender que la producción espacial para la paz obedece al inacabado producto y teorización territorial y espacial que genera posibilidades de escape frente al carácter totalizante de las formaciones espaciales del capitalismo y de los espacios de gobernanza. La propuesta teórica del espacio social permite allanar posibilidades de entendimiento que superan las restricciones impositivas del territorio de la nación o de la territorialidad estatal y de la producción espacial capitalista.

10 Este término, acuñado por Kalmanovitz (2003), hace referencia a los diversos lazos de subordinación indirecta propios del régimen hacendaria (p. 60).



La propuesta del espacio social expuesta por Lefebvre (1991) está conformada por tres elementos principales: 1) Las prácticas espaciales; 2) las representaciones espaciales, y 3) los espacios de representación.

1. Las prácticas espaciales son aprehensiones corporales, sensitivas y pragmáticas. Son las prácticas que se realizan en el espacio tal y como es aprehendido por los sentidos, son las prácticas de l'espace perçu o espacio percibido (Shields, 1991). Este tipo de espacio garantiza la producción y reproducción de las formaciones sociales y cotidianas (Lefebvre, 1991).
2. Las representaciones espaciales son entendidas en el presente texto como las formas espaciales institucionales y estatales, los espacios de gobernanza y las formas espaciales producidas por el capital, anteriormente explicadas.
3. Los espacios de representación son descritos como los espacios de existencia plena, espacios que encierran el quehacer y las experiencias humanas (Shields, 2013). Los espacios de representación se muestran como espacios alternativos, clandestinos y subrepticios que son apropiados y producidos por los sectores marginados de las sociedades, son los espacios de la resistencia, lo que también se denomina como espacio al margen (Shields, 1991; Lefebvre, 1991).

En efecto, las prácticas espaciales como simples prácticas sociales de hacer/actuar encarnan los discursos *sobre* y *desde* el espacio como prácticas contradictorias que se disputan constantemente en el devenir social. Lo que se observa en la propuesta de Lefebvre (1991) es la comprensión sobre las diversas formas espaciales que se traslapan, imponen y rechazan unas con otras, en lo que Foucault denomina heterotopías (1986).

Las heterotopías proponen nuevas formas descriptivas y analíticas del espacio. De este modo se erigen desde los preceptos interpretativos de: 1) la inexistencia de una cultura universal y el reconocimiento de la existencia de diferentes culturas que construyen formas espaciales; 2) la potencia transformadora de la cultura sobre las heterotopías y la producción y apropiación del espacio social, y 3) la capacidad "de yuxtaponer en un lugar real un sinnúmero de espacios, sitios incalculables que son en sí mismos incompatibles" (Foucault & Miskowiec, 1986, p. 25).

Una mirada sobre el espacio social implica entonces entender que cada objeto espacial tiene una historia, un pasado que informa y que permite entender el presente (Foucault & Miskowiec, 1986). Así como en la producción del espacio social se entrecruzan el tiempo y el espacio, también se observa la existencia de múltiples lugares en los que violenta o pacíficamente se han instalado o localizado elementos que definen, significan y resignifican el espacio en su totalidad: "han existido lugares donde las cosas han sido impuestas ya que estos lugares han sido violentamente desplazados y, al contrario, hay lugares donde las cosas impuestas han logrado encontrar un encaje natural y estable" (Foucault & Miskowiec, 1986, p. 1).

### La propuesta de la paz territorial

El hecho de que las continuas reformas agrarias que tuvieron lugar durante el siglo xx hayan adaptado<sup>11</sup> la configuración territorial al sistema capitalista no quiere decir, sin embargo, que tal fuera su talante u objetivo, pues en menor o mayor medida todos aquellos intentos propusieron mecanismos, desde aquellos incentivos económicos hasta el empleo de armas fiscales (Hirschman, 2013), con el ánimo de reconfigurar la posesión de la tierra. Lo que hay en común en todas las propuestas de reforma agraria es la proposición ya novedosa, ya repetitiva, de medidas para lograr los mencionados cometidos.

Durante el siglo xx se dan varios intentos de reforma agraria, como la Ley 200 de 1936, la Ley 135 de 1961, la Ley 1 de 1968 y la Ley 30 de 1988. En este contexto, la Ley 160 de 1994 direcciona la intervención estatal al incentivo de un mercado de tierras a través de la promoción de diversos tipos de subsidio. Vale destacar que para 1982 se crea el Incora (ahora en liquidación) por medio de la Ley 35. Tiempo después, se creó el Incoder.

<sup>11</sup> Por dicha adaptación se entiende, además de lo ya dicho, el conjunto de mecanismos de orden administrativo, político e incluso económico, a través de los que se establecen medidas para acceder a la propiedad territorial, desincentivar su concentración o fortalecer la productividad agraria. Ejemplos son las Unidades Agrícolas Familiares creadas por el artículo 38 de la Ley 160 de 1994 o las Zonas de Reserva Campesina, creadas por el artículo 1 de esta ley, así como la creación de comisiones, institutos o entidades financieras tendientes a dichos fines. Se trata de adaptaciones porque son figuras espaciales que coexisten con las producciones espaciales aquí analizadas; es decir, de heterotopías promovidas institucionalmente.

Inicialmente, el Incoder tenía por objetivo la identificación de los territorios que más habían sido afectados por el conflicto de manera que, a través de la compra y adjudicación de tierras, pudiera paliarse la situación social generada por estas circunstancias. Posteriormente, este instituto fue objeto de reformas que ampliaron su campo de acción, dejando así a su principal cometido como uno entre tantos otros.

En lo corrido de este siglo, los esfuerzos por dar lugar a una reforma agraria han estado invariablemente relacionados con las políticas de víctimas. Es así que la cuestión de la tierra ha sido abordada tangencial o directamente por leyes como la 975 de 2005, que dicta disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos al margen de la ley, así como la Ley 1152 de 2007 o Estatuto de Desarrollo Rural (declarada inexecutable), junto con la Ley 1133 de 2007 que formaliza el programa Agro Ingreso Seguro; la Ley 1182 de 2008 que dicta disposiciones en materia de saneamiento de la propiedad inmueble y, finalmente, la Ley 1448 de 2011 por la cual se adoptan medidas para la atención a víctimas y la restitución de tierras. Esta última ley se propone no solamente la restitución de tierras sino la garantía de la no repetición por medio de la adopción de mecanismos administrativos como la creación de la Unidad de Restitución de Tierras y de vastos programas de retorno a víctimas del conflicto.

Es en este panorama de configuraciones espaciales que debe analizarse la construcción de paz en Colombia. Por ello se afirma que esta construcción debe tener en cuenta los espacios de representación y las heterotopías, para así priorizar los procesos históricos de producción espacial y cultural y garantizar la no repetición de los actos violentos y la sostenibilidad de los acuerdos de La Habana. Partiendo de esto, se analizará en lo que sigue la llamada paz territorial.

La propuesta de la paz territorial aboga por “desarrollar las instituciones en el territorio” como producto de una sinergia entre los enfoques de derecho y territorial. Esta sinergia se basa en una “campana nacional de participación” con el fin de pensar “las características y necesidades del territorio” que coadyuven en la construcción de “planes para transformar [los] territorios”, de modo que se dé una “lógica de inclusión e integración territorial” que posibilite “hacer justicia en el territorio” (Jaramillo, 2016).

Para lograr estos postulados, se ha propuesto la creación de mecanismos políticos como las *Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz*, cuyo carácter es electoral y tienen por objetivo incrementar la representación de los territorios más afectados por la guerra. Adicionalmente, propone una *Reforma Rural Integral*, que fue adoptada en las conversaciones el 6 de junio de 2014 y pone de presente el problema de concentración de la tierra y sus efectos excluyentes en el campesinado, al generar usos indebidos de la tierra, lo cual está agravado por la precaria restitución y distribución del territorio, además de la ilegalidad en la posesión y de la falta de mecanismos para acceder a tierras productivas.

Una de las proposiciones del acuerdo es la creación del Fondo de Tierras de Distribución Gratuita que otorgará subsidios para la compra en zonas previamente priorizadas en razón de su afectación a causa del conflicto. La productividad de este fondo será garantizada por programas de desarrollo rural con enfoque territorial que promuevan la formalización masiva de la pequeña propiedad rural con apoyo de la creación de un nuevo sistema de información catastral cuyo fin sea la desconcentración de la propiedad, así como concordar la vocación y el uso real de la tierra.

La propuesta de la paz territorial tiene un enfoque restaurativo, es decir que busca la creación de medidas para resarcir las secuelas del conflicto, lo que significa que el enfoque de sus programas se dirige a las víctimas. Esto guarda sentido con el hecho de que esta proposición se dio en el seno de negociaciones de paz.

Ahora bien, cabe preguntarse si la producción espacial y su posterior formalización en la espacialización del poder político pueden ser modificadas en tanto que estructuras, por este tipo de medidas, y en última instancia, si la creación de programas de reparación, incluso en contextos de procesos de paz, son capaces de paliar los antagonismos espaciales, toda vez que estos, como se ha propuesto a nivel conceptual, se han producido por las contradicciones generadas entre las diversas formas de producción espacial.

A fin de ilustrar estas contradicciones, a continuación se presentará el estudio de casos de tres regiones colombianas en razón de sus producciones espaciales y de la forma en que se ha creado espacio social y en que este ha sido adaptado al capitalismo.



## La producción espacial en Colombia: estudio de casos

En el presente aparte se discuten tres casos de la geografía colombiana a partir de los elementos teóricos y conceptuales y de los posibles antagonismos, contradicciones y retos de la propuesta de paz territorial de los acuerdos de La Habana. La escogencia de estos casos, Cesar, Arauca y Tumaco, obedece a cuestiones prácticas y conceptuales.

Estos casos no se refieren a las configuraciones administrativas—representaciones espaciales—del Estado, son, más bien, configuraciones espaciales donde se observan las imposiciones y contradicciones espaciales de tipo social, político y económico, que superan las fronteras administrativas espaciales.

Los elementos prácticos se desprenden de la experticia, conocimiento y trabajo de campo realizado por los investigadores en estos territorios de la geografía nacional. Los elementos conceptuales que permiten atar estos espacios disímiles se centran en el establecimiento de la producción espacial capitalista, en la conjunción de los proyectos económicos con proyectos políticos armados, en las afectaciones pasadas y presentes de los actores armados y en la configuración de lo que Shields (1991) denomina *espacios/lugares al margen* cuya riqueza cultural periférica perdura y se contrapone a la cultura impuesta por el centro globalizado y a las imposiciones de las representaciones espaciales.

### Producciones espaciales en la región caribe colombiana: el caso del Cesar

#### *De la producción espacial institucional y hacendaria al antagonismo espacial en el territorio del Cesar*

La producción espacial en el departamento del Cesar es el desarrollo de la puesta en marcha de un modelo económico de producción agrícola, agroindustrial y extractiva sustentada por la evolución de la política de tierras en Colombia y los intereses productivos de las élites locales. En esta medida, el origen y consecución del conflicto armado en la región es el resultado de este proceso de producción espacial institucional, en el que el despojo de las tierras<sup>12</sup> pareciese ser el fin último del conflicto.

Al tener en su espacio un paisaje de valles y sabanas protegidas por las cadenas montañosas de la Sierra Nevada de Santa Marta (SNSM) y la Serranía del Perijá (SP), la riqueza ambiental y mineral lo hacen geoestratégicamente importante. La Constitución y legitimación del territorio del Cesar, su configuración y delimitación se han ido transformando a lo largo de la historia. En este sentido y en el marco de la espacialización del poder político, comenzó siendo reconocido como provincia, posteriormente estuvo contenido al interior del departamento del Magdalena en el año 1821, en el Estado provincia en 1856, en el Estado Región en 1855<sup>13</sup>, en el Estado central en 1885 y nuevamente en el departamento desde 1909 (Borja, 1996). Con el surgimiento de una nueva élite política en la región, la familia Araujo comenzó a disputarle el poder político al hacendado Pedro Castro Monsalvo, factor que desencadenó la apertura de nuevas discusiones territoriales en la década de 1960, como la creación del departamento del Cesar, cuya formalización se hizo pública en el año de 1967 (Barrera, 2014).

Lentamente los propietarios de la tierra, al obtener el apoyo gubernamental, se fueron convirtiendo en empresarios que producían y exportaban algodón, reforzándose de este modo la producción espacial hacendaria. De otra parte, los campesinos sin tierra empezaban a poblar los márgenes de la SNSM o se veían obligados a trabajar en estas plantaciones. Dentro estos acontecimientos y entendiendo la necesidad de recuperar la tierra, muchos de ellos esperaban la puesta en marcha de un proyecto gubernamental de reforma agraria, mientras que otros se encontraban organizándose en lo que posteriormente se conoció como la Asociación de Usuarios Campesinos (ANUC).

La coordinación entre la ANUC y las instituciones del Estado colombiano como el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (INCORA) formalizó las demandas de los campesinos, exigencias que fueron rechazadas por los hacendados-empresarios, algunos sectores del Congreso y el nuevo gobierno conservador presidido por Misael Pastrana Borrero. Debido a esto, según Lemus Gutiérrez (2012) se fueron presentando las primeras invasiones de tierras, que desencadenaron los antagonismos espaciales, en los que los conflictos por la tierra se hicieron evidentes: “en el Cesar se contabilizaron invasiones de tierras desde 1971 hasta

12 Según la Comisión de Seguimiento a las políticas públicas sobre desaparición forzada han sido despojadas entre 1980 y mediados del 2010 en todo el país más de seis millones de hectáreas.

13 Según Patrick Morales y Adriana Pumarejo (2003) en el año 1871 el Estado Soberano del Magdalena cedió el territorio de la Nevada y los Motilones al gobierno nacional.

1976, en una dinámica descendente que totalizó, en seis años, 44 invasiones” (Gutiérrez, 2012, 28).

En la década de los 70, el impulso de una reforma económica sustentada en el crecimiento empresarial y la protección de la gran propiedad debilitó las aspiraciones de reforma agraria del campesinado y agudizó la represión contra los líderes de la ANUC. En esta misma época, se incentivó el cultivo y la exportación del algodón, plantaciones que contaron con el apoyo de las instituciones crediticias gubernamentales tales como la Caja Agraria que desembolsó innumerables créditos para fortalecer este mercado. Sin embargo, y en este mismo periodo, los precios del algodón se redujeron y la crisis económica empezaba a vaticinar la debacle monetaria de los empresarios cesarenses, quienes al presenciar este fenómeno expandieron las cabezas de ganado.

Mientras que se desencadenaba la transformación de los móviles productivos de la región, en el corregimiento de Pueblo Bello, se oficializaba el lanzamiento de la Unión Patriótica (1985), partido político de izquierda que surgió a partir de las negociaciones entre el gobierno de Belisario Betancur y los diferentes sectores sociales. En el recién constituido departamento del Cesar los asesinatos y persecuciones selectivas a los líderes políticos de la Unión patriótica y los líderes comunitarios de las organizaciones campesinas aceleró el estado de agitación social, elemento que los grupos guerrilleros utilizaron como una oportunidad para solidificar su presencia política y militar (Barrera, 2014). Por otro lado, la inversión económica no disminuyó y en el trasfondo de esta configuración espacial los cultivos de algodón fueron reemplazados por los de palma africana, que fundamentó así en la década de los 90 la naciente inversión extranjera en torno a la explotación del carbón, periodo en el que se recrudecieron los conflictos sociales en el departamento (Barrera, 2014).

El crecimiento paulatino de la explotación del carbón desplazó a los diferentes sectores productivos y en su lugar se posiciona la minería como el sector más adecuado para incrementar los recursos monetarios de la nación (PNUD 2010). Según Gloria Holguín (2011), el carbón se ubicó en las estadísticas económicas como el segundo producto de exportación nacional, que alcanzó en el año 2005 la producción de “20 millones de toneladas” (PNUD 2010, 19). En este sentido, el gobierno colombiano buscó en el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Estado Comunitario: Desarrollo para todos, intensificar los procesos de explotación

de carbón e incrementar la exportación de este recurso, facilitando las concesiones mineras al interior del departamento, a las diferentes empresas privadas interesadas. Con la extensión de las hectáreas para la explotación carbonífera que asciende a 280,000 (Holguín, 2011, p. 8), la disminución de los cultivos agrícolas para el autosostenimiento de la población ha disminuido visiblemente, mientras que la concentración de la tierra se encuentra en manos de unas pocas familias (Dangond, Araujo Cotes & Castro Monsalvo).

### El antagonismo armado

Según Víctor Barrera (2014) no se puede desligar la incursión de los actores armados de la trayectoria del desarrollo económico del departamento. En este sentido, la raíz del conflicto se podría ubicar entre las décadas de 1950 y 1980, espacio de tiempo en donde se consolidó en la región un modelo de agricultura comercial. Con el auge del algodón muchos campesinos se vieron favorecidos; sin embargo, a raíz de la devaluación del precio de este, la crisis agraria se convirtió en alimentaria, pues el monocultivo había reemplazado la siembra de otros productos y la escasez de alimentos comenzó a convertirse en malestar social, sumado a esto muchos campesinos se vieron obligados a vender sus tierras. Con relación a esto, las únicas familias que no se vieron afectadas fueron las que adquirieron más tierras, y lograron cambiar las plantaciones de algodón por las cabezas de ganado (Barrera 2014).

Por este motivo las primeras incursiones de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) se hicieron en los sectores donde el Estado colombiano tenía muy poca presencia y donde la población campesina era mayoritaria; es el caso de las zonas rurales del excorregimiento de Pueblo Bello (Barrera, 2014). En este sentido, los reiterativos ataques de la guerrilla hacia las familias más distinguidas del Cesar trajeron consigo la aparición de los grupos paramilitares en la década del 2000, cuyo accionar en el norte del departamento fue dirigido por el bloque norte comandado por Jorge 40 (Barrera, 2014).

### Territorio de los llanos orientales: de la parcela libre a la hacienda

#### Producciones espaciales

En términos históricos, la región oriental se ha conformado como zona de frontera. Esta concepción está geográficamente fundamentada debido a la distancia que separa a los llanos del centro del país, cosa que,



sumada a las características topográficas del terreno, afianzaron por décadas una producción de representaciones del territorio basadas en la idea de la existencia de extensas llanuras baldías escasamente habitadas. De hecho, se estima que en Colombia esta región se extiende a lo largo de 150000 kilómetros cuadrados (Gómez, Molina & Suárez, 2012, p. 81).

Las dinámicas productivas en esta zona del país, vale decir dinámicas capitalistas de producción, están directamente relacionadas con la evolución de la tenencia de la tierra<sup>14</sup>. No obstante, la noción, así como la práctica de privatizar la propiedad, fue en cierto sentido inserida en las dinámicas de los colonos ganaderos durante el siglo XIX, dado que la amplia sabana dedicada al levante bovino no era considerada *stricto sensu* una propiedad sino que correspondía a lo que se ha denominado aquí una producción espacial parcelaria libre pues las extensiones destinadas al pastar del ganado eran tierras comunales.

La privatización de la tierra fue efecto de la premura por legalizar baldíos, es decir que no se originó como una producción espacial. De esta premura surgió la formalización de hatos<sup>15</sup> y la Constitución de un mercado, aunque incipiente, de tierras (Gómez, et al., 2012, pp. 88 y ss.). En todo caso, este intento por movilizar tierras a través del mercado fue estatalmente incentivado a través de la entrega de baldíos como pago de documentos de deuda pública o de títulos de concesión, cosa que dinamizó la región oriental en varios sentidos: en el agrícola, pues se intensificó el cultivo de café y cacao, y en el social, debido a que las empresas de los colonos crecieron vertiginosamente.

### Espacialización del poder político y surgimiento de los antagonismos

Fue así que se configuró la tenencia de la tierra en las llanuras colombianas para el siglo XIX y con ella el desarrollo de sistemas de producción hacendatarios. A partir de esta configuración y desarrollo, surgieron formas de producción espacial hacendataria,

así como múltiples conflictos y contradicciones, que se intensificaron al verse involucrados los intereses de un triunvirato de actores: latifundistas, colonos e indígenas. Dicha configuración mantuvo sus rasgos principales durante décadas y solo se modificó con la promoción oficial de la agroindustria a finales del siglo XX, la cual buscaba expandir la frontera agrícola (Rodríguez, 2013).

Para el siglo XIX, la creciente extensión ganadera y de hatos formalizados como propiedad privada se expandió al punto de apropiarse de terrenos de paso y de estada temporal de grupos indígenas de la región<sup>16</sup>. La naturaleza de la ocupación indígena de estos terrenos, vale decir, su producción espacial parcelaria libre, derivada del costumbrismo nómada, propició el brote desordenado de enfrentamientos violentos no solo por la ocupación de la gran propiedad, sino debido a que, por ser terrenos dedicados a la ganadería, la forma de adecuarlos consistía en la quema de grandes porciones de tierra con el fin de eliminar especies de plantas no consumibles por el ganado y en cambio sembrar pastos, lo cual afectaba la pervivencia de los grupos indígenas, pues estos dependían de la cosecha y la caza estacional. Así, la expansión de hatos y formación de haciendas no encontró óbice legal alguno; tan solo la resistencia de indígenas y algunos pequeños colonos, sumado al reclamo por habitar dichos terrenos, frenaron la rápida expansión de la gran propiedad. Esto dio origen a prácticas conocidas como *cuivar* y *guahibiar*. Estos términos, referidos a los pueblos indígenas Cuivas y Guahibos, son formas de nombrar el método a través del que se logró la reducción y civilización de los "indios" luego de múltiples misiones eclesásticas fracasadas. La efectividad del método radicó en la utilización de una técnica infalible: la *caza de indios*.

La aquiescencia generalizada respecto de dicha práctica se asoció a la "guerra justa" y legítima, razón por la que persistió hasta finales del siglo XX. Entretanto, diversos flujos de población se dirigían hacia las llanuras orientales motivados por múltiples causas: el desplazamiento producto de la violencia en otras regiones y la huida de malhechores que encontraron en los llanos la libertad de la que el interior les privaba, organizándose de este modo en grupos bandoleros.

14 De acuerdo con estadísticas del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, para el año 2002, los índices de concentración de tierras en los departamentos de Meta, Arauca, Guaviare y Vichada fueron de 80.2, 71.7, 95.9 y 66.8, respectivamente (IGAC 2012, pp. 71 y ss.).

15 Antes que un concepto catastral, como lo es la hectárea o la fanegada, el hato refiere más exactamente a una determinada cantidad de cabezas de ganado (por lo general 1000), y solo implícitamente al terreno en el que pastan, sin que ello suponga propiedad sobre dicho espacio geográfico.

16 "La región de los Llanos Orientales alberga diversos grupos de la etnia o Familia Lingüística Guahibo, así como algunos grupos de la Familia Arawak (Píapoco y Achagua), de la familia Sáliva-Piaroa (Sálivas y Piaroas) y de la familia Chibcha (Yaruro-Pumé-, Betoyes y 'lunebos')" (Gómez, 1987, p. 194).

Estos grupos mutaron en las guerrillas liberales, las cuales tomaron parte durante la época de La Violencia y posteriormente abrieron paso a la consolidación de grupos guerrilleros, como el ELN y las FARC, los cuales lograron afianzar su presencia y dominio territorial hasta la actualidad debido a la enajenación de territorios que produjo la exploración y explotación petrolífera, es decir, producto de la producción espacial del capital. Así se recrudecieron conflictos que fraguaban desde mediados del siglo XX por doble vía: primera, el enfrentamiento entre las guerrillas y los grupos antisubversivos; segunda, la titulación de baldíos que, según la normatividad, solo podían adjudicarse a campesinos pero que, continuando el patrón establecido desde el siglo XIX, se mantuvieron bajo el dominio de latifundistas, que reconfiguraron, después de largos años, la propiedad territorial a causa de adaptaciones espaciales o planes de expansión de la frontera agrícola (Salinas, 2012, p. 180).

### El pacífico colombiano: Tumaco

Espacialmente Tumaco se significa como un municipio insular, costero, con una población en su mayoría conformada por comunidades indígenas y comunidades afrodescendientes. Su zona urbana se caracteriza por ser una ciudad-puerto por lo que promueve dinámicas de relacionamiento con la provincia de Esmeraldas —Ecuador—. A pesar de ser considerado como uno de los municipios con más altos índices de desempleo 72,1% en el año 2011 (Diócesis de Tumaco 2014), Tumaco se caracteriza por tener un alto flujo comercial.

Tumaco puede ser entendido desde su carácter ciudad-puerto o desde su construcción rural-veredal. Estas dos formas espaciales se encuentran en constante interacción, lo que ha generado un proceso interdependiente ciudad-región. De hecho, un análisis desde los lugares permite observar que las veredas —Tumaco es el municipio de Nariño con el mayor número de veredas de todo el departamento, con un total de 365 veredas, 15 concejos comunitarios y 12 cabildos indígenas— entablan una dinámica con la ciudad-puerto que se enmarca en un juego de dependencias, cuestión que se evidencia en las transformaciones socioespaciales de la ciudad como resultado de lo que ocurre en las veredas.

A pesar de su vocación comercial al ser puerto y de su cercana relación al pacífico ecuatoriano, su dependencia a las dinámicas de su zona rural y al

centralismo excesivamente dependiente de Bogotá, marcan gran parte del devenir de Tumaco como dispositivo de planeación, y como espacio social que se materializa como lugar.

### Producción de poder político y espacial

Aunque las consecuencias de la época de La Violencia fueron relativamente bajas con respecto a otras zonas del país. El sistema político del clientelismo (Leal Buitrago, 1990) se establece como la forma de adquirir legitimidades y mantener lealtades. En la historia del siglo XX del municipio se encuentra la denominada época del betismo. Hoffman (2010) señala que la época betista, que se enmarca entre los años 1960 y 1990, se encargó de consolidar el sistema clientelista y configurar una representación espacial para mantener las lealtades de los y las tumaqueñas.

Precisamente esta época, que conoció la hegemonía de la familia Escrucería, produjo un significado y sentido al municipio de Tumaco, al generar una estrategia identitaria del significado de ser tumaqueño. Esta estrategia identitaria impulsada por Samuel Escrucería, alias Beto, buscó:

Reivindicar la 'identidad' tumaqueña y a utilizarla como defensa contra los pastusos, que siempre son percibidos en el litoral como posibles agresores económicos o políticos, dominantes y arrogantes hacia un 'nosotros' que no se dice 'negros' sino 'tumaqueños', aunque valga para todo el litoral. De alguna manera, Beto es quien dio título de nobleza a los habitantes de la región, haciéndolos sentir autónomos y poderosos frente a 'los otros', de Pasto o Bogotá (Hoffman, 2010, p. 249).

Este poder de la familia Escrucería continuó hasta que el declive se produce principalmente por la condena y extradición por el delito de narcotráfico a 'Beto' ya que 'Betico', hijo de Samuel Escrucería, es incapaz de mantener y ampliar nuevas redes de lealtades clientelistas, especialmente en la ciudad; así el decrecimiento del poder betista se genera por el

inconformismo de la población urbana frente al abandono de la ciudad, movilizaciones populares, debilitamiento de las redes clientelistas con



Betico que no invierte tanto como su padre en las relaciones interpersonales, apertura de nuevos espacios políticos con las elecciones a alcaldes populares (Hoffman, 2010, p. 250).

Es evidente que la familia Escruce incrementó su poder al acercarse a las veredas del municipio, al invertir en ellas y al lograr efectivamente ejercer un poder gamonal, paternalista y clientelista (Hoffman, 2010).

La época betista no solo permitió el establecimiento del sistema político del clientelismo sino que además consolidó la conjunción de intereses políticos con los provenientes del narcotráfico. Esta conformación del espacio político evidencia la importancia del poder simbólico y tangible de la posesión y propiedad sobre la tierra, elementos esenciales para ejercer el poder clientelista, especialmente durante treinta años.

### La minería, la agroindustria y otros relatos del capitalismo en Tumaco

La primera experiencia conocida en la historia de Tumaco de producción o explotación minero-industrial fue la explotación de una gran mina de oro en el municipio; esta explotación comienza en el año 1920 y termina en el año 1951. En este caso, la producción espacial implantada fue de tipo extractivo y buscó fomentar el intercambio interno en los centros urbanos y capitales de Colombia. La transformación espacial fue evidente con la construcción de un ferrocarril que sirvió para transportar el oro hasta Pasto y que deja de existir en el año de 1951 con el inicio de la construcción de la carretera Pasto-Tumaco, que impuso de esta forma una nueva representación espacial impuesta desde el centro —Bogotá— (Casa de la memoria, 2016).

Históricamente las poblaciones asentadas en el territorio de Tumaco se han dedicado a la pesca; la siembra de coco, cacao, plátano, tagua, y en menor medida a la ganadería. Sin embargo, en la década de los años sesenta del siglo pasado se referencia la llegada de colonos que en busca de parcelas y nuevas tierras comienzan la compra de terrenos de comunidades afrodescendientes y de toma de baldíos. Con la llegada de los colonos también inicia la implantación de proyectos productivos que encierran la lógica capitalista del intercambio y posteriormente de la competencia, lógica inexistente hasta entonces ya que los cultivos eran de pan coger, lo que forjaba una economía autárquica. Un ejemplo de la llegada

de la lógica capitalista concomitante con la llegada de nuevos cultivos es la siembra de palma africana de aceite (Monterrosa, 2014).

La agroindustria palmicultora se fortalece a comienzos del siglo XXI cuando el gobierno de Uribe Vélez promueve la producción de palma africana de aceite por todo el país. En Tumaco se llegaron a cultivar 36000 hectáreas que significaron 10000 empleos directos para la región y una alta dependencia de la economía del municipio en este producto. A finales del año 2004 se comenzó a observar la existencia de una enfermedad en las palmas que podría el cogollo. Esta enfermedad devastó los cultivos de palma africana, lo que produjo un problema para la economía local desde el año 2008 y que hasta el año 2014 apenas se comenzaba a recuperar con la siembra de una nueva semilla híbrida (Monterrosa, 2014).

En el momento que se promueve la agroindustria de la palma, también comienzan las fumigaciones de cultivos ilícitos. Dado el alto número de fumigaciones realizadas en el departamento de Putumayo como consecuencia del Plan Colombia, el municipio de Tumaco resultó afectado debido al desplazamiento de productores cocaleros que se establecieron en su territorio y comenzaron a cultivarla. Esto generó una nueva transformación espacial ya que una vez insertadas las lógicas del intercambio y la competencia (del capital), los actores armados se consolidaron con el negocio de la coca e implantaron un nuevo orden social (Rico, 2010).

Actualmente existen formas de producción como la del cacao, que compiten con la palma y la coca; sin embargo, la alta rentabilidad de la coca en esta región, hace que el cacao o la palma sean productos de relativa importancia para la economía local de Tumaco (Rico, 2016).

### Tierra y violencia en Tumaco

La llegada de los colonos en la década de los años sesenta significó una transformación en la propiedad de la tierra debido a que, desde entonces, se comenzó un proceso de venta, parcelación y concentración de terrenos pertenecientes a miembros de comunidades afrodescendientes. Así comienza un proceso de resistencia de las comunidades afro, coadyuvado en las últimas décadas por la iglesia católica, para mantener sus tierras, para la recuperación de tierras ancestrales perdidas y para legalizar la ocupación histórica. Se observa que algunos afrodescendientes

han tenido que vender sus tierras debido a la presencia de grupos armados que, mediante amenazas, extorsiones o asesinatos, obligaban a los pobladores a venderlas mediante acciones ilegales o legales propias del mercado de tierras (Verdad Abierta, 2013).

Un hecho paradigmático de la lucha por la tierra y el reconocimiento ancestral sobre esta, es el librado por la Pastoral Social de la Diócesis de Tumaco y el Consejo Comunitario Acapa (Asociación de Consejos Comunitarios del Pacífico Caucaño y la Ensenada de Tumaco); de acuerdo a los parámetros constitucionales y los principios de la Ley 70 de 1993, más de 9000 afrodescendientes lograron la titulación colectiva de 120 mil hectáreas (Verdad Abierta, 2013).

A pesar de estos logros y reconocimientos legales sobre la propiedad colectiva de las tierras de las comunidades indígenas y afro, casi al mismo tiempo que se generaba esta ganancia jurídica, se producía la entrada de la agroindustria de la palma de aceite y de los cultivos de coca. Precisamente, el final de la década de los años noventa del siglo pasado significó para los pobladores de Tumaco el control de las veredas y del creciente negocio del narcotráfico por la presencia del Frente 29 de las FARC.

Lo anterior hizo que un sinnúmero de campesinos y comunidades afro destinaran parte de sus tierras al cultivo de la coca, mientras que las FARC controlaban la transformación e intercambio de este producto y sus derivados. La llegada del bloque paramilitar Libertadores del Sur en el año 2000 produjo un incremento en la violencia y disputa por el territorio (Verdad Abierta, 2011). Este bloque llega a Nariño y específicamente a Tumaco como estrategia de Carlos Castaño (máximo jefe de las Autodefensas Unidas de Colombia) de generar control en el sur del país y como petición de diversos actores políticos, económicos y militares:

La directriz obedecía no solo al interés de expandir el paramilitarismo al sur del país, sino también a la petición de palmicultores, comerciantes, terratenientes e industriales que buscaban contener los crímenes de las FARC y resolver de facto los conflictos por la tierra. Fue así como nació el bloque Libertadores del Sur (BLS), adscrito al bloque Central Bolívar (Flórez, 2014, p. 1).

La entrada de estos actores y su confrontación territorial ha generado dinámicas de despojo y abandono forzado en las distintas veredas de este municipio so-

bre el pacífico colombiano. De acuerdo a Restrepo y Bernal (2014) en el municipio se han presentado entre 1000 y 8000 posibles casos de despojo o abandono forzado, lo que ha generado que este municipio se encuentre entre los 78 municipios con más alta densidad de estos hechos relacionados con el conflicto armado.

Otra consecuencia del posicionamiento y enfrentamiento de estos actores armados en Tumaco ha sido los distintos asesinatos de líderes que estaban involucrados en procesos de reconocimiento de propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes que habitan estos territorios. Los casos más sonados son los de Yolanda Cerón y Felipe Landázuri. Estos hechos también han incrementado los casos de abandono, como en el caso del asesinato de Yolanda Cerón que produjo que diferentes pobladores tuvieran que abandonar sus tierras o recibieran amenazas en su contra (Flórez, 2014).

La desmovilización del bloque Libertadores del Sur en el año 2005 generó la retoma del territorio por parte de las FARC y la llegada de nuevos actores armados (viejos actores con nuevos nombres, como las BACRIM). Actualmente, la presencia de las FARC, especialmente de la columna móvil Daniel Aldana, se evidencia en el control de barrios de la ciudad-puerto y en la parte baja de los ríos del municipio; mientras que las BACRIM, especialmente los Rastrojos, han controlado la parte alta de los ríos casi llegando a la zona andina y algunos barrios del casco urbano. Es pertinente señalar que han existido olas de violencia propiciadas principalmente por reacomodaciones en el control territorial y por la llegada reciente de nuevos actores armados que disputan el suelo (Isacson, 2011).

A pesar de que solamente en el mes de diciembre de 2015 se registró el asesinato de 17 personas y que de enero a julio de 2016 se presentaron 73 asesinatos (Diócesis de Tumaco, 2016), Tumaco vive una aparente calma que se ha traducido en la tensa espera por los retos que propone el postacuerdo y en la presión de las FARC para que los campesinos cultivaran coca y entraran a hacer parte de los programas de apoyo de restitución de cultivos que se espera se establezcan como desarrollo de los acuerdos.

Como se puede observar, una de las complejidades que enfrenta Tumaco es la actual lucha territorial por parte de los actores armados que permanecerán



en la disputa por controlar la producción y comercialización de la cocaína; adicional a esta abierta confrontación se presentan las representaciones espaciales del Estado que actúa de igual forma que los actores armados ilegales: espacializa su actuar representando a Tumaco como un espacio de guerra y confrontación. Por ello el clamor generalizado de los tumaqueños es el de mayor inversión pública y acceso a recursos del Estado.

## CONCLUSIONES

El estudio de casos demostró que la producción espacial en Colombia se relaciona al modo de disputa sobre la tenencia de la tierra. Dicha tenencia, representada en dos modos de producción espacial: hacienda y parroquia, condicionó la espacialización del poder político en el marco de un modo de producción agrícola. Así pues, la introducción del sistema capitalista y la apertura de mercados al interior del país precisó de una intervención institucional centralizada, en buena medida incompatible con el modo de tenencia de la tierra, razón por la que la acción institucional tuvo que adaptar espacialmente el territorio para la producción capitalista.

Este mismo recurso de la adaptación espacial buscó contener el brote de conflictos sin lograrlo enteramente, debido a que la configuración del territorio corresponde con producciones espaciales dadas en el siglo XIX. Así entonces, en el marco del actual proceso de paz, la tenencia de la tierra pareciera debatirse una vez más entre una nueva adaptación espacial, es decir, una reforma agraria, y una producción espacial que genere condiciones sostenibles para la paz.

Sin dejar de lado la trascendental función de la adaptación económica, la cual avanza en dirección a un modelo de desarrollo rural agroindustrial, extractivo de libre mercado; la espacialidad de la gobernanza resaltada con ahínco en la propuesta gubernamental de la paz territorial, consolida las bases rectoras para que la presencia de las instituciones del Estado colombiano, generen todas las condiciones legales y de orden público para el desarrollo de una política rural "incluyente" capaz de reforzar la organización campesina por un lado, pero por el otro fortalecer el monocultivo y la extracción de recursos mineros a gran escala en espacios como Tumaco, Arauca y Cesar.

Así como en la producción del espacio social se entrecruzan el tiempo y el espacio, también se observa la existencia de múltiples lugares en los que violenta o pacíficamente se han instalado o localizado elementos que definen, significan y re-significan el espacio en su totalidad. Como se documentó en cada caso, más allá de la aplicación de un modelo de ordenamiento territorial homogéneo que responda a una concepción gubernamental representada en la definición de límites departamentales, municipales y territorios étnicos (resguardos indígenas o consejos comunitarios), la territorialidad hacendaria producida por el poder local de los terratenientes y la territorialidad armada consolidada por la incursión de los actores armados ilegales imposibilitó la concreción de los límites políticos reconocidos en la Constitución de 1991. ¿Cómo se produce el espacio gubernamental en el lenguaje de la paz institucional, cuando en los diferentes espacios la consolidación del modelo hacendaria y los efectos del conflicto armado han trasgredido el imaginario del Estado colombiano y sus instituciones en las diferentes regiones?

Esta pregunta lleva a problematizar los alcances integrales de la reforma agraria propuesta en el marco de las negociaciones de paz, la cual al centrarse en la adopción de mecanismos representativos a nivel electoral, como de un conjunto de medidas administrativas, dista de consolidar una producción espacial para la paz. Si bien y como se resaltó, en los últimos tiempos (2000-2016) las reformas agrarias han estado relacionadas de manera inherente con la política de víctimas, la aplicación de la normatividad en las regiones más afectadas por el conflicto armado ha sido compleja, debido a que la espacialización del poder político se enfrenta de manera antagónica con las diferentes espacializaciones de territorialidades diversas representadas en el sistema hacendaria y la dinámica de la guerra.

Este factor ha posibilitado la adaptabilidad espacial de una reforma agraria que sea capaz de garantizar el cumplimiento de los derechos individuales y colectivos de las víctimas, pero también que logre mantener el rumbo actual de la política económica colombiana, elemento central de esta discusión, cuya dirección a lo largo de la historia, si bien ha dependido de las reformas institucionales, no logra establecer una conexión integral con la historicidad de las regiones ni con sus dinámicas socioculturales.

Por estos motivos se proponen las siguientes razones para concatenar el análisis de este trabajo con los retos que se considera deben tenerse en cuenta para materializar una producción espacial para la paz:

- a. Una producción espacial para la paz debe trascender los mecanismos de adaptación administrativa para así producir espacio y no solamente adecuarlo. Para ello es necesario comprender las transformaciones y regularidades espaciales que han permanecido a lo largo del tiempo: del siglo XIX a las reformas del siglo XX y de este a la restitución de tierras propuesta en el siglo XXI, pues en el transcurrir de estos siglos, tal como se constató, la tenencia de la propiedad de la tierra fue inequitativa, e incluso se agravó por causa de múltiples despojos. Ante tal realidad, la propuesta de la restitución es, cuando menos, justa, pero también insuficiente, pues el retorno de los desplazados a la tierra que les fue despojada, incluso bajo la protección legal que algún acto administrativo les brinde, no deja de ser una adaptación espacial, ya que la producción espacial en la que se originaron las causas del conflicto mantiene la misma espacialización de las relaciones; esto es: los procesos históricos e identitarios que configuraron el territorio de tal o cual manera no serán modificados a través de los recursos convencionales que brinda la ley. De esto es prueba tanto el siglo XX como el hecho de que el sistemático despojo de tierras precisó de verdaderos ejércitos al margen de la ley y de un recrudecimiento del conflicto que un acto administrativo difícilmente podrá desarraigar de los territorios en donde tuvieron origen.
- b. La llamada paz territorial, así como la Reforma Rural Integral, contemplan mecanismos en su mayoría administrativos a través de los que, desde el siglo XX, se han tratado de priorizar los territorios más afectados por el conflicto con el fin de adoptar medidas que respondan a las necesidades y particularidades de cada uno. Esto está apoyado por la novedosa idea de una circunscripción especial, en todo caso temporal, para obtener el apoyo político que este tipo de medidas requiere. Sin embargo, en lo que atañe a la producción espacial para la paz, este conjunto de mecanismos no supera el umbral de la adaptación, entre otras cosas debido a que este enfoque territorial responde a dinámicas que tratan de distanciarse de la imposición de políticas en territorios en los que la presencia estatal ha sido precaria y en donde no hay experiencias de planeación, por lo cual la aplicación de este enfoque a la construcción de paz puede fácilmente quedar a la deriva.
- c. La producción espacial para la paz debe de muchas maneras superar los elementos limitados de la construcción de paz de los acuerdos ya que son tan solo oposición a la posible perpetuación de la guerra, lo cual de alguna manera quiere decir que estrategias de dotación identitaria a los espacios sociales, como la denominada identidad tumaqueña, al igual que esta paz, están vaciadas de contenido. Entonces, una característica elemental de la producción espacial para la paz debe ser la generación de identidades, arraigo y cultura desde abajo, desde el marginado y desposeído, para que se logre la apropiación y significación social del espacio, y se puedan realmente generar procesos participativos y locales.
- d. La producción espacial para la paz se constituye entonces como un reto para la construcción de paz de cara al postacuerdo porque ha de partir de las dinámicas humanas enraizadas en los territorios, es decir las significaciones otorgadas a los espacios a través de diversas construcciones discursivas, las cuales determinaron la configuración territorial junto con múltiples prácticas de gobernanza que dieron lugar a una tipología de territorios en donde pueden hallarse rastros de imposiciones institucionales, campos hegemónicos y dispositivos de planeación que se alzan en espacios sociales constituidos generalmente en zonas de frontera en las que se yuxtaponen diversas espacialidades, o de otro modo dicho: donde hay múltiples heterotopías.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Augé, M. (1995). *Los "no lugares" Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*. España: Gedisa.
- Banco Mundial. (2016) *Índice de Gini*. Recuperado el día 15 de julio de 2016 de <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>
- Barnes, S. (2001). The contribution of democracy to rebuilding postconflict societies. *The American Journal of International Law*, 95(1), 86-101.
- Barrera, V. (2014). Las vicisitudes de la integración. Trayectorias de desarrollo y conflicto armado en el Cesar. En: Odecofi-Cinep. *Territorio y conflicto en la Costa Caribe*. (pp. 227-231) Bogotá: Cinep.
- Berry, A. (2000). Has Colombia Finally Found an Agrarian Reform That Works? Contribución presentada en la Conferencia *Egalitarian Development in the Era of Globalization*. Massachusetts, Estados Unidos.
- Borja, M. (1996). *Estado, sociedad y ordenamiento territorial*. Bogotá: IEPRI y CEREC.
- Borja, M., & Nieto, M. (2005). *El gobierno en Colombia. Territorio y cultura*. Bogotá: ESAP.
- Cammatt, M., & Malesky, E. (2012). Power sharing in postconflict societies: Implications for peace and governance. *The Journal of Conflict Resolution*, 56(6), 982-1016.
- Casa de la Memoria. (2016). El ferrocarril, un deseo de modernidad y progreso (Exposición). Casa de la memoria, Tumaco, Colombia.
- Collier, P. (1999). On the economic consequences of civil war. *Oxford Economic papers*, 51(1), 168-183.
- Collier, P. (2003). The market for civil war. *Foreign Policy*, 136, 38-45.
- Collier, P. (2005). Resource rents, governance, and conflict. *The Journal of Conflict Resolution*, 49(4), 625-633.
- D Certeau, M. (2000). Introducción. En *La invención de lo cotidiano. Artes de hacer*. (pp. XLI - XLVIII). México: Universidad Iberoamericana-Instituto tecnológico y de estudios superiores de Occidente.
- Diócesis de Tumaco. (2014). ¡Que nadie diga que no pasa nada! Una mirada desde la región del pacífico nariñense. *Balance* (4). Recuperado el día 20 de julio de 2016 de <http://casamemoriatumaco.org/documentos/>
- Diócesis de Tumaco. (2016). *Comunicado sobre la situación de Derechos Humanos en Tumaco*. Recuperado el día 10 de agosto de 2016 de [http://media.wix.com/ugd/3b53dd\\_5033dc3fa7cb4c55a93c940d8a350d08.pdf](http://media.wix.com/ugd/3b53dd_5033dc3fa7cb4c55a93c940d8a350d08.pdf)
- Englebert, P. & Tull, D. (2008). Postconflict reconstruction in Africa: Flawed ideas about failed states. *International Security*, 32(4), 106-139.
- Fedepalma (2014). *Comunicado de prensa: Palmicultores de Tumaco urgen respaldo decisivo del Gobierno para avanzar en su reactivación económica*. Recuperado el día 9 de septiembre de 2016 de <http://web.fedepalma.org/node/686>
- Fernandes, B. (2009) 'Sobre a Tipologia de Territórios em M.A. Saquet and E.S. Spósito. *Territórios e Territorialidade: teorias, processos e conflitos* (pp. 197-216). São Paulo: Expressão Popular.
- Flores, T., & Nooruddin, I. (2009). Democracy under the gun: Understanding postconflict economic recovery. *The Journal of Conflict Resolution*, 53(1), 3-29.
- Foucault, M. "Of Other Spaces," *Diacritics* 16 (Spring 1986), 22-27.
- Flores, T., & Nooruddin, I. (2012). The effect of elections on postconflict peace and reconstruction. *The Journal of Politics*, 74(2), 558-570.
- Flórez, M. (2014). Radiografía de los 'paras' en Nariño. *El Espectador*. Recuperado el día 14 de noviembre de 2016 <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/radiografia-de-los-paras-narino-articulo-521119>
- Gómez, B. (2011). La tenencia de la tierra y la reforma agraria en Colombia. *Verba Iuris*, 63-83.
- Gómez, A. Molina, N., & Suárez, C. (2012). Vichada: éxodo y etnocidio indígena; el avance de la ganadería extensiva y de la colonización. *Maguaré*, 26(1); 15-121.
- Gómez A. (1987). *Llanos orientales: colonización y conflictos interétnicos 1870-1970*. (Tesis de, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales).
- Guillén F. (2008 [1979]). *El poder político en Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Gutiérrez, L. (2012) Conflictos sociales y violencia en el departamento del Cesar, Colombia. *Revista colombiana de sociología*. 35(1) 17-39.



- Harvey, D. (2011). Identidades cartográficas: los conocimientos geográficos bajo la globalización. *Espacios del capital. Hacia una geografía crítica*. Madrid: Akal.
- Harvey, D. (2014). *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Quito: Instituto de altos estudios nacionales del Ecuador.
- Hirschman, A. (2013). La tenencia de la tierra y la reforma agraria en Colombia. Empleo de las armas fiscales. *Revista de economía institucional*, 15(28); 351-360.
- Holguín, G. (2011). *Contexto minero en el departamento del Cesar. Estado actual y proyecciones*. Bogotá: Pensamiento y Acción Social.
- Hoffmann, O. (1999). Identidades locales, identidades negras: la conformación del campo político en Tumaco (1950-1998). En M. Agier, M. Alvarez, O. Hoffmann, E. Restrepo. Tumaco: haciendo ciudad. Historia, identidad y cultura, (pp. 245-276). Bogotá: ICAN-IRD-UNIVALLE.
- Instituto Geográfico Agustín Codazzi-IGAC. (2012). *Atlas de la distribución de la propiedad rural en Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Isacson, A. (2011). *En la convulsionada Tumaco, pocos avances*. Recuperado el el día 20 de octubre de 2016 <http://ccai-colombia.org/2011/06/09/en-la-convulsionada-tumaco-pocos-avances-2/>
- Kalmanovitz, S. (1983). *El desarrollo tardío del capitalismo. Un enfoque crítico de la teoría de la dependencia*. Bogotá: Siglo XXI editores.
- Kalmanovitz, S. (2003). *Economía y nación. Una breve historia de Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.
- Lefebvre, H. (1991). *The production of space*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Lefebvre, H. (2004). *Rhythmanalysis*. Nueva York: Continuum.
- Machado, A. (2009). *Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia. De la colonia a la creación del frente nacional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Maycroft, N. 2010. Understanding Henri Lefebvre: Theory and the Possible. *Capital & Class* 29, 170-174.
- Mellafe, R. (1969). Frontera agraria: El caso del Virreinato peruano en el siglo XVI. En A. Jara (Ed.) *Tierras nuevas* (pp. 10-42). México: Colegio de México.
- Mendeloff, D. (2004). Truth-seeking, truth-telling, and postconflict peacebuilding: Curb the Enthusiasm? *International Studies Review*, 6(3), 355-380.
- Monterrosa, H. (24 de Marzo de 2014). Tumaco recuperará área palmera que arrasó la plaga de la PC. *Portafolio*. Recuperado el día 23 de octubre de 2016 de <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/tumaco-recuperara-area-palmera-arraso-plaga-pc-64606>
- North, D. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pizarro, E. (1991). Elementos para una sociología de la guerrilla. *Análisis Político*, (12), 4-23.
- PNUD. (2010). *Cesar: Análisis de la conflictividad*. Bogotá: Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo
- Restrepo, J. & Bernal, A. (2014), *La cuestión agraria. Tierra y posconflicto en Colombia*, Bogotá, Debate.
- Revista Semana. (2010). El acceso a la tierra ha sido el eje del conflicto armado. *Revista Semana*. Recuperado el 25 de Noviembre de <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-acceso-tierra-ha-sido-eje-del-conflicto-armado/125048-3>
- Rettberg, A. (2003). Diseñar el futuro: una revisión de los dilemas de la construcción de paz para el posacuerdo. *Revista Estudios Sociales*, (15), 15-28.
- Richani, N. (2012). The agrarian rentier political economy: land concentration and food insecurity in Colombia. *Latin American Research Review*, 47(3), 51-78.
- Rico, D. (2016). *Cuestionando el mito de la rentabilidad cocalera*. Recuperado el 30 de Marzo de 2017 de <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1307>
- Rico, L. (2010). En Tumaco, ni la palma crece ni la coca se marchita. *La silla Vacía*. Recuperado el 13 de Abril de 2016 <http://lasillavacia.com/historia/9717>



- Rodríguez, I. (2013). Despojos, baldíos y conflicto armado en Puerto Gaitán y Mapiríán (Meta, Colombia) entre 1980 y 2010. *Estudios socio-jurídicos*, 16(1), 315-342.
- Rosberry, W. (1994). Hegemonía y lenguaje contencioso. En: J., G. & N. D. (Eds.). (1994). *Aspectos cotidianos de la formación del Estado*. (PP. 213-227.)México: Era.
- Salinas Y. (2012). El caso de Colombia. En: F. Soto Baquero, & S. Gómez (Eds.) *Dinámicas del mercado de la tierra en América Latina y el Caribe: concentración y extranjerización*. (pp.179-208). Roma: FAO
- Shields, R. (1991). *Places on the Margin. Alternative geographies of modernity*. Londres: Routledge.
- Shields, R. (1999). The production of space. En R. Shields (Ed.) *Lefebvre, love & struggle. Spatial dialectics*. (pp. 141-185). Nueva York: Routledge.
- Shields, R. (2006). Virtualities. *Theory, culture and society*, (23), 284-286.
- Shields, R. (2013). *Spatial questions: Cultural topologies and social spatialisations*. Londres: Sage.
- Shields, R. (1997). Flow as a new paradigm. *Space and Culture*, 1, 1-7. <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/120633129700100101>
- Shields, R. & Van Loon, J. (2002). The Virtual and Everyday Spaces in Geographical Discourse. Conference: *Spaces of Discourse in Human Geography*. Asociación Americana de Geógrafos. Los Angeles: Estados Unidos.
- Thomson, F. (2011). The agrarian question and violence in Colombia: conflict and development. *Journal of Agrarian Change*, 11(3); 321-356. Manizales: Universidad Autónoma de Manizales
- Verdad Abierta. (2011). Yolanda Cerón, religiosa de Nariño. *Verdad Abierta*. Recuperado el día 13 de octubre de 2016 de <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/229-perfiles/1769-yolandaceron-religiosa-de-narino>
- Verdad Abierta. (2013). Tumaco tiene sitio para la memoria. *Verdad Abierta*. Recuperado el día 16 de octubre de 2016 de <http://www.verdadabierta.com/victimas-seccion/los-resistentes/5370-tumaco-tiene-sitio-para-la-memoria>

Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2016

Fecha de evaluación: 18 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Participación ciudadana en contexto: tendencias y modelos de juicios con jurados en clave sociojurídica\*

*Santiago Abel Amietta\*\**

## Citar este artículo:

Amietta, S. (2017). Participación ciudadana en contexto: tendencias y modelos de juicios con jurados en clave sociojurídica. *Via Iuris*, 22, pp. 149-164.

## RESUMEN

La incorporación de ciudadanos legos —es decir, aquellos sin educación especializada en derecho— a la decisión de causas judiciales ha sido tradicionalmente considerada como un elemento extraño a la cultura jurídica y los sistemas de justicia latinoamericanos. Desde hace ya algunas décadas, sin embargo, la realidad de nuestros tribunales ha comenzado a poner en cuestión ese supuesto, en particular en el ámbito de la justicia penal. Una porción importante de los países de la región ha introducido experiencias de participación lego, en busca de decisiones más sólidamente legitimadas ante la ciudadanía y de sistemas de justicia más democráticos, tal como prometen la investigación comparada y el activismo projurado. Este artículo propone una introducción al panorama actual de sistemas de participación lego, con énfasis en las posibilidades que nuevas experiencias abren para la investigación sociojurídica. Luego de presentarse una tipología de modelos de participación lego en la justicia, se discute la tendencia actual a la simultánea contracción y expansión del uso del jurado en distintas regiones del mundo, y se repasan algunos de los sistemas vigentes en la actualidad en países latinoamericanos.

\* Este artículo es resultado del proyecto de investigación *Ciudadanía y justicia penal: jurados populares en las provincias de Argentina. Análisis comparativo (2015-2018)*, financiado por 'Becas A' de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Nación (SECYT). Equipo de Investigación sobre Jurados del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

\*\* Lecturer en Teoría Criminológica (Middlesex University, Londres). Doctor en Criminología (University of Manchester), Magíster en Sociología Jurídica (IISJ Oñati). Correos electrónicos: [santiagoamietta@gmail.com](mailto:santiagoamietta@gmail.com), [s.amietta@mdx.ac.uk](mailto:s.amietta@mdx.ac.uk)

## Palabras clave

América Latina, democratización, jurado, justicia penal, participación lego, sociología jurídica.



## Citizen participation in context: trends and models of jury trials in social and legal situation key

*Santiago Abel Amietta*

### ABSTRACT

The incorporation of lay citizens - that is to say, those without specialized education in law- to the decision of court cases has traditionally been regarded as a foreign element to the legal culture and Latin American justice systems. Over the past few decades, however, the reality of our courts has begun to question that assumption, in particular in the field of criminal justice. A significant portion of the region countries has introduced experiences of lay participation, in the search of more solidly legitimated decisions before the citizenship and more democratic justice systems, such as the comparative research promises and projured activism. This article proposes an introduction to the current panorama of lay participation systems, with an emphasis on the possibilities that new experiences and legal research open. After presenting a typology of lay participation models in justice, there is discussion on the current trend to the simultaneous contraction and expansion of the jury use in various regions of the world, and reviews some of the existing systems in Latin American countries now.

### Keywords

Latin America, democratization, jury, criminal justice, lay participation, law sociology.

## Participação cidadã no contexto: tendências e modelos de julgamentos com juris em chave sociojurídica

*Santiago Abel Amietta*

### RESUMO

A incorporação de cidadãos leigos- ou seja, aqueles que não têm educação especializada em direito – para a decisão de causas judiciais tem sido tradicionalmente considerado como um elemento estrangeiro para a cultura e os sistemas de justiça legais latino-americanos. Por algumas décadas, no entanto, a realidade dos nossos tribunais começou a questionar essa suposição, particularmente na área da justiça criminal. Uma parte significativa dos países da região introduziu experiências de participação de cidadãos leigos, em busca de decisões mais solidamente legitimadas perante os cidadãos e de sistemas de justiça mais democráticos, como prometem pesquisas comparativas e ativismo proativo. Este artigo propõe uma introdução à paisagem atual dos sistemas de participação cidadãos leigos, com ênfase nas possibilidades que as novas experiências abrem para pesquisas sociojurídicas. Depois de apresentar uma tipologia de modelos de participação legal na justiça, discute-se a tendência atual à simultânea contração e expansão do uso do júri em diferentes regiões do mundo, e examinam-se alguns dos sistemas atuais nos países latino-americanos.

### Palavras-chave

América Latina, democratização, júri, justiça criminal, participação cidadãos leigos, sociologia jurídica.



## La participation citoyenne en contexte: tendances et modèles de jugements avec des jurys clé sociojuridique

*Santiago Abel Amietta*

### RÉSUMÉ

L'incorporation des citoyens laïcs - c'est-à-dire ceux qui n'ont pas d'éducation spécialisée en droit - à la décision des causes judiciaires a été traditionnellement considérée comme élément étranger à la culture juridique et aux systèmes judiciaires latino-américains. Cependant, depuis quelques décennies, la réalité de nos tribunaux a commencé à remettre en question cette hypothèse, en particulier dans le domaine de la justice pénale. Une partie importante des pays de la région ont introduit des expériences de participation légale, à la recherche de décisions plus solidement légitimes devant les citoyens et de systèmes de justice plus démocratiques, comme promis par la recherche comparative et l'activisme pro-actif. Cet article propose une introduction au paysage actuel des systèmes de participation légale, en mettant l'accent sur les possibilités que de nouvelles expériences ouvrent à la recherche sociojuridique. Après avoir présenté une typologie des modèles de participation juridique à la justice, la tendance actuelle à la contraction simultanée et à l'expansion de l'utilisation du jury dans différentes régions du monde est discutée, et certains des systèmes actuels dans les pays latino-américains sont passés en revue.

### Mots-clés

Amérique latine, démocratisation, jury, justice pénale, participation juridique, sociologie juridique.

## INTRODUCCIÓN

El juicio por jurados y otras formas de participación de ciudadanos sin formación jurídica en la administración de justicia han sido señalados habitualmente como extraños a las tradiciones legales y a la cultura jurídica latinoamericanas<sup>1</sup>. Sin embargo, la participación ciudadana en la decisión de procesos judiciales goza de una presencia considerable en los ordenamientos jurídicos de América Latina y de una menor pero creciente aplicación práctica. Ese crecimiento ha sido impulsado en las últimas décadas por el afán de introducir instituciones capaces de contribuir al robustecimiento de nuestras democracias a través del incremento de la participación ciudadana. Se ha buscado asimismo que estas instituciones contribuyan a la recuperación de la legitimidad de la administración de justicia y de las instituciones estatales en general, efectos que han sido ampliamente discutidos en la investigación sociojurídica comparada (Allen 1977, Diamond 1993, Vidmar 2000, Gastil & Weiser 2006, Ivković 2003, Machura 2003 y 2007, Gastil et ál., 2008, 2010, 2012; Bergoglio 2011).

El caso argentino presenta en tal sentido los elementos que han caracterizado a los vaivenes de la participación ciudadana en la justicia en la región. El jurado, nombrado en los documentos de cuanto intento de institucionalizar el país en las primeras décadas del siglo XIX (Cavallero & Hendler, 1988), aparece en forma explícita en tres artículos de la Constitución Nacional desde su primera versión en 1853<sup>2</sup>. No fue, sin embargo, sino hasta casi un siglo y medio más tarde, en 1998, que el primer juicio con participación de personas legas tuvo lugar en el país, en la provincial de Córdoba —en lo que fue la consecución de un proceso en el que los discursos

de democratización de la justicia y la legitimidad del poder judicial estuvieron a la orden del día (Amietta, 2016). Este artículo se propone ubicar al lector en el panorama de la participación de personas legas en la decisión de procesos judiciales penales, con el fin de brindar herramientas para pensar la reciente experiencia argentina en contexto, e invitar a similares reflexiones a nivel regional.

## METODOLOGÍA

El capítulo se divide en tres secciones. En primer lugar, se presenta una tipología de modelos de participación legas en la justicia. Esta tipología no debe entenderse como un acabado catálogo —histórico o contemporáneo— de sistemas de participación, sino más bien como una herramienta heurística para pensar estos sistemas desde sus similitudes y diferencias y discutir sus aportes. Con esas herramientas en mente, en una segunda sección se expondrán las tendencias que actualmente siguen las instituciones de participación legas en el mundo, a fin de situar las experiencias latinoamericanas en el contexto global. Aquí se discutirán los procesos histórico-políticos que han sido considerados determinantes en la difusión de la institución y su influencia en la región. Finalmente, se describirá la trayectoria y situación actual de los sistemas de participación legas en la administración de justicia en países latinoamericanos.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Una tipología de participación legas en la justicia

Los mecanismos de introducción de personas sin formación jurídica en la decisión de causas judiciales varían en una serie de aspectos en su diseño institucional: número de integrantes del tribunal, proporción y funciones de legos y letrados, designación y permanencia en el cargo son algunas de las dimensiones que han generado investigación empírica y discusión teórica en sociología y psicología jurídicas (Diamond & Rose 2005; Hans 2008). Resulta útil, entonces, comenzar la discusión presentando una tipología de sistemas de participación legas que nos ayude a pensar este tipo de experiencias y sus implicancias. Tal vez la distinción más discutida en la investigación comparada, y la primera en venir a la mente del lector educado en derecho, sea la que ubica el ámbito de competencia material de los tribunales integrados con personas legas —es decir, entre los sistemas herederos del clásico jurado de la justicia penal y aquellos de

1 En el presente artículo se utilizan las expresiones “participación legas en la justicia” y similares a modo de género, incluyendo todo medio de adjudicación judicial en que participen en el rol de decisores ciudadanos sin formación jurídica especializada —se sigue aquí la definición de Valerie Hans (2003 p 83)—. Cuando más precisiones se hacen necesarias, se recurre a terminología específica (juicio por jurados, asesores legos, tribunales mixtos, etc.).

2 Artículo 24: “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados”; Art. 75, inc. 12 (Art. 67, inc. 11 en el articulado original de 1853). “Corresponde al Congreso [...] dictar las leyes generales [...] que requiera el establecimiento del juicio por jurados”; Artículo 118 (Artículo 102 en el texto original de 1853): “Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución”.



otras ramas de la administración de justicia, incluido el jurado civil pero también los de otras áreas del derecho privado (juzgados de familia o laborales) o público (cortes administrativas integradas con personas legas)<sup>3</sup>. En la tipología que se presenta en esta sección, esa distinción permanecerá en un segundo plano y, en sintonía con la orientación sociojurídica del artículo, se presentarán los modelos de participación lega clasificados conforme a otros criterios como composición de los tribunales, funciones de los miembros legos y duración de los mismos en su cargo.

Seguiremos en esta sección como fuente principal el trabajo de Jackson y Kovalev (2006), que clasifica los modelos de participación lega en la justicia a partir de los sistemas vigentes en países miembros del Consejo de Europa. Si bien este tiene esa limitación de orden geográfico, comparte mi intención de presentar —a modo de tipos ideales weberianos— una tipología que ilustre puntos en común y orígenes compartidos, pero también las múltiples variaciones que el proceso global-local de incorporación de personas legas en la justicia implica, y las innovaciones a las que da lugar<sup>4</sup>. A lo largo de esta tipología se introducirá además la situación de las jóvenes experiencias argentinas.

El primer modelo de participación lega que presentan Jackson y Kovalev (2006) corresponde a sistemas basados en el clásico modelo del jurado angloamericano del Common Law. Aquí el panel de decisores se compone exclusivamente de personas legas, quienes generalmente se limitan a decidir la culpabilidad o inocencia de las personas traídas a juicio luego de deliberar en forma secreta y votar. La unanimidad suele exigirse, especialmente para veredictos condenatorios y cuando estos revisten particular gravedad —decisiones que pudieran derivar en condenas prolongadas de prisión o de pena capital—. Un juez profesional, en tanto, se encarga de imponer la pena

y de una serie de otras funciones como presidir el debate, decidir la admisibilidad de las pruebas ofrecidas o dar a los jurados instrucciones acerca de la evaluación de la prueba antes de la deliberación (Hans, 2008, pp. 278-279). Diseminado principalmente en etapas específicas de la empresa colonizadora del Imperio Británico (Scott 2005), este es el sistema que prevalece en estados miembros de la Mancomunidad de Naciones y en los Estados Unidos (Vidmar, 2000)<sup>5</sup>. Fuertemente identificado con estos sistemas en la cultura popular, se lo encuentra también en Europa Continental, en países como Austria, Bélgica, Dinamarca o España (Jackson & Kovalev 2006, p. 95). Luego de más de una década de tribunales mixtos en Córdoba, los sistemas introducidos recientemente se han orientado hacia este modelo. Tal es el caso de la provincia de Neuquén, que reformó su Código de Procedimiento Penal en 2011 para introducir un jurado de doce miembros según el modelo inglés<sup>6</sup>, y de Buenos Aires, que hizo lo propio en 2013<sup>7</sup>. La provincia de Chubut aprobó un sistema similar, que aún aguarda su implementación<sup>8</sup>.

Los siguientes tres modelos de participación lega —que llamaremos, con Jackson y Kovalev, modelos Alemán, Francés y del *Asesor Experto*— comprenden lo que la literatura comparada ha denominado *tribunales mixtos* o *jurados mixtos*, en los que la responsabilidad de la decisión de los casos es compartida por personas legas y jueces profesionales. Habitualmente ligados a la tradición europea continental, estos modelos han inspirado la mayoría de los sistemas de participación lega más recientes, que han marcado una tendencia

3 Al igual que todos los sistemas en vigencia en Latinoamérica que se repasan más abajo, la experiencia argentina se limita a la fecha, a la justicia penal. Stefan Voigt (2008) afirma, en las conclusiones de su estudio comparativo de más de 80 países, que la utilización de personas legas exclusivamente en este ámbito es la tendencia imperante a nivel global (p. 16).

4 Los lectores interesados en estudios que, con ambiciones de exhaustividad más que clasificatorias, revisen la presencia y características de sistemas de participación lega en todo el mundo, encontrarán que el trabajo más exhaustivo publicado a la fecha —si bien algo desactualizado— es el volumen editado por Neil Vidmar (2000). Valerie Hans (2003; 2008) ha aportado interesantes introducciones al estudio comparado de sistemas de participación lega, un estilo de investigación que ha florecido en las últimas décadas acompañando la difusión global de estas innovaciones institucionales.

5 Es interesante señalar que Voigt (2008) indica que el mejor predictor de la aplicación del jurado puro en un país no es la pertenencia al Imperio Británico sino el uso mayoritario de la lengua inglesa. Si bien el dato parece resultar anecdótico (y posiblemente discutible), indica la importancia de la cuestión étnico-lingüística (relevante en Latinoamérica) al momento de pensar la introducción de sistemas de participación lega. El mismo estudio señala que la presencia de alta fragmentación en estos sentidos es un predictor de la ausencia de participación lega en los sistemas oficiales de justicia.

6 Ley Provincial 2784 de reforma del Código de Procedimiento Penal, disponible en <http://www.legislaturaneuquen.gov.ar/LegislaturaCodigoProcPenal/LEY2784.pdf>. La provincia celebró su primer juicio con jurados populares en 2014 (ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-244125-2014-04-15.html>).

7 Ley Provincial 14543, disponible en <http://www.casi.com.ar/sites/default/files/LEY%2014543.pdf>. El sistema entró en vigencia en 2014 y el primer juicio se celebró en 2015 (ver <http://www.lanacion.com.ar/1775691-no-culpable-el-veredicto-del-primero-juicio-por-jurados-en-buenos-aires>).

8 Ley Provincial 5478 de reforma del Código de Procedimiento Penal, disponible en <http://nev.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/output.pdf>. La puesta en práctica del juicio por jurados en Chubut requiere de la reglamentación de las disposiciones del código, la cual se encuentra pendiente.

conservadora de los legisladores contemporáneos al momento de delegar en la ciudadanía parte del poder de decidir (Park, 2010). Los miembros legos del tribunal se denominan aquí asesores *legos* o *jueces legos*.

Basado en el *Schöff*en de la justicia penal alemana, el modelo alemán es un tribunal mixto compuesto usualmente por un juez y dos asesores legos. Encuentra sus raíces en sistemas eminentemente legos de administración de justicia en los pueblos germánicos de la edad media y su configuración contemporánea en la legislación del Reino de Hanover, posterior a la fallida Revolución de 1848 (Casper & Zeisel 1972, pp. 138 y ss.). Este modelo está muy difundido en países del este y norte de Europa (desde Noruega y Suecia a la República Checa, Austria y Polonia) y en los Balcanes. El modelo alemán fue también la fuente de inspiración del diseño del primer tribunal mixto de Argentina en la Provincia de Córdoba, en 1991, que se llamó *jurado escabino* o *escabinado* y se puso en práctica recién en 1998. El sistema tuvo en Córdoba la particularidad de carecer de lo que Jackson y Kovalev (2006) identifican como una característica general de este modelo: el número de personas legas excede, usualmente en uno, al de jueces (p. 97). En el jurado escabino de Córdoba el balance se invirtió y se puso a decidir a tres jueces junto a dos legos (Ferrer & Grundy 2003). Otra diferencia de peso reside en la forma y duración de la designación de las personas legas. Mientras que en el *Schöff*en alemán los asesores legos son nombrados miembros del tribunal y prestan servicio por un período de tiempo determinado (Machura, 2001; 2007), los escabinos cordobeses son llamados para decidir solamente un caso.

El modelo francés, también un tribunal de carácter mixto, se basa en la *cour d'assises* francesa, Jackson y Kovalev lo describen como un híbrido entre el clásico jurado inglés y el modelo alemán. Utilizado en Bélgica y en antiguas colonias francesas (desde Senegal a la Polinesia francesa), la diferencia más significativa con el *Schöff*en reside en la proporción de legos y jueces: desequilibrio en favor de las personas sin formación jurídica es aquí mucho mayor; al día de hoy el tribunal francés se compone de tres jueces y nueve legos en primera instancia, y en apelación (donde el tribunal puede realizar una completa revisión del caso) el número de legos aumenta a doce (Hans, 2008, p. 279). A diferencia del sistema alemán, los legos no son aquí nombrados miembros del tribunal, pero usualmente deliberan con los jueces y votan luego en forma secreta (Jackson & Kovalev, 2006, p. 98). En Argentina, el segundo sistema que implementó la

provincia de Córdoba en 2004, presenta la mayoría de los rasgos de este modelo. El tribunal se compone de dos jueces técnicos y ocho jurados, que deciden las causas por mayoría, y un tercer juez que dirige el debate y vota solo en caso de empate. Luego de deliberar, cada miembro del tribunal vota en forma individual por la existencia o no del hecho, y por la culpabilidad o inocencia de los imputados. En caso de condena, solo los jueces técnicos deciden la calificación legal del hecho y la pena que se aplicará<sup>9</sup>. El diseño retiene también algunas particularidades del modelo alemán e incluye elementos propios —por ejemplo, los votos de cada uno de los integrantes son públicos, y el presidente del tribunal tiene a su cargo no solo desempatar sino también fundamentar por escrito el voto de los jurados que disientan con ambos jueces técnicos (Ferrer & Grundy, 2005)—.

Valerie Hans (2008), en su reseña global de sistemas de participación lega en la justicia, define el cuarto modelo de la tipología presentada como el tribunal en el cual “miembros de la comunidad con experiencia y conocimientos considerados relevantes para un caso lo resuelven junto a uno o más jueces con formación jurídica” (p. 279); Jackson y Kovalev (2006) llaman a este tipo de sistema Tribunal Colaborativo del Asesor Experto. Si bien las raíces de este modelo se encuentran, según Vidmar (2000), en los jurados especiales designados en Inglaterra y las colonias británicas para casos penales entre los siglos XVII y XIX —donde las calificaciones eran socioeconómicas y estaban ligadas a la propiedad de tierras— en la actualidad se utiliza en otras áreas del derecho (como tribunales administrativos o laborales) y se lo puede encontrar en países europeos como Croacia, Francia y Alemania (Jackson & Kovalev 2006)<sup>10</sup>.

9 Ley Provincial 9182, Artículos 4, 18, 29, 37, 41, 43 y 44.

10 Resulta interesante mencionar que, si bien es atípico en los sistemas contemporáneos y cayó en desuso en Inglaterra hace más de un siglo, este tipo de sistema de participación lega “experta” parecía estar en los planes de quienes fueran ideólogos de la introducción del jurado en Córdoba. En 1987, durante la Convención Constituyente para la reforma de la Constitución de la Provincia que daría luego lugar al sistema escabino, José Ignacio Cafferata Nores, en representación del partido mayoritario y respondiendo a dudas de otros convencionales sobre la aptitud de las personas legas para decidir casos judiciales, afirmó:

“hemos pensado por ejemplo en tribunales de menores o de familia que podrán componerse a la par de los jueces de carrera, con pedagogos o psicólogos, o bien en la integración mediante especialistas, o simples ciudadanos, cuando los tribunales penales deban, por ejemplo, deslindar los límites entre lo que puede ser artístico y lo que puede ser obsceno cuya exhibición pública es penada por la ley” (Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente, Tomo I, pp. 858-865, citado por Ferrer & Grundy 2005, p. 83).



Finalmente, la justicia penal de países como Inglaterra y Gales, Escocia o Francia, utiliza los llamados magistrados legos (*lay magistrates*), un modelo que Jackson y Kovalev (2006) denominan del juez lego puro. Este sistema implica la participación exclusiva de personas legas, normalmente llamados magistrados, para la decisión de casos de importancia relativamente menor, sin la presencia en la audiencia y deliberación de ningún juez con formación jurídica especializada (p. 99)<sup>11</sup>. Si bien en su descripción este modelo resulta extraño al funcionamiento de las cortes de justicia penal latinoamericanas, nuestros jueces de paz son a veces citados como ejemplo de esta forma de ejercicio de la judicatura, por parte de personas legas en conflictos de índole menor (Voigt, 2008, p. 5). Hecha esta reseña de los modelos de participación lega, la siguiente sección traza un bosquejo del panorama contemporáneo de este tipo de mecanismos y de las circunstancias histórico-políticas que determinaron su difusión, con énfasis en la actual —y aparentemente paradójica— tendencia a la simultánea contracción de algunas formas de participación lega y la expansión de otras.

### Sistemas de participación lega en la actualidad: época de cambios entre contracción y expansión

La utilización de personas legas como decisoras en sistemas estatales de justicia penal, y el juicio por jurados en particular, han experimentado en las últimas décadas un proceso de expansión en ciertas regiones y de aparente franca contracción en otras. La investigación comparada ha observado que mientras la participación de personas legas en la resolución de casos judiciales es incluida en ordenamientos jurídicos a los que resultaba extraña, su uso en contextos en que históricamente fue ampliamente aplicada tiende a reducirse. Tan es así que, al observar el escenario global, estudiosos del campo lo han descrito tanto como “la extendida difusión a través del globo del jurado penal” (Park 2010 p.1), cuanto como “un último espacio, un vestigio de lo que alguna vez fue su terreno exclusivo” (Hans, 2003 p. 87). Ambas perspectivas, como se verá, tienen parte de razón.

La situación en los Estados Unidos e Inglaterra aparece como ejemplo de la segunda de estas tendencias. Con más de dos siglos de juicios por jurados garantizado constitucionalmente y ampliamente aplicado

tanto en materia penal como civil en cada uno de sus estados y en el ámbito federal, la institución atraviesa en los Estados Unidos lo que aparece como una etapa, si no de crisis, al menos de franca contracción. Los datos de investigaciones empíricas refieren proporciones de casos resueltos por ciudadanos legos siempre inferiores al 5%. El aumento de casos penales resueltos vía *plea bargaining* —negociación entre defensores y fiscales en que se admite la culpabilidad a cambio de penas reducidas (Smith 2005)— y más complejos motivos de conveniencia institucional en términos de recursos que llevarían a los funcionarios a desalentar la terminación de los procesos por esta vía (King & Noble, 2005) han sido ensayados por la investigación sociojurídica como posibles motivos de esa debacle.

Inglaterra fue la cuna del jurado moderno y el proceso de difusión de la institución hacia las colonias del Imperio Británico, el principal motivo de la expansión de la participación lega en la administración de justicia. En un proceso de difusión único que se describirá posteriormente, más de medio centenar de estados hoy independientes, protectorados, dependencias y otros territorios, desde Malasia a las Islas Malvinas, introdujeron alguna forma de participación lega derivada del sistema inglés (Vidmar, 2000). En Inglaterra, sin embargo, acusado por sus críticos de costoso, ineficaz, fácilmente influenciado y anacrónico, en la actualidad el jurado puro ha perdido vigencia en la justicia civil. En el ámbito penal, mientras tanto, se constituye en menos del 2% de las causas, normalmente para los delitos más serios (Lloyd-Bostock & Thomas 2000; Thomas 2010). Sucesivas reformas han reducido su competencia y ámbito de aplicación y han introducido estímulos para la selección de otros medios de resolución, aun cuando la investigación empírica ha probado la falta de sustento fáctico de aquellas acusaciones (Lloyd-Bostock & Thomas 2000, p. 53; Thomas 2010, pp. 46-48). Resulta interesante apuntar que tanto la reducida proporción de casos decididos por el tradicional jurado como las características de los delitos así juzgados emparentan la situación con la de contextos en que la participación lega ha sido recientemente incorporada, como en el caso de Córdoba, Argentina (Bergoglio & Amietta, 2012).

Resulta necesario, dada la perspectiva sociojurídica con que este artículo sugiere abordar el fenómeno de la participación de personas legas en la justicia, matizar las implicancias de esta tendencia. Los Estados Unidos todavía llevan a cabo más juicios penales por jurados que la totalidad del resto de los sistemas

<sup>11</sup> Cabe aclarar que cuentan, en el caso de Inglaterra, con un asesor jurídico que los asiste en la corte.

jurídicos del mundo juntos. Tal vez más importante aún es el peso simbólico que la institución conserva como epítome de las garantías constitucionales en ese país (Hans & Vidmar 2007; 1986, pp. 248-251). En cuanto a Inglaterra, Valerie Hans (2003) afirma que, si bien el jurado clásico inglés está “peligrosamente cerca de la extinción”, todavía alrededor del 80% de los juicios criminales son decididos por magistrados legos en paneles de tres ciudadanos sin formación jurídica especializada (p. 85). Es decir que la disminución de la implementación del jurado no ha implicado una proporcional profesionalización de la justicia (al menos no en el ámbito penal), ya que solo una porción minoritaria de los casos queda exclusivamente en manos de jueces técnicos rentados.

Las experiencias ensayadas en provincias argentinas desde hace ya casi veinte años son una muestra de lo que se describe en la investigación comparada como la tendencia opuesta: la incesante incorporación de sistemas de adjudicación con participación lega y la proliferación de proyectos para la aplicación o ampliación de sistemas ya existentes en contextos cultural, geográfica y demográficamente diversos. Resulta difícil afirmar con certeza el número de países que a la fecha han recontactado (o reintroducido, tal el caso de España o Japón) alguna modalidad de participación ciudadana, en tanto los criterios de los autores no son contestes. En el volumen editado por Vidmar (2000), que no es exhaustivo, se mencionan más de 70 sistemas diferentes. Con un criterio más restrictivo, que excluye microestados, entidades políticas que no representan estados independientes y sistemas en etapas de aplicación preliminares o experimentales, Park (2010) afirma que la cifra más atinada en la actualidad es de 55 países —sobre un total de 192 estados miembros de la ONU— que cuentan con sistemas de participación de ciudadanos comunes en la resolución de casos judiciales (pp. 2-3)<sup>12</sup>. Es inte-

resante apuntar que, especialmente entre aquellos países que han incorporado recientemente la institución a sus ordenamientos, prevalece la aplicación de tribunales mixtos emparentados a los modelos alemán o francés por sobre los de jurado puro de origen anglosajón. Es interesante entonces contrastar estas tendencias con los procesos históricos que han dado marco a la expansión de la participación lega.

### Del colonialismo a la democratización: olas de expansión de participación lega

La actual difusión de la participación lega en los cinco continentes es fruto de un largo periplo que comenzó hace ya más de doscientos años. Si bien resultaría aventurado dividir ese proceso en etapas marcadamente diferenciadas, sí se pueden identificar olas de expansión: procesos históricos que, por distintos —y en cierto sentido opuestos— motivos propiciaron la llegada de la participación lega a ordenamientos a los que era extraña. En tal sentido, Park (2010) identifica tres hitos de vital relevancia. En primer lugar, como ya se ha apuntado, fue el Imperio Británico en su afán por trasladar sus instituciones a sus colonias el que dio el impulso inicial. Inicialmente acordado exclusivamente como un derecho de ciudadanos británicos en las colonias, tras la decadencia de la empresa colonialista y la descolonización de mediados del siglo xx el jurado corrió suertes diversas. Mientras en algunos Estados se lo consideró uno de los símbolos de las imposiciones imperiales y se lo eliminó al obtenerse la independencia (como en India y Pakistán), en otros (normalmente casos de transiciones a la independencia más pacíficas, como los de Canadá, Australia o Nueva Zelanda) la institución fue mantenida (Park, 2010, p. 3).

El segundo proceso que determinó la difusión de la participación lega no es enteramente disímil al anterior y se vincula a la expansión francesa a través de las guerras napoleónicas de principios del siglo xix. Presente en el Code d'instruction Criminelle de 1808, la participación ciudadana se mantuvo en países europeos aun luego de la caída de Napoleón. La fuerza expansiva del modelo francés no tuvo en las armas su única manifestación. La concepción de la participación lega como institución política con efectos sociales que van mucho más allá de la decisión en una causa judicial (democratizadora, legitimadora, de control de las elites gobernantes) es tributaria del pensamiento iluminista, mucho más que de las ideas que dieron origen al jurado inglés en el siglo xiii: un grupo de hombres blancos propietarios de tierras considerados

12 Es necesario acentuar la relativa precisión de estos datos. Park (2010), por ejemplo, excluye expresamente a Argentina y la clasifica entre aquellos que tienen “sistemas provisionales, o pronto los tendrán” (p. 10). Similar es el caso del estudio de Stefan Voigt (2008), que para el caso Argentino omite incluso la recepción constitucional del jurado. Por otro lado, estas cifras ilustran adecuadamente la magnitud del proceso de expansión del jurado y la importancia relativa de la institución en los sistemas de adjudicación del mundo. En ese sentido, Park (2010) menciona otros datos interesantes de investigaciones en el campo: 34 de los 47 miembros del Consejo de Europa poseen sistemas de jurados, y de los 28 países del mundo con una población superior a los 5 millones de habitantes que se considera han logrado sostener regímenes “consistentemente democráticos” al menos desde principios de la década de 1990, 20 han implementado alguna modalidad de participación ciudadana (p. 3).



testigos calificados de las disputas locales. El pensamiento liberal y la participación ciudadana en la justicia como uno de sus estandartes se mostró como un efectivo agente difusor durante los siglos XIX y XX, no solo en Europa sino en América Latina.

Tentados por las promesas de democratización y legitimidad institucional para sus sistemas de justicia, sin renunciar a la calidad de sus decisiones, predicadas por igual por académicos y reformistas, países tan diversos como Croacia (Ivkovic, 2003; 2007), Corea del Sur (Park, 2010) o Kazajistán (Kovalev & Suleymenova 2010) han introducido o reformado sus sistemas de participación lega en los últimos años. Estos son parte de la tercera ola de difusión de sistemas de participación lega, que data de las últimas décadas del siglo XX y mantiene su intensidad y ubicuidad en la actualidad. Esta ola ha acompañado la expansión del capitalismo como sistema dominante en el plano económico y especialmente la consolidación de distintas versiones de democracia liberal occidental en el plano político, y se ha cristalizado a través de procesos de reforma judicial en los que diversas modalidades de participación lega complementan otras modificaciones a los sistemas de juzgamiento penal (Park, 2010, p. 4). Entendido en este contexto como una institución eminentemente democrática que aporta al mismo tiempo participación ciudadana — que implica un doble proceso de empoderamiento y responsabilización de la ciudadanía<sup>13</sup>—, control de las instituciones y legitimación de sus decisiones, el jurado y sus sucedáneos han sido incorporados en este período por países latinoamericanos y por otros Estados siguiendo procesos de profunda transición política, el caso argentino se suma aquí a los de Rusia, España y Croacia, entre otros. En la siguiente sección se aporta un breve catálogo de sistemas de participación lega en Latinoamérica, con el objeto de iniciar un diagnóstico de la situación de la institución en dicha región.

### Las experiencias de participación lega en los países latinoamericanos

Tal como se ha apuntado, el proceso de expansión de la participación de ciudadanos comunes en la etapa decisoria de procesos judiciales ha sido discutido, en el contexto latinoamericano, como un paso en el camino hacia la consolidación de sistemas democráticos liberales por el que hace décadas transitan los países de la región (Bergoglio, 2010). La participación

de personas legas, argumenta Fukuray (2009, p.10), es capaz de, por sí misma, incrementar la percepción de equidad en las resoluciones judiciales y de reducir las arbitrariedades a que el aparato estatal puede prestarse. El fortalecimiento del compromiso con valores democráticos y el incremento de la participación en la vida civil son consecuencias que han sido reportadas por estudios empíricos en personas que han servido como jurados, efectos que se intensifican ante experiencias de servicio como jurado gratificantes en el plano subjetivo (Gastil & Weiser 2006)<sup>14</sup>.

No resulta extraño, entonces, que ideólogos de reformas procesales penales asignen a la participación ciudadana un lugar de importancia en sus proyectos. Sin embargo, y a diferencia de otras instituciones — como la defensa pública, la incorporación de la víctima a los procesos a través de la figura del querellante particular, o la oralidad de los juicios penales—, la participación de ciudadanos comunes en las etapas decisorias ha encontrado mayor resistencia y no ha tenido un presencia preponderante dentro del sostenido proceso de reformas orientadas al reemplazo de sistemas de enjuiciamiento penal inquisitivos por procesos adversariales (Langer, 2007). Al momento de transparentar las intenciones en reformas (y de poner en práctica lo legislado), el pilar de la profesionalidad de los magistrados como tradicional sostén de nuestros sistemas judiciales ha probado ser un obstáculo resistente, y el resultado en la región es un cuadro que, si bien invita al optimismo de los impulsores de la participación lega en algunos contextos (caso argentino), es más bien heterogéneo. Es entonces en busca de matices y de vaivenes históricos y contemporáneos —más que de describir un proceso regional sostenido y uniforme—, que se intentará en esta sección contribuir a la contextualización de estos fenómenos a través de una breve descripción de los sistemas actualmente en práctica en países latinoamericanos, con particular énfasis en notas históricas que pueden resultar de interés. La discusión se nutre en esta sección principalmente de investigaciones empíricas realizadas en los respectivos contextos nacionales<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Para una perspectiva crítica en este sentido ver Amietta (2016).

<sup>14</sup> El incipiente estudio empírico de las percepciones de los protagonistas de la experiencia cordobesa es conteste con estos hallazgos (Andruet et ál., 2007).

<sup>15</sup> No es el objetivo de este capítulo trazar un completo mapa de sistemas de partición lega en la región. Se considera, sin embargo, que se hace un aporte en este sentido al no haberse producido estudios de ese tenor en América Latina, los cuales sí han sido elaborados a nivel global (Hans 2008; Vidmar 2000; Voigt 2008) y en otras regiones (Jackson & Kovalev 2006).

## Venezuela

Comenzando con Sudamérica, Venezuela aparece como un claro ejemplo de la oscilante relación entre recepción legislativa y aplicación práctica de la participación lega en la región. Esta historia de vaivenes en su tradición juradista comienza (como en Argentina) con el jurado establecido como medio de resolución de todo juicio criminal ordinario desde su Constitución de 1811. Según explican Han et ál. (2006), la institución también fue recogida por la mayoría de los códigos de enjuiciamiento criminal venezolanos, desde el primero en 1873. Caído en desuso tras la eliminación de los códigos de 1915 y 1926, Venezuela parecía retomar la participación ciudadana en la decisión de causas penales con el nuevo Código Orgánico Procesal Penal de 1998. Esa normativa incluía, entre las formas de participación lega *directa* o *activa* en la justicia penal, tanto al jurado en su versión pura como a tribunales escabinados. Sin embargo, el código fue reformado en 2001 y la figura del jurado resultó eliminada, medida justificada por los legisladores en el hecho de que “no estaban dadas las condiciones para su real y efectiva aplicación” (Han et ál, 2006, p. 255). A la fecha subsiste entonces en la República Bolivariana de Venezuela solo la modalidad de tribunal escabinado. Se trata de un tribunal para la resolución de causas penales compuesto por un juez técnico y dos legos —más un suplente—, que deliberan y votan en forma conjunta, en el que se adoptan las decisiones por la regla de la mayoría. La competencia material del tribunal no está claramente determinada por un número cerrado de delitos, sino que la ley establece una serie de criterios —por ejemplo, “gravedad del delito”— que de encontrarse satisfechos en el caso implican la necesidad de la resolución de la causa con participación lega (Han et ál., 2006).

En Venezuela, la tensión entre legitimación y democratización al momento de fundamentar la incorporación de legos en la justicia penal parece inclinarse hacia la necesidad de mejorar la imagen del sistema de justicia, más que al aseguramiento de la efectiva participación ciudadana. Así, los escabinos han sido definidos por Han et ál. (2006) como:

Personas de la comunidad civil que [...] son llamados a integrar un tribunal mixto dirigido por un Juez profesional, cuyo propósito es la garantía de que las decisiones tomadas en los juicios sean con transparencia e imparcialidad [, y agregan que] ello les permite velar por la gestión pública

de jueces, fiscales, defensores y abogados, lo que en última instancia contribuye a otorgar legitimidad a las actuaciones del poder judicial por parte de la sociedad (p. 255).

## Brasil

Brasil posee el sistema de participación lega más antiguo y duradero de la región. Herencia del período colonial, en que ya había sido implementado, el Tribunal do Júri tiene recepción normativa y aplicación práctica desde la independencia en 1822 y ha atravesado la etapa imperial y la republicana, con excepción del período de vigencia de la Constitución de 1937 (1937-1946) que lo eliminó de su articulado. El Código Imperial de Procedimiento Criminal de 1832 instituía dos sistemas de jurados diferentes, uno para la etapa de la instrucción y otro para el juzgamiento, el primero fue derogado en 1841 (Gomes & Zomer, 2001-2002). La Constitución Brasileña de 1988 mantuvo el jurado y garantiza el secreto de la votación de los jurados y la supremacía de sus veredictos.

El Tribunal do Júri responde a la mayoría de las características del jurado clásico inglés pero presenta algunos elementos particulares: lo conforman siete miembros, los cuales no son designados para un único caso sino para un conjunto de juicios. En cada caso, los integrantes que en definitiva conforman el *Concejo del Jurado* son elegidos por las partes de una lista de veintiuno previamente sorteados de listas confeccionadas anualmente por cada tribunal. La audiencia está dirigida por un juez técnico, el presidente del tribunal y los jurados no observan la recepción de las pruebas, sino que deciden de acuerdo a las manifestaciones de las partes durante la audiencia, y están autorizados a requerir aclaraciones (Hendler, 2008). Esa modalidad ha sido criticada, pero a su vez permite un particular sistema de apelación: las sentencias son recurribles ante la Cámara de Apelaciones solo en caso de que la decisión haya sido “manifiestamente opuesta a la prueba” —lo cual ha sido también criticado por juristas que consideran que viola el principio de supremacía de los veredictos— y, en caso de revocarse la decisión, la causa es resuelta nuevamente con jurados (Vidmar, 2000). Finalizada la audiencia, el juez presenta a los jurados una lista de preguntas y estos votan en forma secreta y sin deliberación previa, si consideran que la respuesta a cada pregunta es “verdadera” o no. La decisión relativa a cada pregunta es adoptada por mayoría y, si la respuesta a alguna de las preguntas del juez resulta



no ser “verdadera”, el proceso se considera cerrado y el imputado absuelto. En la actualidad el ámbito material de este tribunal incluye casos de homicidio, infanticidio, aborto y ayuda o instigación al suicidio, así como delitos cometidos a través de la prensa y algunos delitos económicos (Pilati & Dias Silvino 2009, p. 280; Rangel 2007).

### Bolivia

En Bolivia, el Código Procesal Penal de 1999, que entró en vigencia en 2001, incorporó la figura de los Jueces Ciudadanos para la decisión de causas criminales. En un ejemplo de los vaivenes que han caracterizado la lenta llegada de la participación lega a la justicia en el subcontinente, el sistema fue derogado en 2014 luego de una serie de duras críticas, especialmente en medios de comunicación, que acusaron sostenidamente a los jueces legos de excesiva indulgencia y deslizaron sospechas de corrupción y presiones<sup>16</sup>. La presencia de legos dependía en este sistema de la severidad presunta de la pena aplicable al delito juzgado. Así, en caso de que el imputado pudiera recibir una pena eventualmente superior a 4 años de prisión, debía constituirse el denominado *Tribunal de Sentencia* (por oposición al *Juzgado de Sentencia* establecido para casos de penas potencialmente menores, e integrado en forma unipersonal por un juez técnico). Ese Tribunal reunía a dos jueces técnicos con tres jueces ciudadanos (CEJAMERICAS 2007, p. 42-43).

La escasa investigación empírica que se produjo sobre el funcionamiento del modelo arrojó resultados más positivos que lo que parece haberse reflejado en la opinión pública y el discurso mediático bolivianos. En consonancia con la investigación empírica del caso de la provincia de Córdoba, proyectos de evaluación de la institución reportaron altos grados de satisfacción por parte de los ciudadanos participantes, quienes además no percibieron en general presiones por parte de los jueces. Las condenas, según informa el CEJAMERICAS, no se presentaron en proporciones necesariamente superiores a las dictadas por tribunales técnicos, y los jueces profesionales afirmaban percibir “una mejora en la percepción social sobre el funcionamiento de la justicia”. Sí se reportaban, por otro lado, inconvenientes en términos prácticos, vinculados a la dificultad para la Constitución de los tribunales —en gran medida por defectos en los sorteos y la elaboración de listas de posibles miembros de los tribunales—

y sostenidas quejas por los altos costos que el sistema implica (CEJAMERICAS, 2007, p. 57-59).

### México

El carácter federal del estado mexicano emparenta su experiencia con relación al juicio por jurado con la argentina, en particular en relación a ciertos obstáculos para su efectiva aplicación. La Constitución del Estado de México (el más poblado del país) receptó la institución desde su primera versión de 1827, donde la fórmula elegida conservaba incluso la versión dual originaria del sistema inglés: el grand jury para la acusación y el petit jury para el juzgamiento en todo caso de delitos graves. La Constitución Federal de 1857, sin embargo, no introdujo forma alguna de participación lega. González Oropeza (2000, p. 75) refiere que el tema fue intensamente debatido en el Congreso Constituyente de 1856-1857, en el que prevaleció la postura de que la resolución de juicios penales quedara exclusivamente en manos de jueces técnicos. El proyecto de Constitución incluía una figura poco común en sistemas contemporáneos, también excluida de la versión finalmente promulgada: el Jurado de Amparo. El mismo intervendría en casos similares a los que habilitan la acción de amparo, limitada a violaciones de derechos cometidas por los poderes ejecutivo o legislativo en perjuicio de la ciudadanía (González Oropeza, 2000, p. 81).

El jurado alcanzaría rango constitucional a nivel federal en México tras la revolución, en la Constitución Mexicana de 1917. Se lo reconoce allí como garantía de los ciudadanos imputados por causas penales y deja en sus manos la elección de ser juzgados por un grupo de personas legas o por jueces profesionales. Este resultaría, según González Oropeza (2000), solo un “triumfo formal” del jurado ya que la forma federal implicó que la decisión final respecto de la aplicación de la institución se dejara en manos de cada uno de los Estados. Esto, sumado a la creación y llegada al poder del Partido Revolucionario Institucional, determinó que la participación ciudadana en la resolución de casos penales se redujera gradualmente en términos territoriales y materiales. El ámbito en que su aplicación se ha mantenido, ha sido la reducida esfera de los delitos de abuso de la libertad de imprenta, es decir para el juzgamiento de crímenes cometidos a través de la prensa (González Oropeza, 2000, p. 83).

En el año 2001 fue rechazada una iniciativa legislativa del poder ejecutivo para reintroducir el juicio por jurados; mientras que en 2008 el Congreso de la

<sup>16</sup> El sistema se derogó mediante la Ley 586, también llamada de Descongestionamiento y Efectivización del Sistema Procesal Penal.

Unión aprobó una reforma penal que incluye otros de los puntales de las reformas procesales penales en la región (oralidad y modelo adversarial, además de la consagración del principio de inocencia y la ubicación de la carga de la prueba sobre los encargados de la investigación), pero vuelve a excluir la participación de ciudadanos en el rol de decisores en causas penales (Fukuray et ál., 2009, p. 5).

Los autores citados, sin embargo, coinciden en concluir que las reformas introducidas son una buena señal respecto de la futura ampliación del ámbito de aplicación de la participación ciudadana en México. Los resultados de investigaciones sobre actitudes y opiniones de la población respecto del juicio por jurados parecen respaldar ese optimismo. Circunstancias como la elevadísima percepción de existencia de corrupción en el poder judicial han multiplicado el respaldo público a la participación de personas legas en la justicia penal. El temor a participar en el juzgamiento del crimen organizado (particularmente en relación al narcotráfico) no ha afectado a la gran mayoría de la población, que se manifiesta dispuesta a participar y expresa su confianza en las posibilidades de los ciudadanos de emitir veredictos correctos y justos (Fukuray et ál., 2009, p. 16). Los mismos autores destacan también la importancia de las innovaciones que los Estados produzcan en sus servicios de justicia locales, a modo de banco de pruebas para el sistema federal, en un proceso análogo al que parece encontrarse en curso en Argentina.

### Experiencias en Centroamérica

El juicio por jurados fue establecido en Nicaragua antes de su primera Constitución, a través del Código Penal de 1837 (Cuarezma Terán, 2008, p. 583-584). La institución fue receptada en la Constitución de 1912 y su aplicación interrumpida en el período Sandinista. Según informa Castillo Monterrey (2007), sucesivas reformas a la legislación penal han reducido el ámbito material de aplicación del jurado y correlativamente ampliado la esfera reservada con exclusividad a los jueces técnicos o *jueces de derecho*. El último paso en tal sentido fue dado en 2007, cuando se excluyó de la competencia de los legos o *jurados de conciencia* la resolución de parte de los casos de corrupción de funcionarios y crimen organizado. El mismo autor afirma que esta reducción ha sido justificada en el carácter de “extremadamente maleables, influenciables o intimidables” (p. 2) de los jurados de conciencia

y resuelta tras críticas que despertaran veredictos absolutorios dictados en casos de gran resonancia pública. El tribunal es mixto y reúne a cuatro legos y un juez técnico que deciden por la culpabilidad o inocencia de los imputados. Una particularidad del sistema nicaragüense es que el juicio mantiene características normalmente asociadas a procedimientos de corte inquisitorio, ya que tanto legos como técnicos intervienen en una instancia preparatoria previa a la audiencia en que tienen acceso a las constancias escritas de la investigación (Vidmar, 2000).

Según reporta Rodríguez Rodríguez (2006), en Panamá el juicio por jurados se encuentra vigente desde su separación de Colombia a través de la Constitución de 1904, y se ha mantenido en las reformas de 1941, 1946, 1972 y 2004. Las sucesivas redacciones del código judicial lo han regulado como un sistema de jurado puro, renunciable por el imputado, compuesto por siete personas y un suplente. Los legos deciden por mayoría, mientras que un juez técnico resuelve la pena a aplicarse. El mismo juez preside la audiencia y tanto él como los legos pueden intervenir en los interrogatorios. El sistema se aplica a delitos de homicidio, aborto, a crímenes contra la seguridad y la salud pública cuando éstos involucran la muerte de una persona (Vidmar, 2000).

Es pertinente finalmente introducir algunos comentarios sobre el caso cubano. Si bien no se cuenta con datos de investigaciones empíricas que discutan la aplicación de la institución, Hendler (2008) describe la legislación vigente, que establece la participación de jueces legos en la integración de tribunales populares para la resolución de causas judiciales tanto a nivel nacional como a nivel de las esferas provincial y municipal. La Ley 82 de los Tribunales Populares data de 1997 y dispone que todos los tribunales de justicia se integrarán en forma colegiada por jueces letrados y legos. La gravedad de los casos define la composición de ese tribunal: tres jueces y dos legos en causas en que podría imponerse una pena superior a 8 años de prisión, o un juez profesional y dos legos para casos de menor gravedad. Los jueces legos son elegidos en asambleas barriales y en lugares de trabajo, capacitados antes de comenzar sus funciones y designados por un período de cinco años, en que actúan por términos no superiores a un mes por año. Por medio de fuentes periodísticas, Hendler (2008) afirma que los jueces legos aportan considerablemente a la dinámica del tribunal, y son



representativos en términos de etnia, género, empleo y educación. Ivković (2003) cita a un miembro del Comité Central del Partido Comunista de Cuba quien manifiesta que el principal objetivo de la introducción de jueces legos apuntaba a la búsqueda de la legitimación y cumplimiento voluntario de las normas jurídicas, y que el hecho de que los tribunales se organizaran en el nivel barrial apuntaba a lograr la verdadera publicidad de los procesos —que serían observados por los propios vecinos y conocidos de sus protagonistas—, así como también a reafirmar el hecho de que la administración de justicia se encuentra en manos de la clase trabajadora (p. 98).

## CONCLUSIONES

El repaso de los avatares pasados y la situación actual de las instituciones de participación ciudadana en la decisión de casos judiciales emparenta, como ocurre en tantos otros ámbitos, las trayectorias jurídicopolíticas de los países de América Latina. La contribución presentada ha intentado cubrir en este artículo dos dimensiones, ambas orientadas a promover el desarrollo de la discusión en el área en clave sociojurídica. En primer lugar, se ensayó una tipología de sistemas de participación que, a modo de herramienta heurística, pueda ayudar a pensar los múltiples factores que determinan el fenómeno de la participación lega en la justicia y sus posibles configuraciones institucionales. En segundo lugar, tras repasar tendencias globales, se revisó el devenir histórico y la situación actual

de los sistemas de participación lega en la justicia en algunos países latinoamericanos. Así, se vio la institución del juicio por jurados introducida a partir de influencias foráneas durante los procesos de Constitución nacionales del siglo xix y principios del xx y la tendencia a una oscilante aplicación práctica en el siglo xxi. En algunos casos, esos vaivenes tuvieron como resultado la consolidación de brechas entre ley y prácticas institucionales difíciles de explicar en el marco de contextos de declarada voluntad política de robustecer los procesos democráticos.

Tal y como surge de las investigaciones empíricas que evalúan la marcha de los sistemas de participación lega revisadas, las dificultades persisten en la región y no son pocas. En las últimas dos décadas, sin embargo, el impulso en favor de la aplicación de la participación lega en sus distintas modalidades ha crecido en Latinoamérica —aun en países donde no se ha concretado experiencia alguna—, y estas son parte de las discusiones que enmarcan los procesos de reforma judicial en la región. Esas reformas, animadas desde el exterior —en la figura de agencias transnacionales de financiación o de delegaciones gubernamentales de países fuertemente interesadas en estos procesos— pero en gran medida pensadas, diseñadas y aplicadas a partir de ideas locales y considerando particularidades nacionales y regionales (Langer, 2007) nos muestran al juicio por jurados superando en nuestra región una etapa en que perteneció a la letra de la ley y a discusiones doctrinarias para alcanzar una creciente aplicación práctica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allen, J. (1977) Attitude change following jury duty. *Justice System Journal* (2), 246-527.
- Amietta, S. (2016). Governing lay participation: Power, knowledge and legal consciousness in the making of Argentina's juror. (Tesis doctoral, University of Manchester, Manchester, Reino Unido).
- Andruet, A., Ferrer, C. & Crocchia L. (2007) Jurados populares. En *Gestión del sistema de administración de justicia y su impacto social* (pp. 76 - 101). Córdoba: Centro de perfeccionamiento Ricardo Núñez.
- Argentina, Convención Constituyente argentina. Artículos 24, 75 inc. 12, 118. *Constitución de la Nación Argentina*. (22 de agosto de 1994).
- Argentina, Legislatura de la provincia de Buenos Aires. Ley Provincial 14543, Boletín oficial del 20 de noviembre de 2013.
- Argentina, Legislatura de la Provincia de Neuquén. Ley Provincial 2784 de reforma del Código de Procedimiento Penal, Boletín oficial del 13 de enero de 2011.
- Argentina, Legislatura de la Provincia de Chubut. Ley Provincial 5478 de reforma del Código de Procedimiento Penal, 7 de abril de 2006.
- Argentina, Legislatura de la Provincia de Córdoba. Ley Provincial 9182, Boletín oficial del 9 de noviembre de 2004.
- Bergoglio, M. (2010). *Subiendo al estrado: la experiencia cordobesa de juicio por jurados*. Córdoba: Advocatus.
- Bergoglio, M. (2011). *Legitimidad judicial y participación popular: a propósito del juicio por jurados*. (Ponencia presentada en XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica, La Pampa, Argentina).
- Bergoglio, M. & Amietta, S. (2012). Reclamo social de castigo y participación legal en juicios penales: lecciones desde la experiencia cordobesa. *Revista de Derecho Penal* 1(3), 49-60.
- Casper, G. & Zeisel, H. (1972). Lay judges in the German Criminal Courts. *The Journal of Legal Studies*, 1(1), 135-191.
- Castillo, M. (2007). *Se aprueba el nuevo código penal nicaragüense*, Recuperado el día 23 de noviembre de 2014 [http://portal.uclm.es/portal/pls/portal/PORTAL\\_IDP.PROC\\_FICHERO.DOWNLOAD?p\\_cod\\_fichero=F2021863834](http://portal.uclm.es/portal/pls/portal/PORTAL_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=F2021863834)
- Centro de Estudios para la Justicia de las Américas —CEJAMERICAS—. (2007). *Reformas procesales penales en América Latina: resultados del proyecto de seguimiento, IV Etapa*. Recuperado el día 18 de julio de 2017 de <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5367/CEJAIV.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cuarezma, S. (2008) *El proceso penal en Nicaragua*. Managua: La Corte. Recuperado el día 12 de febrero de 2015 de <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan028758.pdf>
- Diamond, S. (1993). What jurors think: Expectations and reactions of citizens who serve as jurors. En R. Litan (Ed.) *Verdict: Assessing the civil jury system* (pp. 282-305). Washington D.C.: The Brookings Institution.
- Ferrer C. & Grundy C. (2003). *El enjuiciamiento penal con jurados en la provincia de Córdoba*. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Ferrer, C., & Grundy, C. (2005). El nuevo juicio penal con jurados en la provincia de Córdoba. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Fukuray, I., Knudtson, C. & Lopez S. (2009). Is Mexico ready for a jury trial?: Comparative analysis of lay justice systems in Mexico, the United States, Japan, New Zealand, South Korea, and Ireland. *Mexican Law Review*, 2(1), 3-42.
- Gastil, J. & Weiser, P. (2006). Jury service as an invitation to citizenship: Assessing the civic value of institutionalized deliberation. *Policy Studies Journal*, 34(4), 605-627.
- Gastil, J., Black, L., Dees, E. & Leichter, J. (2008). From group member to democratic citizen: How deliberating with fellow jurors reshapes civic attitudes. *Human Communication Research*, 34(1), 137-169.
- Gastil, J., Dees, E., Weiser P. & Simmons, C. (2010). *the jury and democracy. How jury deliberation promotes civic engagement and political participation*. New York: Oxford University Press.
- Gastil, J., Fukurai, I., Anderson, K. & Nolan, M. (2012). Seeing is believing: The impact of jury service on attitudes toward legal institutions and the implications for international jury reform. *Court Review*, 48(2012), 124-130.



- Gomes, L. & Zomer, A. (2001-2002). The Brazilian jury system. *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, (2001-2002), 75-79.
- González, M. (2000). El juicio por jurados en las constituciones de México. *Cuestiones Constitucionales*, (2), 73-86.
- Han, P., Párraga, J. & Morales, J. (2006). La participación ciudadana en la justicia penal venezolana: formulación teórica vs. realidad práctica. *cenipec*, (25), 247-269.
- Hans, V. (2003). Introduction: Lay participation in legal decision making. *Law & Policy* 25(2), 83-92.
- Hans, V. (2008). Jury systems around the world. *Annual Review of Law and Social Sciences*, 4, 275-297.
- Hendler, E. (2008). Jury Trial in Argentina: Old History, Recent Experience. *Southwestern Journal of Law & Trade in The Americas*, 15(1), 2-25.
- Ivković, S. (2003). An inside view: Professional judges' and lay judges' support for Mixed tribunals. *Law & Policy*, 25(2), 93-122.
- King, N. & Noble, R. (2005). Jury sentencing in non-capital cases: comparing severity and variance with judicial sentences in two states. *Journal of Empirical Legal Studies*, 2(2), 331-367.
- Langer, M. (2007). Revolution in Latin American criminal procedure. *American Journal of Comparative Law*, 55, 617-676.
- Lloyd-Bostock, S., & Thomas, C. (2000). The Continuing decline of the English jury. En N. Vidmar (Ed.), *World Jury Systems* (pp. 53-89). New York: Oxford University Press.
- Machura, S. (2001). Interaction between lay assessors and professional judges in German mixed courts. *Revue Internationale de Droit Penal*, 72(1-2), 451-479.
- Machura, S. (2003). Fairness, justice and legitimacy: Experiences of people's judges in south Russia. *Law & Policy*, 25(2), 123-50.
- Machura, S. (2007). Lay assessors of German administrative courts: fairness, power-distance orientation, and deliberation activity. *Journal of Empirical Legal Studies*, 4(2), 331-363.
- Park, R. (2010). The globalizing jury trial: lessons and insights from Korea. *American Journal of Comparative Law*, 2010(Verano), 1-61.
- Pilati, R., & Silvino, A. (2009). Psicologia e deliberação legal no tribunal do júri brasileiro: Proposição de uma agenda de pesquisa. *Psicologia: Reflexão e Crítica* (22), 277-285.
- Rangel, P. (2007). *Tribunal do júri: visão lingüística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Rodríguez, D. (2006). El juicio por jurados y la economía procesal. Ponencia presentada en VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Facultad de Derecho, Tandil, Argentina.
- Scott, D. (2005). Colonial Governmentality. En J. X. Inda (Ed.), *Anthropologies of modernity: Foucault, governmentality, and life politics* (pp. 23-49). Oxford: Blackwell Publishing.
- Smith, B. (2005). Plea bargaining and the eclipse of the jury. *Annual Review of Law and Social Science* 1, 131-149.
- Thomas, C. (2010). Are juries fair? *Ministry of Justice Research Series, February 2010*.
- Vidmar, N. (Ed.). (2000). *World Jury Systems*. New York: Oxford University Press.
- Voigt, S. (2008). The (economic) effects of lay participation in courts-a cross-country analysis. *CESifo Working Paper Series No. 2365*. Recuperado el día 14 de diciembre de 2014 de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1226682](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1226682)





Fecha de recepción: 6 de septiembre de 2016

Fecha de evaluación: 13 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Políticas públicas para la asistencia a víctimas de trata de personas en Colombia: estado del arte 2005-2016\*

*Nancy Edith Alarcón Moreno\*\**

**Citar este artículo:**

Alarcón, N. (2017). Políticas públicas para la asistencia a víctimas de trata de personas en Colombia: estado del arte 2005-2016. *Via Iuris*, 22, pp. 167-185.

## RESUMEN

La trata de personas es un delito que ha generado un sinnúmero de víctimas afectadas por la mercantilización de sus cuerpos, su fuerza física o capacidad creativa. Valoradas desde una lógica de ganancia, que obedece a la oferta y demanda en el contexto local, nacional y transnacional. Lo cual constituye una negación de los derechos humanos y por ende una invisibilización de la dignidad humana.

Este artículo presenta el estado del arte sobre investigaciones realizadas en el periodo 2005-2016 acerca de la asistencia y protección a víctimas de trata de personas. Primero se acude a la metodología heurística y luego a la hermenéutica con el objetivo de describir y analizar los avances alrededor de esta problemática con relación a las políticas públicas en Colombia.

Las investigaciones halladas, en su gran mayoría, dan cuenta de la trata de personas con fines de explotación sexual de mujeres. Los diversos autores han enfatizado en que la trata es una violencia basada en género y por tanto afirman que este enfoque debe ser predominante en la política pública; en consecuencia, en el diseño e implementación de la misma no se han tenido en cuenta otras formas de explotación como trabajos forzados.

\* Este artículo es resultado de proyecto de investigación "Asistencia y protección a víctimas de trata de personas en Colombia" (2016) para optar al título de Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

\*\* Abogada de la Universidad Autónoma de Colombia, Mágister en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Boyacá (Colombia). Correo electrónico: nancy.alarconmoreno@gmail.com

**Palabras clave**

Derechos humanos, explotación, políticas públicas, trabajos forzados, trata de personas, víctimas.



## Public policies for assistance to victims of human trafficking in Colombia: state of the art 2005-2016

*Nancy Edith Alarcón Moreno*

### ABSTRACT

Human trafficking is a crime that has generated a number of victims affected by their bodies commodification, their physical strength or creative ability. Valued from a profit logic, which is due to the supply and demand in the local, national and transnational context. For that reason, constitutes a denial of human rights and therefore becomes invisible to the human dignity.

This article presents the state of the art on research carried out in the period 2005-2016 about the assistance and protection to victims of human trafficking. First, we go through the heuristic methodology and then to the hermeneutics in order to describe and analyze the progress around this problem in relation to public policies in Colombia.

Researchers found, for the most part, give an account of human trafficking with the women sexual exploitation purposes. The various authors have emphasized that trafficking is a gender-based violence and therefore claim that this approach should be predominant in public policy; consequently, in the design and implementation of the same there have not been considered other forms of exploitation such as forced labor.

### Keywords

Human rights, exploitation, public policy, forced labor, human trafficking, victims.

# Políticas públicas de assistência às vítimas do tráfico de pessoas na Colômbia: estado da arte 2005-2016

*Nancy Edith Alarcón Moreno*

## RESUMO

O tráfico de pessoas é um crime que tem gerado inúmeras vítimas afetadas pela mercantilização de seus corpos, sua força física ou capacidade criativa. Valorizadas de uma lógica de lucro, que obedece à oferta e à demanda no contexto local, nacional e transnacional. O que constitui uma negação dos direitos humanos e, por tanto, uma invisibilização da dignidade humana.

Este artigo apresenta o estado da arte sobre pesquisas realizadas no período 2005-2016 em relação da assistência e proteção às vítimas do tráfico humano. Primeiro, aplica-se à metodologia heurística e, em seguida, à hermenêutica como objetivo de descrever e analisar os avanços em torno desse problema em relação às políticas públicas na Colômbia.

As investigações encontradas, em sua maior parte, são responsáveis pelo tráfico de pessoas para a exploração sexual de mulheres. Os diversos autores enfatizaram que o tráfico é violência de gênero e, portanto, afirmam que essa abordagem deve ser predominante nas políticas públicas; conseqüentemente, outras formas de exploração, como o trabalho forçado, não foram levadas em consideração na concepção e implementação do mesmo.

## Palavras-chave

Direitos humanos, exploração, políticas públicas, trabalho forçado, tráfico de pessoas, vítimas.



## Politiques publiques d'assistance aux victimes de la traite des êtres humains en Colombie: état des lieux 2005-2016

*Nancy Edith Alarcón Moreno*

### RÉSUMÉ

La traite des êtres humains est un crime qui a engendré d'innombrables victimes affectées par la marchandisation de leur corps, leur force physique ou leur capacité créatrice. Valorisé à partir d'une logique de profit, qui obéit à l'offre et à la demande dans le contexte local, national et transnational. Ce qui constitue un déni des droits de l'homme et donc une invisibilisation de la dignité humaine.

Cet article présente l'état des lieux sur les recherches menées au cours de la période 2005-2016 sur l'assistance et la protection des victimes de la traite des êtres humains. Dans un premier temps, nous nous tournons vers la méthodologie heuristique puis vers l'herméneutique avec l'objectif de décrire et d'analyser les avancées autour de ce problème par rapport aux politiques publiques en Colombie.

Les enquêtes ont révélé, pour la plupart, la traite des personnes à des fins d'exploitation sexuelle des femmes. Les différents auteurs ont souligné que la traite est une violence basée sur le genre et affirment donc que cette approche devrait être prédominante dans les politiques publiques; par conséquent, d'autres formes d'exploitation, telles que le travail forcé, n'ont pas été prises en compte dans la conception et la mise en œuvre de celles-ci.

#### Mots-clés

Droits de l'homme, exploitation, politiques publiques, travail forcé, traite des personnes, victimes.

## INTRODUCCIÓN

“Nada ha cambiado, las redes de tratantes siguen atrapando a mujeres en todas partes del mundo, tomando vidas cada vez más jóvenes para la explotación sexual, y hacemos muy poco para evitarlo” afirmó Marcela Loaiza (2015), sobreviviente de la trata de personas en el IV Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas que se llevó a cabo en La Paz, Bolivia.

Hoy, en pleno siglo XXI, el comercio y explotación de seres humanos es una constante (aunque son muchos los que consideran que es un mito o una leyenda urbana). Esto da cuenta de un proceso de mercantilización mediante el cual la persona es gravada con un precio o valor monetario, puesta a la “venta” que obedece a la oferta y la demanda. Cada persona es medida desde una lógica de ganancia y masificación de “productos”.

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo) la define como

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (Naciones Unidas, 2004, Artículo 3).

En la actualidad ha sido difícil el abordaje de este delito, principalmente porque no hay claridad frente a si es efectiva la política pública y la coordinación de las instituciones para asistir y proteger a las víctimas de trata de personas en Colombia, no existe un programa integral para el restablecimiento de derechos de las víctimas de trata laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo primordial de este trabajo es presentar información sobre lo que se ha investigado frente a la trata de personas

en materia de asistencia y protección a víctimas; a partir del 2005, año en que se promulgó la Ley 985 mediante la que se establecen medidas para la prevención, asistencia y judicialización de los tratantes; con el fin de facilitar la comprensión de la realidad sobre la trata y se generen construcciones teóricas para la producción de nuevas investigaciones.

Con este artículo se pretende aportar a la reflexión, a partir de la revisión y la sistematización de lo que diversos investigadores han visualizado y entendido sobre el tema; además de dejar entrever las ausencias en las investigaciones realizadas.

En este sentido, se realiza una revisión documental de investigaciones desarrolladas en el periodo de 2005 al primer semestre de 2016 en diferentes bases de datos en línea, a partir de las siguientes categorías: “trata de personas y política pública”, “asistencia y trata de personas”, y “trata laboral”. Este estado del arte se enfoca en el tema de asistencia a víctimas (mayores de edad) de trata de personas.

Para el análisis de los resultados, estos se analizaron siguiendo las tres categorías ya descritas, organizadas por cantidad de documentos, en las que se resalta como método predominante el cualitativo y de producción especialmente académica.

## METODOLOGÍA

Esta investigación se desarrolla teniendo en cuenta el enfoque cualitativo, de corte descriptivo e interpretativo que permite tener un escenario general sobre el conocimiento acumulado con respecto al impacto de las políticas públicas en materia de asistencia a las víctimas de trata de personas.

En primer lugar, se presenta el panorama sobre las investigaciones que dan cuenta del tema que se encuentren en artículos, monografías, tesis e informes. En segundo lugar, se analiza la información y las posturas, y se identifican los aportes de cada autor frente a las categorías de análisis, lo que posibilita la generación de nuevas reflexiones, además de la visualización de las deficiencias y urgencias a investigar, con base en los principios de coherencia, fidelidad, integración y comprensión que plantea Hoyos (2000).

La revisión documental se hace a partir de los buscadores y bases de datos: Google, Google Académico, Microsoft Academic, Eric, Scielo, Refseek y Proquest.



Como instrumento de recolección se utiliza la ficha RAE (Resumen Analítico Especializado).

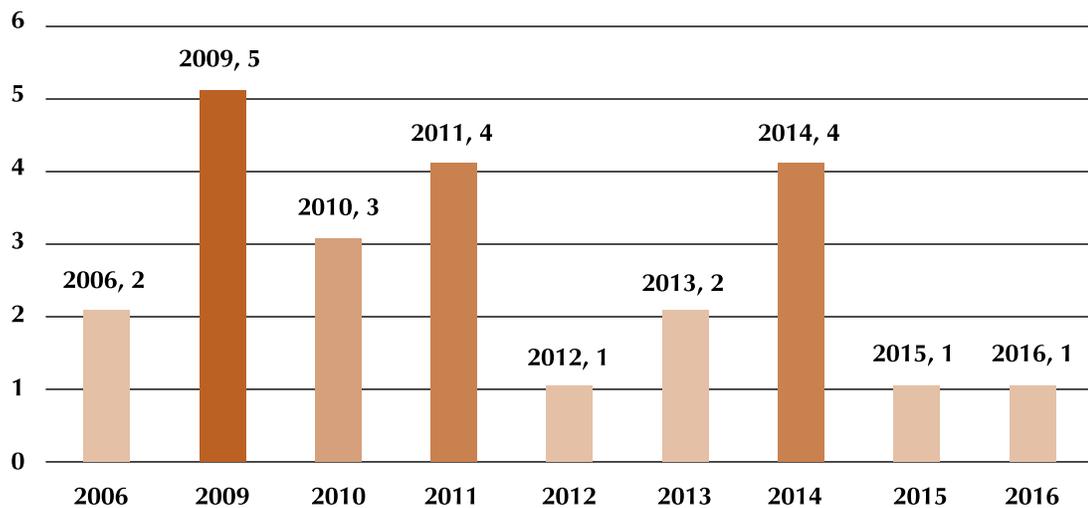
## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Inicialmente al hacer un rastreo de documentos con respecto al tema de trata de personas en la base de datos de Proquest se recuperaron resultados de 947 documentos. No obstante, con respecto a Colombia y al hacer una lectura general, tan solo aparecen 9 artículos en revistas científicas.

Por lo tanto, se indagó en diferentes buscadores y bibliotecas digitales, para finalmente seleccionar 23 documentos de investigaciones cualitativas que tienen relación con las categorías propuestas anteriormente.

En el primer gráfico, se muestra la producción académica, que por año se ha realizado en el tema de trata de personas. En el 2009 se elaboraron 5 investigaciones. Con relación al año 2005 no se encontró ningún documento.

**Gráfico 1. Investigaciones por año**

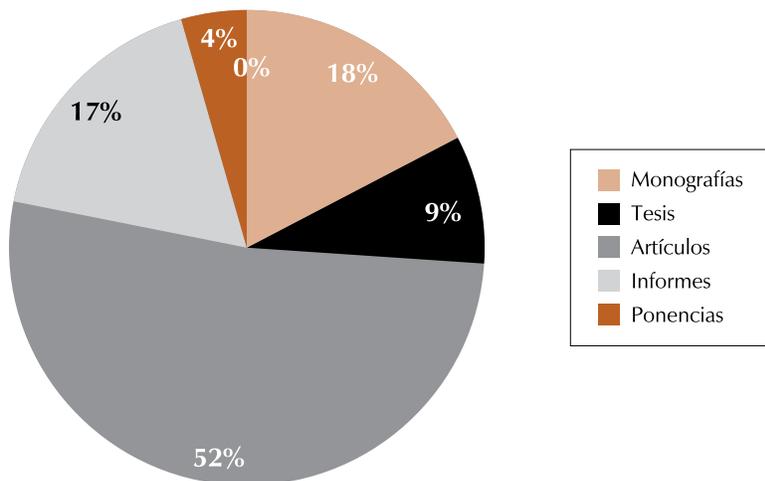


**Fuente:** Elaboración de la autora.

Como se puede observar en el gráfico 2, la mayoría de documentos son de producción académica. Entre

tanto, los informes son resultado de los análisis llevados a cabo por las organizaciones de la sociedad civil.

Grafico 2. Tipo de documento

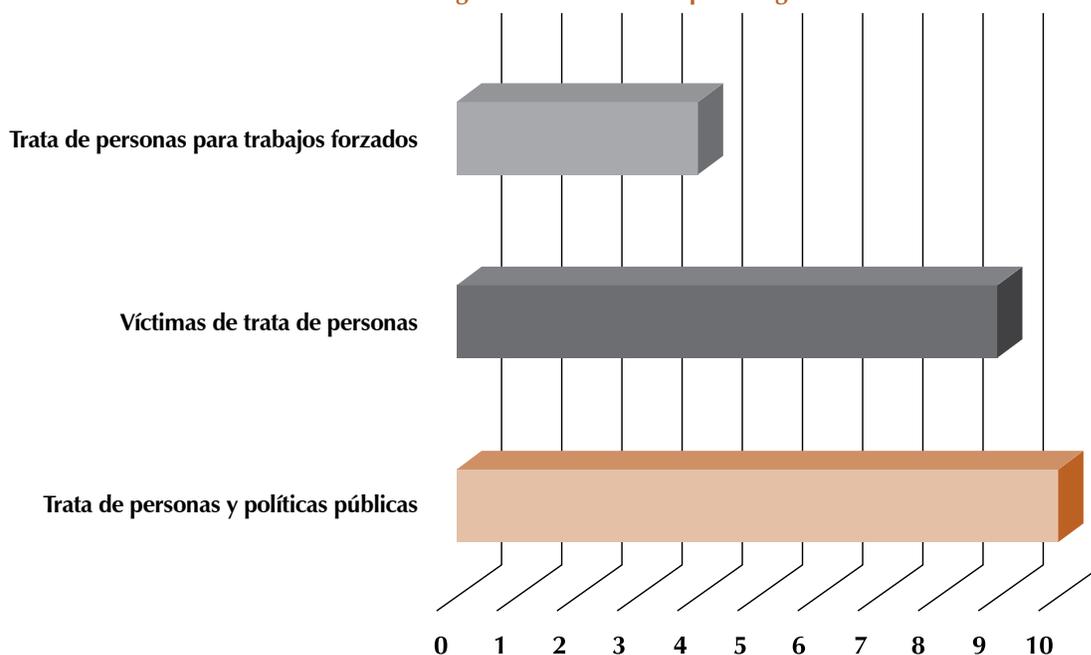


Fuente: Elaboración de la autora.

Por otro lado, cada documento aborda un enfoque ya sea de género, territorial o por especialización en cuanto a la finalidad de explotación o por otras categorías como migración, seguridad nacional o desplazamiento. En general, los documentos seleccionados utilizan una metodología de corte cualitativo (90%), con entrevistas semiestructuradas.

Se identificó que en el tema “trata de personas y políticas públicas” se han desarrollado más investigaciones (10 documentos); en cuanto a la categoría sobre trata laboral tan solo se identificaron 4 publicaciones, lo cual denota que es un tema muy poco investigado como se muestra en el gráfico 3.

Gráfico 3. Investigaciones encontradas por categorías



Fuente: Elaboración de la autora.



Tabla 1. Investigaciones seleccionadas por categorías

AÑO	VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS	TRATA DE PERSONAS Y POLÍTICA PÚBLICA	TRATA LABORAL
2006	Análisis y aplicabilidad de la Ley 985 de 2005 "Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma".	Análisis del papel del Estado Colombiano en el marco del discurso de la trata de mujeres y su relación con la explotación sexual y la prostitución femenina.	
2009	Descripción del Fenómeno de la Trata de Personas en Colombia, y su Impacto en las Mujeres, con una Mirada Tridimensional: Globalización, Derechos Humanos, y Género.		La dimensión laboral de la trata de personas en España.
	Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional.		La trata de personas para su explotación laboral: Análisis de la situación en España.  El infierno del trabajo esclavo. La contratación de las "exitosas" economías étnicas.
2010	Modelos de atención dirigidos a mujeres en situación de trata de personas: una lectura crítica desde la perspectiva de género.	Lectura teórica sobre la inclusión de la perspectiva de género en las políticas públicas para combatir la trata de personas en Colombia.	
		Política preventiva frente a la trata de personas. Seguridad versus derechos humanos.	
2011		La trata de personas en la agenda política sudamericana sobre migraciones: la securitización del debate migratorio.	Trabajo, explotación laboral, trata de personas. Categorías en cuestión en las trayectorias migratorias.
		La Cooperación de Naciones Unidas (ONU) frente a la trata de personas en Colombia en el periodo 2003-2009.	
		Prevención, atención y protección de las víctimas y posibles víctimas de la trata de personas por parte del municipio de Medellín.	

AÑO	VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS	TRATA DE PERSONAS Y POLÍTICA PUBLICA	TRATA LABORAL
2012	El delito de trata de personas: Hacia la aplicación de estándares internacionales para la prevención, judicialización, protección y asistencia integral a las víctimas en Colombia.		
2013	La trata y explotación en Colombia: no se quiere ver, no se puede hablar.	Estudio socio-jurídico de las políticas de prevención de la trata de personas en Santander 2005-2012 y del conocimiento de las mismas por los estudiantes de Derecho de las universidades del Departamento.	
2014	<p>La protección a las víctimas de trata en el marco internacional.</p> <p>La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas.</p> <p>Mujer Frontera. Experiencia de investigación acción participativa feminista (IAPF) con mujeres víctimas de la trata de personas.</p>	La lucha contra la trata de personas en Colombia (2008-2013): una política sin acabar.	
2015	Hacia una mayor rendición de cuentas/responsabilidad; monitoreo participativo de iniciativas contra la trata de personas.		
2016		Implementación de la Política pública contra la trata de personas en Colombia 2010-2014.	

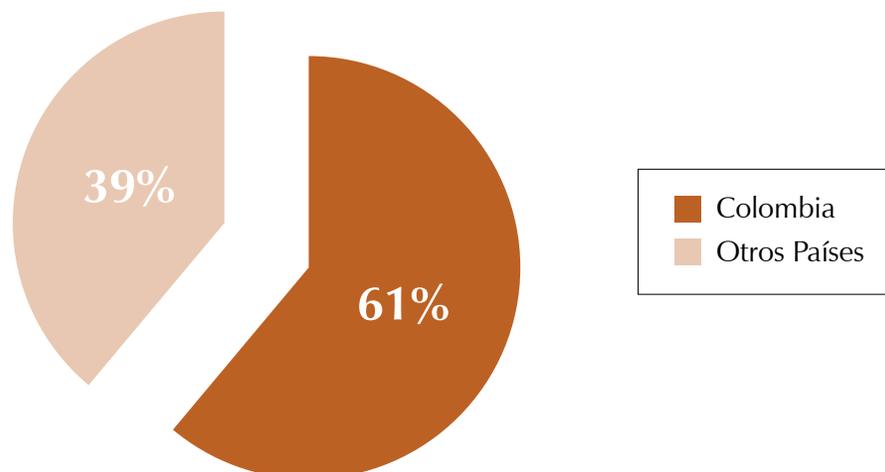
Fuente: Elaboración de la autora.



Colombia es uno de los países de los cuales se ha seleccionado la información para las categorías: “víctimas y trata de personas” y “trata de personas y política pública” (gráfico 4). Con respecto

a investigaciones relacionadas con la trata de personas con fines de trabajos o servicios forzados, la producción encontrada es 100% originada en otros países (España y Argentina).

Gráfico 4. País de producción de los documentos



Fuente: Elaboración de la autora.

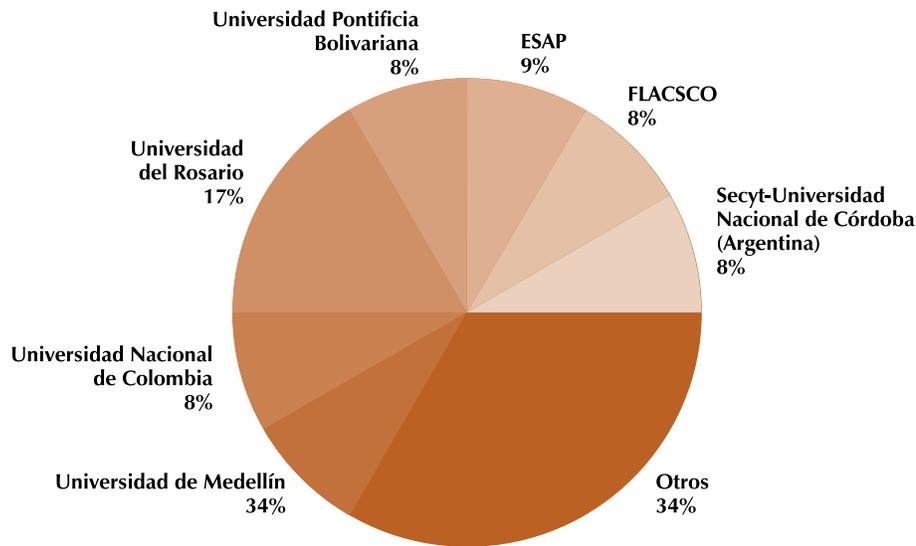
### Categoría I: Trata de personas y políticas públicas

Se seleccionaron 10 documentos, de los cuales 6 se refieren a la trata de personas en general (RAE 3, RAE 5, RAE 6, RAE 8, RAE 9, RAE 10). En 7 investigaciones uno de los objetivos es evaluar la política pública (RAE 1, RAE 3, RAE 4, RAE 5, RAE 7, RAE 8, RAE 9, RAE 10). En 3 se dedican

a investigar la trata de personas en explotación sexual (RAE 2, RAE 4, RAE 7) y un artículo estudia el aporte de la cooperación internacional (RAE 6).

Un 80 % de las investigaciones han sido originadas por estudiantes de pregrado y posgrado, el restante son resultado del trabajo que realizan las organizaciones de la sociedad civil.

Gráfico 5. Fuente de investigación categoría trata de personas



Fuente: Elaboración de la autora.

Cardozo Lozano (2006) intenta dar una respuesta al por qué las mujeres son las más afectadas por la trata de personas, para lo cual realiza 80 entrevistas a mujeres. Ella considera que se ha descrito el fenómeno de la trata de personas desde la prostitución, lo que conlleva a que esta se criminalice y no se considere como un ejercicio autónomo. Por otro lado, insta al Estado a adoptar el enfoque de género como un eje que se debe destacar en la política pública para combatir la trata de personas. Además, plantea que en el abordaje de la problemática no se ha prestado atención a las causas estructurales, lo que promueve la migración forzada.

Bernal (2006), a través de una revisión documental, realiza un análisis sobre la aplicación de la Ley 985 de 2005 en materia de asistencia y protección a las víctimas y deja entrever las responsabilidades del Estado para la restitución de derechos. Hay carencias de normas o políticas públicas que garanticen la protección de los derechos de las víctimas.

Asimismo, Cardozo Lozano (2010) analiza el accionar del Estado colombiano frente a la trata de personas en el periodo de 1996 a 2005, y plantea que es necesaria la transversalidad de género en las políticas públicas, el establecimiento de medidas para el seguimiento y evaluación de dichas políticas desde esta perspectiva y la implementación de programas para la reparación y protección para las víctimas, especialmente mujeres, niños y niñas.

Por otro lado, Ripoll de Castro, (2010) y Magliano y Clavijo, (2011) aportan desde la categoría de migración, pues afirman que las políticas migratorias deben estar orientadas a la protección de los derechos de los migrantes y no establecidas desde un enfoque de seguridad, ya que esto conlleva a sanciones y medidas represivas para las víctimas. Además, consideran que las respuestas estatales definitivamente no solucionan el problema debido a que son respuestas limitadas y no atacan las causas que han generado la migración.

Otro aporte que se ha encontrado, es la responsabilidad que tiene la cooperación internacional en la reducción de la problemática; sobre este tema Báez (2011) presenta un estudio con respecto a cuál ha sido la cooperación internacional de las Naciones Unidas a Colombia entre el 2003 y el 2009: la articulación de acciones para la puesta en marcha de la política pública desde la Estrategia Nacional de Lucha contra la Trata de Personas 2007-2012 y presenta algunos resultados de esta cooperación, a saber: a) El Programa de Rutas para la Asistencia a Víctimas de Trata de Personas; b) la descentralización de la política pública con la creación de comités departamentales, y c) el establecimiento del Centro Operativo Anti Trata (COAT).

A la par, Bocanument-Arbeláez (2011) y Montenegro y Fontaine (2014) investigan y evalúan la política pú-



blica contra la trata de personas desde el territorio. Bocanument-Arbeláez estudia la política pública en el municipio de Medellín y aborda dos ejes: prevención y asistencia, para contrarrestar la trata, especialmente la explotación sexual. Como resultados de esta investigación se encontró que se han desconocido o invisibilizado otras formas de explotación; no existe un componente para atención a víctimas adultas de trata desde su condición de vulnerabilidad, ni hay certeza frente al número de personas víctimas de trata asistidas y qué tipo de asistencia recibieron.

Por su parte, Montenegro y Fontaine analizan la política tanto en el componente sustantivo como procedimental, principalmente en Nariño en el periodo 2008-2013, teniendo en cuenta la yuxtaposición de derechos humanos y seguridad en la que concluyen que la coordinación interinstitucional es muy débil, no hay armonía entre los instrumentos que fundamentan la lucha contra la trata y los procedimientos establecidos para tal fin, es necesario que haya una asignación presupuestaria de acuerdo a la problemática. Por último concluyen, que para la creación de políticas debe haber una coordinación entre el sector central y el local, para lo cual es imprescindible el diseño y la implementación de políticas específicas: establecer conjuntamente los roles de cada institución y los mecanismos para la sostenibilidad.

Por otro lado, Guzmán Suárez y Reyes Sarmiento (2013) hacen hincapié en la responsabilidad de las universidades a la hora de prevenir la problemática, y en los aportes que podrían realizar al generar líneas de investigación sobre trata de personas.

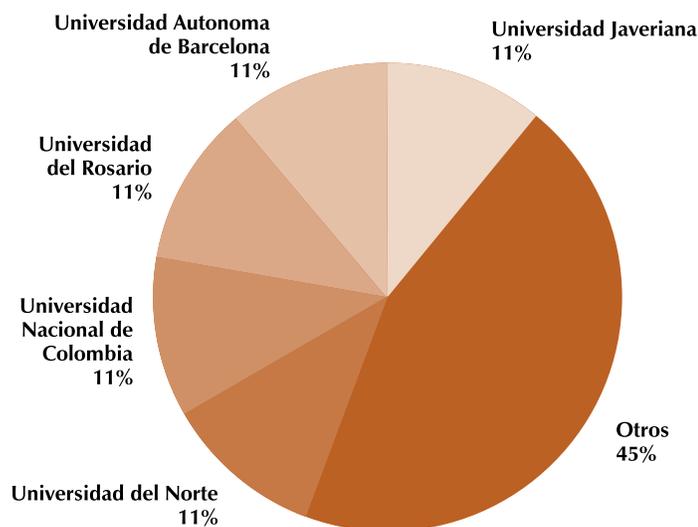
Finalmente, con respecto a esta categoría, el Centro de Pensamiento sobre Trata de Personas (2016) presenta el panorama general desde las instituciones que han diseñado e implementado la política pública en el periodo 2010-2014; este documento refleja la falta de información y el poco accionar estatal. Entre otras cosas, hasta la fecha no existe un sistema de información que dé cuenta de la magnitud del problema y no es posible acceder a líneas de base e indicadores de gestión para evaluar y darle seguimiento a las políticas.

### Categoría II: Víctimas de trata de personas

En esta categoría se hallaron 9 ejemplares en el periodo objeto de estudio (2005-primer semestre 2016).

En este caso, un 45% de las investigaciones se realizaron a partir de organismos internacionales como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) y alianzas regionales (gráfico 6).

Gráfico 6. Fuente de investigación



Fuente: Elaboración de la autora.

Por otro lado, en la mitad del material seleccionado, el objetivo fue analizar la problemática desde un enfoque de género y como una violencia hacia las mujeres (RAE 11, RAE 13, RAE 18, RAE 19); dos artículos (RAE 12 y RAE 17) analizan la protección internacional.

Muñoz (2009) describe la problemática de la trata de personas en general y el impacto que tiene en las mujeres; para esto, entrevistó a funcionarios públicos y a ocho mujeres que fueron víctimas de trata con fines de explotación sexual en el exterior, con el objetivo de analizar la respuesta institucional frente a estos casos. Entre otras cosas, concluye que hay desconocimiento de la problemática por parte de los funcionarios y que sin lugar a dudas las mujeres han sido víctimas de trata por situaciones de discriminación.

A partir de las entrevistas que Muñoz realiza, refleja la falta de herramientas para que haya una efectiva atención a las víctimas de trata de personas; además de que son pocas las víctimas que denuncian porque desconocen sus derechos y por la falta de garantías para la protección personal y de su familia. No hay criterios claramente definidos para identificar los casos de trata de personas, no hay un perfil de la víctima que lleve a que las autoridades las orienten de forma adecuada.

Bernal Vélez, (2010) se encarga de analizar si la perspectiva de género está inmersa en los modelos de atención (especialmente de ong) para mujeres víctimas; propone que se debe considerar el enfoque de género como un eje para las políticas públicas que buscan combatir la trata de personas desde la protección de los derechos y autonomía de las mujeres, ya que son ellas quienes mayormente han sufrido la trata.

Londoño, Varón y Luna de Aliaga (2012), además del análisis de fuentes primarias, realizaron 38 entrevistas semiestructuradas que los llevaron a identificar, entre otras cosas, que hay deficiencias especialmente en las etapas de investigación y judicialización, a la vez que hay vacíos en cuanto a normas especiales para garantizar la protección de las víctimas. A la víctima se le exige una prueba de la afectación sufrida por la trata, situación que contraría los lineamientos de la normatividad internacional de derechos humanos.

Por lo tanto, estos investigadores sugieren que se deben crear centros especializados de atención con

profesionales de diversas disciplinas que garanticen una debida atención tanto a corto como a largo plazo.

Women's Link Worldwide (2013) a partir del reconocimiento del contexto (Eje Cafetero y el Valle del Cauca), entrevistaron a diferentes actores y realizaron un trabajo con cinco grupos focales de mujeres en Cali y en Pereira, lo que permitió a esta organización referirse a la dinámica de la trata de personas en esas regiones y afirmar que en ocasiones las personas que ejercen la prostitución pueden ser más vulnerables a la trata; adicionalmente, identificaron otras formas de explotación. En materia de asistencia y protección, consideran que la atención se prioriza cuando la persona ha sido víctima en otros países (trata transnacional).

Con respecto a la protección internacional para personas víctimas de trata, se han realizado varias investigaciones, una de estas es la dirigida por ACNUR (2009) con la cual se realiza un primer acercamiento a los desafíos para la identificación de víctimas, la necesidad de un sistema nacional de derivación que permita evaluar las necesidades de protección internacional y los procedimientos que se han adoptado para la protección de menores víctimas de trata.

En esta investigación, además de realizar un rastreo de información, se hace un análisis de la legislación internacional y se entrevistan autoridades de 10 países (Irlanda, Israel, Italia Kirguistán, México Nigeria, Noruega, Serbia, Sudáfrica y Tailandia), y 32 funcionarios de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales, expertos y organizaciones no gubernamentales.

Caicedo Camacho (2014) describe y analiza el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños (conocido como Protocolo de Palermo), el Convenio de Varsovia y los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Considera que si bien han habido avances para luchar contra la trata de personas, el Protocolo de Palermo se estableció para luchar contra la delincuencia organizada, es decir que tiene un enfoque de persecución penal y la víctima adquiere en este sentido un papel importante para la desarticulación de las redes, lo que hace que se generen pocas obligaciones para los Estados en materia de protección a las víctimas y no existen instrumentos de control, seguimiento ni evaluación en el cumplimiento del Protocolo. Por su parte, Llain Arenilla y Guzmán Suárez (2014) enfatizan en



desarrollar el tema de la protección de las víctimas de trata como refugiados.

En estas investigaciones se considera que los mecanismos de protección internacional no existen o son inadecuados. Únicamente se otorgan algunos beneficios a las víctimas para que colaboren con el proceso penal y no hay mecanismos para su identificación. Son pocos los Estados donde se contempla el refugio o el asilo como mecanismos de protección internacional. Este panorama genera desconocimiento de la magnitud real del problema y posibilita la revictimización de las víctimas. Asimismo, no hay certeza de cómo acceder al estatus de refugiado y a la aplicación del principio de la no devolución.

Flamtermesky (2014), en *Mujer Frontera. Experiencia de investigación acción participativa feminista (IAPF) con mujeres víctimas de la trata de personas*, investigación realizada en cuatro países (Filipinas, Estados Unidos, Colombia y España) con la participación de 22 mujeres víctimas de trata (en explotación sexual, extracción de órganos, matrimonio servil, matrimonios forzados, mendicidad ajena, explotación doméstica y explotación laboral), constata que la construcción de leyes y políticas públicas en materia de atención a víctimas desafortunadamente se elaboran desde la subjetividad, sin ningún contacto con las víctimas, quienes son las que han vivido la situación, lo que por tanto niega la capacidad propositiva y de agencia de las sobrevivientes de trata.

Finalmente, se han seleccionado dos informes desde la sociedad civil, el primero es el producto de la articulación de diversas organizaciones que tienen presencia en los países de Argentina, Colombia, Ecuador, México y Perú y que conforman la Alianza Global contra la Trata de Mujeres-GAATW (2015), en este rescatan las experiencias de las sobrevivientes con el objetivo de incidir en los programas de las organizaciones para dar respuesta a las necesidades de las víctimas y resaltar las obligaciones de los Estados frente a la protección.

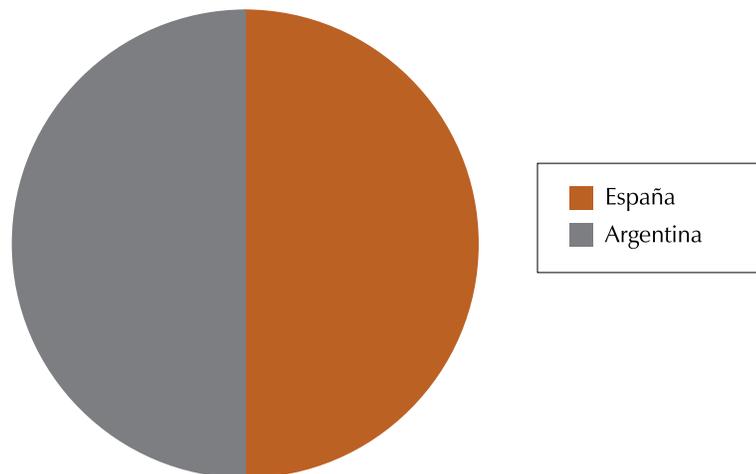
Con relación a Colombia, concluyen los investigadores que hay desconfianza en las instituciones, hay desinformación acerca de los procedimientos para la asistencia y no se garantiza el derecho a la salud; en ocasiones las víctimas tienen que acudir a médicos particulares, a la vez que son coaccionadas a denunciar para poder recibir algún tipo de atención.

### Categoría III: Trata Laboral

Antes de mencionar los hallazgos, hay que hacer claridad en que a esta forma de explotación también se le ha denominado explotación laboral; por esto se hizo un rastreo de la documentación teniendo en cuenta estos dos conceptos (explotación laboral o trabajos forzados).

Con respecto a esta última categoría, que ha sido muy poco abordada por académicos e investigadores, solo se hallaron 4 artículos producto de investigaciones.

Gráfico 7. Países origen de las investigaciones



Fuente: Elaboración de la autora.

Giménez -Salina, Susaj y Requena (2009) analizan la trata con fines de explotación laboral desde una perspectiva exploratoria en la que se destaca que no hay uniformidad en la recolección de datos, lo que genera obstáculos para conocer las dimensiones de esta problemática y en el caso concreto de la trata laboral, esta no se ha dado a conocer: permanece invisible, lo que conlleva a que no haya atención a las personas víctimas de esta explotación, en la que los hombres son los más afectados (excepto en explotación en el servicio doméstico) y se ven abocados a esta por cuestiones principalmente económicas. En este tipo de trata, los tratantes no responden a la lógica del delito organizado.

Igualmente, Requena, Giménez-Salinas et al (2009), desde un estudio de corte mixto (cuantitativo y cualitativo), revisan 15 expedientes del 2007 para conocer el *modus operandi* de los tratantes y el perfil de las víctimas. Encontraron documentación sobre 179 víctimas, de las cuales un 87% son hombres. Además, resaltan que la forma preponderante de explotación es en el sector agrícola (65%), y reclaman que se debe adoptar una normatividad que dé respuesta a la realidad y establecer políticas que contemplen medidas para la identificación de los casos y la protección integral de las víctimas, que no esté en ningún caso condicionada.

En otro sentido, tanto Benencia (2009) como Pacecca (2011) hacen un análisis de la situación que vive Argentina con respecto a los talleres textiles de migrantes bolivianos. Los dos artículos describen lo denigrante y cruel (hacinamiento, condiciones insalubres y encierro) que puede resultar el trabajo en condiciones de esclavitud, que permite ver una realidad que sucede ante la mirada de todos y donde el Estado argentino no ha dado una respuesta efectiva para garantizar los derechos de las personas migrantes.

Pacecca (2011) analiza la relación entre trata laboral, trabajo y migración internacional con base en 14 procesos judiciales. Discurre que es necesario prestar atención a todas las aristas de la trata, como el capitalismo y el patriarcado.

Con respecto a Colombia no se halló ningún artículo que abordara específicamente la trata de personas con fines de explotación laboral o trabajos forzados. Las investigaciones identificadas describen la problemática en general. Esta es una de las modalidades de la trata que aún no se han explorado, por ende no es posible realizar comparaciones de validación.

## CONCLUSIONES

La mayoría de documentos que se encontraron son de tipo reflexivo y abordan la problemática en general, desde la prevención a la asistencia de las víctimas. Pese a esto, con los documentos revisados se evidencia que desde la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo se enmarca la trata de personas en un enfoque de persecución penal, donde lo urgente es desarticular las grandes redes de tratantes, y la víctima pasa a un segundo plano; con esto, los derechos humanos de las víctimas no se consideran como pilares para su asistencia. Son deficientes las normas y políticas públicas que garantizan la protección de los derechos de las víctimas, la emancipación y la capacidad de agenciamiento.

Por otro lado, a pesar de algunos avances como la ratificación de instrumentos internacionales sobre la materia, la exclusión del consentimiento dado por la víctima para la tipificación de la pena, la cooperación de organismos internacionales como la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDC) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil y el establecimiento de una línea de atención nacional, en los documentos seleccionados hay muchas consonancias y reiteraciones acerca de las falencias del Estado al abordar y combatir esta problemática. No hay claridad en la identificación sobre quién es la víctima y falta un sistema de información nacional que permita tener un conocimiento certero de la dimensión del delito.

Como ya se dijo antes, desafortunadamente se le ha dado prioridad al enfoque de seguridad y persecución penal, que ha dejado de lado los derechos humanos; los investigadores concluyen que no hay unidad normativa en esta materia, no hay coordinación interinstitucional ni a nivel central ni en el territorio para la creación de las políticas. Hay ausencia de indicadores para el seguimiento y evaluación de la política. La asignación presupuestal para la prevención y asistencia es escasa.

Las investigaciones también han visualizado que la atención a las personas víctimas de trata es tardía o insuficiente; en la práctica no se tienen en cuenta los enfoques de género ni diferencial. No se han establecido programas para atención especializada, no hay articulación entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil.



Lamentablemente se tiene una visión reduccionista de la problemática, que la centra especialmente en la explotación sexual, y deja de lado otras formas de explotación; no se conoce la dinámica del delito, en ocasiones se reportan casos de trata que no lo son o viceversa. No se le ha prestado atención a las causas que generan la trata como el conflicto armado o la explotación en la minera, entre otros.

Especialmente es imperativo resaltar que los investigadores han reflejado que la trata de personas con fines laborales también es una consecuencia del modelo económico imperante en el mundo y que sin duda esta no responde a las lógicas de la trata con fines sexuales ya que no es tan lucrativa y el tratante por lo general no es una red organizada, en ocasiones son personas, pequeños grupos o el mismo "empleador" el que acude a la trata para no tener que responder por las obligaciones laborales según la legislación de los Estados.

En suma, la recopilación de la información ha confirmado las debilidades del Estado; no obstante, también se presentan falencias al describir el fenómeno debido a que se equipara la trata de personas al tráfico ilícito de migrantes, por ejemplo.

Para finalizar, frente al tema de trabajos forzados, aunque existen documentos que informan acerca de esta, son pocas las investigaciones que dan cuenta de esta forma de explotación y de la situación y perfil de las víctimas. Falta realizar investigaciones que den cuenta del escenario en que debe moverse una víctima de trata de personas por trabajos forzados en Colombia y para desde esa dialéctica discutir el diseño, la implementación y la evaluación de las políticas públicas del Estado, las organizaciones de la sociedad civil y las y los sobrevivientes de trata.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alianza Global contra la Trata de Mujeres-Gaaw. (2015). *Hacia una mayor rendición de cuentas/ responsabilidad; monitoreo participativo de iniciativas contra la trata de personas*. Recuperado el día 11 de mayo de 2016 de <https://fundacionrenacer.org/wp-content/uploads/2015/08/informe-regional-lac-gaaw.pdf>
- Alto Comisionado de las Naciones para los Refugiados. ACNUR. (2009). *Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional. Consultoras externas Jacqueline Bhabha y Christina Alfrev, Ginebra-Suiza*. Recuperado el día 17 de mayo de 2016 de <http://www.refworld.org/pdfid/4af98c4d2.pdf>
- Báez, A. (2011). *La Cooperación de Naciones Unidas (ONU) frente a la trata de personas en Colombia en el periodo 2003-2009*. (Trabajo de grado, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia). Recuperado el día 17 de mayo de 2016 de <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/5679>
- Benencia, R. (2009). El infierno del trabajo esclavo. La contracara de las «exitosas» economías étnicas. *Avá*, (15). Recuperado el día 26 de agosto de 2016 de [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S185116942009000200002&script=sci\\_arttext&lng=en](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S185116942009000200002&script=sci_arttext&lng=en)
- Bernal, F. (2006). *Análisis y aplicabilidad de la Ley 985 de 2005 «Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma»*. (Trabajo de grado, Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, Bogotá, Colombia). Recuperado el día 17 de mayo de 2016 de <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/an%C3%A1lisis%20y%20aplicabilidad%20de%20la%20ley%20985%20de%202005.pdf>
- Bernal, M. (2010). *Modelos de atención dirigidos a mujeres en situación de trata de personas: una lectura crítica desde la perspectiva de género*. (Trabajo de grado, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia). Recuperado el día 11 de mayo de 2016 de <http://www.bdigital.unal.edu.co/2740/1/489024.2010.pdf>
- Bocanument, M. (2011). Prevención, atención y protección de las víctimas y posibles víctimas de la trata de personas por parte del municipio de Medellín. *Opinión Jurídica*, 10(19), 63-84. Recuperado el día 10 de agosto de 2016 de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n19/v10n19a04.pdf>
- Caicedo, N. (2014). La protección a las víctimas de trata en el marco internacional. *Ixaya Revista Universitaria de Desarrollo Social*, (6), 77-96. Recuperado el día 10 de agosto de 2016 de [http://www.ixaya.cucsh.udg.mx/sites/default/files/3\\_la\\_protecci%C3%B3n\\_a\\_%20las\\_victimas\\_de\\_trata.pdf](http://www.ixaya.cucsh.udg.mx/sites/default/files/3_la_protecci%C3%B3n_a_%20las_victimas_de_trata.pdf)
- Cardozo, S. (2006). *Análisis del papel del Estado Colombiano en el marco del discurso de la trata de mujeres y su relación con la explotación sexual y la prostitución femenina*. (Trabajo de grado, Concurso Otto de Greiff XI versión 2007, Bogotá, Colombia). Recuperado el día 11 de agosto de 2016 de [http://cienciagora.com.co/imgs2012/imagenes/Tesis\\_Sandra\\_Cardozo.pdf](http://cienciagora.com.co/imgs2012/imagenes/Tesis_Sandra_Cardozo.pdf)
- Cardozo, S. (2010). *Lectura teórica sobre la inclusión de la perspectiva de género en las políticas públicas para combatir la trata de personas en Colombia*. (Trabajo de grado, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia). Recuperado el día 11 de mayo de 2016 de <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/2118>
- Centro de Pensamiento sobre Trata de Personas. (2016). *Implementación de la política pública contra la trata de personas en Colombia 2010-2014*. Bogotá: Fundación Mariano Ospina Pérez. Recuperado el día 10 de agosto de 2016 de <https://cptratadepersonas.files.wordpress.com/2016/03/informe-cptp-2015.pdf>

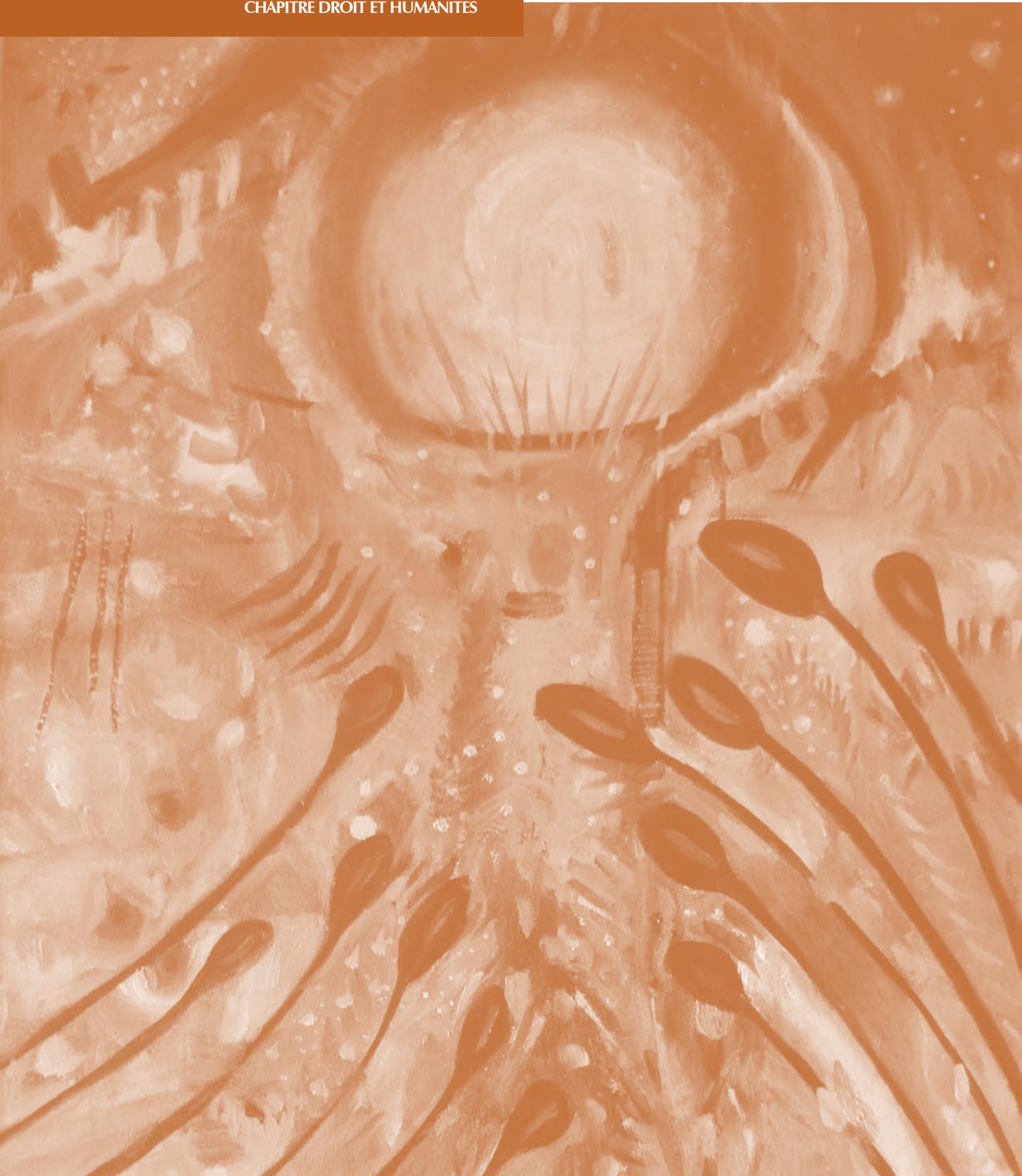


- Flamtermesky, H. (2014). Mujer Frontera. Experiencia de investigación acción participativa feminista (iapf) con mujeres víctimas de la trata de personas. *Athenea Digital*, 14(4), 389-400. Recuperado el día 11 de mayo de 2016 de [https://www.researchgate.net/publication/276392842\\_Mujer\\_frontera\\_Experiencia\\_de\\_investigacion\\_accion\\_participativa\\_feminista\\_IAPF\\_con\\_mujeres\\_victimas\\_de\\_la\\_trata\\_de\\_personas](https://www.researchgate.net/publication/276392842_Mujer_frontera_Experiencia_de_investigacion_accion_participativa_feminista_IAPF_con_mujeres_victimas_de_la_trata_de_personas)
- Giménez-Salina, A., Susaj, G., & Requena L. (2009). La dimensión laboral de la trata de personas en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (11-04), 04:1-04:25. Recuperado el día 24 de mayo 2016 de <http://criminol.ugr.es/recpc/11/recpc11-04.pdf>
- Guzmán, S., & Reyes, L. (2013). *Estudio socio-jurídico de las políticas de prevención de la trata de personas en Santander 2005-2012 y del conocimiento de las mismas por los estudiantes de Derecho de las universidades del departamento*. (Ponencia presentada en el III Congreso Latinoamericano sobre trata y tráfico de personas, Bogotá, Colombia). Recuperado el día 11 de mayo de 2016 de [http://cei.uniandes.edu.co/index.php/component/docman/cat\\_view/1-ponencias?Itemid=](http://cei.uniandes.edu.co/index.php/component/docman/cat_view/1-ponencias?Itemid=)
- Hoyos, C. (2000). *Un modelo para investigación documental: guía teórico - práctica sobre la construcción de estados del arte con importantes reflexiones sobre la investigación*. Medellín: Señal Editora.
- Llain, S., & Guzmán, S. (2014). La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas. *Revista de Derecho*, (42), 284-311. Recuperado el día 24 de mayo de 2016 de <http://dx.doi.org/10.14482/dere.42.6789>
- Loaiza, M. (2015). «Atrapada por la mafia yacuzá» una sobreviviente cuenta cómo se liberó de la trata de personas. (A. d. Fides, Entrevistador) La Paz, Bolivia. recuperado el día 11 de mayo de 2016 de <http://noticiasfides.com/sociedad/atrapada-por-la-mafia-yacuzá-una-sobreviviente-cuenta-como-se-libero-de-la-trata-de-personas-358144/>
- Londoño, B., Varón, A. & Luna de Aliaga, B. (2012). El delito de trata de personas: Hacia la aplicación de estándares internacionales para la prevención, judicialización, protección y asistencia integral a las víctimas en Colombia. *Revista de Derecho*, (37), 198-230. Recuperado el día 24 de agosto de 2016 de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/rt/printerFriendly/2203/4157>
- Magliano, M. & Clavijo, J. (2011). La trata de personas en la agenda política sudamericana sobre migraciones: la securitización del debate migratorio. *Análisis Político*, 24(71), 149-163. Recuperado el día 11 de mayo de 2016 de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/44244>
- Montenegro, V. & Fontaine, G. (junio de 2014). La lucha contra la trata de personas en Colombia (2008-2013): una política sin acabar. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad urvio*, (14), 12-27. Recuperado el día 17 de mayo de 2016 de <http://dx.doi.org/10.17141/urvio.14.2014.1341>
- Muñoz, A. (2009). *Descripción del fenómeno de la trata de personas en Colombia, y su impacto en las mujeres, con una mirada tridimensional: globalización, derechos humanos, y género*. (Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Recuperado el día 17 de mayo de 2016 de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis218.pdf>
- Naciones Unidas (2004) *(Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Asamblea General Naciones Unidas*. (2000). New York: Naciones Unidas. Recuperado el día 24 de agosto de 2016 de <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Pacecca, M. (2011). Trabajo, explotación laboral, trata de personas. Categorías en cuestión en las trayectorias migratorias. *Revista Interdiscipli-*

- nar da Mobilidade Humana*, 19(37), 147-174. Recuperado el día 17 de mayo de 2016 de <http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/281/256>
- Requena, L., Giménez-Salinas, A. & De Juan, M. (2009). La trata de personas para su explotación laboral: análisis de la situación en España. *Boletín Criminológico Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología*, (114), 1-4. Recuperado el día 24 de agosto de 2016 de <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/114.pdf>
- Ripoll De Castro, A. (2010). Política preventiva frente a la trata de personas seguridad versus derechos humanos. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 5(2), 235-249. Recuperado el día 11 de mayo de 2016 de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1909-30632010000200010](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632010000200010)
- Women's Link Worldwide. (2013). *La trata y explotación en Colombia: no se quiere ver, no se puede hablar*. Bogotá. Recuperado el día 24 de agosto de 2016 de [http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle\\_proyectos&dc=71](http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&dc=71)









Fecha de recepción: 3 de junio de 2016  
 Fecha de evaluación: 19 de agosto de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Reto del Hambre Cero: una estrategia de las Naciones Unidas, su relevancia en la agenda mundial y su trascendencia en Colombia\*

*Eddy Fernando Pinzón Ruge\*\**

## Citar este artículo:

Pinzón, E. (2017). Reto del Hambre Cero: una estrategia de las Naciones Unidas, su relevancia en la agenda mundial y su trascendencia en Colombia. *Via Iuris*, 22, pp. 189-208.

## RESUMEN

El Reto del Hambre Cero es una estrategia para la erradicación definitiva del hambre en el mundo a partir del efectivo ejercicio del derecho a la alimentación adecuada. Esta es una estrategia que ha sido propiciado por las Naciones Unidas para confrontar el estado de hambruna que aflige a millones de seres humanos. La necesidad de analizar, desde la observación documental, el contenido y naturaleza jurídica de esta estrategia, en el marco del sistema internacional de las Naciones Unidas, radica en comprender su relevancia en la agenda mundial, especialmente en la de los organismos de integración latinoamericanos y en los Estados que han tenido una experiencia particular como son los casos de Brasil y Guatemala. Lo anterior, con el propósito de evaluar la trascendencia de esta estrategia mundial en Colombia al finalizar el término de cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), estableciendo así el rezago actual en el que se encuentra el Estado colombiano tras la inexistente integración del Reto del Hambre Cero al ordenamiento jurídico nacional y ante la insuficiencia de herramientas estatales encaminadas a garantizar la observancia del derecho a la alimentación adecuada.

\* Este artículo ha sido resultado del proyecto de investigación "Análisis de los Programas Mundiales Hambre Cero desde la FAO y IFAD para la supresión de la pobreza" (2015), adscrito a la Línea de Investigación Política Económica y Social del Grupo de Investigación en Políticas Públicas – GIPP de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

\*\* Abogado egresado con la distinción Cum Laude de la Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá (Colombia). Correo electrónico: fernandopinzonabg@gmail.com

## Palabras clave

Reto del Hambre Cero, erradicación del hambre, Colombia, Brasil, Guatemala, derecho a la alimentación adecuada.



# The Zero Hunger Challenge: a strategy of the United Nations, its relevance in the global agenda and their importance in Colombia

*Eddy Fernando Pinzón Ruge*

## ABSTRACT

The Zero Hunger Challenge is a strategy for the final hunger eradication in the world based on the effective exercise of the adequate feeding right; which has been advocated by the United Nations to confront the state of famine that afflicts millions of human beings. The need to analyze from the documentary observation the content and legal nature of this strategy in the United Nations international system framework; which lies in understanding its relevance in the global agenda; particularly in the Latin American integration bodies, and in the States, that have had an experience of the Zero Hunger, as in the cases of Brazil and Guatemala. The above, with the purpose of evaluating the significance of this global strategy in Colombia at the end of the Millennium Development Goals fulfilment term (MDG), which allow to set the currently lag in the Colombian State on the matter, and there has been no integration of Zero Hunger Challenge to the national legal system and the inadequacy state tools aimed at ensuring the observance to adequate feeding right.

## Keywords

The Zero Hunger Challenge, eradication of hunger, Colombia, Brazil, Guatemala, right to adequate feeding.

# O Desafio da Fome zero: uma estratégia das Nações Unidas, sua relevância na agenda mundial e sua importância na Colômbia

*Eddy Fernando Pinzón Ruge*

## RESUMO

O Desafio da Fome zero é uma estratégia para erradicação definitiva da fome no mundo a partir do exercício efetivo do direito a alimentos adequados, que foi propiciado pelas Nações Unidas para enfrentar o estado de fome que aflige milhões de seres humanos. A necessidade de analisar, a partir da observação documental, o conteúdo e a natureza jurídica desta estratégia, no âmbito do sistema internacional das Nações Unidas, consiste em compreender a sua relevância na agenda global, especialmente no que diz respeito às organizações de integração latino-americanas e nos Estados que tiveram uma experiência particular da Fome Zero, como os casos do Brasil e da Guatemala. O que precede, com o objetivo de avaliar o significado desta estratégia global na Colômbia no final do prazo de cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), que permite estabelecer o atraso em que o Estado colombiano está atualmente em questão, porque não houve integração do Desafio da Fome Zero no sistema jurídico nacional e a falta de ferramentas estatais destinadas a garantir o respeito do direito a uma alimentação adequada.

## Palavras-chave

Desafio da Fome Zero, erradicação da fome, Colômbia, Brasil, Guatemala, direito a uma alimentação adequada.



# Défi Zéro Faim: une stratégie des Nations Unies, sa pertinence dans le programme mondial et son importance en Colombie

*Eddy Fernando Pinzón Ruge*

## RÉSUMÉ

Le défi Faim Zéro est une stratégie pour l'éradication définitive de la faim dans le monde dans l'exercice effectif du droit à une alimentation adéquate, qui a été conduit par les Nations Unies pour faire face à l'état de famine qui afflige des millions d'êtres humains. La nécessité d'analyser, de la nature observation documentaire, le contenu et la nature juridique de cette stratégie au sein du système international des Nations Unies, est de comprendre sa pertinence à l'ordre du jour mondial, en particulier dans les organismes d'intégration latino-américaine et dans les États qui ont eu une expérience particulière de la faim zéro comme dans le cas du Brésil et du Guatemala. Ceci, afin d'évaluer l'importance de cette stratégie globale en Colombie à la fin de la durée de réalisation des Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD), qui permet d'établir le retard en la matière dont se trouve actuellement le gouvernement colombien, car il n'y a pas eu une intégration de défi faim zéro l'ordre juridique national et l'insuffisance des outils de l'État visant à garantir le respect du droit à une alimentation adéquate.

### Mots-clés

Zéro faim Défi, l'éradication de la faim, la Colombie, le Brésil, le Guatemala, le droit à une alimentation adéquate.

## INTRODUCCIÓN

El hambre en el mundo es entendida como la escasez generalizada de alimentos básicos que padece una población de forma intensa y prolongada. Esta situación es actualmente padecida por una de cada ocho personas en el planeta (WFP, 2016) pese a que la producción de alimentos a nivel mundial es suficiente para alimentar a las más de siete mil millones de personas que constituyen toda la población del planeta Tierra. De acuerdo con el Programa Mundial de Alimentos (WFP por sus siglas en inglés) esta problemática se ha visto acrecentada entre el segundo decalustro del siglo XX y el primer quinquenio del siglo XXI, debido a factores como el incremento de la pobreza, la falta de inversión agrícola, el recrudescimiento de los enfrentamientos bélicos, los desplazamientos poblacionales, el desperdicio de alimentos, el cambio climático y la inestabilidad del precio de los alimentos en el mercado, entre otros.

Este escenario ha traído como consecuencia la disminución de la productividad de las personas, la imposibilidad de los países en vías de desarrollo de fortalecer sus economías y la salud de sus ciudadanos, la dificultad de garantizar una producción de alimentos de manera sustentable y de llevar a cabo la explotación de recursos naturales, como el agua, en beneficio de todas las poblaciones, especialmente de aquellas que han sido discriminadas.

Para contrarrestar esta problemática, en 1996 los Estados Unidos en la Cumbre Mundial sobre Alimentación (CMA) acordaron reducir a la mitad el número de personas hambrientas en el mundo para el año 2015. Para lo cual, decidieron alcanzar un desarrollo económico sostenible que beneficiara a todas las comunidades del mundo.

Como consecuencia de lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) inició un movimiento mundial cuyo objetivo ha sido erradicar el hambre mediante la transformación de los sistemas agroalimentarios de las comunidades. Este movimiento es denominado el Reto del Hambre Cero.

El Reto del Hambre Cero ha sido concebido como una estrategia que involucra: i) la sustentabilidad desde la producción hasta el consumo de los sistemas agroalimentarios; ii) el fin de la pobreza rural; iii) la eliminación del desperdicio de alimentos; iv) la accesibilidad a una alimentación adecuada, y v)

la erradicación de todas las formas de malnutrición, incluidas la desnutrición y la desnutrición crónica.

Esta estrategia encuentra su fundamento jurídico en la resolución 55/2 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG-ONU) mediante la cual los Estados convinieron en la Declaración de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (DDM), en la que aceptaron la obligación de seguir directrices en materia de creación de políticas públicas y de legislación para el desarrollo de los contenidos de la enunciada resolución, especialmente, para efectos de este artículo, lo referido al derecho a la alimentación adecuada.

En ese orden de ideas, la posibilidad de interpretar las directrices para desarrollar los contenidos del derecho a la alimentación adecuada ha permitido flexibilizar las acciones asumidas por los diferentes organismos de la ONU, por organismos de integración regional y por los Estados para propender por la garantía no solo de este derecho, sino de encausar la lucha por erradicar el hambre en el mundo. Ante tal diversidad, el presente artículo cuestiona lo siguiente: ¿cuál es la trascendencia del Reto del Hambre Cero en la observancia del derecho a la alimentación adecuada desde las organizaciones de la ONU, las organizaciones de integración latinoamericana, y desde Estados como Brasil, Guatemala y, especialmente, Colombia?

Ante el grado de relevancia internacional que implica esta estrategia, se justifica reflexionar sobre la trascendencia del Reto del Hambre Cero en la agenda de la ONU, de sistemas de integración regional como el latinoamericano y de Estados que han tenido una experiencia particular del Reto del Hambre Cero como son los casos de Brasil y Guatemala, para comprender holísticamente el contexto en el que se ha intentado integrar este reto en Colombia, en momentos en los que recién se ha finalizado el término de cumplimiento de los ODM.

Además, este estudio resulta pertinente pues la investigación sintetizada en el presente artículo constituye una contribución a la integración de las directrices del derecho internacional público, como es el Reto del Hambre Cero, y las normativas propias del derecho público interno, en lo concerniente a la verificación del ejercicio efectivo del contenido del derecho a la alimentación adecuada. Cabe resaltar que la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO por sus siglas en inglés) y el Fondo Internacional para el Desarrollo



Agrícola (IFAD por sus siglas en inglés) presentan informes a la comunidad internacional sobre los avances de los múltiples programas que lideran alrededor del mundo en materia de alimentación, agricultura y seguridad alimentaria; así como del cumplimiento de los ODM, que han servido de fuente primaria para el desarrollo de la investigación, pero que por su naturaleza, no centran su argumentación en la forma cómo el Reto del Hambre Cero es asimilado por las organizaciones de la ONU, por algunas organizaciones del sistema de integración latinoamericano, por los Estados que han diseñado su propia interpretación del Reto del Hambre Cero como Brasil y Guatemala, ni por la integración del Reto del Hambre Cero al ordenamientos jurídicos nacional, como se estudió para el caso de Colombia; temáticas a las que atiende el presente artículo.

## METODOLOGÍA

El artículo pretende reflexionar sobre las temáticas antes enunciadas, desde un enfoque cualitativo y no experimental, cimentado en la observación documental, atendiendo al objetivo general de analizar la trascendencia del Reto del Hambre Cero en la observancia del derecho a la alimentación adecuada desde las organizaciones de la ONU, las organizaciones de integración latinoamericana, y desde Estados como Brasil, Guatemala, y especialmente, Colombia. Lo anterior busca comprobar la hipótesis propuesta en la que se expone si frente a las organizaciones del sistema de la ONU, las organizaciones de integración latinoamericana, y de Estados como Brasil y Guatemala, el Estado colombiano se encuentra rezagado en materia de observancia del derecho a la alimentación adecuada ante la inexistencia de la integración del Reto del Hambre Cero al ordenamiento jurídico nacional. Se expondrán, en primer lugar, los resultados de la investigación que contiene un análisis sobre el contenido del Reto del Hambre Cero desde el sistema internacional de la ONU, desde el sistema de integración latinoamericano y desde la experiencia del Hambre Cero en Brasil y Guatemala. En segundo lugar, se estudia el derecho a la alimentación adecuada en Colombia y la integración del Reto del Hambre Cero al ordenamiento jurídico colombiano y, finalmente se presenta la conclusión de lo anteriormente expuesto.

## RESULTADOS

### El contenido del Reto del Hambre Cero desde el Sistema Internacional de la ONU

#### El derecho a una alimentación adecuada y los compromisos internacionales por erradicar el hambre, como fundamento del Reto del Hambre Cero

El derecho a la alimentación adecuada es un derecho humano universal mediante el cual se garantiza, en primer lugar, el acceso a una alimentación acorde a la demanda nutricional de las personas y, en segundo lugar, a los recursos necesarios que, de manera sostenible, permiten la existencia de la seguridad alimentaria. El objetivo de este derecho es “crear un entorno propicio que permita a todas las personas alimentarse por sí mismas, ya sea produciendo sus alimentos o teniendo acceso económico a los mismos” (FAO, 2014, p. 10), lo que conlleva a que el derecho a la alimentación no constituya un derecho a ser alimentado, sino a alimentarse en condiciones de dignidad. Por ello, las personas deben satisfacer sus propias necesidades con su propio esfuerzo y utilizando sus propios recursos, con la garantía estatal de la promoción de la producción sostenible de alimentos. Esta producción sostenible debe conllevar a la elaboración de condiciones en las que pueda garantizarse la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos asegurando, para ello, la satisfacción de las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de futuras generaciones. En función de esto, en 2010 la FAO estableció la consideración de factores como el crecimiento de la población, el efecto del cambio climático y la disponibilidad de recursos naturales.

El “derecho a una alimentación adecuada, a la erradicación del hambre y la malnutrición se desarrolla en tres niveles” (AG-ONU, 2013, p. 5), inicialmente como derecho independiente de naturaleza internacional y constitucional en varios Estados. En segundo lugar, el derecho a la alimentación en el marco de los planes gubernamentales de seguridad alimentaria reconocidos legalmente y, en tercer lugar, la exigencia de realizar progresivamente los componentes del derecho a la alimentación (AG-ONU, 2013, pp. 5-6).

El derecho a la alimentación adecuada, como un derecho de naturaleza internacional, encuentra fundamento jurídico en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su artículo XI. El reconocimiento de este derecho fue profundizado con la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— (1966), en cuyos artículos 11 y 12 se estatuye el derecho fundamental a estar protegido contra el hambre y se establece el fundamento de las obligaciones de los Estados en esta materia. En 1974, la AG-ONU aprobó mediante la Resolución 3348 (XXIX) la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, por la que los Estados reconocieron que es un objetivo común de todas las naciones eliminar el hambre y la desnutrición. En 1988, se suscribió el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que tutela este derecho en su artículo 12. En 1996, en el marco de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (CMA) se profiere la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial y se idea el Plan de Acción que llevará a una realización progresiva de este derecho.

El derecho a la alimentación adecuada alcanzó un mayor desarrollo conceptual cuando mediante la Observación General 12 de 1999 (OG12), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) interpretó el derecho a la alimentación adecuada, entendiendo que este “se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla” (CDESC, 1999, párr. 6).

Siguiendo la exegesis del CDESC (1999), el contenido de este derecho se estructura desde el concepto de disponibilidad, que hace referencia a la existencia de alimentos para consumo de la población, en la cantidad suficiente y calidad óptima, con el fin de satisfacer las necesidades nutricionales de las personas (párr.12), y en el concepto de accesibilidad, mediante el cual se prevé el acceso a los alimentos y a los recursos y medios de producción de estos, con el fin de garantizar una alimentación nutritiva. La OG12 del CDESC (1999) enfatiza la accesibilidad económica como la forma de adquirir los alimentos

en condiciones económicas favorables y “la accesibilidad física implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos” (párr.13) especialmente a aquellas poblaciones desprotegidas o discriminadas. La FAO (2006) referencia la utilización biológica de los alimentos, entendida como la exigencia de sanidad necesaria para garantizar un estado de bienestar nutricional óptimo y la estabilidad propicia para garantizar, en todo momento, la disponibilidad y la accesibilidad al derecho, como requisitos sin los cuales no podría desarrollarse una seguridad alimentaria ajustada a las necesidades nutricionales de los individuos, y en consecuencia, no se cumpliría con el mandato de hacer efectivo el derecho a la alimentación adecuada en toda la población sin ninguna especie de discriminación.

Conforme a la OG12 de CDESC (1999), los Estados asumen en calidad de garantes la realización inmediata y vigilancia gradual del derecho a la alimentación adecuada de toda la población, según la urgencia de la población afectada y el máximo de recursos disponibles. En esta disposición se glosa la adecuación del derecho a la alimentación en “tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y realizar. A su vez, la obligación de realizar entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo” (párr. 15), en los que los Estados deben respetar el acceso existente a una alimentación adecuada absteniéndose de adoptar medidas que limiten este acceso. También recae en los Estados el deber de proteger la accesibilidad a una alimentación adecuada impidiendo que terceros priven a la población del acceso a la alimentación. Finalmente, los Estados deben facilitar el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren la efectividad del derecho, por medio de la instrucción de las medidas que faciliten el acceso a una alimentación adecuada a las poblaciones desprotegidas o discriminadas, desde un enfoque diferencial.

En el año 2000, la AG-ONU aprobó en su quincuagésimo quinto período de sesiones, por medio de la Resolución 55/2, la DODM, a través de la cual, los Estados miembros de la ONU se unieron en contra de la gravosa situación de desigualdad material entre los pueblos, acrecentada por los procesos socioeconómicos, disputas geopolíticas y acontecimientos de gran relevancia mundial que



colmaron la historia de la humanidad durante los siglos XIX y XX, y frente a los cuales los Estados, con el ánimo de plasmar en acciones los valores fundamentales de libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto a la naturaleza y responsabilidad común, decidieron convenir ocho propósitos que guiarían el desarrollo humano durante el nuevo milenio, a los que denominaron los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM).

Mediante la promulgación de los ODM, los Estados acordaron refundar las relaciones internacionales en valores y principios<sup>1</sup> para el establecimiento de una paz justa y duradera en todo el mundo, fundada en el respeto por la independencia, la integridad y la soberanía territorial, la igualdad de derechos de todos los seres humanos, la inclusión y equidad entre los Estados, y la cooperación entre los mismos.

Cimentados en estos principios, la AG-ONU (2000) acordó, en el acápite referido al desarrollo y la erradicación de la pobreza, el compromiso de hacer realidad el derecho al desarrollo, el cual asumió una preeminencia superior cuando los Estados acordaron “reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día y el de las personas que padezcan hambre” (p. 5), mediante la creación “en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza [...con el fin de superar las] condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema [...a las que para el año 2000 estaban sometidas] más de 1000 millones de seres humanos” (AG-ONU, 2000, p.4).

Mediante este compromiso los Estados decidieron tutelar tres derechos fundamentales que le asisten a todos los seres humanos. El primero, el derecho al desarrollo, que constituye la esencia de los ODM; en segundo lugar, el derecho a la alimentación adecuada, y finalmente, el derecho al agua. Estos derechos contienen medidas que buscan hacerlos efectivos y desde ellos se construye el fundamento jurídico que hace imperante la accesibilidad y disponibilidad que constituye su contenido.

Es por ello que la comunidad internacional, en lo concerniente a la observancia de las dimensiones

del derecho a la alimentación adecuada, convinieron en el marco de los ODM, “reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas que padecen hambre” (ONU, 2015, p. 20). Este propósito ha sido denominado la Meta 1.C., la cual es una declaración de voluntad de actores estatales que se enmarca dentro de los compromisos suscritos por la comunidad internacional para tutelar el derecho a la alimentación adecuada y garantizar la seguridad alimentaria en todas las escalas de población humana. El objetivo es reducir a la mitad las estimaciones que “sugieren que unas 795 millones de personas sufren de nutrición insuficiente en todo el mundo [...es decir,] casi una de cada nueve personas no tiene suficiente para comer” (ONU, 2015, p. 20).

Esta situación es bastante preocupante, pues aunque para la ONU (2015) el porcentaje de personas con nutrición insuficiente en las regiones en desarrollo ha representado una disminución importante al reducirse de “un 23,3% en el período 1990–1992 al 12,9% en 2014–2016” (p. 20), es importante señalar que situaciones como la inestabilidad gubernamental, el aumento de personas con estatus de refugiados, las fluctuaciones propias del mercado internacional, la carestía de alimentos a nivel local, y las condiciones meteorológicas y naturales, en términos generales, representan los obstáculos que imposibilitan la implementación de medidas que permitan garantizar la observancia del derecho a la alimentación adecuada, o hacer progresar las medidas existentes.

En 2004, el consejo de la FAO aprobó las Directrices Voluntarias sobre el Derecho a la Alimentación<sup>2</sup> con el objetivo de “proporcionar una orientación práctica a los Estados respecto de sus esfuerzos por lograr la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional” (FAO, 2014, p. 34), mediante un compendio de diecinueve recomendaciones que deben adoptarse en los ordenamientos jurídicos nacionales para la “creación de un entorno favorable que permita a las personas alimentarse con dignidad, y para el establecimiento de redes de seguridad destinadas a aquellas personas que no tienen la capacidad de hacerlo” (FAO, 2010, p.14), y que a partir de principios, como

1 Los términos *valores* y *principios* hacen referencia al primer acápite de la Resolución 55/2, en la que los Estados, plenamente conscientes de su responsabilidad colectiva, presentan las bases sobre las cuales se estructurarán las relaciones internacionales durante el nuevo milenio.

2 Para más información sobre el contenido de la cada una de las directrices voluntarias, consultar el texto: *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional* editado por la FAO, que se encuentra disponible en: [http://www.fao.org/fileadmin/templates/righttofood/documents/RTF\\_publications/ES/RightToFood\\_Guidelines\\_ES.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/templates/righttofood/documents/RTF_publications/ES/RightToFood_Guidelines_ES.pdf)

la igualdad, la no discriminación, la participación ciudadana, la inclusión de todos los actores de la sociedad, la obligación institucional de rendir cuentas (FAO, 2005, p. 2) pueda garantizarse un efectivo disfrute del derecho a la alimentación adecuada y se contribuya a erradicar el hambre del planeta.

En el año 2012, en el marco de la conferencia de la ONU sobre desarrollo sostenible (Río+20), los Estados se comprometieron a hacer efectivo el derecho de toda persona a una alimentación adecuada y a no padecer hambre, y a mejorar a nivel nacional la seguridad alimentaria y nutricional (SAN) conforme a los Principios de Roma para una seguridad alimentaria sostenible (FAO, 2014, p.16).

Lo anterior constituye el contexto en el cual la ONU propuso el Reto del Hambre Cero (ZHC-UN, 2014, p.1), como la estrategia a través de la cual se busca la erradicación del hambre en el mundo a partir de la ejecución de esfuerzos integrales que permitan a todos los seres humanos, sin distinción alguna, ejercer efectivamente su derecho a la alimentación adecuada.

### Naturaleza jurídica y contenido del Reto del Hambre Cero

El Reto del Hambre Cero es una estrategia de transformación de perspectivas sobre el hambre mundial, ideada para erradicar esta problemática y lograr un efectivo desarrollo progresivo del derecho a la alimentación adecuada a nivel mundial, regional, nacional, comunitario e individual. Instituida por la ONU y liderada por la Secretaría General de esta organización (SG-ONU), la estrategia hace parte del compendio de esfuerzos que actualmente lideran distintos estamentos del Sistema Internacional de la ONU y los compromisos suscritos por la comunidad internacional, cuyo objetivo es contribuir con la materialización del derecho a la alimentación adecuada y al establecimiento de políticas efectivas de seguridad alimentaria que permitan garantizar una alimentación sostenible.

El Reto del Hambre Cero, no es solo un programa de la ONU o un compromiso multilateral entre Estados, se erige como un llamado a comprometerse a cambiar el mundo, ya que este reto guarda en su esencia que todos, incluidos los individuos, comunidades, empresas privadas, agremiaciones, actores estatales, sociedad civil organizada y en general cualquier forma de conglomeración humana, contribuyan con sus

actuaciones diarias y proyecciones a la erradicación del hambre de nuestro mundo. Para ello, incentivar las “inversiones en agricultura, desarrollo rural, protección social, igualdad de oportunidades, y condiciones dignas de trabajo” (ONU-ZHC, 2014) se vuelve imperioso como medio para lograr la completa inclusión de las cinco iniciativas que plantea el Reto del Hambre Cero, en cada uno de los actos que le son de su competencia.

La primera meta de estas iniciativas es lograr “que el 100% de las personas tengan acceso a una alimentación adecuada, durante todo el año” (ONU-ZHC, 2014). A través de ella se propende por la observancia del derecho a la alimentación adecuada mediante la garantía de disponibilidad, accesibilidad y cumplimiento de obligaciones estatales dirigidas a hacer efectivo el derecho.

Cuando se hace referencia a un acceso del 100% de las personas a una alimentación adecuada, no solo se está en presencia de la dimensión de accesibilidad del derecho, sino que el componente de disponibilidad tiene una conexión directa con el deber de garantizar que la alimentación sea efectivamente adecuada. Por ello, la necesidad de tornar disponible una cantidad suficiente de alimentos debe ser entendida desde su conexidad con la calidad de los mismos, que permite contribuir con la suficiencia nutritiva necesaria para erradicar el hambre, muy especialmente en sectores de la población donde esta garantía de disponibilidad se encuentra vedada por un sinnúmero de factores.

De otro lado, la dimensión de accesibilidad es la esencia de esta iniciativa. De acuerdo a la ONU (2014) el acceso a una alimentación adecuada depende de factores como el trabajo digno, que en términos de accesibilidad económica, constituye la suficiencia en la remuneración para garantizar la adquisición los alimentos, y de otros factores que, en términos de la OG12 del CDESC, representan obligaciones estatales encaminadas, en primer lugar, a facilitar el acceso a la obtención de alimentos “a través de mercados justos, abiertos y que funcionen adecuadamente a escala local, regional e internacional, y de la prevención de la excesiva volatilidad del precio de los alimentos” (ONU-ZHC, 2014), y, en segundo lugar, a hacer efectivo el derecho mediante la provisión de alimentos “a través de una agricultura y sistemas alimentarios que tengan en consideración la nutrición [...] y aumenten el suministro de alimentos por los productores locales” (ONU-ZHC, 2014).



La segunda meta de la iniciativa es alcanzar el “cero retrasos en el crecimiento en niños y niñas menores de dos años” (ONU-ZHC, 2014). A través de ella se busca garantizar la observancia del derecho a la alimentación adecuada mediante la accesibilidad y el cumplimiento de obligaciones estatales dirigidas a hacer efectivo el derecho en la población de niños y niñas menores de dos años y en mujeres que se encuentran en estado de gestación, para lo cual se busca el pleno acceso a alimentos de calidad, agua y educación con el fin de asegurar una nutrición adecuada, no solo desde la obligación del Estado de propender por el suministro de medidas efectivas que garanticen el acceso al derecho y su disponibilidad, sino que también se concientice a las personas y la sociedad civil en general de los factores necesarios para aumentar los niveles de nutrición, especialmente en la población de niños y madres gestantes.

La tercera meta de la iniciativa es propender por “que todos los sistemas alimentarios sean sostenibles” (ONU-ZHC, 2014). Para ello es primordial el apoyo de la sociedad civil, muy especialmente de productores, agremiaciones y sindicatos, quienes en compañía de los gobiernos deben promover la sostenibilidad de los sistemas alimentarios mediante la “adopción universal de prácticas agrarias sostenibles y resistentes al cambio climático” (ONU-ZHC, 2014) con el fin de garantizar la disponibilidad en calidad y cantidad de alimentos.

En concordancia con la anterior, la cuarta meta de la iniciativa consiste en “aumentar un 100% la productividad y el ingreso de los pequeños productores” (ONU-ZHC, 2014), mediante la cual la ONU hace un llamado con el ánimo de reducir la pobreza, promover la promoción del

trabajo decente y de incrementar los ingresos de los pequeños productores; del empoderamiento de las mujeres, los pequeños agricultores, pescadores, pastores, jóvenes, organizaciones de productores, pueblos e individuos indígenas, y sus comunidades; de la mejora en la tenencia de la tierra y de su acceso a los activos y a los recursos naturales, asegurando que todas las inversiones en la agricultura y las cadenas de valor sean responsables y transparentes (ONU-ZHC, 2014).

Esta iniciativa representa un factor importante en la construcción de un mundo sin hambre, al considerar el acceso al derecho a la alimentación adecuada desde un planteamiento equitativo en cuya esencia proscriben todo tipo de discriminaciones y en su lugar, defiende el establecimiento de políticas efectivas en

el marco de la accesibilidad económica de este derecho. El objetivo primordial de esta iniciativa es el incremento de la capacidad adquisitiva de los pequeños productores, a quienes debe dignificarlos laboralmente en sus oficios en atención al rol fundamental que desempeñan dentro de los sistemas alimentarios.

Además, es importante resaltar que, mediante esta iniciativa, el Reto del Hambre Cero se ajusta a las disposiciones de la OG12 del CDESC, al facilitar el acceso al derecho a la alimentación adecuada de poblaciones tradicionalmente desprotegidas.

Un ejemplo de lo anterior, es que se ha considerado el empoderamiento de las mujeres como meta fundamental para asegurar la igualdad en el reconocimiento del derecho a la alimentación adecuada. Este reconocimiento encuentra sustento en el artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), en la que se aseguran las condiciones de equidad entre hombres y mujeres, y en las que se garantiza, entre otras, su participación en el desarrollo rural. Esta participación es necesaria para potencializar el aumento de la productividad en el campo, para lo cual también debe garantizarse una equiparación entre los ingresos que reciben los hombres frente a los recibidos por las mujeres en las labores propias de los sistemas alimentarios.

De otro lado, es preciso enfatizar que “el ejercicio efectivo del derecho de los pueblos indígenas a la alimentación depende fundamentalmente de su acceso a los recursos naturales de sus tierras ancestrales y su control de ellos” (OACDH FAO, 2010, p.15). Por ello, el empoderamiento de las comunidades indígenas se exalta como una forma de inclusión fundada en el desarrollo de las obligaciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que es un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante en el que se reconocen los derechos que internacionalmente le asisten a comunidades indígenas y tribales, y mediante el cual se establece como eje fundamental la no discriminación y el establecimiento de medidas especiales que permitan el disfrute de derechos desde la perspectiva de la aceptabilidad cultural, es decir, hacer efectivos los derechos a través de medidas acorde a las tradiciones ancestrales de estos pueblos. En el derecho a la alimentación adecuada, la aceptabilidad cultural se identifica con la forma como pueden ser incluidas las comunidades indígenas dentro de los sistemas alimentarios sin afectar la libre determinación derivada del derecho a consulta previa.

Para finalizar el análisis sobre esta iniciativa, es pertinente enfatizar el llamamiento que hace la ONU respecto del acceso a la tierra, como forma de democratización de acceso a los medios de producción de alimentos, al contribuir a la dimensión de disponibilidad de estos en cantidad y calidad, y como accesibilidad económica como parte esencial del empoderamiento y mejoramiento de las condiciones laborales y de ingresos, en el marco de los sistemas alimentarios, de los pequeños productores y grupos tradicionalmente discriminados.

Finalmente, la iniciativa “cero desperdicio de alimentos y pérdidas postcosecha” es el último componente del Reto del Hambre Cero y se encuentra diseñado como un cambio de perspectiva en el proceder de los individuos y la sociedad civil en general, quienes pueden actuar “minimizando las pérdidas de alimentos durante el almacenamiento y transporte y el desperdicio de alimentos en los comercios y por los consumidores” (ONU-ZHC, 2014), y en el “establecimiento de compromisos de los productores, comerciantes y consumidores en todas las naciones; consiguiendo progresos a través de incentivos económicos, compromisos colectivos, tecnologías apropiadas localmente y cambios de comportamiento” (ONU-ZHC, 2014).

### El Reto del Hambre Cero desde la FAO y la IFAD

La FAO es el órgano de la ONU, encargado de generar, desarrollar y adaptar herramientas y directrices existentes, y proporcionar apoyo en materia de seguridad alimentaria a nivel mundial, siguiendo los objetivos estratégicos propuestos de “ayudar a eliminar el hambre, la inseguridad alimentaria y la malnutrición; hacer que la agricultura, la actividad forestal y la pesca sean más productivas y sostenibles; reducir la pobreza rural; fomentar sistemas agrícolas y alimentarios integradores y eficientes” (FAO, 2013, p. 16), con los que se pretende erradicar el hambre, la malnutrición y la pobreza rural, que guardan amplia relación con las iniciativas del Reto del Hambre Cero.

La labor de la FAO constituye un papel fundamental en la observancia del derecho a la alimentación adecuada y en la efectividad de las iniciativas de transformación de perspectivas que implica el Reto del Hambre Cero, al centrar sus esfuerzos en la formulación e implementación de políticas y programas; el fortalecimiento institucional y desarrollo de la capacidad; la contribución con la gobernanza global y regional en lo concerniente a la seguridad alimentaria y nutricional; la consolidación de la cooperación con la sociedad civil, y el seguimiento mediante la evaluación en el

arduo proceso de aumentar “el número de países que han incluido el derecho a la alimentación adecuada en sus constituciones nacionales, leyes nacionales, estrategias y en las políticas y programas que tienen como objetivo garantizar el derecho a la alimentación adecuada para todos” (FAO, 2015).

La FAO contribuye a la erradicación del hambre mediante el fomento de políticas de fortalecimiento de seguridad alimentaria, por propender a la creación de sistemas alimentarios eficientes en los que la reducción de la pobreza y el apoyo a la pequeña agricultura sean aspectos centrales, y suministrar información sobre el desarrollo progresivo de distintos factores del derecho a la alimentación adecuada, ejemplo de este punto es la vigilancia del indicador de “prevalencia de la subalimentación a nivel mundial” (FAO-IFAD-WFP, 2015, p. 9), medidor de progreso de la Meta 1.C de los ODM, y mediante el cual se informa a la comunidad internacional los avances en la promoción y materialización del derecho a la alimentación adecuada a nivel mundial, regional y nacional, en aras de erradicar la nutrición y acceso deficiente a alimentos de calidad, que para el 2015 afectaba a “795 millones de personas subalimentadas en el mundo” (FAO-IFAD-WFP, 2015, p. 8).

La IFAD “ha jugado un rol significativo en el sistema de las Naciones Unidas como institución de crédito para proyectos rurales en los países de ingresos bajos y medios” (Cancillería de Colombia, 2015), labor crucial en la erradicación del hambre, la inseguridad alimentaria y la malnutrición, al favorecer el desarrollo económico de las poblaciones rurales mediante la ejecución de proyectos agrícolas diseñados para garantizar la seguridad y soberanía alimentaria, con la que se logra, en compañía de los esfuerzos de los Estados, que el “porcentaje de personas con nutrición insuficiente en las regiones en desarrollo haya caído a casi la mitad desde 1990, pasando de 23,3% en el período 1990–1992 a 12,9% en el período 2014–2016” (CS-ONU, 2015, p. 4). Es importante resaltar el trabajo de la IFAD y el WFP al propender por el mejoramiento de las condiciones de productividad en los sistemas alimentarios y por la inversión para el mejoramiento de la situación de pobreza en las zonas rurales, labor que sin duda contribuye a garantizar la disponibilidad y la accesibilidad económica de los alimentos, en cantidad y calidad.

Con el objetivo de afianzar el Reto del Hambre Cero, la FAO, la IFAD y la WFP (2015) destacaron que la inversión de recursos para fortalecer la protección social



y agrícola será fundamental para cumplir el objetivo de lograr el Hambre Cero, establecido para el 2030, año en el que se prevé la eliminación de la prevalencia de la subnutrición en las regiones que hoy cuentan con altos índices en esta variable estadística.

Para lograr esta meta mundial, la FAO, la IFAD y la WFP han propuesto dos metodologías diseñadas para determinar las necesidades de inversiones necesarias para cumplir el objetivo. La primera, considera la inversión adicional necesaria para elevar el PIB, por medio de las proyecciones de demanda de alimentos por país, a partir de la estimación de transferencia de déficit de alimentos (FDT); es decir, las transferencias necesarias para permitir a las personas que ganan lo suficiente para alimentarse a sí mismas, puedan hacerlo, y no padecer desnutrición. La segunda, corresponde a la protección social enfocada en la satisfacción de necesidades básicas de las poblaciones en condición de pobreza, que conlleva al aumento de ingresos por persona; es una inversión sostenida en la mejora de la capacidad productiva, motivada por una nutrición adecuada (2015. pp.10-12).

### **El Reto del Hambre Cero en las políticas sobre seguridad alimentaria en los organismos de integración latinoamericanos y la experiencia del Reto del Hambre Cero en Brasil y Guatemala**

#### **Compromisos contra el hambre en América Latina y el Caribe**

La comunidad internacional se ha comprometido a cumplir dos metas relacionadas con la erradicación del hambre. La primera, es el objetivo 1 de los ODM (meta 1.C), y la segunda es el objetivo establecido en la CMA en el que se apunta a “que se reduzca efectivamente el número de personas, independiente del crecimiento poblacional” (FAO, 2015, p.12) afectadas por el hambre y la desnutrición.

En 2014, América Latina y el Caribe destacaron en materia de seguridad alimentaria, situación que permitió que esta región del mundo cumpliera “la meta del ODM con margen cómodo y esté cerca de cumplir el objetivo de la CMA” (FAO, 2014, p. 11). Este logro se debe a que cuando la región se comprometió a cumplir los ODM, inició “con un 14,7% de su población afectada por el hambre. Para 2014 -16 esta prevalencia ha caído a 5,5%” (FAO, 2015, p. v). Este aumento condujo a que América Latina y el Caribe cumplieran “la meta del ODM con margen cómodo

y esté cerca de cumplir el objetivo de la CMA” (FAO, 2014, p. 11).

En el año 2013, la región de América Latina y el Caribe que “comprenden en su conjunto casi 90 Estados y una población de más de 1500 millones de personas” (FAO, 2014, p. 2) se destacó por ser la primera a nivel mundial en comprometerse públicamente, en la Primera Reunión Cumbre de jefes de Estado de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), a erradicar el hambre en la región para el año 2025, reafirmando los compromisos internacionales en esta materia, como los ODM y los objetivos de la CMA, y muy especialmente, la Iniciativa América Latina y el Caribe sin Hambre (IALCSH).

La IALCSH es un compromiso regional que data del año 2005, y surge de la Cumbre Latinoamericana sobre Hambre Crónica, realizada en Guatemala en aquel año, y está “inspirada en el Programa Hambre Cero brasileño” (FAO, 2014, p.3), que tiene por objetivo “reducir la incidencia de la desnutrición crónica infantil por debajo del 2,5%, en todos los países de la región al año 2025” (IALCSH, 2015). Este propósito se encuentra por completo ajustado al primer objetivo de los ODM y se orienta al desarrollo de marcos legales y constitucionales que promuevan y protejan férreamente el derecho a la alimentación adecuada, a partir de la Constitución de instituciones encargadas de elaborar estrategias, programas y políticas públicas cuyo objetivo primordial erradicar el hambre.

De otro lado, tras la conformación de la CELAC, y su proceso de consolidación desde el año 2008, se ha propiciado en la región de América Latina y el Caribe, el compromiso de promover la seguridad alimentaria y nutricional. Con este fin, en julio de 2013 representantes de cada Estado perteneciente a la CELAC, contribuyeron a fundamentar el llamado Plan de Acción de Caracas, del que “resultaría el Programa Latinoamericano y Caribeño de Erradicación del Hambre y la Pobreza, con directrices orientadas por los cuatro pilares de la Seguridad Alimentaria y Nutricional (Acceso, Disponibilidad, Utilización y Estabilidad)” (CELAC, 2014, p.2); este plan tiene como principal objetivo:

Alcanzar resultados concretos que se traduzcan en mejoras significativas en la calidad de vida de nuestros pueblos, dirigidas a la erradicación de la pobreza, en especial de la pobreza extrema, que garanticen la seguridad alimentaria y la nutrición, con enfoque de género y respetando la diversidad

de hábitos alimentarios, para afrontar los desafíos de la seguridad alimentaria y la nutrición con vistas a la erradicación del hambre y al disfrute del Derecho a la Alimentación, en especial de todos los sectores en situación de vulnerabilidad (CELAC, 2014, p. 2).

### La experiencia del Hambre Cero en Brasil

Brasil es un país que mediante “ciclos de expansión y crecimiento económico, a lo largo del siglo xx pasó de ser un Estado rural y agrario a convertirse en una sociedad urbana con importante parque industrial y con un sector agrícola moderno” (MDA, 2012, p. 93). Sin embargo, el progreso económico no significó *per se* el aumento de las condiciones de vida de los habitantes del país. Por ello, en el Día Mundial de la Alimentación de 2001, el Gobierno de Inácio Lula da Silva propuso el Proyecto Hambre Cero, cuyo objetivo primordial fue “proponer una política nacional participativa de seguridad alimentaria y lucha contra el hambre” (MDA, 2012, p. 43), que posicionó a Brasil como un Estado de bienestar alimentario en el que se garantizaba el derecho a la alimentación adecuada, de una manera sostenible, a partir de la accesibilidad y disponibilidad en cantidad de alimentos, calidad de la satisfacción de las necesidades nutricionales de la población y calidad sanitaria; el consumo regular de alimento con un mínimo de tres comidas al día todos los días, y la libertad de las personas de escoger su propio alimento sin imposiciones” (MDA, 2012).

Esta política pública fue estructurada desde la ampliación de la demanda efectiva de alimentos, el abaratamiento del precio de estos, y programas de emergencia para atender a la población excluida del mercado, con el fin de atender las problemáticas causantes del estado de hambruna en el que se encontraba gran parte de la población, como es el desempleo y el bajo poder adquisitivo (MDA, 2012).

Lo anterior ha permitido que Brasil haya dado cumplimiento a la meta 1.C de los ODM y a la meta establecida en la CMA: redujo a más de la mitad la proporción de personas que padecían de hambre entre los años 1990 y 2015. De acuerdo a la FAO (2015) este resultado responde a un contexto macroeconómico y político favorable que permitió la adopción a escala federal de políticas públicas, como el Programa Fome Zero em 2003 y Brasil Sem Miséria em 2011, que permitieron la lucha contra la pobreza, la

desnutrición y la malnutrición en todos los territorios de ese Estado latinoamericano.

*El Programa Fome Zero em 2003 y la política Brasil Sem Miséria, em 2011* idearon la forma como el Reto del Hambre Cero ha sido interpretado en Brasil. Este fue apropiado al ordenamiento jurídico brasileño como un programa de asistencia financiera a las familias para la complementación de renta para compra de alimentos, la producción de alimentos de agricultores familiares, la educación alimentaria y la mejora de las condiciones sociales y económicas de las familias, que constituye en su esencia un trabajo mancomunado de todo el aparato del Estado y la sociedad civil, que permite establecer una seguridad alimentaria fuerte, a través de la cual, se ha garantizado el efectivo ejercicio del derecho a la alimentación adecuada, en la que el pleno acceso y disponibilidad de alimentos ha significado para Brasil el poderse posicionar como uno de los mayores productores agroalimentarios de la región.

### La experiencia del Reto del Hambre Cero en Guatemala

El plan del Pacto Hambre Cero es un compromiso de los diferentes sectores del Estado guatemalteco que cuenta con la participación de la ciudadanía y funciona como un plan de choque para erradicar la desnutrición crónica en los municipios más afectados de ese país. El plan del Pacto Hambre Cero “se formuló tomando como base el Programa para la Reducción de la Desnutrición Crónica (PRDC), los consensos internacionales y la Iniciativa Scaling Up Nutrition (SUN), que se focalizan en la ventana de oportunidades de los 1000 días” (SESAN, 2013, p. 9) y encuentra fundamento en el concepto de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SAN) que se ha expresado en la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (Ley SINASAN), que prevé el derecho de “toda persona a tener acceso físico, económico y social, oportuna y permanente, a una alimentación adecuada en cantidad y calidad, con pertinencia cultural, preferiblemente de origen nacional; así como a su adecuado aprovechamiento biológico, para mantener una vida saludable y activa” (SESAN, 2013, p. 14).

Según el Gobierno de Guatemala, el plan del Pacto Hambre Cero asegura “el derecho humano a la alimentación, la promoción de la Seguridad Alimentaria y Nutricional (SAN), la reducción



de la desnutrición crónica y evita las muertes por desnutrición aguda” (SESAN, 2013, p. 9), al mantener como principales objetivos el reducir para finales del 2015 en 10% la prevalencia de la desnutrición crónica en la población infantil; también, al prevenir el hambre estacional y reducir la mortalidad de la niñez menor de cinco años, relacionada con la desnutrición aguda. En la esencia de este pacto, el gobierno guatemalteco planea la promoción de la seguridad alimentaria y nutricional de toda la población, así como la prevención y atención de la emergencia alimentaria, relacionada con el cambio climático y los desastres naturales.

Con el ánimo de combatir el hambre y la desnutrición, en el marco del pacto, se ha propiciado el apoyo a la agricultura familiar como fuente de producción para autoconsumo y venta, la distribución de alimentos suplementarios para aumentar los índices de disponibilidad, el tratamiento oportuno de la desnutrición aguda y el establecimiento de la “Red de Protección Social contra Hambre Estacional, a través de un programa de empleo temporal (Mano de Obra Intensiva) y de programas de transferencias monetarias condicionadas y asistencia humanitaria” (SESAN, 2013, p. 21).

El Pacto del Hambre Cero instituye la particular forma como el Reto del Hambre Cero ha sido interpretado en Guatemala. Este se encuentra diseñado para erradicar el hambre a partir de la reducción de la desnutrición crónica en toda la población, que evita las muertes por desnutrición aguda, y prioriza en la atención materno infantil. Lo anterior, desde de la ampliación de la cobertura educativa, el mejoramiento de los ingresos en las zonas rurales y el abastecimiento de los servicios de agua potable y saneamiento durante todo el año en todas las regiones del país, especialmente en aquellas con menor desarrollo.

### **El Derecho a la Alimentación Adecuada en Colombia y la integración del Reto del Hambre Cero al ordenamiento jurídico colombiano**

Aunque el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo para (PNUD) desatacó en Colombia la lucha que se ha llevado acabo para erradicar la pobreza, lo que llevó a cumplir con la meta establecida en los ODM, tras haber logrado la “disminución de la pobreza extrema al reducirse en 3,5 millones” (PNUD, 2015, p.5) de colombianos, es claro que la lucha

contra el hambre continúa y exige la creación de un conjunto de acciones que impacten benéficamente a la población afectada, en el menor tiempo posible, en atención a la necesidad de garantizar más ampliamente el derecho a la alimentación adecuada.

Satisfacer ampliamente este derecho implica la conformación de un marco integral que trascienda lo jurídico y la perspectiva de disponibilidad asistencialista de alimentos, y que como mínimo establezca estrategias concretas de estímulo de producción, en aras del fortalecimiento de la soberanía alimentaria; educación sobre la nutrición, y accesibilidad económica y física, y que se encuentre totalmente aislada de cualquier tipo de discriminación. Por ello y considerando las dificultades específicas que impiden la observancia del derecho a la alimentación adecuada en cada Estado, internacionalmente se ha reconocido que este derecho se encuentra compuesto tanto “de un núcleo esencial —que reclama del Estado una intervención inmediata— como de una zona complementaria o prestacional —que admite una realización paulatina—” (DPC, 2006, p. 53), en términos de la Observación General 03 (OG03) de la CDESC (1990), las “obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado” (párr.1), que exhortan a los Estados signatarios, con el fin de alcanzar la plena satisfacción del derecho a la alimentación adecuada, a la adopción de medidas de carácter legislativo, judicial, presupuestal, administrativo y educacional.

En el caso de Colombia, aunque la Constitución Política (CP) no contiene en su redacción un artículo específico mediante el cual se instituya el derecho a la alimentación adecuada como un derecho fundamental o derecho de segunda generación, la FAO (2015) ha resaltado a Colombia como un Estado en cuyo ordenamiento jurídico se encuentra garantizado explícitamente este derecho.

Esta afirmación tiene como fundamento, en primer lugar, el reconocimiento taxativo de los artículos 43, 44 y 46 de la CP, en los cuales el constituyente garantizó la alimentación adecuada en el marco de la especial protección del Estado a la población de niños, mujeres gestantes y ancianos. En segundo lugar, mediante la prevalencia de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento nacional, así como la integración al ordenamiento jurídico nacional a través del bloque de constitucionalidad (artículo 93 CP) de los tratados de derechos humanos en lo que se ha reconocido

el derecho a la alimentación adecuada, previsto en: i) el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); ii) el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); iii) el artículo 11 y 12 del *pidesc* (1966) ratificado por Colombia en 1969; iv) el artículo 12 y 14 de la *cedaw* (1979) ratificado por Colombia en 1982; v) el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); vi) el artículo 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ratificado por Colombia en 1991; vii) la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial del *CMA* (1996); viii) el artículo 28 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) ratificado por Colombia en 2011, y (ix) el Protocolo Facultativo del *pidesc* (2008) que Colombia, a 2015, aún no había ratificado.

En el ámbito legislativo, la adopción de medidas de carácter legislativo son entendidas como garantía de observancia del derecho a la alimentación adecuada, si son estatuidas en calidad de una ley marco que funja como instrumento jurídico fundamental del que se sirvan los demás organismos del Estado para hacer efectiva las estrategias ideadas para erradicar el hambre en la población nacional.

Ejemplo de lo anterior, es el Proyecto de Acto Legislativo 27 de 2013 que hizo trámite en la Cámara de Representantes y que, pese a haber sido retirado por los autores después de la publicación de ponencia en primer debate, es entendido como una iniciativa de gran importancia al propender por la inclusión en el texto de la *CP*, el derecho a la alimentación adecuada de manera explícita y en la que se aseguraba este derecho a toda persona sin ningún tipo de discriminación, e incluso constitucionalmente propugnaría por constituirse como un derecho fundamental.

De otro lado, el Proyecto de Ley 54 de 2014 del Senado y 250 de 2015 de la Cámara de Representantes que, a la fecha, se encuentra en trámite para ser ley de la República, tiene por objeto crear el Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (*SINSAN*) “como una estrategia para erradicar la desnutrición en Colombia y garantizar la soberanía alimentaria, mediante la articulación, orientación, planificación, verificación, coordinación y monitoreo de las políticas, planes, programas, proyectos, acciones y presupuestos gubernamentales, nacionales, departa-

mentales y municipales” (pl-s 54 de 2014, artículo 1), cuyo objetivo es garantizar el derecho mediante el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la disponibilidad, accesibilidad física y económica, aceptabilidad cultural y utilización biológica de los alimentos.

De una manera más específica, los proyectos de Ley 68 de 2013 (Senado), 251 de 2013 (Senado), 239 de 2005 (Senado) y 05 de 2004 (Cámara de Representantes) abordaron aspectos esenciales como el apoyo al sector agrícola y agroindustrial, el reconocimiento de este derecho a los trabajadores, el establecimiento de una política de reconocimiento campesino, que sin lugar a duda contribuían a la observancia del derecho a la alimentación adecuada en Colombia pero no constituían un fundamento claro que permitiera deducir acciones específicas que conllevaran a la materialización del derecho a la alimentación adecuada.

El Proyecto de Ley 96 de 2015, que actualmente cursa trámite en el Senado, tiene como principal objetivo “garantizar el derecho a la alimentación adecuada en el territorio nacional mediante la garantía a la población de los recursos necesarios con el propósito de que la misma goce de manera sostenible de condiciones de seguridad alimentaria” (Gaceta del Congreso 712, 2015, p. 5), a partir del reconocimiento estatal de la producción agropecuaria cuyo fin sea la producción de alimentos para el consumo humano, como una actividad pública de interés social mediante la cual se garantice la disponibilidad de alimentos y se proteja la producción con el fin de consolidar la seguridad alimentaria sostenible que permita el acceso regular y permanente a alimentos de calidad.

Pese a los esfuerzos del legislativo, los compromisos adquiridos por Colombia en la Cumbre del Milenio “no han tenido un desarrollo legal o legislativo, sino que se han desarrollado mediante el diseño de políticas públicas a través de los Planes de Inversión Pública y los Planes Nacionales de Desarrollo” (Cámara de Representantes, 2015, p. 2). Por lo anterior, los esfuerzos del Estado colombiano por garantizar la observancia del derecho a la alimentación adecuada proceden de la elaboración del documento Conpes 2847 de 1996, que constituye la integración al ordenamiento jurídico colombiano del Plan de Acción para la Nutrición, aprobado en el marco de la Conferencia Internacional de Nutrición (*CIN*) en la que se cimentó la Declaración de Roma sobre la seguridad alimentaria mundial del *CMA*.



El documento Conpes 2847 de 1996 estructura el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005 (PNAN), a través del cual se articularon políticas sectoriales con el fin de disminuir los aspectos que generan la desnutrición en Colombia. Durante la vigencia del pnan específicamente en “el periodo 1996-2002, el país consiguió mejorar la situación de desnutrición infantil global aguda y crónica, mediante el fortalecimiento de programas dirigidos al fomento agroindustrial, así como programas de complementación alimentaria orientados a la atención de grupos vulnerables” (DNP, 2008, p. 2). Sin embargo, la Defensoría del Pueblo de Colombia — DPC— (2012), calificó el PNAN como una política asistencialista carente de una estrategia concreta dirigida a hacer efectivo el derecho a la alimentación adecuada (pp. 17-18) ante su imposibilidad de brindar herramientas apropiadas a la población para garantizar la observancia de este derecho.

Como respuesta a lo anterior, se formuló la Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (PSAN) contenida en el documento Conpes Social 113 de 2008. Esta política pública es la herramienta a través de la cual el Estado colombiano pretende garantizar la observancia del derecho a la alimentación adecuada, a partir de un conjunto de estrategias dispuestas para lograr el cabal cumplimiento de las obligaciones estatales contenidas en el OG12 de la CDESC, en el mandato constitucional, en los compromisos internacionales y en otras fuentes como el conpes social 91 de 2005 modificado por el conpes social 140 de 2011, que contiene las metas y estrategias de Colombia para el logro de los ODM en el año 2015. El PSAN encuentra apoyo en las disposiciones de la Ley 1355 de 2009 y el Decreto 2055 de 2009 mediante los cuales se crea y organiza la Comisión Intersectorial de Seguridad Alimentaria y Nutricional (CISAN), como la máxima autoridad rectora de la Seguridad Alimentaria y Nutricional en Colombia.

En esencia el PSAN se fundamenta en “el deber que tiene la persona y la familia de procurarse una alimentación apropiada y la necesidad de contar con estrategias sociales para afrontar los riesgos” (DNP, 2008, p. 5). No obstante, para la DPC el fundamentar el PSAN en la corresponsabilidad Estado-Individuos y Estado-Sociedad, es inconveniente pues “los individuos no pueden ser objeto de responsabilidades que desbordan su capacidad de acción” (DPC, 2011, p. 27), así como generar la corresponsabilidad con la sociedad en la prestación de servicios públicos que en “realidad se trata de responsabilidades que

constitucionalmente le corresponden al Estado” (DPC, 2011, p. 27).

## CONCLUSIONES

Entendiendo que el Reto del Hambre Cero es una perspectiva de un mundo unido que lucha por la erradicación del hambre, en Colombia, si bien no se han propiciado programas o normativas bajo la denominación *Hambre Cero*, como sí ocurre en países como Brasil y Guatemala, sí existe una fundamentación jurídica mínima que obliga al Estado y particulares a garantizar la observancia del derecho a la alimentación adecuada.

Es mínima esta fundamentación porque, aunque el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar este derecho a su población, ha optado por cumplir con lo convenido mediante el diseño de políticas públicas volátiles que no han sido estructuradas como un pilar estructural que sirva de base suficiente para garantizar efectivamente el derecho a la alimentación adecuada.

Por esta razón, es posible deducir que el Estado colombiano se encuentra rezagado en materia de observancia del derecho a la alimentación adecuada frente a las organizaciones del sistema internacional de la ONU, las organizaciones de integración latinoamericana, y de Estados como Brasil y Guatemala, debido a la inexistencia de un desarrollo normativo constitucional o legal que integre el Reto del Hambre Cero al ordenamiento jurídico nacional, mediante el cual se reconozca como derecho fundamental el derecho a la alimentación adecuada y se ideen herramientas que versen sobre: i) la sustentabilidad desde la producción hasta el consumo de los sistemas agroalimentarios; ii) el fin de la pobreza rural; iii) la eliminación del desperdicio de alimentos; iv) la accesibilidad a una alimentación adecuada, y v) la erradicación de todas las formas de malnutrición, incluyendo la desnutrición y la desnutrición crónica, con el fin de erradicar el hambre en el mayor número de personas y en el menor tiempo posible, para garantizar la disponibilidad, acceso, inocuidad y aceptabilidad cultural de los alimentos, y lograr una efectiva protección no solo en poblaciones objeto de discriminación, sino de toda la población habitante del territorio nacional.

Es claro que aún falta mucho por hacer; que pese a las alentadoras cifras de la FAO sobre la disminu-

ción de la malnutrición en Colombia, todavía existen millones de personas que subsisten sin que les sea efectivo el ejercicio de su derecho a la alimentación adecuada, y que más allá de políticas de corte asistencialista a través de las cuales el Estado intenta garantizar la disponibilidad de alimentos, es necesario formular “un nuevo paradigma centrado en el bienestar, la resiliencia y la sostenibilidad, que sustituya el paradigma orientado a la productividad, para poder apoyar mejor la realización plena del derecho a la alimentación adecuada” (ONU, 2014, p. 14).

En el ordenamiento jurídico nacional debe construirse sobre la base del bienestar, la resiliencia y la

sostenibilidad un derecho a la alimentación adecuada, que sea considerado como fundamental, ajustado a las necesidades internacionales, que signifique la articulación del trabajo de cada estamento del Estado, y que primordialmente enseñe a las familias y a la sociedad a contribuir a la disponibilidad y al acceso de los alimentos, mediante la difusión de información y el mejoramiento de la capacidad autónoma de producción, de conformidad con los fundamentos del Reto del Hambre Cero. Esta perspectiva debe trascender la normatividad para incentivarla en el quehacer diario de toda persona, pues es la manera en la que se materializa la lucha de la humanidad contra el hambre.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Brasil, Ministério do Desenvolvimento Agrário. (2012). *Fome Zero. Programa Hambre Cero. La experiencia brasileña*.
- Proyecto de Acto Legislativo 27 de 2013 Cámara de Representantes. Por el cual se establece el derecho fundamental a una alimentación adecuada. Gaceta del Congreso números 519 de 2011 - última 585 de 2011. Recuperado el 05 de diciembre de 2015 de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=03&p\\_numero=027&p\\_consec=37066](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=027&p_consec=37066)
- Proyecto de Ley Número 05 de 2004 la Cámara de Representantes - Número 239 de 2005 del Senado de la República. Por la cual se crean los programas de alimentación al trabajador en Colombia. Gaceta del Congreso número 831 de 2004 - último 88 de 2014. Recuperado el 05 de diciembre de 2015 de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=05&p\\_consec=9985](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=05&p_consec=9985)
- Proyecto de Ley Número 68 de 2013 del Senado de la República. Por medio de la cual se modifican las leyes 1606 y 1530 de 2012 y se dictan otras disposiciones para garantizar la estabilización, desarrollo y competitividad del sector agropecuario y agroindustrial y la generación de una política pública de seguridad alimentaria en Colombia. Gaceta del Congreso números 649 de 2013 - última 113 de 2014. Recuperado el 05 de diciembre de 2015 de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=68&p\\_consec=37424](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=68&p_consec=37424)
- Proyecto de Ley Número 251 de 2013 del Senado de la República. Por medio de la cual se declara una Política de Campesinidad agrorrrural en Colombia y se reconoce la actividad del campesino. Gaceta del Congreso número 265 de 2013. Recuperado el 05 de diciembre de 2015 de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=251&p\\_consec=36035](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=251&p_consec=36035)
- Proyecto de Ley Número 54 de 2014 del Senado de la República - Número 250 de 2015 de la Cámara de Representantes. Por la cual se crea el Sistema Nacional para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (SINSAN), se crea la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria, y se establecen otras disposiciones. Gaceta del Congreso números 400 de 2014 - última 1008 de 2015. Recuperado el 05 de diciembre de 2015 de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=54&p\\_consec=39924](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=54&p_consec=39924)
- Proyecto de Ley 96 de 2015 del Senado de la República. Por medio de la cual se establece la producción agropecuaria con destino a la sostenibilidad alimentaria como actividad de utilidad pública e interés social y se dictan otras disposiciones. Gaceta del Congreso 712 de 2015
- Colombia, Congreso de la República. *Documento P1. 1-00465-15* en respuesta de la Petición radicada el 26 de octubre de 2015.
- Colombia, Defensoría del Pueblo. (2006) *El Derecho a alimentación en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*.
- Colombia, Defensoría del Pueblo. (2007) *Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública Alimentaria a la Luz del Derecho a Alimentación*.
- Colombia, Defensoría del Pueblo. (2011) *Las políticas públicas alimentarias en Colombia*.
- Colombia, Defensoría del Pueblo. (2012) *Primer Informe del Derecho Humano a la Alimentación*. Recuperado de <https://www.mincit.gov.co/mintranet/descargar.php?id=67511>
- Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Plan Nacional de Alimentación y Nutrición (PNAN) 1996-2005*. (29 mayo 1996).
- Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Metas y estrategias de Colombia para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio - 2015*. (1 marzo 2005).
- Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (PSAN)*. (31 marzo 2008).

- Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Modificación a Conpes Social 91 del 14 de junio de 2005: "Metas y estrategias de Colombia para el logro de los objetivos de desarrollo del milenio-2015"* (28 marzo 2011).
- Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores. (2015) *Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (IFAD) 2015*. Recuperado de <http://www.cancilleria.gov.co/international/multilateral/united-nations/iadf>
- CELAC (2014) *Plan para la Seguridad Alimentaria, Nutrición y Erradicación del Hambre 2025*.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Convención sobre los derechos del Niño. Artículo 24 – 27. 1989.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Artículo 28. 2006.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Artículo 12-14. 1976.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo XI. 1948.
- Declaración de Roma sobre la Nutrición. 21 de noviembre de 2014. Segunda Conferencia Internacional sobre Nutrición.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 25. 1948.
- Decreto 2055 de 2009. Por el cual se crea la Comisión Intersectorial de Seguridad Alimentaria y Nutricional, CISAN. Junio 04 de 2009. Do N° 47370.
- FAO (2002) *Informe de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación: cinco años después*. Recuperado de <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/meeting/005/y7106s.pdf>
- FAO (2005) *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*.
- FAO (2007) *¿Qué es el Derecho a la Alimentación?* Recuperado de <https://www.fao.org/righttofood>
- FAO (2010) *Guía para legislar sobre el derecho a la alimentación*.
- FAO (2012) *Fome Zero Resumen*.
- FAO (2013) *Nuestras prioridades. Los objetivos estratégicos de la FAO*. Recuperado de <http://www.fao.org/docrep/018/mi317s/mi317s.pdf>
- FAO (2014) *El Derecho a la Alimentación: compromisos pasados, obligaciones actuales, acciones para el futuro. Una retrospectiva de diez años de las Directrices sobre el Derecho a la Alimentación*.
- FAO (2014) *Guía para la evaluación del derecho a la alimentación*.
- FAO (2014) *Métodos para monitorear el derecho humano a alimentación adecuada. Volumen I Fundamentos para el monitoreo enfocado y basado en los derechos humanos*.
- FAO (2014) *Métodos para monitorear el derecho humano a alimentación adecuada. Volumen II Una visión general sobre enfoques y herramientas*.
- FAO (2014) *Pérdidas y desperdicios de alimentos en América Latina y el Caribe*.
- FAO (2015) *About FAO*. Recuperado de <http://www.fao.org/cfs/cfs-home/es/>
- FAO (2015) *Boletín de la Seguridad Alimentaria y nutricional (Enero-Marzo 2015)*.
- FAO (2015) *Panorama de la Inseguridad Alimentaria en América Latina y el Caribe. La región alcanza las metas internacionales del hambre*.
- FAO, IFAD & WFP (2014) *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2014. En breve*.
- FAO, IFAD & WFP (2014) *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2014. Fortalecimiento de un entorno favorable para la seguridad alimentaria y la nutrición*.
- FAO, IFAD & WFP (2015) *Achieving Zero Hunger: the critical role of investments in social protection and agriculture*.
- FAO, IFAD & WFP (2015) *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2015. Cumplimiento de los objetivos internacionales para 2015 en relación con el hambre: balance de los desiguales progresos*.
- Guatemala, Secretaría de Seguridad Alimentaria y Nutricional —SESAN— (2013) *El Plan del Pacto del Hambre Cero*.



- Guatemala, Secretaría de Seguridad Alimentaria y Nutricional —SESAN— (2015) *Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional*. Recuperado de <http://www.sesan.gob.gt/pdfs/sesan/marco-legal/Politica-de-SAN.pdf>
- Guatemala, Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia —segeplan— (2012) *Evaluación de la Ejecución de la Política General de Gobierno*. Recuperado de [http://www.segeplan.gob.gt/2.0/index.php?option=com\\_k2&view=item&task=download&id=825](http://www.segeplan.gob.gt/2.0/index.php?option=com_k2&view=item&task=download&id=825)
- IFAD (2015) *Food security aid map*. Recuperado de <http://www.ifad.org/hfs/tools/index.htm>
- IALCSH (2015) *La iniciativa América Latina y Caribe sin hambre*. Recuperado de <http://www.ialcsh.org/es/la-iniciativa/>
- Ley 1355 de 2009. Por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención. N° 47502 (octubre 14 de 2009).
- OACDH. (2010). El derecho a alimentación adecuada. *Folleto informativo* (34).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pidesc. Artículo 11-12. 1966
- PNUD. (2015) *Objetivos de desarrollo del Milenio. Informe 2015*. Bogotá: Nuevas Ediciones S.A.
- Observación General 12 de 1999 sobre el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC. 1999. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales CDESC.
- Observación General 03 de 1990 sobre el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC. 1990. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales CDESC.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12. 1988.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC. 2008.
- Resolución 55.2 *por la cual la Asamblea General aprueba la Declaración del Milenio*. 13 de septiembre de 2000. Quincuagésimo quinto período de sesiones. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Resolución 3348 (XXIX) *por la cual la Asamblea General aprueba la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición*. 17 de diciembre de 1974. 2323ª sesión plenaria. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. (2013) *Meta 1.C. Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas que padecen hambre*. Recuperado de <http://www.un.org/es/millenniumgoals/poverty.shtml>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015) *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2015*. Recuperado de [http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015\\_spanish.pdf](http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (2015) *Zero Hunger Challenge*. Recuperado de <http://www.un.org/es/zerohunger/challenge.shtml>
- Organización de las Naciones Unidas-Asamblea General. (2013) *El derecho a alimentación. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho a alimentación*. A/68/288.
- Organización de las Naciones Unidas-Asamblea General. (2014) *Informe final: El potencial transformador del derecho a la alimentación. Informe presentado por el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Oliver De Schutter*. A/HRC/25/57

Fecha de recepción: 26 de julio de 2016  
 Fecha de evaluación: 27 de septiembre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

# Aproximación del MIGA a la economía latinoamericana y las oportunidades de inversión en Colombia\*

*Fernando Chavarro Miranda\*\**  
*Alexander Sellamén Garzón\*\*\**

## Citar este artículo:

Chavarro, F., & Sellamén, A. (2017). Aproximación del MIGA a la economía latinoamericana y las oportunidades de inversión en Colombia. *Via Iuris*, 22, pp. 209-222.

## RESUMEN

Este documento analiza la dinámica del Organismo Multilateral de Inversión (MIGA) y sus efectos económicos respecto de las actividades de Inversión Extranjera Directa (IED) a partir de la crisis económica originada en 2007 y las acciones de promoción para el Programa para Pequeñas Inversiones (PPI) en los contextos latinoamericano y colombiano siguiendo los criterios riesgo/país. El análisis se centra en la reflexión de que la crisis de 2007, en términos conceptuales, no afectó considerablemente algunos sectores catalogados como motores de la economía latinoamericana, como el sector minero y el petrolero; no obstante, tuvo repercusiones positivas en el contexto de la IED. De esta forma, el análisis permite inferir que en el marco del MIGA se pueden generar acciones con resultados para los sectores que se cataloguen objeto de medición de las variables riesgo/país que promuevan de esta forma crecimiento económico.

- \* Este artículo es resultado del proyecto de investigación "Las cadenas globales de valor" (2014-2017) adscrito a la línea de investigación de Negocios Internacionales e Integración Económica, de la Universidad de América.
- \*\* Economista, PhD. (can.) Administración estratégica, Pontificia Universidad Católica de Perú, Magíster Universidad de Los Andes; Especialista en investigación, Universidad Santo Tomás; especialista en Finanzas, Universidad del Rosario; investigador - Colombia, Investigador Universidad de América, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: [fernando.chavarro@yahoo.es](mailto:fernando.chavarro@yahoo.es)
- \*\*\* Economista de la Universidad Santo Tomás y Magíster en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia. Investigador Universidad de América, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: [alexsellamen@gmail.com](mailto:alexsellamen@gmail.com)

## Palabras clave

Organismo Multilateral de Garantías de Inversión, inversión extranjera directa, crecimiento económico.



## MIGA's approach to the Latin American economy and investment opportunities in Colombia

*Fernando Chavarro Miranda*  
*Alexander Sellamén Garzón*

### ABSTRACT

This paper analyzes the Multilateral Investment Agency dynamics (MIA) and their economic effects according to the activities of Foreign Direct Investment (FDI), from the economic crisis originated in 2007, and the promotion actions for the Small Investment Program (SIP) in the Colombian and Latin American contexts, in accordance to the criteria risk/country. The analysis focuses on the reflection that considers the crisis of 2007, in conceptual terms, not significantly affected some sectors classified as economy engines in Latin America such as the mining and petroleum; however, it had a positive impact in the context of FDI. Therefore, the analysis suggests that in the MIA framework actions can be generated with results for the sectors that are classified measurement object of the variables risk/country that promotes economic growth in this way.

### Keywords

Multilateral Organization of Investment Guarantees,  
Foreign Direct Investment, Economic Growth.

# Aproximação da Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos (MIGA) à economia latino-americana e oportunidades de investimento na Colômbia

*Fernando Chavarro Miranda*  
*Alexander Sellamén Garzón*

## RESUMO

Este documento analisa a dinâmica da MIGA, e seus efeitos econômicos em relação às atividades de Investimento Estrangeiro Direto (IED) decorrentes da crise econômica originada em 2007 e as ações de promoção do Programa de Investimento Pequeno (PPI) nos contextos latino-americanos e colombiano seguindo os critérios de risco/país. A análise centra-se na reflexão de que a crise de 2007, em termos conceituais, não afetou significativamente alguns setores classificados como motores da economia latino-americana, como os setores classificados de mineração e petróleo; no entanto, teve repercussões positivas no contexto do IED. Desta forma, a análise permite inferir que, no âmbito da MIGA, podem ser geradas ações com resultados para os setores que são classificados como objeto de mensuração das variáveis risco/país que promovem o crescimento econômico dessa maneira.

## Palavras-chave

Organização Multilateral de Garantias de Investimento, Investimento Estrangeiro Direto, Crescimento Econômico.



## Rapprochement de MIGA á l'économie latino-américaine et les opportunités d'investissement en Colombie

*Fernando Chavarro Miranda*  
*Alexander Sellamén Garzón*

### RÉSUMÉ

Cet article analyse la dynamique de l'Agence multilatérale des investissements (MIGA) et ses effets économiques sur les activités de l'Investissement Étranger Direct (IED) de la crise économique qui a commencé en 2007 et les activités promotionnelles du Programme pour les Petits Investissements (PPI) dans les contextes latino-américain et colombien suivant les critères de risque / pays. L'analyse porte sur la réflexion de la crise de 2007, en termes conceptuels, ne sont pas significativement affecté certains secteurs classés comme moteurs de l'économie latino-américaine, comme les mines et le pétrole; néanmoins, il a eu des répercussions positives dans le contexte des IDE. Ainsi, l'analyse peut en déduire que sous la MIGA on peut générer des actions avec des résultats pour les secteurs des variables de mesure risque / pays favorisant ainsi la croissance économique.

### Mots-clés

Organisation Multilatérale des Garanties d'Investissement, Investissement Direct Etranger, Croissance Economique.

## INTRODUCCIÓN

El Organismo Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA por sus siglas en inglés) tiene como finalidad satisfacer la necesidad de países en vía de desarrollo de atraer inversión extranjera directa que incrementa el desarrollo de la misma con garantías de seguridad ante cualquier evento que pueda afectar la estabilidad del país, y a su vez el de las empresas inversionistas o proyectos de alto impacto que se vengán desarrollando en los países receptores. En este sentido, el MIGA es de gran importancia para la protección de los recursos de los países inversionistas en las economías emergentes o países en vía de desarrollo. En trabajo conjunto de los países emergentes con el Banco Mundial se creó este organismo con la finalidad de otorgar más y mejores oportunidades a los países en riesgo de guerra civil o subversión para lograr un desarrollo sostenible por medio de la inversión extranjera directa.

Teniendo en cuenta la crisis económica que ha venido atravesando la comunidad internacional, los países desarrollados han fijado gran parte del capital en la recuperación de sus propias economías, con inversiones internas que generan preocupación en los países en vía de desarrollo. Sin embargo, las economías latinoamericanas que se encuentran disfrutando actualmente de buenas condiciones nacionales, tales como sostenibilidad económica a lo que en términos de inversión se refiere; países como Colombia han mostrado ante la comunidad internacional un ambiente de inversión atractivo y propicio para el desarrollo de una economía evolucionada, que ha generado gran expectativa a la hora de elegir el destino de los recursos para el desarrollo de nuevos proyectos.

En un documento de la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Washington D.C. (2012) se menciona que recientemente, el MIGA ha aumentado su capacidad de cobertura y tiene una capacidad comparable a otras aseguradoras. Uno de los desafíos que se plantea el organismo en su nueva estrategia es el de incrementar el valor de su actuación no solo cuantitativamente sino mediante una optimización del riesgo asumido, para lo cual se abren nuevas posibilidades.

De esta forma, uno de los mecanismos es asumir un mayor riesgo en proyectos con fuerte impacto sobre el desarrollo económico, para ello se ha expandi-

do la capacidad del MIGA de cubrir obligaciones sin garantía soberana. Otro es aumentar la participación en países de alto riesgo o entrar en proyectos cuyo impacto y resultados no estén asegurados. Esto tiene sentido cuando los agentes se involucran en proyectos en etapas muy tempranas en los que, en ocasiones, sin el apoyo del MIGA no podrían llevarse a cabo los estudios adecuados para un desarrollo posterior y se verían frustrados antes de comenzar a desarrollarse precisamente por la misma incertidumbre que se quiere eliminar en las primeras etapas.

Así las cosas, y a pesar de la crisis económica vivida recientemente, América Latina se muestra ante la comunidad internacional como una región próspera, que se encuentra pasando por un periodo de bonanza económica, la cual viene de varios años atrás y ha mantenido un crecimiento estable; lo anterior hace ver a la región con buenos ojos para la inversión extranjera directa. En el caso colombiano, la crisis económica causó coletazos, pero no ocasionó un desaceleramiento notable en el crecimiento que viene teniendo desde el año 2010 con un incremento del 4% en el PIB nacional.

## METODOLOGÍA

En este documento se pretende analizar la dinámica del MIGA y sus efectos económicos respecto a las actividades de Inversión Extranjera Directa (IED), a partir de la crisis económica originada en 2007 y las acciones de promoción para el Programa para Pequeñas Inversiones (PPI) en los contextos latinoamericano y colombiano de acuerdo con los criterios riesgo/país. En primer lugar se realiza un contexto del MIGA con el propósito de comprender e identificar los aspectos más relevantes del organismo y sus pretensiones económicas; en segundo lugar, se incluye un análisis de la influencia del MIGA en el crecimiento económico de Latinoamérica con el ánimo de identificar y confirmar las intervenciones del organismo, sus ventajas y desventajas; en tercer lugar, se realiza una aproximación al debate de las oportunidades de inversión en Colombia mediante la asistencia que puede ofrecer el MIGA en aras de garantizar un crecimiento económico sostenible. Por último, se presentan las conclusiones donde se deduce que el MIGA puede generar acciones con resultados para los sectores que se cataloguen objeto de medición de las variables riesgo/país que promuevan de esta forma el crecimiento económico.



## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Organismo Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA)

El miga nace de la necesidad de países en vía de desarrollo que enfrentan problemas de inestabilidad económica y/o política. Fue creado en 1988, actualmente cuenta con 161 países miembros, 139 de los cuales son países en desarrollo, y se encuentra abierto a contar con la participación de todos los miembros del Banco Mundial (Naciones Unidas, 2003). Tiene como propósito principal promover la inversión extranjera directa a través de la oferta de garantías establecidas como seguro contra riesgos políticos y/o económicos a inversionistas, con el fin de cubrir pérdidas de capital importantes ocasionadas por situaciones ajenas al ejercicio comercial individual, que se presentan en los diversos países en vía de desarrollo (Naciones Unidas, 2000).

El MIGA es parte del Banco Mundial<sup>1</sup>, el cual también ofrece asistencia técnica en materia de incremento de capacidades y servicios de consultoría, para que los países en cuestión estén en mejor capacidad para atraer inversión extranjera. A su vez, el MIGA ofrece servicios de mediación para reducir futuros obstáculos de inversión (Naciones Unidas, 2000).

El MIGA tiene cuatro modalidades de cobertura contra riesgos de inversión involucrados en cualquier proyecto originado en los países miembros, la primera de estas son las restricciones en **transferencias en divisas** que nacen de la imposibilidad de convertir capital de inversión a monedas locales. La segunda es la **cobertura contra expropiación**, esta modalidad consiste en el cubrimiento de pérdidas ocasionadas por acciones gubernamentales que reducen o eliminan derechos de propiedad o control sobre inversiones aseguradas, pero su cubrimiento no alcanza a los gobiernos que ejercen papeles legítimos de entes reguladores. La tercera se basa en la **cobertura en caso de guerra o disturbios civiles**, en esta se encuentran inmersos los disturbios, revolución, golpe de Estado o insurrecciones. La cuarta y última modalidad contempla **el rompimiento de contratos** por parte de los Estados involucrados en el hecho (Cortés, 2003).

El MIGA ofrece seguros a nuevos proyectos de inversión, contribuciones adicionales a inversiones existentes asociadas con expansión, modernización o reestructuración financiera o inversiones relacionadas con la privatización de empresas estatales (Figueroa, 1991). También se encuentra involucrado con otros tipos de inversión los cuales son considerados de nivel individual tales como inversiones en participación de capital, préstamos a accionistas y garantías para préstamos a accionistas, dejando claro que estos deben tener como mínimo tres años de madurez, la solicitud de estos seguros debe hacerse antes de comprometer el capital en el proyecto de inversión.

El MIGA argumenta que sus seguros son concedidos cuando un proyecto es considerado viable tanto económica como financieramente; además, los proyectos deben estar dentro de los lineamientos, los objetivos de desarrollo y los estándares laborales de los países anfitriones y cuando cumplen con regulaciones medioambientales. Para cada proyecto, el MIGA identifica las políticas y las pautas más adecuadas. Dichos proyectos deben a su vez adherirse a leyes nacionales e internacionales. Una evaluación ambiental y social es llevada a cabo en el caso de proyectos que puedan tener un impacto significativo en el medioambiente. Desde su creación, el MIGA ha entregado más de 20.000 millones de dólares en garantías (seguros contra riesgo político) a unos 600 proyectos en casi 100 países en desarrollo (Acosta, 2003).

De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que los proyectos que cuentan con el apoyo del MIGA tienen una influencia positiva en el crecimiento de los países debido a que crean empleos, generan suministro de agua y electricidad, entre otros servicios públicos, que mejoran la calidad de vida de los habitantes del sector en el cual se desarrolla el proyecto. Uno de los pilares del MIGA es la defensa del derecho internacional humanitario y del cuidado del medio ambiente: derecho a la participación libre en aspectos que involucren directa o indirectamente a la comunidad a la que pertenecen, acceso a la información de las labores desarrolladas en el sector, acceso al agua, salud y crecimiento en el desarrollo de la infraestructura básica (ONU, 2010).

#### La labor del MIGA

La inestabilidad económica y social, y el riesgo político son aspectos muy importantes que generan inquietud a la hora de hacer una inversión estable, constante y duradera en forma directa, especialmente en tiempos de crisis como la actual, ya que por

<sup>1</sup> Es una entidad especializada de la Organización de Naciones Unidas encargada de solventar a los países que necesitan reconstrucción de alguna índole o la necesidad de recursos con fines de impulsar la economía emergente de algún país.

más que esté quedando a un lado, las consecuencias perduran durante el tiempo de recuperación.

Como consecuencia, gran parte de la inversión extranjera directa, la cual es un motor clave del crecimiento económico, disminuye significativamente o llega solo a unos pocos países. Con su programa de garantías, el MIGA actúa como catalizador para recuperar la confianza de los inversionistas en los mercados de países en vía de desarrollo.

El MIGA también hace la labor de mediador con el fin de ayudar a resolver conflictos o incomprensiones entre inversionistas y gobiernos anfitriones para que los proyectos que apoya sigan el curso previsto, y el desarrollo de sus actividades sea constante, continuo y agilice el crecimiento económico del país que recibe el proyecto.

Los servicios de información en línea sobre inversiones y asistencia técnica que ofrece, sirven para que los países en desarrollo definan y apliquen estrategias de atracción de inversión extranjera directa y difundan además información sobre oportunidades de inversión, condiciones de operación comercial y seguros contra riesgo político.

### El papel del MIGA frente a la actual crisis económica

Ante la gravedad de la situación financiera de Europa y Asia Central, el MIGA ha tomado una serie de decisiones que han disminuido en gran medida la preocupación de varios países con relación a la crisis económica de los últimos años; dentro de estas decisiones de apoyo se encuentra que el MIGA, en un trabajo conjunto con la Corporación Financiera Internacional (FC por sus siglas en inglés), el Banco Europeo de Inversiones y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, se comprometió con la expedición de seguros contra riesgos políticos para préstamos bancarios por más de 2.000 millones de euros (Solano, 2001).

Sumado a lo anterior, el MIGA ha emitido garantías por más de 480 millones de dólares en países de Asia, Europa y África (Solano, 2001), con el fin de respaldar el préstamo de bancos matrices a sus filiales en Ucrania y Rusia, lo cual ha permitido que los bancos en dichos países, altamente afectados por la crisis actual, puedan emitir créditos a las pequeñas y medianas empresas con fines de dinamización de

mercados obteniendo como resultado el crecimiento de la productividad empresarial y de los ingresos de las mismas y de los países involucrados en el ejercicio comercial.

Como respuesta a esto, el MIGA se encuentra en completa disposición para hacer modificaciones amplias a la normatividad que lo rige con el fin de poder llevar a cabo transacciones sin convenio, para disminuir los tiempos de respuesta ante las necesidades que manifiestan sus clientes y la posibilidad de obtener seguros contra riesgos políticos.

El MIGA actualmente se encuentra brindando garantías y asesorías a los gobiernos del continente africano, donde se encuentran activos 39 proyectos dentro de los cuales los sectores económicos más beneficiados han sido los siguientes en orden de relevancia para el desarrollo económico del continente: 16 proyectos en industrias manufactureras los cuales ascienden a us\$ 510.76 millones; 6 proyectos de agroindustria con inversiones superiores a us\$ 52.17 millones, la banca ha abarcado solo 2 proyectos pero la garantía recibida ha sido de us\$ 15.8 millones; el petróleo no ha quedado por fuera pues cuenta con 5 proyectos que abarcan us\$ 429.6 millones, además de los us\$ 964.5 millones en proyectos de telecomunicaciones, turismo, producción de agua potable y disposición final de sólidos (Multilateral Investment Guarantee Agency, 2012).

Por otro lado, Europa Central y Asia han obtenido la aprobación de garantías para 176 proyectos de inversión en todos los sectores económicos, de los cuales han recibido más de us\$ 3000 millones (Multilateral Investment Guarantee Agency, 2012), con el objetivo de colaborar con una rápida recuperación de las economías que se vieron gravemente afectadas por la crisis financiera mundial, la cual aún hoy día sigue teniendo crudos vestigios de pobreza, altos niveles de desempleo como el caso de España y la posible salida de Grecia de la Unión Europea, entre otros inconvenientes.

En el caso de América del Sur, este continente ha sido beneficiado con la aprobación de 192 proyectos, en los que se encuentran us\$ 1.653.41 millones en proyectos activos en aproximadamente 45 proyectos, y los 147 proyectos restantes ya han sido culminados y ascienden aproximadamente a us\$ 10.000 millones, que han sido ejecutados en su totalidad (Multilateral Investment Guarantee Agency, 2012).



En el caso específico de Colombia se cuenta con un total de 6 proyectos aprobados por la suma total de us\$258 millones desde el año 1997 hasta el año 2011 (año del último proyecto vigente, en ejecución), los cuales se encuentran repartidos de la siguiente forma: Drummond Limited (DLTD) en 1997 con un presupuesto de us\$35 millones para inversiones en minería; CitiBank S.A. Compañía de Financiamiento Comercial quienes adquirieron la aprobación de us\$23 millones en el año 1997; Avantel S.A. con un proyecto de ampliación de cobertura de telecomunicaciones se hizo acreedor de garantías por us\$35 millones en el año 1997, Termotasajero S.A. ESP para el desarrollo de un proyecto de infraestructura para la prestación del servicio de energía con una garantía de us\$62,4 millones en el año 1999; en el año 2001 el acreedor de garantías de inversión fue el Banco Santander Colombia S.A. con un presupuesto de us\$100 millones, y por último se encuentra Pro Credit Group Central Bank Mandatory Reserves Coverage quienes desde 2011 hasta 2016 cuentan con us\$2,6 millones en garantías de inversión (Multilateral Investment Guarantee Agency, 2012).

De acuerdo con lo anterior, se puede evidenciar que los países de Asia, Europa Central y África han sido a lo largo de la historia los principales receptores de garantías de inversión, lo cual obedece a que han mostrado altas cifras de riesgo país tanto a nivel económico, como político y social, por lo tanto es comprensible que gran parte de los proyectos de infraestructura, crecimiento económico y desarrollo social necesiten de este tipo de garantías ofrecidas por la comunidad internacional con el fin de lograr un desarrollo sostenible y uniforme en los Estados de dicha región.

También es cierto que Colombia viene en un proceso de crecimiento en IED desde los años 70, donde el proceso de evolución sectorial sin incluir IED en petróleo, se evidencia de la siguiente manera: en el año 1970, los flujos de inversión extranjera sin petróleo (IEDSP) fueron de us\$104 millones de los cuales el 73% se dirigió al sector industrial, donde se mantuvo una participación elevada hasta mediados de la década de los ochenta. Para 1985, la mayor parte de la inversión estuvo destinada a la explotación de minas y canteras: de los us\$489 millones de IEDSP el 90% se destinó al yacimiento carbonífero del Cerrejón, todo el sector logró alcanzar una participación promedio del 65% en el resto de dicha década.

Al inicio de la década del noventa, se incrementaron sustancialmente los flujos de IEDSP hacia diferentes sectores. Para 1990, el 51% de la IEDSP (us\$ 230 millones) fue dirigido al sector industrial, el 21% al sector de explotación de minas y canteras, y el 18% al sector de la construcción. Entre 1990 y 1994 la IEDSP se concentró en los sectores manufacturero (60,2%), y financiero y de seguros (14,7%). En 1996 el stock de IEDSP fue de us\$8.363 millones y el flujo neto de IEDSP alcanzó los us\$1.880 millones, donde el sector industrial y financiero continuaron siendo el de mayor interés: 35% del total de IEDSP cada uno. Por último vale la pena resaltar las participaciones observadas recientemente en el sector de transporte y comunicaciones (16% en 1995) y en el de comercio, restaurantes y hoteles (8% en 1996) (Garay, 2004).

Por otro lado, Colombia, a pesar de su problemática social, ha logrado que las compañías extranjeras busquen asegurar su inversión allí. Aunque los continuos hostigamientos por grupos armados al margen de la ley generan un alto grado de temor a la realización de inversiones a largo plazo, no se ha permitido que el país se convierta en inversiones golondrina, por lo tanto la adjudicación de garantías para los proyectos enunciados anteriormente abre puertas a nuevas compañías internacionales que deseen traer su capital y logren un incremento de la calidad de vida de los colombianos en general.

### El Programa para Pequeñas Inversiones (PPI)

Para países como Colombia el PPI, auspiciado por el MIGA y el Banco Mundial, ha sido destinado específicamente para pequeños y medianos inversionistas que invierten en PYMES; para el caso de países emergentes estas se ven beneficiadas de dos maneras. La primera, de forma directa, al otorgar seguros contra riesgos políticos, lo cual se convierte en garantía para los inversionistas extranjeros a la hora de vincular sus recursos en estas PYME; la segunda es de manera indirecta, por medio de seguros contra riesgos políticos a instituciones financieras las cuales posteriormente otorgarán créditos de financiación a las PYMES a través de las instituciones afiliadas locales (Bosher, 2010).

Las inversiones asegurables por parte del PPI del MIGA, son aquellas asociadas a la ampliación, modernización o reestructuración financiera de proyectos existentes o en desarrollo, así como también aquellas que se encuentren involucradas con la privatización de

empresas; las inversiones extranjeras aplicables para este caso son aquellas que tengan participación de capital social, préstamos de accionistas y las garantías de estos préstamos, siempre y cuando estos tengan un plazo mínimo de vencimiento 3 años, de igual manera son asegurables los préstamos de entidades bancarias comerciales siempre que la participación del capital social ya se encuentre asegurada o sea participe de aseguramiento concurrente; los contratos de asistencia técnica y de gestión, los acuerdos de concesión y licencia también se encuentran estipulados dentro del PPI como inversiones asegurables (Bosher, 2010).

Teniendo en cuenta lo anterior y viendo el mercado empresarial colombiano donde más del 70% de las empresas activas en el país cumplirían los parámetros mínimos del PPI para ser consideradas como PYME — contar con una máximo de 300 empleados; que el total de activos no debe ser superior a us\$15 millones, y que el total de ventas anuales no debe exceder los us\$15 millones (Bosher, 2010)— que necesitan financiamiento por parte de entidades financieras que cuentan con el apoyo del PPI para continuar con el mejoramiento del flujo de capital por medio del aprovechamiento de mercados sin valor agregado tales como las pequeñas textiles, floricultores y agricultores.

Los contratos de garantía en virtud del PPI cubren tres tipos de riesgos:

- **La inconvertibilidad de monedas y restricciones a las transferencias:** con esta cobertura ante este tipo de riesgo se brinda protección frente a pérdidas ocasionadas a inversionistas por la imposibilidad de convertir moneda local (capital, intereses, ganancias y regalías entre otras remesas) a moneda extranjera para su transferencia fuera del país receptor; el MIGA paga la indemnización en la moneda especificada en el contrato inicial.
- **Expropiación:** frente a este riesgo el MIGA brinda protección contra las pérdidas ocasionadas por las medidas adoptadas por el gobierno receptor de privar al tenedor de una garantía de la propiedad, el control de sus derechos sobre la inversión o de limitarlos en alguna medida. También se cuenta con cobertura ante la expropiación progresiva, la cual hace referencia a una serie de eventos y actos que con el transcurrir del tiempo tienen efecto expropiatorio. La disposición es limitada para ex-

propiaciones parciales tales como la confiscación de fondos o activos tangibles, de tal modo no se consideran expropiatorias las medidas tomadas por el gobierno receptor en cuanto al ejercicio de actividades regulatorias.

- En caso de expropiación total de las inversiones hechas en capital social, el MIGA paga el valor neto en libros de la inversión asegurada; si el caso es de expropiación de fondos, este paga la parte asegurada de los fondos bloqueados. La indemnización será pagada contra la cesión al MIGA de la participación del inversionista en la inversión expropiada, presentada como acciones del capital social o la participación en un convenio de préstamo.
- **Guerras y revoluciones:** Esta cobertura se brinda como protección contra la pérdida, destrucción o desaparición de activos tangibles o los daños causados a ellos por actos de guerra o disturbios civiles fundados en motivos políticos en el país receptor, incluida una revolución, insurrección, golpe de Estado, sabotaje o terrorismo (Bosher, 2010).

La cobertura por guerra y disturbios civiles es abarcada por hechos que, durante el plazo especificado en el contrato de garantía, puedan causar interrupciones en la operación del proyecto en ejecución, que sean primordiales para la viabilidad financiera del mismo de forma general, es decir sin exclusiones al tipo de operación. También se cuenta con cobertura por interrupción de la actividad comercial, la cual se hace efectiva cuando se considera que la inversión constituye una pérdida total; dado el caso, el MIGA pagará el valor en libros de la totalidad de la inversión en capital social que se encontraba asegurada o cubierta por el contrato firmado entre las partes. Si el caso es de inversiones en capital social, el MIGA pagará el porcentaje correspondiente al inversionista del valor en libros de los activos, el costo de reposición o el costo de reparación de los activos dañados, de esos importes el que sea menor (Bosher, 2010).

En el caso de los préstamos y las garantías de préstamos, el MIGA pagará la parte asegurada de los pagos e intereses que se encuentren en mora como resultado directo de los daños causados a los activos del proyecto por una guerra o disturbio civil, o aquellos que resulten como consecuencia de una interrupción en la actividad comercial a raíz de los hechos cubiertos, anteriormente enunciados.



## Influencia del MIGA en el crecimiento económico latinoamericano

En la actualidad Latinoamérica se ve ante la comunidad internacional como un destino favorable para la inversión debido a un periodo de bonanza importante que ha marcado un ascenso importante en la curva del PIB nacional de la mayoría de los países que la conforman, y a las facilidades de financiamiento en diferentes monedas según sea el requerimiento del mercado.

Teniendo en cuenta las bajas tasas de interés ofrecidas por los establecimientos de financiación, especialmente para los países exportadores de materias primas o productos sin valor agregado, el fortalecimiento de los sectores mineroenergéticos en Latinoamérica generan un crecimiento acelerado de la economía de los países beneficiados con créditos otorgados por los diferentes estamentos financieros tales como: el Banco Mundial<sup>2</sup> a través de las garantías ofrecidas por el MIGA; el Fondo Monetario Internacional (FMI<sup>3</sup>) a través de sus diferentes programas de financiamiento a los diferentes sectores económicos de los países en vías de desarrollo; los préstamos otorgados por bancos locales o internacionales para el financiamiento de empresas en procesos de expansión e inversión en nuevos proyectos cuya finalidad principal sea el crecimiento estable, y en la misma medida la reducción del riesgo/país.

Según el MIGA, es de vital importancia que los países que desean tener un incremento en la IED proporcionen garantías para los recursos asignados a los diferentes proyectos así como también para el personal, bien sea calificado o no, que se encuentra desempeñando labores dentro de los proyectos de inversión financiados por el MIGA (CEPAL, 2006).

Actualmente, Latinoamérica en general cuenta con una liquidez notable y una solvencia externa, la cual permite en gran medida fortalecer las oportunidades de negocio y apertura de mercados por parte de empresas internacionales interesadas en mercados con crecimiento continuo y estable como es el caso de Chile, que ha mostrado un crecimiento económico

en promedio del 5% anual en los últimos diez años, mostrándose así ante la comunidad internacional como una economía abierta y dinámica que le da paso a la firma de varios tratados de libre comercio que dinamizan la libre competencia en el mercado, y a su vez aumenta el consumo del país y el crecimiento en sus ingresos (Banco Mundial, 2012).

La economía de Argentina desde la última década se ha caracterizado por su arduo trabajo en la disminución de la pobreza ocasionada por la gran crisis económica vivida en 2001, la cual dejó como resultado niveles de desempleo exorbitantes que desencadenaron un nivel de vida general precario con pocas oportunidades de salida. Sin embargo, el trabajo sin descanso del gobierno nacional ha logrado cambios favorables para la economía argentina que hoy en día tiene una inclusión de más del 50% de la población en la clase media.

Lo anterior muestra cómo Argentina se presenta frente a la comunidad internacional como un país en crecimiento y desarrollo continuo que atrae las miradas de inversiones estables en proyectos de mejoramiento de la calidad de vida de los nacionales y extranjeros residentes en dicho país. Argentina ha obtenido garantía de inversión por parte del MIGA en 26 proyectos desde 1992 hasta el 2001, los cuales tuvieron una gran influencia para la recuperación puesto que las garantías otorgadas al sector bancario dinamizaron la ejecución de proyectos de inversión que hoy tienen a este país en constante ascenso.

Para el caso de Colombia las condiciones actuales están dadas para la IED, desde el gobierno de Álvaro Uribe Vélez con la disminución notable de los ataques terroristas que pusieron al país en muy buenos ojos ante los inversionistas, se han firmado y puesto en marcha 8 tratados de libre comercio con 15 países dentro de los que se encuentran: Estados Unidos, México y Canadá, los cuales abrieron las puertas a la inversión internacional. El reto es no repetir la historia de recoger frutos para la economía nacional al principio de la vigencia y luego estancarla, dejando al país nuevamente en el punto de partida (Salazar, 2008).

## Colombia: relación riesgo/país y las oportunidades de inversión

Colombia a través de los años ha sido considerado un país con riesgo de guerra civil e insurrección, lo que ha generado temor en las empresas extranjeras para invertir de manera constante, de tal forma

2 Entidad definida como fuente de asistencia financiera y técnica para los llamados países en desarrollo, creada en 1944 con Sede Principal en Washington, D.C. Estados Unidos.

3 Creado en 1945 tiene como principal objetivo la promoción de políticas cambiarias sostenibles a nivel internacional, trabaja como facilitador del comercio internacional, y la reducción de la pobreza.

que el país se convierte en receptor de “inversiones golondrina”: en tiempos de bonanza económica y comercial dinamizan el mercado, pero cuando la situación del país receptor desmejora, dichas inversiones son retiradas automáticamente dejando vacíos económicos, que aceleran los índices de desempleo que generan un alza considerable de pobreza y disminuye la inversión.

De acuerdo con lo anterior, durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se logró un descenso considerable en la evaluación de riesgo/país; dicha evaluación, realizada por AON corredora de seguros internacional, arrojó resultados de riesgo político medio desde el año 2006 —al igual que para Costa Rica, Panamá, México y Brasil—. En 2011 Colombia pasó de riesgo político medio a medio-bajo, en un estudio realizado entre 211 naciones; gracias a esto, el país se ha visto beneficiado por la globalización y los lazos comerciales con fines de reducción de riesgo (Redacción El Tiempo, 2011).

En octubre de 2012, Colombia fue considerado como el segundo país de Latinoamérica con mejores condiciones para invertir según los cálculos realizados por la JP Morgan. Colombia disminuyó su clasificación de riesgo de 195 puntos en el mes de Enero de 2012 a 124 puntos en el mes de octubre de ese mismo año, lo que lo ubicó a dos escalones de Perú, el mejor país de Latinoamérica para invertir, con una calificación de 122 puntos.

La inversión en Colombia puede darse en varias oportunidades de negocio que muestra el país para las empresas extranjeras; como es sabido Colombia cuenta con una riqueza en flora y fauna importante para las compañías que agregan valor a las materias primas proveídas por el país. De acuerdo con esto, se hace necesario tener en cuenta la producción agropecuaria del país, teniendo en cuenta que este sector ha sido considerado como relevante en el desarrollo y crecimiento del PIB nacional; sería entonces oportuno hacer inversiones en la mejora de los cultivos de cualquier índole con el fin de potencializar el producto final convirtiendo la materia prima en productos con valor agregado los cuales mejoran notablemente el ingreso de las empresas y su participación en el PIB crecerá de forma notable.

De acuerdo con lo anterior, es importante resaltar el reto que tiene Colombia con la aprobación y puesta en marcha de tratados de libre comercio con países consumidores de productos con valor

agregado como Japón, Estados Unidos y los países europeos, entre otros (Colombia, Consejería para la Modernización del Estado, 2007). Esto acompaña el crecimiento de la industria nacional, lo que genera mayor confianza a la hora de invertir en el país, lo que llevaría a una reducción de las tasas de interés bancarias y enmarcaría a Colombia como un destino seguro y aprovechable en materia de crecimiento y desarrollo sostenible.

Otro sector importante es el de hidrocarburos, que en los últimos años ha generado gran expectativa, y ha puesto a Colombia en la mira de muchas empresas multinacionales dedicadas a la exploración y explotación de pozos petroleros. Como gran productor de petróleo, el país sería idóneo para la refinación y generación de combustibles más limpios y amigables con el medio ambiente, tema de gran importancia a la hora de invertir en un país, que ha disminuido su riesgo país. Sumado a esto, el desarrollo de una refinería nacional ubicada en el departamento con más reservas de petróleo actual del país, se vincula a las actuales inversiones para hacer ver a Colombia con gran agrado ante los ojos de los grandes inversionistas del mundo.

## CONCLUSIONES

El propósito principal del MIGA es la promoción de garantías a inversionistas contra riesgos ajenos al ejercicio comercial en los países en vía de desarrollo. De esa forma, las cuatro modalidades de cobertura que ofrece el MIGA son amplias y suficientes para la generación de confianza a la hora de invertir en un país, cuya calificación de riesgo sea considerada como elevada y los temores de invertir impidan que la IED sea continua y constante.

En dicho marco, el MIGA también actúa como mediador para la resolución de inconvenientes que se presentan entre los inversionistas y los gobiernos anfitriones, con el fin de ayudar a que los proyectos en marcha sigan su curso normal y lleguen a buen término. Por esta vía, el crecimiento en la confianza de inversión en los países en desarrollo, logra tener un impacto socioeconómico significativo debido a la disminución de la pobreza que va ligada directamente a la generación de empleo y al crecimiento del consumo.

Lo cierto es que el MIGA en un trabajo conjunto con el Banco Mundial conformaron el PPI, el cual ha sido destinado exclusivamente para pequeños y medianos



inversionistas que depositan su confianza en proyectos con PYMES, que no se encuentran exentas de riesgo. Este programa se encarga de otorgar garantías para inversiones por pequeñas cuantías. En todo caso, las garantías otorgadas por el PPI incurrirán básicamente en tres tipos de riesgo: la expropiación, guerra civil o insurrección y la inconvertibilidad de monedas o restricciones a las transferencias.

Por su parte, América Latina se encuentra en estado de confort debido al buen momento en el que se encuentra para la destinación de recursos para el impulso y ejecución de proyectos de crecimiento, desarrollo sostenible y mejoramiento de la calidad de vida de los latinoamericanos por parte de los países desarrollados. Esto porque la firma de varios tratados de libre comercio con países latinoamericanos ha dinamizado el crecimiento económico de la región, que se evidencia en las tasas de crecimiento de los PIB nacionales y en el poco desequilibrio económico y social observado tras la reciente crisis económica.

Para el caso colombiano, se ha evidenciado una disminución notable del riesgo país, lo cual ha generado un crecimiento estable y la llegada de empresas multinacionales para el desarrollo de proyectos que

vinculan directamente la mano de obra nacional, que han incrementado los ingresos de los colombianos y la disminución de la pobreza en porcentajes importantes. Evidencia de ello son los resultados arrojados por la JP Morgan (empresa calificadora de riesgo), en los que se menciona que Colombia se encuentra clasificada como el segundo mejor país para invertir con una calificación de 124 puntos de riesgo, que lo ubica a dos puntos de Perú.

En ese contexto, el sector mineroenergético colombiano representa un porcentaje importante del crecimiento del PIB, la generación de empleo por parte de este sector es actualmente relevante debido a la explotación de pozos petroleros a lo largo y ancho del país: se extraen más de 1000 barriles de petróleo por día. Por su parte, la agroindustria colombiana se muestra atractiva para los mercados internacionales que se encuentran interesados en la importación de materias primas, lo cual compromete a Colombia no solo a competir con precios tentadores en el mercado internacional, sino también a desarrollar un trabajo conjunto con los productores para convertir las materias primas en productos con valor agregado con tecnologías limpias y avanzadas para tener mayor y mejor participación en el mercado internacional.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, R. (2003). *Economía del agua en baja california*. California: Universitaria.
- Acuerdo con el FMI. (2003). *Economía Colombiana. Revista Economía Colombiana y Coyuntura Política*, (296), 84-99.
- Antanas, M. (2006). *Universidad Autonoma Latinoamericana*. Recuperado el día 14 de octubre de 2015 de [www.unaula.edu.co/unaula/facultades/contaduria/archivospdf/documentoscambioscurriculares/confeedgarcia.pdf](http://www.unaula.edu.co/unaula/facultades/contaduria/archivospdf/documentoscambioscurriculares/confeedgarcia.pdf)
- Arango, L. (2003). *Importance of FDI in the development of emerging countries*. Colombia: EAFIT.
- Banco Mundial (2012). *Chile Overview*. Recuperado el día 08 de marzo de 2015 de <http://www.worldbank.org/en/country/chile/overview>
- Bosher, H. (2010). *Programa para las pequeñas inversiones*. Washintong, DC: World Bank Group.
- Cárdenas, J. & Gutiérrez, M. (2000). *Gerencia Financiera: Experiencias y Oportunidades de la Banca de Inversión*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Colombia, Consejería para la Modernización del Estado (2007). Recuperado el día 23 de febrero de 2015 de [www.bnm.me.gov.ar/cgi-bin/wxis.exe/opac/?IsisScript=opac/opac.xis&dbn=BINAM&src=link&tb=col&query=COLECCION%20DOCUME...](http://www.bnm.me.gov.ar/cgi-bin/wxis.exe/opac/?IsisScript=opac/opac.xis&dbn=BINAM&src=link&tb=col&query=COLECCION%20DOCUME...)
- Colombia, Consejería para la Modernización del Estado. (2007). *Colombia: al filo de la oportunidad*. Universidad de Texas: Colciencias.
- Colombia, Ministerio de Minas y Energía (2010). *El Sector Minero Colombiano: Fuente de oportunidades*.
- Comisión Económica para América Latina y El Caribe —CEPAL—. (2002). *Balance Preliminar de las economías de América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Comisión Económica para América Latina y El Caribe —CEPAL—. (2006). *La Inversión Extranjera en América Latina y El Caribe*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Comisión Económica para América Latina y El Caribe —CEPAL—. (2008). *Políticas activas para atraer inversión extranjera directa: experiencia internacional y situación en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Committee on Foreign Affairs. Subcommittee on the Western Hemisphere. (2010). *US Colombia relations*. Pennsylvania: U.S. G.P.O.
- Cortés, R. (2003). *Historia Económica Mundial*. Buenos Aires: Ariel.
- Echeverri, R. (1998). *Mision Rural: Informe Final*. Bogotá: TM Editores.
- Fedesarrollo. (2007). *Impacto de la Inversión Extranjera Directa: Situación Actual y Perspectivas*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Figueroa Pla, U. (1991). *Organismos Internacionales*. Santiago de Chile: Juridica de Chile.
- Garay, L. (2004). *Colombia: Estructura Industrial e Internacionalización 1967-2004*. Recuperado el día 03 de junio de 2015 de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industrialatina/074.htm>
- García de la Cruz, J. Durán, G., & Sánchez, A. (2011). *La Economía Mundial en transformación*. Madrid: Paraninfo.
- Herrera, A., Corona, L., Dagnino, R., Furtado, A., Gallopín, G., Gutman, P., & otros. (1994). *Las Nuevas Tecnologías Y el Futuro de América Latina: Riesgo y Oportunidad*. Madrid: Siglo XXI editores.
- Martínez, A. (2001). *Economía, Crimen y Conflicto*. Bogotá: Ediciones Ántropos.
- Multilateral Investment Guarantee Agency. (2012). Recuperado el día 23 de noviembre de 2015 de <http://www.miga.org/projects/advsearchresults.cfm?srch=s&fromyr=2000&toyr=2012&hctry=4r&hregioncode=4&dispset=50&sortorder=asc>
- Nieto, M., & Willington, O. (2008). *Inversión Extranjera Directa en Colombia*. Bogotá: EAN.
- OECD. (2003). *Checklist for Foreign Direct Investment Incentive Policies*. Francia: OECD.
- OECD/Cepal. (2011). *Perspectivas Económicas de América Latina 2012: Transformación del Estado para el Desarrollo*. Santiago de Chile: OCDE Publishing.
- OECD/Banco Mundial. (2012). *Evaluación de Políticas Nacionales de Educación*. Washington: OECD Publishing.



- Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Washington D.C. (2012). *MIGA: El Organismo Multilateral de Garantías para Inversiones*. Recuperado el día 11 de octubre de 2015 de [http://www.casafrica.es/casafrica/Agenda/2013/02\\_MIGA\\_InformeIEX.pdf](http://www.casafrica.es/casafrica/Agenda/2013/02_MIGA_InformeIEX.pdf)
- ONU, CEPAL. (2002). *La Sostenibilidad del Desarrollo en América Latina y el Caribe: Desafíos y Oportunidades*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- ONU, CEPAL. (2007). *La Inversión Extranjera En América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL.
- ONU, CEPAL. (2008). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas -ONU- (2000). *Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo mercantil*. Nueva York.
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. United States. Congress House.
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). *Inversión y desarrollo. Las Naciones Unidas Hoy*, 188-189-190.
- Paula, O. (2010). *Los Punteros*. México DF: Grijalbo.
- Pior, F., & Santomá, J. (2009). *Los nuevos océanos azules para productos financieros*. Barcelona: Deusto.
- Proexport Colombia. (2011). *Turismo en Colombia: Una oportunidad de Inversión*. Bogotá: Proexport.
- Proexport Colombia. (2013). *Colombia: Un aliado estratégico para empresarios internacionales*. Bogotá: Proexport Colombia.
- Proexport Colombia. (2012). *Guía Legal para hacer Negocios en Colombia*. Bogotá: Proexport Colombia, promoción de turismo, inversión y exportaciones.
- Puncel, A. (1994). *Las Ciudades de América Latina: Problemas y Oportunidades*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Redacción el Tiempo (2011). Colombia, de nuevo en lista de bajo riesgo para invertir. *El Tiempo*. Recuperado el 21 de Enero de [www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8792651](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8792651)
- Salazar, A. (15 de abril de 2008). *Jurídica. Portafolio*, 14.
- Sánchez, E., Ahmed, K. & Awe, Y. (2007). *Prioridades ambientales para la reducción de la pobreza en Colombia*. Washington DC: Banco Mundial.
- Simon, P. & Rebolledo, C. (2003). *La Franquicia en Colombia; Teorías, Realidades y Perspectivas*. Bogotá: Norma.
- Solano, E. (2001). *Moneda, banca y mercados financieros*. Mexico: Pearson Educacion.
- Steiner, R., & Traverso, V. (2010). *Colombia 2010-2014: Propuestas de Política Pública*. Bogotá: CAF.
- Suarez, J. (2012). *La Próxima Gran Caída de la Economía Mundial*. Bogotá: Debate.
- Torres, R. (2005). *Teoría del Comercio Internacional*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Vélez, I. (2006). *Decisiones de Inversión para la Valoración Financiera de Proyectos y Empresas*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.





Fecha de recepción: 3 de julio de 2016  
 Fecha de evaluación: 24 de octubre de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2016

## El derecho general de la personalidad\*

Reseña elaborada por

**Edna Raquel Hogemann\*\***

### Citar esta reseña:

Hogemann, E. (2017). Reseña "O Direito Geral de Personalidade" (Capelo de Sousa, R., 1995). *Via Juris*, 22, pp. 225-244.

### LA OBRA

La presente obra es el resultado de los estudios de doctorado del profesor portugués Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, publicada en 1995, compuesta de capítulos que tratan inicialmente la evolución histórica de la jurspersonalista, sus raíces en el derecho romano e consiguiente evolución en la Edad Media, pasando por el humanismo renacentista, el jusracionalismo y su dogmática apriorística relativa a los derechos subjetivos innatos, siguiendo la reacción de las pandectas alemanas, del sentido histórico-cultural de los derechos de la personalidad, al desarrollo en el seno de la civilización, llegando a la consideración de los derechos de la personalidad en las codificaciones modernas. Traza la experiencia portuguesa en el campo de la jurspersonalista desde las Ordenaciones del Reino hasta el actual Código Seabra, analizando minuciosamente en relación a la doctrina general de los derechos de la personalidad, los bienes de la personalidad, sus características, su papel no taxativo, los diferentes ciclos de los bienes de la personalidad, las providencias civiles preventivas y atenuantes de violaciones de la personalidad, las exclusiones de ilicitudes en un total de 708 páginas.

### EL AUTOR

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, es professor catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, donde obtuvo su Doctorado en Ciencias Jurídicas, en 1995, desarrolló el primer trabajo monográfico portugués sobre el derecho en general de la personalidad, cuya previsión normativa se encuentra disponible en el artículo 70 del código civil.

### RESUMEN

La obra es la versión en libro de investigación realizada por el autor sobre el derecho en general de la personalidad dispuesto en el artículo 70 del código civil portugués. En él están de manera general, tutelados los bienes extrapatrimoniales que integran la personalidad humana, tales como la vida, la existencia, la integridad física, el honor, la salud, la igualdad, la seguridad, la identidad, la vida privada, el secreto, sentimientos, entre otros; y el desarrollo de la personalidad del no nacido (feto), así como las cuestiones relativas al cadáver y a la memoria del difunto.

El autor determina la responsabilidad civil de los individuos, de las personas jurídicas (personas colectivas privadas y públicas), especialmente del Estado, por los daños en la personalidad humana, así como la tutela jurisdiccional de su efectividad, también en el Derecho Internacional y Comunitario.

Presenta los límites del derecho general de personalidad, en especial en los casos de abuso de derecho, colisión de derechos, incluyendo causas de justificación de la ilicitud y las relaciones contractuales. Articula el derecho general de personalidad con los demás derechos especiales de personalidad, incluso con otros institutos jurídicos que les sean cercanos o afines (como los derechos subjetivos públicos y los derechos fundamentales). Investiga la tutela de la personalidad de las personas jurídicas. Para finalizar caracterizando la naturaleza del derecho general de personalidad, como un derecho subjetivo, personal absoluto, fundamental y materialmente constitucional.

\* Reseña: O Direito Geral de Personalidade  
 Título: O Direito Geral de Personalidade  
 Autores: Rabindranath Capelo de Sousa  
 Editorial: Editora Coimbra  
 Año: 1995

\*\* Posdoctorado en Derecho, profesora titular permanente del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Estacio Sá, profesora Adjunta de Derecho de la Universidad Federal del Estado de Rio de Janeiro, coordinadora del Grupo de Investigaciones de Derechos Humanos y Transformación Social (GPDHTS), miembro de Law and Society Association y de la SBPC. Rio de Janeiro, Brasil. Correo electrónico: [ershogemann@gmail.com](mailto:ershogemann@gmail.com)



# O Direito Geral de Personalidade\*

Reseña elaborada por

*Edna Raquel Hogemann\*\**

## A OBRA

Esta obra é o resultado dos estudos de doutoramento do professor português Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, publicada em 1995, composta de capítulos que tratam inicialmente evolução histórica da *jus personalística*, suas raízes no direito romano e conseguinte evolução na Idade Média, passando pelo humanismo renascentista, o *iusracionalismo* e sua dogmática apriorística relativa aos direitos subjetivos inatos, seguindo para a reação da *pandectas* alemã, do sentido histórico-cultural dos direitos da personalidade, ao desenvolvimento no seio da civilística, chegando ao acolhimento dos direitos de personalidade nas codificações modernas. Traça a experiência portuguesa no campo da *jus-personalística* desde as Ordenações do Reino até o atual Código de Seabra, discorrendo minuciosamente a respeito da doutrina geral dos direitos da personalidade, os bens da personalidade, suas características, seu rol não taxativos, os diversos ciclos dos bens de personalidade, as providências cíveis preventivas e atenuantes de violações da personalidade, as exclusões de ilicitudes, num total de 708 páginas.

## O AUTOR

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa é professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde obteve o seu Doutorado em Ciências Jurídicas, em 1995, tendo elaborado o primeiro trabalho monográfico português sobre o direito em geral de personalidade, cuja previsão normativa se encontra disposta no art. 70.º do Código Civil.

## RESUMO

A obra é a versão em livro da pesquisa realizada pelo autor sobre o direito em geral de personalidade disposto basicamente no art. 70.º do Código Civil português. Nele estão de maneira geral tutelados os bens extrapatrimoniais que integram a personalidade humana, tais como a vida, a existência, a integridade física, a honra, a saúde, a igualdade, a segurança, a identidade, a vida privada, o sigilo, os sentimentos, entre outros e o desenvolvimento da personalidade do nascituro, bem como as questões relativas ao cadáver e à memória do falecido.

O autor determina a responsabilidade civil dos indivíduos, das pessoas jurídicas (pessoas coletivas privadas e públicas), especialmente do Estado, pelos danos na personalidade humana, como também a tutela jurisdicional da sua efetivação, também no Direito Internacional e Comunitário.

Apresenta os limites do direito geral de personalidade, em especial nos casos de abuso de direito, colisão de direitos, incluindo causas de justificação da ilicitude e as relações contratuais. Articula o direito geral de personalidade com os demais direitos especiais de personalidade, inclusive com outros institutos jurídicos que lhes sejam próximos ou afins (como os direitos subjetivos públicos e os direitos fundamentais.). Investiga a tutela da personalidade das pessoas jurídicas. Para finalizar caracterizando a natureza do direito geral de personalidade, como um direito subjetivo, pessoal absoluto, fundamental e materialmente constitucional.

\* Reseña: O Direito Geral de Personalidade  
Título: O Direito Geral de Personalidade  
Autores: Rabindranath Capelo de Sousa  
Editorial: Editora Coimbra  
Año: 1995

\*\* Pós-doutora em Direito, professora titular permanente do Programa do Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, coordenadora do Grupo de Pesquisas Direitos Humanos e Transformação Social- GPDHTS, membro da Law & Society Association e da SBPC. Rio de Janeiro, Brasil. Correio eletrônico: [ershogemann@gmail.com](mailto:ershogemann@gmail.com)

## SOBRE O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

Após a descrição da evolução histórica do direito geral de personalidade desde a ação judicial de *hybris* e a *actio iniuriarum* romana até à atualidade, o autor entendeu que o direito geral da personalidade está reconhecido na ordem jurídica portuguesa no artigo 70o. do Código Civil.

O direito geral de personalidade é distinto da personalidade jurídica e é concebido como o direito de todo o homem ao respeito do conjunto da sua personalidade humana, está ligado com a obrigação dos outros sujeitos jurídicos de se absterem da sua ofensa, pela qual são responsáveis civilmente.

O direito geral da personalidade é construído na relação jurídica civil e são descritos os seus sujeitos jurídicos, o seu objetivo jurídico, os seus fatos jurídicos e a sua garantia jurídica.

Na sistematização do objeto jurídico do direito geral da personalidade são analisados os pontos de vista de Heinrich Hubmann, Rudolf Reinhardt e Peter Schwerdtner. O autor fundamentou um critério baseado na relação da personalidade humana consigo mesma e na relação desta com o mundo. Na primeira relação salientou os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora. Na segunda relação sublinhou a identidade, a liberdade, a igualdade, a existência, a segurança, a honra, a vida privada e o desenvolvimento da personalidade.

O direito geral da personalidade tem a função de uma *lex generalis* da ordem jurídica portuguesa em relação a outros especiais direitos de personalidade, como por exemplo, o direito ao nome, os quais são *leges speciales*. O direito geral da personalidade é um direito, mãe e aplica, se subsidiariamente aos direitos especiais de personalidade, nas hipóteses não reguladas por estes.

O autor defende um direito geral da personalidade reduzido face ao nascituro concebido, à pessoa falecida e às pessoas jurídicas.

A natureza jurídica do direito geral da personalidade é compreendida como um direito subjetivo, um direito pessoal absoluto e um direito constitucional material.

## A COMPREENSÃO ANTROPOCÊNTRICA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

O autor discorre a respeito do pensamento filosófico, jurídico europeu a partir da meditação escolástica (fim da Baixa Idade Média), alcançando a emergência dos direitos subjetivos que chegará até as estruturas da vontade humana ou a elas ligadas, face ao direito objetivo, mais o contributo do Renascimento e do Humanismo do séc. XVI, configurado como rampa de lançamento de um direito geral de personalidade (para tal se reporta ao contributo de autores como Baldassare Gómez de Amescua, com sua obra *Tractatus de Potestate in se ipsum*, Milão 1609) sendo certo que *jus in se ipsum* significa cada um é dono de si mesmo.

Sobre a contribuição dos autores pré-humanistas, Capelo De Sousa, inicia com a obra de S. Tomás (1225-74), na linha de Aristóteles, todos os tipos de lei eram direito objetivo, ordens que ao homem concreto cabia respeitar ou realizar com centros de gravidade que estavam além dele: *lex aeterna* como inteligência ou razão divina; *lex naturalis*, mais o princípio ordenador do mundo, derivados do Logos; *lex humana* como invenção do homem, mas decorrente da *lex naturalis* e nela a autoridade tinha preponderância sobre a liberdade. Na esteira do voluntarismo de Platão e de St. Augustinho, Duns Scot (1270-1308) deu maior relevo às ideias de liberdade e individualidade. Marcílio de Pádua (1278-1342), segundo o autor, lança a teoria do contrato social. Guilherme de Ockan (1300-1349) considera *jus* como poder de vontade individual.

Sobre a contribuição dos autores do Renascimento, Capelo de Sousa considera que a condição humana antropocêntrica mais imperiosidade da ordenação divina. Relação indivíduo/sociedade e governado/governantes dentro do Estado. *Jus* mais ligado à ideia de justiça e vontade humana.

Adentrando à contribuição da Escola do Direito Natural, se reporta à Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius e Wolff com suas ideias humanistas individualistas e voluntárias contra as ideias medievais de que a pessoa não detinha qualquer poder sobre si mesmo (sécs. XV e XVI). A mitificação ou faustização dos direitos subjetivos e do direito geral de personalidade como *jus in se ipsum*. Sublinha o autor que no século XVIII, o Iluminismo, *raisonnante* e o liberalismo, trará



ideias individuais e contratualistas de Locke mais o sistema antropológico da Escola do Direito Natural, liberdade individual e subjetivismo que prevalecem sobre a ordem estabelecida.

No plano político, o despotismo esclarecido, os direitos humanos reconhecidos a partir do contrato social. Essência e natureza dos Estados é produto do contrato social, cujo fim é a tutela dos direitos humanos derivados do direito natural, reconhecidos, positivados, direitos subjetivos, leis embrionárias da abolição da escravidão, pena de morte, castigos corporais, da 2ª. metade do séc. XVIII. Em 1756, o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1786 e Código Civil Austríaco de José II, de caráter efêmero.

Mas, segundo Capelo de Sousa, as grandes fraturas sócio-institucionais potencializadas pelo Iluminismo seriam consequências da Revolução Industrial inglesa, das ideias democráticas e liberais de Kant e dos franceses, independência dos EUA e sua constituição e principalmente da Ver. Francesa, liberalismo político, econômico e jurídico.

Enquanto isso, em Portugal, produto do racionalismo mais iluminismo, jusnaturalismo racionalista mais *usus modernus pandectarum* como Lei da Boa Razão (18.08.1769) mais Estatutos da Univ. de Coimbra 1772 e critério de integração por lacunas, prevalece a *recta ratio* (boa razão) da Escola do Direito Natural.

No Final do séc. XVIII e XIX, a subjetivação dos direitos e reforço dos direitos individuais face ao Estado, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de viés formal, as classes sociais triunfantes remetem o individualismo e o liberalismo para o mero exercício da função econômica (capitalista) que legitimava a iniciativa econômica e fórmulas de propriedade privada ilimitadas. Os estatutos das pessoas tiveram certo nivelamento em termos de capacidade jurídica, mas sem a gestação dos direitos subjetivos à efetiva fruição dos bens sociais que garantissem igualmente tutela em nível do direito civil.

Aponta o autor que o Código de Napoleão é um Código de Bens, ainda que previsse igualdade na capacidade jurídica (art. 8º) e obrigação de reparação de danos por culpa (art. 1352).

Além disso, o “Código Civil Austríaco de 1811 (influência de Kant), Art. 16º “Cada homem tem direitos inatos, já evidentes através da Razão, e por isso deve

considerar-se como uma pessoa”, Art. 17º,” o que é conforme os direitos naturais inatos é tido por existente, enquanto a limitação legal destes direitos não estiver provada”. Art. 16º, Ziller aponta aí o direito de personalidade, ou seja, o “direito de afirmar a dignidade de um ser racional livremente atuante”.

O Liberalismo português, de caráter conservador, se revela na Constituição de 1826, menos igualitário e menos individualista, não consagra a igualdade, somente a propriedade e a iniciativa privada.

### CRÍTICA AO DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE COMO CONCEBIDO *IUS IN SE IPSUM*

O jusnaturalismo racionalista se por um lado colocou o homem no centro do direito excedeu-se ao absolutizar a razão individual, fechou o homem em si mesmo, levou ao equívoco entendimento do *ius in se ipsum* como mero poder da vontade individual em face do Estado que em relações de alteridade e com os demais homens, críticas da escola histórica e mais tarde do positivismo jurídico.

O exemplo fornecido pelo autor é o seguinte: primeiro, Savigny e a escola histórica contestam a pretensa eficácia universal da razão individual na formação jurídica colocando o espírito do povo como reflexo de cada necessidade, recusando um genérico *ius in se ipsum* argumentando que nesse caso se legitimaria o suicídio. Segundo, os positivistas, afirmam a relevância tão só de determinados direitos especiais da personalidade (nome, integridade física e honra) e negam o direito geral de personalidade, com base na ideia de que só aqueles constituíam verdadeiros direitos subjetivos, pois apenas eles seriam admitidos pelo poder legislativo do Estado.

O Código Civil alemão (01.01.1919) não consagra um direito geral de personalidade, só reconhecendo em 1949, na Constituição, apenas fontes de indenização em caso de lesão a certos bens jurídicos de personalidade (vida, corpo, saúde e liberdade), outros interesses jurídicos da personalidade (honra, livre atuação da individualidade espiritual, força de trabalho, liberdade econômica e a esfera privada secreta) objeto de leis de proteção.

O lado positivo para Capelo de Sousa, é que, por um vértice essas críticas levam a reivindicação de um conjunto básico de direitos sociais e econômicos para qualquer personalidade humana, que leva

a uma recompreensão inserida no processo económico e não como mera categoria lógico, formal do pensamento jurídico racionalista.

Por outro, provocou uma reacção em defesa do objeto do direito geral de personalidade. Assim os neokantianos abandonaram as posições de Putcha de considerarem-no como direito da vontade humana individual, quase ilimitada e de projecção universalizante, passa a ser outra estrutura óptica ligada ao real de cada personalidade humana.

### A RETOMADA DA IDEIA DO DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

Após a 2ª. Grande Guerra, na Europa, há a preocupação com a condição humana mais mass media/consumismo como direito à diferença. A Constituição alemã de 1949, art. 1º “a dignidade da pessoa humana é inviolável”. Nº 1 do art. 2º “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”, Tribunal Superior Federal e outra existência de um direito geral de personalidade como direito subjetivo.

Na Áustria e Suíça, essa ideia que já estava consagrada se consolida. Ex.: art. 28 do Código Civil Suíço e art. 49 do Código de Obrigações. Na Grécia, o art. 57 do Código Civil existem disposições explícitas sobre a proteção civil da personalidade, Após o Código Civil suíço, conhecido como CCC foi o primeiro Código Civil continental a reconhecer um abrangente direito da personalidade das pessoas singulares, e de acordo com a proteção do direito civil. Esta proteção com sobreposições, também vai além, a proteção do direito penal, uma vez que abrange uma indenização à vítima. Ele também vai para além da proteção de Direito Constitucional, que, em bom rigor, protege a pessoa de estado e não de intrusão de particulares. Enfim, o CCC não define o perímetro exato do conceito de personalidade, permitindo assim a expansão do conceito como o tecido da sociedade e maneiras de mudar. É geralmente dito que a personalidade engloba todos os elementos corpóreos e incorpóreos, que constituem o seu físico, emocional, intelectual, moral, social e existência.

O CCC concede uma ação geral para a defesa da própria personalidade contra qualquer “ilegal” intromissão, invasão, ou infração. A ação está disponível mesmo contra um arguido que não é, ou não é capaz de estar, a culpa, e pode resultar numa proibição ou obrigatório injunção. Se a culpa, o réu pode ser obrigado a pagar compensação monetária ou fazer outra reparação de um dano moral (art. 59 do CCC) e pode ser demandada nos termos gerais de direito civil dano patrimonial. Uma ação semelhante está disponível para a proteção da memória de uma pessoa falecida. Proteção especial está prevista para o nome da pessoa pelo art. 58 do CCC, o que é interpretado de alargar a pessoas jurídicas também. Art. 60 do CCC concede uma ação geral para a proteção dos produtos do próprio intelecto. Esta ação tem as mesmas condições e com os conteúdos ação para a proteção de uma indicação do nome. É a mencionar aqui, no entanto, que, para além do CCC, os direitos de propriedade intelectual e industrial são protegidos na Grécia por uma densa rede de estatutos especiais e convenções internacionais assinados e ratificados pela Grécia.

Nos países anglo, saxões, ampliação maior cada vez do “*right of privacy*” (EUA). Em paralelo, na França e Itália, o positivismo legal deu preferência à especialização dos direitos da personalidade e repudiou a ideia de um genérico direito de personalidade, no entanto, vem, se alargando o rol dos direitos especiais da personalidade, que não estão sujeitos a qualquer *numerus clausus*. Esse direito geral é consagrado em 1951 no projeto do Código Civil francês.

Há um crescente reconhecimento do homem como origem e fundamento da ordem social e já não como mero destinatário, enquadrado por uma ordenação heterónoma.

Estes *iura in se ipsum*, unidos já numa ideia de *ius in se ipsum* combinaram-se com o *usus modernus pandectarum*, isto é, do tipo normativo tutelado pela *actio iniuriarum*, possibilitando-se o reconhecimento da personalidade humana na sua globalidade e unidade, com bem *juscivilístico*, e a subjetivação dos correlativos poderes jurídicos.



## O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE COMO INSTITUIÇÃO DE DIREITO CIVIL, OBJETO TUTELADO ENVOLVE A CLÁUSULA GERAL COMO A PERSONALIDADE HUMANA JURIDICAMENTE TUTELADA

O autor parte da concepção de personalidade jurídica diferente de capacidade jurídica. O conceito de personalidade jurídica serve-se de diversos contributos ligados à compreensão da fenomenologia humana. Aspectos abordados por Capelo de Sousa em sua obra: Bio-psicológico, personalidade como estrutura ôntica complexa, de caráter unitário, dinâmico, ilimitável em si mesmo, individualizado em sua adaptação ao mundo exterior. Ético-filosófico, acrescenta o elemento relacional com os outros e consigo mesmo, com relevo ao mundo dos valores a que ele aderiu a ponto de dar significado à sua personalidade. Para efeitos penais, a personalidade do agente tem relevância: imputabilidade e os domínios da delinquência e da patologia penal. No âmbito do direito civil, o bem jurídico tutelado é o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, um conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes de sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio,ambientalmente integrados. Conteúdo do bem jurídico da personalidade no âmbito do Direito Civil: varia de acordo com os sistemas igualitários ou inigualitários, a questão do status familiar, civitatis e libertatis, apesar esferas hierarquizantes da personalidade humana teremos as *actio iniuriarum* e sua eficácia *erga omnes*. O autor aponta ordenamentos igualitários: a) tutela geral dos DP: Suíço (art. 28); grego (art. 57); Lei Fundamental Alemã (art. 2º, 1º); austríaco (art. 16) e português (art.70).

### *Que realidades pretende abranger a ideia de personalidade humana global e unitária física ou moral?*

Aquela em que os indivíduos humanos, com uma trajetória particular de existência moral estão integrados num processo humano comunitário em que o próprio gênero humano evolui. Bem tutelado, o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio,ambientalmente integrados. Conteúdo do bem tutelado, elementos essenciais componentes, vai depender do sistema jurídico,positivo (igualitário ou não igualitário): Em um Sistema igualitário, garantias jurídicas duramente conquistadas ao longo da história: Princípio da universalidade da personalidade jurídica humana;

Reconhecimento a todos da mesma dignidade social e sua igualdade perante a lei; Plena capacidade jurídica a todos; e, Direito de cada um à liberdade que respeite a mesma liberdade dos demais.

Capelo de Sousa aponta que não existem sistemas jurídicos absolutamente igualitários. Porém nos sistemas ditos igualitários podemos encontrar duas atitudes diversas: Os que admitem expressa e abertamente uma tutela geral da personalidade humana, matriz de direitos especiais sobre determinados bens da personalidade e proteção direta contra a ofensa à globalidade da personalidade humana. (Grécia, Alemanha, Suíça, Áustria, Portugal). Ordenamentos jurídicos que não tendo uma norma expressa de tutela geral da personalidade prevêem uma ampla responsabilidade civil por atos ilícitos, dividindo-se a doutrina e a jurisprudência entre admitir uma tutela geral ou reconhecimento tão só dos direitos especiais da personalidade (Itália, França, Brasil).

Os múltiplos direitos especiais da personalidade derivam do *ius in se ipsum* com o influxo da distinção Greco, cristã entre *physis* e *ethos* que na ontologia do homem físico do moral levando à ideia de Kant de personalidade física e moral, ideia de personalidade geral que se decompõem em novas subdivisões (quanto à personalidade física, direito à vida, à integridade física, às partes separadas do corpo e sobre o cadáver e, quanto à personalidade moral os direitos à liberdade, honra, reserva, identidade e autoria moral) e assim sucessivamente (o direito à liberdade é concretizável nas liberdades de consciência, de expressão de pensamento, de associação, de credo etc.).

Nos sistemas de direitos particulares da personalidade, sobretudo se não taxativos tais direitos são agrupados ascendentemente em categoria estabelecidas em função dos referidos bens integrantes quer da personalidade física ou moral.

Na França, orientação atual, reconhecimento de uma série ampla de direitos isolados de personalidade a partir da aplicação do art. 1382 Código Civil com caráter taxativo. Os autores Colin e Capitant indicam para a proteção da integridade física e não física. Os irmãos Mazeaud (1934) falam em direitos à integridade física e moral e direito ao trabalho. Carbonier fala nos direitos da personalidade, das liberdades individuais, do direito ao respeito à vida privada, do direito à igualdade civil e à igual capacidade para gozar direitos civis.

## A SISTEMATIZAÇÃO DE HEINRICH HUBMANN (1995)<sup>1</sup>

Personalidade a partir de um espaço ético, elemento indicativo da posição do homem no universo, dignidade humana. Individualidade fechada em si mesma consigo mesma identificada, ser único, irrepertível, capaz de ser auto,realizar. Pessoaalidade como relação da personalidade do ser humano com outros.

A personalidade é o produto dos três elementos acima, a ordem jurídica pode e deve tornar possível a realização da tarefa ética da personalidade e proteger os seus valores realizados.

Nos pressupostos éticos de Hubmann a personalidade não é a mera soma dos elementos característicos, surge um ser com caráter próprio.

Ajustando essa ideia ao direito positivo com base deste constituir um mínimo ético, a ordem jurídica deve tornar possível a realização da tarefa ética da personalidade e proteger os valores realizados e por outro lado a natureza ética da personalidade prescreve ao direito positivo um número de exigências que consubstanciam a ideia do valor da personalidade como bem jurídico.

Indivíduo como sujeito de direitos com autonomia da vontade em suas relações jurídicas.

1 Além de fatores históricos, na tentativa de explicar os direitos da personalidade e sua relação com a vida social do indivíduo, surgiram teorias como a das esferas, de Hubmann, em que se edificou a jurisprudência alemã de proteção à vida privada. Hubmann, em sua famosa obra *Das Persönlichkeitsrecht*, classificou o direito geral de personalidade em três círculos ou esferas concêntricas. A primeira e mais íntima das esferas, com menor raio, a *Intimsphäre*, ou esfera íntima, constitui o âmbito da vida no qual o indivíduo pode manter,se em total segredo diante da coletividade. Nessa esfera, a proteção dá,se em grau absoluto. Apenas aqueles que propositadamente lançam ao público aspectos de sua vida privada, de sua imagem ou de sua voz, não poderão buscar a proteção da observação alheia. A esfera secreta consiste no segundo círculo concêntrico, denominado *Geheimnisphäre* e está ligado à esfera anterior, a *Intimsphäre*. Essa esfera secreta é mais ampla do que a esfera íntima, tendo em vista que naquela participam indivíduos que conhecem determinados segredos da pessoa e destes fazem parte na vida cotidiana. Apenas a coletividade, em geral, fica fora dos limites dessa esfera. Finalmente, existe um último círculo concêntrico: a *Privatsphäre*, que é mais amplo do que as esferas anteriores. Nessa esfera, localizam,se as proibições de divulgação de fatos cujo conhecimento pertence a um determinado círculo de pessoas que não participam obrigatoriamente da vida do indivíduo e que conheçam os seus segredos. Enquanto que na esfera secreta os familiares e outras pessoas ligadas ao indivíduo participam de seus segredos, nessa última esfera, mais pessoas conhecem da privacidade do indivíduo, ficando apenas de fora a coletividade quem nada tem a haver com a vida dessa pessoa.

A personalidade total e sua tutela é parte da moderna consciência jurídica, através das constituições modernas com o direito geral do homem e mesmo com o direito subjetivo face ao Estado e converteu,se num direito subjetivo privado com efeitos absolutos em relação a terceiros, mas prevenindo os perigos de uma irrestrrição e ilimitação do direito geral de personalidade, Hubmann se reporta a certos limites e restrições gerais a tal direito, assim reúne em três grupos os valores da personalidade: a) Tudo o que pertence ao desenvolvimento da personalidade: liberdade de ação geral corporal de movimento, da força de trabalho, atividade industrial, atividade vocacional particularmente cultural, liberdade de associação e de reunião, de expressão do pensamento, atitude e atividade religiosa e ética e a instrução e aproveitamento de formação, entende sancionáveis os prejuízos aos valores de aspirar e de criar por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade. b) Engloba toda a equipagem do indivíduo: a existência (a vida, os meios de conservação da vida, o corpo e a saúde), o espírito (a criação cultural, os produtos culturais oriundos, inventivos, estéticos e industriais), à vontade (força anímica que habita o homem a autodeterminar,se) a vida sentimental (onde se destaca o sentimento ético), a restante vida anímica (o bem estar anímico) e certas relações pessoais com as coisas e com outras pessoas. c) **Diz respeito à individualidade do homem:** possui três níveis: Individual, tutelar o homem e seu modo de ser próprio (o nome, a honra, a imagem física, a imagem de vida e do caráter e a palavra falada e escrita). Privado, salvaguarda do homem diante do mundo em circunstâncias da sua vida privada, que embora possam ser conhecidas por um círculo determinado ou limitado de pessoas, o indivíduo pode subtrair da tomada de conhecimento de um círculo mais amplo ou de ampla publicidade. Secreto, abarcaria ações, expressões e pensamentos de que ninguém deve tomar conhecimento a não ser um círculo limitado de parentes.

## A SISTEMATIZAÇÃO DE RUDOLF REINHARDT <sup>2</sup>(1961)

Partindo de uma crítica a Hubmann, em especial no tocante à fluidez e problematicidade de sua delimitação entre direitos da personalidade e direitos individuais como subdivisões de um direito geral da personalidade, propõe uma sistematização que envolve: Valores fundamentais da capacidade

2 REINHARDT, Rudolf . *Das subjektive Recht im § 823 Abs. 1 BGB, JZ*, (1961), 713-718.



funcional corporal, espiritual e anímica que tornam sancionáveis a violação da integridade corporal e de querer, de pensar e anímica; Valores do livre uso daquelas capacidades, sendo ilícito o mero impedimento de seu uso, embora a capacidade funcional respectiva se mantenha intacta; Os resultados da atividade humana ou valores personificados no mundo exterior (direitos do autor ou relações da vida sentimental); O ser para di mesmo do homem, a individualidade que o homem reserva para si mesmo; A posse de sinais de individualização. Ex.: o nome; Valores ligados à representação do indivíduo fidedigna e isenta de juízos de valor; e, Valores ligados à consideração social pelo comportamento individual, o bem da honra em particular.

### A SISTEMATIZAÇÃO DE SHWERTDNER (1977)

Capelo de Sousa informa que esse autor critica a concepção idealista dos direitos da personalidade, o direito de personalidade do homem “pequeno” parece não ser perguntado por que a doutrina e a jurisprudência partem de uma sistematização que envolve não só a clássica pretensão, mas de uma inovadora pretensão de participação.

O respeito que estaria mais ligado à proteção da integridade da personalidade envolve seus espaços mais tradicionais, por um lado os bens jurídicos da vida, corpo, saúde, liberdade, honra e esfera privada, substrato para o desenvolvimento de todo o homem individual e fora do comércio jurídico típico.

De outro lado, confluiriam igualmente aí os direitos especiais da personalidade, como o direito à imagem e ao nome que seriam apenas meios de desenvolvimento do homem e que por não por em causa o substrato de configuração vital do indivíduo, poderiam ser objeto de comércio jurídico.

Por sua vez, a pretensão de participação, expressamente associada à tutela da atividade da personalidade, necessidade de extensão do campo visual da tutela da personalidade cuja finalidade seria a salvaguarda das relações jurídicas concretas da dignidade humana, dado que o respeito desta constitui o supremo princípio de constituição tanto no âmbito constitucional quanto privado.

Esse poder jurídico de pretensão para o autor não constitui um direito subjetivo.

Segundo Schwertdner (1977), o domínio da liberdade de ação geral que se traduz na autonomia privada e as partes economicamente mais fortes teriam sempre, num puro regime liberal, a possibilidade de configurar e administrar o comércio jurídico através da imposição de condições negociais individuais. Para minimizar isso o autor busca fundamentar, no âmbito dos negócios jurídicos, uma genérica proibição de excesso que teria como objetivo último a consecução do bem comum.

Ex.: deveriam estar sujeitas a estas proibições as cláusulas penais nos contratos de trabalho em razão da supremacia do poder econômico do empresariado.

### O Ciclo do Bem da Personalidade

A personalidade humana pré-natal não está em discussão, tanto quanto a necessidade de proteção jurídica do próprio nascituro, sendo certo que os direitos que a lei reconhece aos nascituros estão dependentes de seu nascimento com vida.

O problema não diretamente o da titularidade subjetiva dos direitos ou faculdades jurídicas relativas à tutela dos interesses dos nascituros, mas o de saber se a lei previu a tutela, como bem jurídico da personalidade física e moral do nascituro, pois que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida. Do ponto de vista jurídico o conjunto representado pelo ser do nascituro merece integral proteção legal sendo ilícito e indenizável o aniquilamento de sua vida, salvo nos casos admitidos taxativamente de interrupção de gravidez.

Sobre a personalidade humana nascida com vida, o autor dispõe que: a) Os menores gozam de um direito geral de personalidade e de direitos especiais de personalidade que eles mesmos, em princípio, exercem, dada a imediata ligação dos bens da personalidade à pessoa de seu titular. Ex.: direito à vida, À integridade física, liberdade, nome, etc. Todavia, com certas limitações, obediência dos filhos frente aos pais, estando a disposição negocial pelos filhos dos bens integrantes da sua personalidade sujeita aos regimes gerais de incapacidade de exercício dos menores e do seu suprimento pelos pais ou tutores. b) Maioridade, bem jurídico que é pressuposto para a prática ou avaliação de certos atos jurídicos de direito público ou privado. c) Envelhecimento, Também é tido em conta no âmbito da tutela geral da personalidade, a lei estabelece determinadas incapacidades de gozo bem restritas, mas em contrapartida, alguns

direitos especiais quer em função de suas carências ou das virtualidades da própria idade que se configuram como salvaguardas às mais relevantes características ou condições psicossomáticas especiais como interditos etc.

No que diz respeito à igualdade e particularidade na tutela do ser do homem e da mulher, Capelo de Sousa sinaliza a respeito do fim da figura da cabeça do casal; fim de o pátrio poder; livre exercício do comércio; igualdade em termos laborais. Igualdade com respeito às circunstâncias e particularidades faz com que sejam bens jurídicos suscetíveis de tutela própria no âmbito da tutela da personalidade os órgãos e demais estruturas, mecanismo e características físicas e psicológicas de cada sexo ligadas à genitalidade, à maternidade e à paternidade e num âmbito maior ao amor humano como a sensibilidade e a conformação estética de homens e mulheres.

Em relação à proibição das discriminações e a universalização da tutela da personalidade, o autor assevera que havendo restrições ou limitações dos Direitos da Personalidade será recuperada a plenitude da tutela tão logo cesse a causa. E cita como exemplo o recluso que mantém o direito geral de personalidade, embora restringida temporariamente. Afirma que nada impede a existência em cada homem de bens da personalidade e talvez diferentes, inatos ou adquiridos, fruto da história de cada um, de sua individualidade irrepetível e do seu direito à diferença que necessita de avaliação jurídica autônoma quanto à sua existência, qualidade, densidade e relevância. Aqui se revela a interioridade e exterioridade da personalidade humana. A mutação social.

O homem não se desenvolve isoladamente, está inserido numa ambiência natural e social. Há a necessidade do resguardo dos bens interiores e das condições externas sociais essenciais à sobrevivência, proteção da personalidade e suas manifestações exteriores e do direito de participação de cada personalidade dos bens coletivos.

No que diz respeito à personalidade *post mortem*, Capelo de Sousa, define o evento Morte como fim da personalidade jurídica e da aptidão para ser sujeito de relações jurídicas. Não impede que bens da personalidade física e moral do defunto continuem a influir no curso social perdurando no mundo das relações jurídicas. Dá como exemplo as partes destacadas do cadáver, da sua vontade objetiva, da sua identidade

e imagem, da sua honra, do seu bom nome e da sua vida privada, das suas obras etc.

Além da proteção dos direitos especiais da pessoa falecida contra qualquer ofensa ou ameaça de ofensa se pode falar numa tutela geral da personalidade do defunto.

Capelo de Sousa informa que para (Hubmann, 1995, p. 123), no direito alemão, não admite pretensões em dinheiro nas ofensas a pessoas falecidas, argumentando que ao defunto já não pode ser proporcionada compensação através do dinheiro. Perduram *post mortem* os limites à personalidade que vigoravam em vida. Ex.: será permitida a divulgação do retrato do falecido sem necessidade de consentimento dos seus sucessores, quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhou.

Há, no entanto, limitações decorrentes da própria natureza da morte, cessam os bens e direitos de personalidade que pressuponham um titular vivo e atuante, direito à vida, liberdade e o direito de associação.

## A ESTRUTURA DO BEM DA PERSONALIDADE

Sobre a Vida humana, o autor diferencia dois níveis: o Direito de vida (conservação de vida existente) e o Direito à vida (desdobramento e evolução da vida e até a conservação do nascimento com vida), além de da necessária proibição da pena de morte, bem como dos limites do estado de necessidade.

No que diz respeito ao sistema afetivo, conforme (Hubmann, 1995, p.124), o direito penal não esgota as necessidades de proteção jurídica dos sentimentos valiosos próprios de cada indivíduo. Estes bens devem ser objeto de uma tutela geral da personalidade “moral”, complementado, em matéria de responsabilidade civil através do ressarcimento pelos danos diretos e indiretos (materiais e morais) ou mesmo autonomamente.

**A dimensão relacional do “eu”, mundo da personalidade humana, a identidade, imagem física, escrita, gestos, voz e seu retrato moral, os termos da inserção sócio, ambiental de cada um: história pessoal, decoro, reputação, identidade sexual familiar, racial, seu crédito, nome, pseudônimo, filiação reconhecida, estado civil, naturalidade e o domicílio. Não é um valor absoluto, tem limites:**

é permitida a intenção artística nas representações das identidades, há a pressão de outros direitos ou interesses juridicamente protegidos com o direito à informação pública, à liberdade de expressão do pensamento crítico, exigências de polícia ou de justiça e finalidades científicas, didáticas ou culturais que, quando de valor superior, excluem em caso de conflito a licitude de certas lesões à identidade, de acordo com o art. 335º do Código Civil Português<sup>3</sup>. Entre as causas de justificação, o consentimento do lesado (arts. 81º e 340º do Código Civil Português)<sup>4</sup> justifica, se consentida a captação e divulgação de imagem física desenquadrada de condicionalismos públicos, dobragem de voz, do nome e da imagem para fins publicitários.

Sobre o bem da liberdade, o autor sublinha que há que se perguntar do sentido e das finalidades do ordenamento jurídico em termos de direito civil onde tal bem se insere. No âmbito da tutela juscivilística da personalidade física e moral sob o aspecto geral da cláusula do art. 70º do Código Civil Português<sup>5</sup> e do nº 1 do art. 27º da Constituição Portuguesa (nº 1, Todos têm direito à liberdade e segurança), a liberdade deve ser entendida como todo o poder de autodeterminação do homem, todo poder que ele exerce sobre si mesmo, auto, regulando o seu corpo, seu pensamento, seu intelecto, sua vontade, seus sentimentos e seu comportamento, tanto na ação quanto na omissão, auto, apresentando, se como ser livre para criar, querer e aderir aos valores que entende válidos para si escolhendo seus próprios fins, ativando suas forças para a ação ou inação.

Assim, pela liberdade o ser humano vai, se continuamente transformando, na medida em que é causa e consequência desse agir ou não agir livremente escolhido, e finda por transformar o mundo, dado que também escolhe o que exteriormente vai promover.

A liberdade objeto da tutela civil não é somente interna, mas também a exterior, a qual, em razão de seu caráter universal e pelo princípio da isonomia, leva a um equilíbrio jurídico no relacionamento de cada homem com os demais e com a Natureza, importando em direitos, deveres e abstenções, limites à liberdade pessoal.

A liberdade juscivilisticamente tutelada se revela por sua natureza e direções próprias, individualizada e protegida na sua particular ligação com o seu titular.

Liberdade diferente de livre arbítrio, embora o contenha numa acepção restrita, move, se num prudente juízo que conecta liberdade à realização dos valores ético, sociais mais as forças da “necessidade”.

Capelo de Sousa aponta as virtudes clássicas da proteção do poder de autodeterminação, a saber: a liberdade negativa, que proíbe que qualquer possa ser constringido por outrem a fazer ou deixar de fazer a não ser em virtude de lei; a liberdade positiva, permite a cada um praticar ou não qualquer fato que não seja proibido ou prejudicado por superiores direitos ou interesses de outrem, por boa fé, bons costumes, princípios de ordem pública e o próprio fim social econômico do exercício da liberdade. Disso se pode deduzir por um direito geral de liberdade, no ordenamento jurídico do Estado Moderno todas as disposições que impõem determinadas limitações à liberdade originam, se de uma norma geral e complementar que exclui qualquer outra limitação (De Cupis).

Capelo de Sousa defende a existência de um direito geral de liberdade na medida em que todas as limitações impostas não ultrapassam as especiais proteções jurídicas da liberdade e traduzem interesses jurídicos prioritários e indiscutíveis da personalidade humana, pois apesar de concorrerem para a definição de uma hierarquia de prevalências jurídicas em caso de conflito, não esgotam o bem jurídico genérico da liberdade.

A respeito das principais manifestações do bem jurídico liberdade, esclarece que visam eliminar a incerteza ou buscar atenuar certa indefinição dessa noção geral de liberdade: físicas, espirituais, sócio, culturais, sócio, econômicas e sócio, políticas.

No que diz respeito aos limites da liberdade aponta: o círculo mínimo de liberdade, é aquele sobre o qual o indivíduo não pode subsistir e desenvolver a sua estrutura básica de pessoa e que, por isso mesmo, é irrestringível e tutelado pela cominação da ilicitude, em princípio, de todas as ofensas dirigidas contra tal círculo; e o círculo amplo da liberdade, possui limites flexíveis e resultante, caso a caso, não só do teor das projeções individuais, mas também de considerações comunitárias de mérito e de oportunidade e da ponderação de interesses intersubjetivos em conflito.

3 Arts. 13 e 14 do Código Civil Brasileiro.

4 Arts. 13, 18 e 20 do Código Civil Brasileiro.

5 Sem correspondência no Código Civil Brasileiro.

Entre os limites externos, suscetíveis de afastar a ilicitude de atos de liberdade, constam não só as restrições objetivas e os condicionamentos legais, mas também as resultantes da necessidade da defesa de outros bens considerados prioritários como a vida, a honra, a saúde pública, etc.

Sobre o bem da personalidade da igualdade, com igual previsão constitucional, a igualdade juscivilisticamente tutelada não é apenas uma finalidade ou um instrumento de realização do direito, mas também nos seus aspectos fundamentais, um elemento da própria noção de personalidade humana.

Todos os indivíduos, por força da sua idêntica dignidade humana, têm iguais direitos e deveres de participação na vida social, são do mesmo modo cidadãos e titulares em todos os lugares de personalidade e capacidade jurídicas, têm igual direito a igualdade de tratamento perante a lei como principal vetor de uma igualdade de oportunidades e no seu interrelacionamento mútuo detêm recíprocos direitos e deveres de respeito por igual dignidade de cada ser humano.

Sendo assim, impõe obrigações de diferenciação para se compensar a desigualdade factual de oportunidades e determina o não estabelecimento de relações jurídicas nas quais a dignidade humana seja ofendida.

O autor indica os limites derivados da própria natureza desse bem jurídico, a saber: a) existência e a segurança, que dizem respeito aos aspectos de uma tutela geral da personalidade ligada aos elementos componentes da relação existencial do homem com a natureza, ambiente de vida humano sadio e ecológicamente equilibrado, além do bem existencial da segurança em geral, que abrange não apenas a defesa da pessoa humana contra toda forma arbitrária de repressão como também um mínimo de condições econômico, materiais de subsistência.

Quanto ao bem da personalidade da honra, trata-se da projeção social na consciência social do conjunto de valores pessoais de cada indivíduo. Não se confunde com os bens (ou valores) pessoais, em si mesmos<sup>6</sup>, consoantes da projeção social, nem com o sentimen-

to individual da honra própria e nem mesmo com a projeção de tais bens (ou valores) na consciência do titular e respectivo auto-reconhecimento, embora estes bens constituam também elementos da personalidade e sejam tutelados juscivilisticamente. A honra juscivilisticamente tutelada abrange desde logo a projeção do valor da dignidade humana, que é inata, insuscetível de ser perdida por qualquer homem em qualquer circunstância e atribuída a todo homem.

Inclui o bom nome e a reputação como sínteses do apreço social por qualidades determinantes da unicidade de cada indivíduo e pelos demais valores pessoais adquiridos pelo indivíduo no plano moral, intelectual, sexual, familiar, profissional ou político. Abarca também o decoro e o crédito pessoal. Estes bens tutelados impõem a todos um dever geral de respeito. Assim, a tutela civil da honra engloba não somente as questões mais gritantes como acontece no direito penal, mas antes a globalidade desse bem.

Por outro lado, a projeção juscivilistica da honra não se restringe como no direito penal, ao sancionamento de condutas dolosas, alcança a defesa em face de condutas meramente negligentes. Por último, no direito civil não há uma taxatividade de modos típicos de violência do bem da honra, revelando todas as possíveis manifestações de desprezo sobre a honra alheia.

Algumas medidas previstas no ordenamento português: n.º 2 do art. 70.º do Código Civil português, a reprovação judicial do ofensor (autorização da publicação ou da divulgação da sentença, a compulsividade da publicação de respostas e retificações do ofendido e mesmo a cessação da atividade lesiva ou a supressão dos efeitos lesivos à honra)<sup>7</sup>.

De outro modo, justificam-se neste domínio certas formas de ação direta e de legítima defesa por parte do ofendido no sentido da reposição direta de sua honra ( arts. 336.º e 337.º do Código Civil português e art. 1.º do CP português)<sup>8</sup>, através da interpelação pública do ofensor ou da imediata divulgação pública da sua versão dos fatos. Não constituem atentados à honra a divulgação de fatos verdadeiros e notórios, desde que tais manifestações não se revelem por sua

6 A dignidade humana essencial, as diferentes capacidades, comportamentos e obras do indivíduo em causa, as qualidades morais (de caráter) que possui, a sua imagem de vida e a direção de vida que escolheu. Estes bens são tutelados em si mesmos.

7 Artigo 5.º, inciso X da CF/88 e arts.12, 20 e 927 do CC Brasileiro.

8 Art.188, do Código Civil Brasileiro.

forma ou circunstâncias um autônomo desrespeito à honra alheia.

Já, porém, as manifestações de juízos sobre ações e comportamentos de outrem ou, sobretudo, sobre sua personalidade, ainda que sobre fatos verdadeiros e notórios, só serão lícitas no seu próprio conteúdo, se não confrontam com as regras de adequação social vigorantes, ou venham a revestir-se de cunho de ofensa ou ameaça desde o ponto de vista objetivo face a padrões de sensibilidade do homem mediano (*bonus pater familiae*).

A exceção da *exceptio veritatis*, exclui o ilícito (art. 164º, nº 2 do Código Penal português)<sup>9</sup>. Esta exclusão de ilicitude penal também afasta a ilicitude civil sobre os mesmos fatos, o interesse público à informação verdadeira e socialmente útil e a defesa do patrimônio econômico e cultural, nacional ou municipal, sublinha Hubmann, seriam exemplos da exceção da verdade, que numa sociedade democrática autorizariam o cidadão comum a defender o interesse público.

Há também de se proceder a outras causas de justificação da ilicitude de ofensas à honra, através de uma ponderação de interesses jurídicos, tendo em conta as particularidades de cada caso, integrando direitos e deveres conflitantes. Assim, poder-se-á justificar uma reportagem fiel de uma reunião pública em que um dos participantes xingue um outro ou lhe impute fatos desonrosos, quando por qualquer motivo haja interesse social na divulgação, mesmo que traga prejuízos à honra.

Por fim, o consentimento do ofendido na sua honra, funciona também como causa de justificação da ilicitude, fora os casos em que tais ofensas constituam um crime ou qualquer outra proibição legal. Todavia, mesmo quando admissível, tal consentimento tem um mero caráter permissivo passivo e renunciante, em princípio revogável pois, segundo De Cupis, não podemos vincular nossa vontade ao fim torpe de nos desonrarmos a nós mesmos.

A reserva (resguardo e sigilo) do ser particular e da vida privada, a tutela da esfera da vida privada que em ampla medida goza de garantia constitucional

(arts. 26º nºs 1, in fine e 2, da Constituição portuguesa)<sup>10</sup>, não se limita a proteger áreas circunscritas e típicas de reserva como as decorrentes em primeira linha do direito penal (crimes contra a integridade da vida privada), se bem que o direito civil também reconheça autonomamente bens específicos de reserva da vida privada (sigilo das cartas, memórias e outros escritos, p. ex).

Na verdade, a reserva juscivilisticamente tutelada envolve não só o respeito à vida privada (vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual), como também o respeito a outras camadas intermédias e periféricas da vida privada como as reservas do domicílio e lugares adjacentes, da correspondência e outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e econômica, sem contar a reserva sobre a própria individualidade privada do homem no seu ser por si mesmo, por exemplo o direito de estar só e sobre os caracteres do acesso privado ao seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva.

Segundo De Cupis<sup>11</sup>, cobre toda a exclusão alheia do conhecimento daquilo que se refere à pessoa em si mesma.

Todavia, Capelo de Sousa adverte sobre a amplitude dessa tutela não ser incompatível com a existência de diversos círculos concêntricos de reservas dotados de maior ou menor eficácia jurídica, a saber: a) *Círculo de reguardo*, em que se poderá tomar (em certas circunstâncias) conhecimento de determinadas manifestações das pessoas, mas em que são ilícitos a divulgação ou aproveitamento das mesmas; b) *Círculo de sigilo*, no qual é liminarmente ilícita a intromissão e a tomada de conhecimento das respectivas manifestações; p. ex. a intimidade da vida familiar, doméstica, sentimental e sexual.

Aqui são tutelados também os segredos epistolais ou memoriais, os demais segredos nos meios de comunicação, o segredo profissional, documental, bancário, de justiça, de escrutínio, doméstico e por força da tutela geral da personalidade, todos os pensamentos,

9 Arts.138, parágrafo 3º e 139, parágrafo único do Código Penal Brasileiro.

10 Art. 5º, incisos IX e XI da CF/88.

11 DE CUPIS Adriano. I diritti della personalità . t. I . Milão: Giuffrè, 1959.

opiniões, sentimentos, acontecimento, ações, omissões em segredo.

O autor observa que ao invés do penal, neste caso, o ilícito civil abrange não apenas as violações dolosas e tipificadas da esfera privada, máxime com propósito de a devassar, mas também as ofensas negligentes e não tipificadas.

Não haverá ilicitude na divulgação ou tomada de conhecimento de acontecimentos gerais e comuns de qualquer pessoa (nascimento, casamento, morte) ou aspectos circunstanciais (acontecimentos na vida de quem desempenhe ou pretenda desempenhar atividade pública ou de representatividade social).

Finalmente, há restrições legais ao direito de reserva do ser particular e da vida privada, impostas em situações especiais e por razões de interesse público, mas que não podem exceder os limites dos n.ºs 2 e 3 do art. 18 da Constituição Portuguesa<sup>12</sup>.

Em alguns casos (arts. 76º, nº 1 e 77º do Código Civil Português)<sup>13</sup> em que estejam em causa a defesa de interesses sérios e ponderosos, admite-se mesmo o suprimento judicial de consentimento do titular do direito à reserva.

## SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

As pessoas humanas com personalidade jurídica, maiores ou menores, os interditos e os inabilita-

dos com capacidade de gozo, com alguma capacidade de exercício e cujo suprimento desta se faz presente em nome dos interesses de tais pessoas.

Também os presos e demais detidos em estabelecimentos prisionais ou congêneres, embora tenham restringidas algumas áreas da personalidade, em matéria de liberdade, mantém igualmente na sua titularidade um direito geral de personalidade.

## A QUESTÃO DA TITULARIDADE NA PROTEÇÃO PRÉ-NATAL DA PERSONALIDADE

O autor esclarece que, sobre a condição jurídica do nascituro surgem várias teses:<sup>14</sup> a) direitos sem sujeitos, defendida por Hubmann. O conceito não teria personalidade jurídica ou biológica; b) meros estados de vinculação, defendida por Manuel de Andrade. Na medida em que há um estado de vinculação de certo bem ou de certa relação jurídica ao surgimento futuro de uma pessoa com um direito a exercer, o objeto desse direito não estaria integrado em nenhuma relação jurídica, mas não estaria também livre, antes estaria reservado pela tutela jurídica a uma concretização futura; c) retroação da personalidade ao momento da constituição do direito, defendida por José Dias Marques; d) entre a concepção e o nascimento, personalidade parcial, reduzida, fracionária, defendida por Ascensão, Capelo de Sousa, Karl Larenz, Jean Cabonnier, entre outros.

Em relação aos direitos patrimoniais do nascituro, Capelo de Sousa defende que ele agirá juridicamente através de seus representantes legais. Sendo certo que é necessário

12 Art. 18.º. Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

13 Art. 76º (Publicação de cartas confidenciais)

1. As cartas, missivas confidenciais só podem ser publicadas com o consentimento do seu autor ou com o suprimento judicial desse consentimento; mas não há lugar ao suprimento quando se trate de utilizar as cartas como documento literário, histórico ou biográfico.

Art. 77º (Memórias familiares e outros escritos confidenciais)

O disposto no artigo anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, às memórias familiares e pessoais e a outros escritos que tenham carácter confidencial ou se refiram à intimidade da vida privada.

14 Para Heloísa Helena Barbosa, "A longa controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica do nascituro, ou seja, se tem ou não personalidade, se é ou não pessoa, apresenta relevância jurídica, pois, como esclarece ALMEIDA, "a tomada de posição do jurista... importa numerosas consequências práticas, pois quem afirma personalidade afirma direitos e obrigações...". Registra a autora as diferentes teorias que no direito estrangeiro ora afirmam, ora negam, a personalidade do nascituro, demonstrando cabalmente a complexidade da matéria. Identifica, em seguida, as teorias que considera fundamentais na doutrina brasileira, a saber:

a) a natalista, que sustenta que a personalidade começa do nascimento com vida;

b) a da personalidade condicional ou concepcionista imprópria, segundo a qual a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida;

c) a concepcionista que considera que o início da personalidade se verifica com a concepção.

Não obstante a mencionada divergência da doutrina, certo é que o ser humano concebido e desenvolvido no ventre materno goza de tutela jurídica, sendo-lhe atribuída uma personalidade pré-natal, segundo alguns. Mas o que dizer quanto aos embriões excedentários, que se encontram criopreservados, muitos sem qualquer perspectiva de virem a ser transferidos? (BARBOSA, Heloísa Helena. Reprodução Assistida e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004).

reconhecer no concebido uma entidade parcialmente dotada de força jurígena, pois podem existir lesões e ilícitos juscivilisticamente tutelados nos casos em que o concebido morra antes do nascimento e para o esclarecimento de tais efeitos jurídicos mostra-se, para Capelo Sousa, mais adequada a construção do concebido como uma personalidade jurídica parcial.

Mas *quid iuris* quanto aos embriões excedentários? Qual o seu estatuto jurídico?

São igualmente portadores de natureza humana, mas comungam de um condicionamento específico: de acordo com as *leges artis* exorbitaram do processo criativo prioritário. Capelo de Sousa defende que devem ser preservados até uma ulterior implantação na beneficiária inicial ou em outras beneficiárias através da chamada “adoção pré,natal”, a não ser que isso se revele cientificamente impossível.

Os embriões não são uma coisa nem um produto destacado embora indissociável dos corpos dos progenitores. Têm autonomia biológica e jurídica, ou seja personalidade jurídica parcial.

## A QUESTÃO NA PROTEÇÃO “POST MORTEN” DA PERSONALIDADE

Qual o titular dos bens jurídicos tutelados e dos poderes jurídicos respectivos? Para Capelo de Sousa não é idêntico ao dos nascituros já concebidos, quer porque o n° 1 do art. 68 do Código Civil Português<sup>15</sup> faz cessar, sem exceções, a personalidade jurídica com a morte<sup>16</sup> insusceptibilizando o falecido de direitos e obrigações, quer porque, face à não transitoriedade da morte em oposição à concepção, não há agora o meso interesse à personificação parcial. Além disso, a letra e o espírito do n° 1 do art 71° do Código Civil Português<sup>17</sup> ao salientarem a permanência dos “direitos” de personalidade “igualmente” depois da morte do “ respectivo titular”, parecem querer distinguir os continuados a atuar direitos de personalidade do defunto dos direitos de personalidade dos vivos que se ligam ao morto. Ou seja, o art. 71 português distingue entre os direitos materiais, substantivos, dos bens

da personalidade do defunto e as ações destinadas a fazer reconhecer tais direitos em juízo.

Estas ações destinadas a fazer reconhecer tais direitos pertencem às pessoas referidas no n° 2 do art. 71<sup>o18</sup> que seriam os titulares dos direitos materiais em causa<sup>19</sup>. Mas como e em que termos?

Para Capelo de Sousa há aqui uma sucessão de direitos pessoais ou, talvez melhor, uma aquisição derivada translativa mortis causa, de direitos pessoais sujeita a regras próprias diferentes das do Livro V do Código Civil Português, que dispõe sobre as sucessões e que tem o mérito de manter a autonomia dos direitos da personalidade do defunto face aos bens e diferentes direitos da personalidade das pessoas referidas no n° 2 do art, 71 do Código Civil Português, quando pessoalmente afetados por atos ofensivos da memória do falecido.

Os sujeitos passivos suscetíveis de obrigações face aos bens de personalidade de outrem não são apenas as demais pessoas singulares, mas também as pessoas coletivas (pessoas jurídicas). Essa responsabilidade pode advir de suas ações ou omissões próprias diretamente lesivas dos bens da personalidade de outrem, mas também de especiais conexões com atos ou fatos alheios. Tal ocorre quando haja obrigação de vigilância de outrem ou de coisa ou animal, quando haja danos de personalidade causados por edifícios ou outras obras em razão de vício de construção ou defeito de conservação, etc.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MENORES E OUTROS INCAPAZES POR DANOS À PERSONALIDADE DE OUTREM

Mesmo nos casos de inimizabilidade pode haver responsabilidade civil do inimputável por motivo de equidade pelo que tais pessoas permanecem como sujeitos passivos nas relações em que se verificarem danos nos bens da personalidade de outrem.

15 Art. 68º (Termo da personalidade) 1. A personalidade cessa com a morte.

16 Já, o Art. 6º, primeira parte do Código Civil Brasileiro, não dispõe expressamente sobre o fim da personalidade civil, a saber: “Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; (...)”.

17 Art. 71º (Ofensa a pessoas já falecidas)  
1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.

18 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n° 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

19 Assim disposto no Código Civil Brasileiro, em seu art. 12, parágrafo único:

Art. 12. Pode, se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Além do que, nos termos do art. 491 do Código Civil Português<sup>20</sup> há aqui responsabilidade civil extracontratual das pessoas que, por lei ou negócio jurídico, estavam obrigados a vigiar quem sofresse de incapacidade natural, salvo se provarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que tivessem cumprido tal dever. E as responsabilidades do menor inimputável e da pessoa obrigada a vigiá-lo podem ser cumuláveis.

### A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS COLETIVAS<sup>21</sup> PRIVADAS POR OFENSA À PERSONALIDADE HUMANA. O CASO DAS ENTIDADES DESPROVIDAS DE PERSONALIDADE JURÍDICA

As pessoas coletivas privadas são, em certos termos, extracontratualmente responsáveis pelos atos dos titulares de seus órgãos e pelos atos de seus demais representantes, agentes ou mandatários. Assim, responde extracontratualmente por fato ilícito culposo, face a atos deliberativos de seus órgãos que violem fundamentalmente direitos ou interesses legalmente protegidos da personalidade de outrem, produzindo, lhe, em termos de causalidade adequada, imediata ou mediadamente danos, quando tais órgãos expressem a vontade própria da pessoa jurídica. Por exemplo, Capelo de Sousa cita se numa deliberação de pessoa coletiva são feitas ofensas à honra ou à identidade de terceiro ou se noutra deliberação são ordenadas descargas altamente poluidoras das águas de um rio destinado ao abastecimento público.

Para tanto é necessário que o ato danoso tenha sido praticado pelo representante, agente ou mandatário no exercício da função que lhe foi confiada.

Essa responsabilidade subsistirá ainda quando o representante, agente ou mandatário pratique o ato intencionalmente ainda contra as instruções da pessoa coletiva, desde que no exercício de suas fun-

ções e tenha alguma conexão com os interesses da pessoa coletiva.

### A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS

Há de se distinguir aqueles atos de gestão privada, em que as pessoas jurídicas de direito público atuam como simples particulares daqueles em que estão investidas em seu jus imperii, pelos quais visam fins específicos ou interesses públicos.

No primeiro caso respondem civilmente, independentemente de culpa, quando sobre os autores do fato recaia a obrigação de indenizar e quando o fato seja praticado no exercício da função. Por outro lado, nas relações internas entre as pessoas coletivas públicas e os respectivos órgãos, agentes ou representantes verifica-se direito de regresso nos termos do n.º 3 do art. 500 do Código Civil Português<sup>22</sup>.

Quanto à responsabilidade das pessoas coletivas por atos de gestão pública, aplica-se fundamentalmente a responsabilidade solidária do Estado com “os titulares de seus órgãos”.

### OS PODERES E DEVERES JURÍDICOS (OS VÍNCULOS JURÍDICOS)

Vistos o objeto e os sujeitos das relações jurídicas emergentes da tutela geral da personalidade, Capelo de Sousa passa a analisar como se estruturam os poderes jurídicos do sujeito ativo e os deveres jurídicos dos sujeitos passivos.

A juridicidade dos poderes integrantes da tutela geral da personalidade não está dependente do cumprimento voluntário do sujeito passivo, como sucede nas obrigações naturais em que a doutrina acolhe aí tão só um mero poder jurídico de pretender e, por outro lado, aos sujeitos passivos não é lícito optar indiferentemente entre o cumprimento voluntário da obrigação de respeito e a sujeição ao direito de execução do titular da personalidade, em termos de numa primeira fase, antes do não cumprimento da

20 Art. 491º (Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem) As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.

21 São pessoas coletivas privadas ou de direito privados as associações ou fundações, dotadas de personalidade jurídica, regidas fundamentalmente por normas de direito privados e que não dispõem de jus imperii, não lhes correspondendo portanto quaisquer poderes de autoridade, qualquer direito de poder público ou quaisquer funções de autoridade estatal.

22 Art. 500º (Responsabilidade do comitente) (...)

3. O comitente que satisfizer a indemnização tem o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago, excepto se houver também culpa da sua parte; neste caso será aplicável o disposto no nº 2 do artigo 497º.

obrigação de respeito, se poder conceber tão só a existência de uma expectativa jurídica do sujeito ativo da relação jurídica ao cumprimento da obrigação de respeito, pois ab initio há um *poder jurídico de exigir* o cumprimento dessa obrigação.

Em segundo lugar, os poderes jurídicos decorrentes da tutela geral da personalidade estão *dependentes da vontade do seu titular*, como sujeito ativo da relação, pelo que Capelo de Sousa afirma não estar-se diante de interesses jurídicos reflexamente protegidos. Na verdade, os titulares da personalidade e só eles podem autonomamente exigir ou não o respeito da sua personalidade, nomeadamente, requerendo ou não, nos termos do Código Civil as providências adequadas às circunstâncias do caso ou a indenização civil.

Revele-se por último não tratar-se de *poderes, deveres ou poderes funcionais* visto que seu titular detém no exercício dos poderes respectivos, liberdade de atuação, de soberania do querer, de eleição de finalidades e de escolha dos modos de exercício.

## MODALIDADES DOS PODERES JURÍDICOS

Poderes de uso e fruição, de ação e omissão, de exigência de respeito e de exigência de participação.

Atendendo à apreensibilidade imediata no âmbito da tutela geral da personalidade de uma ligação direta do sujeito ativo com o objeto das respectivas relações jurídicas, analogamente ao que sucede com o direito de propriedade. Do mesmo modo é curial que da natureza do bem global da personalidade humana decorram facultades ou competências de ação, estruturantes ou dinamizadoras dessa personalidade.

O autor aponta os seguintes caracteres dos poderes jurídicos: a) Oponibilidade *erga omnes*: Os poderes jurídicos do sujeito ativo dos direitos da personalidade dirigem-se imediatamente sobre os bens jurídicos da sua personalidade física e moral, traduzindo numa afetação plena e exclusiva desses bens a favor de seu titular. Nesse ponto eles coparticipam da estrutura de direito de domínio. Daí que tais poderes sejam absolutos, isto é exigíveis face a quaisquer pessoas, oponíveis *era omnes*.

Eles geram nos sujeitos passivos uma obrigação universal normalmente negativa, abstencionista, de respeito por tais bens jurídicos e em e em correspondência

ainda com o princípio *alterum non laedere* (não prejudicar terceiros). Mas, mesmo quando excepcionalmente determinam obrigações positivas de respeito por tais bens, também são elas universais.

Por este caráter, os poderes jurídicos emergentes da tutela geral da personalidade diferenciam-se dos poderes jurídicos emergentes de direitos de crédito, que são fruto de um prévio e particular consenso ou ligação entre sujeitos determinados que originam prestações específicas: b) intransmissibilidade - Os poderes jurídicos que incidem, unitária e globalmente, sobre a personalidade física ou moral de um certo homem (ou mulher) são insusceptíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito. Não podem ser cedidos, alienados, onerados ou subrogados a favor de outrem, pois, dada aquela inseparabilidade qualquer negócio a este respeito seria contrário à ordem pública.

Inclusive, o caráter pessoal ou, no dizer de alguns autores, pessoalíssimo de tais poderes implica, sem prejuízo da eficácia da representação legal, o seu normal exercício pelo respectivo titular, não sendo admitida aqui a representação voluntária. Isso significa que, inclusive, os bens da personalidade não respondam por dívidas do patrimônio e, nomeadamente, que não possam ser objeto de penhora.

Haverá, no entanto, uma transmissibilidade mortis causa de tais poderes face ao disposto no Art. 71º do Código Civil Português? (Ou do parágrafo único do Art. 12 do Código Civil Brasileiro?). É de observar-se que com a morte do titular se opera uma mutação profunda no respectivo ciclo da personalidade e dos direitos a essas relacionados indissociavelmente ligada à vida de seu titular, que nessa medida se extingue. Quanto aos remanescentes direitos de personalidade da pessoa falecida, Capelo de Sousa, admite que parece haver uma sucessão ou uma aquisição derivada translativa mortis causa de direitos pessoais, mas com um regime muito especial, funcionalizado em razão dos presumíveis interesses pessoais do de cujus como se vivo fosse e com base em termos de assegurar a legitimidade processual para requerer as providências legais a todos aqueles a que se reconheceu um interesse moral para agir em nome do falecido em razão dos presuntivos laços que os ligavam ao defunto; c) Indisponibilidade com limitações - Está, se aqui perante bens que em larga medida se encontram fora do comércio jurídico. Assim, não pode uma personalidade humana auto, reduzir, se à escravidão, não se pode renunciar ao direito à vida ou à honra, não é lícito o suicídio nem as convenções limitativas e de exclusão

da responsabilidade civil quando os danos previstos, mesmo que causados não dolosamente, possam constituir grave lesão do corpo de um dos contratantes, não é lícito o contrato de prestação de trabalho por toda a vida, não é válido um negócio que tenda a obrigar o promitente a tolerar futuras e continuadas ofensas a sua honra e não são válidas as convenções ou atos unilaterais que necessária ou normalmente acarretem a lesão total ou parcial, de bens de personalidade essenciais (i.e, a vida, o corpo, a liberdade, a honra) ou os ponham particularmente em risco, de um modo não socialmente aceitável.

No entanto, há que se reconhecer que, se por um lado é sempre indisponível a capacidade de gozo dos bens integrantes da personalidade, de outro pode haver nos termos do previsto no art. 81, nº 1 do Código Civil português<sup>23</sup>, limitações lícitas do exercício dos direitos da personalidade. Para tal, necessário se faz que a limitação seja *voluntária*, isto é que a vontade de produção de efeitos jurídicos limitativos seja produto da autonomia da vontade livremente emanada e esclarecida. Importa ainda que a limitação não seja contrária aos princípios de ordem pública. Essas limitações podem ocorrer no negócio jurídico unilateral ou por contrato, mas neste último caso compreende-se que possam ser mais restritivos tais princípios de ordem pública.

Assim, e para além dos casos em que alei vem sendo obrigada a estabelecer explícita ou especialmente as fronteiras da licitude<sup>24</sup> consideram-se como lícitas, por não contrárias aos princípios da ordem pública (p. ex., as autorizações para publicação do respectivo retrato ou para a divulgação de segredos pessoais) os negócios desprovidos de perigo em razão da ligeireza ou do caráter temporário da ofensa (p.ex., obrigação de corte e de venda de cabelos humanos próprios) as convenções motivadas por um interesse legítimo do seu autor (maxime, contrato de prestação de serviço de operações cirúrgica em benefício próprio) ou por um interesse alheio ou geral justifi-

cado ( as obrigações de cessão de certos elementos que venham a destacar,se do corpo humano ou de sujeição a determinadas experimentações médico-farmacológicas e a doação de sangue) e mesmo as convenções em que haja risco de lesão da vida ou da integridade física (p. ex., contrato de trabalho de prestação de tarefas perigosíssimas ou convenções de prática de pugilato ou outras práticas desportivas ou circenses muito perigosas), desde que pelas circunstâncias do caso esse risco seja socialmente aceitável. No entanto, a despeito de consideradas lícitas, são plenamente revogáveis, discricionária e unilateralmente, pelo titular dos direitos de personalidade se bem que com a obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. Daí que, p. ex., quem consentiu num combate de pugilato possa mesmo em pleno espetáculo revogar o seu consentimento e abandonar o combate, ainda que tenha que indenizar o empresário dos prejuízos causados. À razoável confiança que este tenha depositado na continuação do consentimento, no caso de as condições do combate não ultrapassarem o já referido risco socialmente aceitável.

No entanto, segundo Capelo de Sousa não seria o caso, por exemplo, do político em campanha eleitoral que houvesse autorizado a divulgação de seu retrato, tecnicamente ajustado, o qual não poderia revogar tal consentimento, retirando o retrato já divulgado, sobretudo se mantiver a candidatura. Também para Capelo de Sousa não parece haver limitação ao exercício dos direitos de personalidade quando certos bens tenham sido lícita e autonomamente destacados da personalidade, convertendo,se em coisas meramente materiais, objetos de direitos de propriedade, quando a convenção incidir só sobre a alienação desses objetos separados (que não sobre o destaque em si mesmo). Assim, não será revogável a venda de cabelos humanos já anterior e autonomamente destacados pelo titular; d) Perenidade e imprescritibilidade - Os poderes emergentes da tutela geral da personalidade são não apenas vitalícios, na medida em que permanecem ad vitam na esfera do próprio titular, mas também, vocacionalmente perpétuos, dado aí gozarem de proteção depois da morte de seu titular sem restrições temporais<sup>25</sup>.

23 Art. 81º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade)  
1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. Não há uma norma diretamente correspondente em nosso Código Civil em razão de não prever uma tutela geral da personalidade. Há somente uma previsão específica sobre a disposição do próprio corpo: Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.  
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.)

24 Lei sobre transplante de órgãos, proibição da comercialização de sangue humano, etc.

25 Por força do art. 71/ do CC Português e art. 12, parágrafo único, do CC Brasileiro: Art. 12. Pode,se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.  
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Além disso, esses poderes não são passíveis de prescrição extintiva, ou seja, prescrição pelo seu não uso. Ou seja, são indisponíveis a favor de terceiros no que toca ao gozo dos respectivos poderes e até no essencial do seu exercício.

Na verdade, os direitos da personalidade não são direitos reais, não são admissíveis direitos de personalidade sobre a pessoa de outrem e a própria dignidade da pessoa humana afasta a possibilidade de uma posse sobre a pessoa de outrem conducente à aquisição de direitos de personalidade.

Adriano De Cupis apoia-se na disposição do art. 2934, do Código Civil italiano, segundo o qual “ não estão sujeitos à prescrição os direitos indisponíveis” para confirmar a imprescritibilidade dos direitos da personalidade”. Isso sem prejuízo da admissibilidade da prescrição do direito de indenização proveniente de ofensa de direitos de personalidade<sup>26</sup>, mas aí já se está perante uma relação patrimonial de tipo obrigacional, que, em si mesma, não afeta o gozo dos direitos da personalidade, embora a ofensa tenha prejudicado ou perturbado tal gozo, só que de um modo ilícito; e) Extrapatrimonialidade - O patrimônio, como realidade jurídica, envolve várias e controversas noções, de tal sorte que Mazeaud e Chabas (1998) em sua obra *Leçons de Droit Civil, I Les personnes*, propõem que a distinção entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais seja suavizada e que os direitos de personalidade, em parte, integrem o patrimônio, no seu ativo, mas não no seu passivo.

Capelo de Sousa considera ser discutível a aceitação de uma divisão estanque entre direitos patrimoniais e direitos não patrimoniais, extrapatrimoniais ou pessoais. Entretanto, tomando o patrimônio na sua acepção mais tradicional e mais divulgada como o conjunto da relações jurídicas, avaliáveis em dinheiro e de que é sujeito passivo e ativo uma dada pessoa e definindo do mesmo modo os direitos pessoais como os não avaliáveis em dinheiro, poderão incluir-se os direitos de personalidade neste rol. Em verdade, os direitos de personalidade considerados na esfera jurídica global do sujeito prendem-se ao chamado hemisfério pessoal, dizendo diretamente respeito à categoria do ser e não do ter da pessoa, muito embora influam diretamente sobre esta, sem que tenham como objeto coisas do mundo externo e nem sequer pessoas diferentes da pessoa de seu titular.

<sup>26</sup> Art. 206, inciso V, do CC brasileiro e art. 498º do CC português.

O caráter pessoal dos direitos de personalidade acarreta, como acima visto, a sua intransmissibilidade, a indisponibilidade relativa e a imprescritibilidade. Em especial, a extrapatrimonialidade destes implica que os respectivos bens jurídico,pessoais, que formam o seu objeto, não respondam pelas dívidas patrimoniais.

No entanto, ainda que não façam parte *stricto sensu* do patrimônio do respectivo indivíduo, têm grande relevância para a vida econômica das pessoas e, inclusivamente, da sua leão podem resultar não só danos não patrimoniais, mas também danos patrimoniais; f) Caráter originário ou adquirido, a inderrogabilidade - Capelo de Sousa adverte que, embora não totalmente<sup>27</sup>, a maioria dos poderes e bens jurídicos emergentes da tutela geral da personalidade têm um caráter *originário* ou *inato*, no sentido de que são conaturais ao sujeito de direito, ou seja, na aceção de decorrerem exclusivamente do mero reconhecimento da personalidade jurídica, não se tornando necessário para a sua existência qualquer outro pressuposto ulterior. Assim é o caso da vida, o corpo, a liberdade, a honra e a identidade.

Esse caráter inato dos direitos de personalidade começou a ser declarado no esquema filosófico da escola clássica de direito natural do séc. XVII de Grócio, Pufendorf, Wolff, Leibiniz e outros, na sua luta contra o despotismo e o totalitarismo das realidades de então, distinguindo entre direitos inatos e adquiridos e opondo ambos aos poderes reais, o que vem mais tarde a obter a tradução na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e sobretudo no Código Civil austríaco<sup>28</sup>. Também no Código Civil português de 1867 ( Código Seabra) os direitos da personalidade equivaliam,se aos direitos originários, inatos ou primitivos, definidos como “ os que resultam da própria natureza do homem e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros”.

Mas, para Capelo de Sousa, é mais abrangente noção de direito de personalidade resultante do art. 70º do atual Código Civil português, em sintonia com o

<sup>27</sup> Como pretenderam diversas ordens jurídicas e diferentes autores, como por ex., Adriano De Cupis, ao afirmar que tratar-se-ia de “direitos respeitantes racionalmente ao homem devido à sua simples qualidade humana” (I diritti, cit., p. 15).

<sup>28</sup> Mas o Código Civil napoleônico navegando já em outras águas não estabeleceu expressamente uma regulação específica dos direitos de personalidade, embora realce o gozo por todos os franceses dos direitos civis (art. 8º). Já o Código Civil austríaco consagra expressamente em seu parágrafo 16: “ os direitos inatos (angeborene) já evidentes através da razão”.

próprio caráter dinâmico e renovador da personalidade humana, enquanto bem jurídico. Nela cabem direitos adquiridos, os seja, que para sua existência dependem de outros e ulteriores requisitos, além da personalidade jurídica (os poderes relativos ao direito ao nome, ao direito moral de autor, ao sigilo das cartas, missivas, à não divulgação de retratos e à reserva sobre fatos íntimos da vida familiar).

A distinção entre direitos originários e adquiridos tem variado ao longo dos tempos e particularmente o positivismo foi muito crítico com os termos dessa distinção então proposta pela escola clássica do direito natural, argumentado quer com base em que todos os direitos resultariam da lei, quer porque seria aleatória a distinção jusnaturalista entre a natureza do homem que determinaria os direitos originários e a vontade concreta de cada homem donde fluiriam os direitos adquiridos.

No entanto, Capelo de Sousa argumenta que tal distinção é compatível com um sistema normativista, tem, pelo menos, o mérito de radicar os direitos de personalidade na pessoa do respectivo titular, fundamentando, os de modo intrínseco e, assim, lhes conferindo uma certa inderrogabilidade perante a lei.

## CONCLUSÕES

Esta resenha teve como escopo apresentar de forma não exaustiva a obra do prof. Capelo de Sousa, limitou-se a apreciação das fls 13 à 417, a partir da Introdução e englobando os capítulos I e II.

De todo o analisado se pode concluir que cada ser humano é sujeito ativo das relações jurídicas cujo objeto imediato é o bem jurídico da sua própria personalidade humana. Segundo o Professor Capelo de Sousa, no nosso sistema igualitário não há lugar para a existência de homens sem personalidade jurídica e, obviamente, sem direitos de personalidade, como aconteceu em tempo atrás (1888) com os escravos africanos. Dessa forma, foi também abolido o instituto da morte civil, que implicava a extinção de elementares direitos da personalidade.

Importante frisar, que não só as pessoas humanas com personalidade jurídica, maiores e na plena posse de suas capacidades de gozo e de exercício são assim titulares do bem geral da personalidade física ou moral e dos correspondentes poderes jurídicos, mas também possuem personalidade jurídica, os menores, os interditos e os inabilitados, que tem assim alguma capacidade de exercício e cujo suprimento da incapacidade de exercício se faz sempre em nome de interesses pessoais. Não se pode ainda esquecer de que os presos e demais detidos em estabelecimento prisional ou congêneres, apesar de terem restringidas algumas áreas da personalidade, em matéria de liberdade, mantêm igualmente o direito geral de personalidade.

A personalidade é assim uma qualidade: a qualidade de ser pessoa. É uma qualidade que o direito se limita constatar e respeitar e que não pode ser ignorada ou recusada. É um dado extrajurídico que se impõe ao Direito.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amesqua, B. (1609). *Tractatus de Potestate in se ipsum*. Milão: The Bavarian State Library.
- Barbosa, H. (2004). *Reprodução Assistida e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Brasil. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- Colin, A. & Capitant, H. (1952). *Cours élémentaire de droit civil français*, 10e éd. par L. Julliot de la Morandière, *Revue internationale de droit compare*, Volume 4, (4), pp. 796-797.
- De Cupis, A. (1959). *I diritti della personalità*. (T. I). Milão: Giuffrè.
- Hubmann, H. (1995). *Das Persönlichkeitsrecht*. Keip: (Sin dato).
- Mazeaud, H. & Mazeaud, L. (1934). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, Paris: Editions Montchrestien.
- Mazeaud, H. & Chabas, M. (1998). *Leçons de Droit Civil, I Les personnes*, 9<sup>a</sup>. édition, Paris: François Chabas Montchrestien.
- Mazeaud, H. & Mazeaud, L. (1934). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, Paris: Sin dato.
- Portugal. Decreto-lei n° 47.344, de 25 de novembro de 1966.
- Reinhardt, R. (1961). *Das subjektive Recht im § 823 Abs. 1 BGB*, JZ, 713-718
- Shwertdner, P. (1977). *Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung*, Schweitzer: sin dato.

REVISTA

# VIA IURIS

Instrucciones para  
*Colaboradores*

IURIS

IURIS

## CRITERIOS GENERALES

La Revista *Via Iuris* es una publicación arbitrada de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores con periodicidad semestral (se publica en enero y julio). Cuyo interés editorial descansa en la publicación y difusión de resultados de investigación internos, externos, nacionales y extranjeros. Pretende articular temas de interés Jurídico y Socio jurídico con otros campos de conocimiento como la Ciencia Política, las Relaciones Internacionales y las Humanidades en general, que finalmente, son las áreas en las que se recibirán los documentos.

La publicación está dirigida a comunidades académicas especializadas, grupos de investigación e investigadores en general, interesados en publicar los resultados producto de investigaciones en las temáticas presentadas por la revista.

## REQUISITOS FORMALES PARA LOS AUTORES

### Remisión de artículos

Remitir los artículos tipo 1, 2 ó 3 u otros documentos al editor de la Revista en medio electrónico al correo [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co) o mediante el aplicativo OJS <http://revistas.libertadores.edu.co>, o por medio físico dirigido a Fundación Universitaria Los Libertadores. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Cra. 16 N° 63A-68. Sede Administrativa Of 306 (Centro de Investigaciones Sociojurídicas). Bogotá D.C., Colombia. PBX (00) 57 -1- 25544750 / Ext 3204.

### Originalidad y exclusividad

Los artículos presentados deben ser remitidos al editor de la revista, con una carta que manifieste que los mismos son inéditos y originales, es decir que el autor o autores certifica(n) y acepta(n) que: a) Los textos no han sido postulados simultáneamente en otra revista o b) Los textos presentados no han sido publicados o aceptados para su publicación en otra revista. (Ver ficha declaración de originalidad).

### Fechas de publicación

La revista se publicará los meses de enero y julio de cada año. Se recibirán artículos en español, inglés, portugués y francés.

## Tipo de artículos recibidos

Se recibirán artículos de investigación e innovación entendidos como “producción original e inédita”<sup>1</sup> (TMG-COLCIENCIAS, 2013. p. 32), “de contenido científico, tecnológico o académico, producto de procesos de investigación, reflexión o revisión” (p. 32) sujeta a evaluación por pares que valoran la originalidad, aporte y validación de los resultados.

Las categorías de artículos que aplican preferiblemente para la revista son<sup>2</sup>:

- Artículo de investigación científica y tecnológica:** documento que presenta de manera detallada los resultados originales de proyectos de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodologías, resultados y conclusiones.
- Artículo de reflexión:** documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, investigativa o crítica del autor, sobre un tema específico y con el recurso de fuentes originales.
- Artículo de revisión:** documento resultado de una investigación donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta en los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos cincuenta (50) referencias.

### Otros artículos que recibirá la revista son:

**Editorial:** Documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista.

**Reseña bibliográfica:** presentaciones críticas sobre la literatura de interés del campo de estudio e interés de la publicación.

### Presentación de originales

- Los escritos se presentarán en formato Word, fuente Arial 12, papel tamaño carta, con una

1 Ver medición términos de referencia para medición de grupos de investigación 2013.

2 Información tomada del Índice Bibliográfico Nacional Publindex Disponible en <http://201.234.78.173:8084/publindex/docs/informacionCompleta.pdf>. Consultado junio 18 de 2010.



extensión de mínimo 25 páginas y un máximo de 30, a espacio de 1.5 interlineas.

2. Debe presentarse claramente, el título del trabajo, nombre del autor, con nota al pie de página que indique afiliación institucional, título del proyecto que origina el artículo, año de desarrollo, dirección de ubicación, ciudad, país y correo electrónico (Ver ficha adjunta para articulista<sup>3</sup>).
3. Presentar en medio magnético, electrónico o físico Hoja de Vida completa del autor, que contenga datos académicos y profesionales, trayectoria académica y dirección electrónica institucional y personal y grupo de investigación al que pertenece.
4. Los artículos deben incluir: a) resumen analítico b) (abstract) en el idioma original (inglés-español), con una extensión máxima de 200 palabras. También, debe contener c) seis (6) palabras clave d) keywords que describan su contenido en los idiomas mencionados, e) introducción f) metodología, g) resultados y discusión, h) conclusiones, i) bibliografía y si es pertinente, j) tablas, figuras y gráficos (con adecuada resolución, mínimo 300 ppp).
5. Las citas deben presentarse utilizando el método de citación APA (normas de la American Psychological Association, 6ta Edición, 2009)<sup>4</sup>, atendiendo a los siguientes criterios:

### Cita textual corta

Es menor de 40 palabras, se transcribe a renglón seguido como parte del texto entre comillas.

Ejemplo:

“No siempre habrá delitos, pero siempre existirán personalidades desadaptadas, enfermas, rebeldes, esto es, sujetos de enmienda a quienes en forzoso restringir la autonomía de la que gozan” (Pérez, 1950, p. 13).

### Cita textual extensa

Debe tener 40 o más palabras, se separa del texto normal del documento, con sangría en todo el párrafo, sin comillas.

- 3 La ficha solicitada debe indicar: título del artículo; autor (es); institución a la cual pertenece (grupo de investigación); grados académicos; publicaciones en otras revistas; dirección completa; número telefónico; fax y dirección electrónica
- 4 Tomado del manual Normas APA 2009.

Ejemplo:

Debe tenerse en cuenta aquí que la inoponibilidad concursal opera dentro de los límites del perjuicio sufrido por los acreedores, respecto de los cuales el acto impugnado no tendrá efecto, siendo plenamente válido y eficaz entre las partes y también respecto de los terceros no acreedores, por lo cual, la mentada restitución es del bien salido del patrimonio del deudor a su función de garantía, no transfiriéndose la propiedad nuevamente a cabeza del deudor (Grillo, 2002, p. 106).

### Paráfrasis

Cuando se sintetizan o resumen las aportaciones y análisis de algún autor, se presenta el nombre del autor el año de producción del texto en paréntesis y la información en palabras del redactor, esta clase de cita no requiere números de página.

Ejemplo:

En este orden, Grillo (2002) expresa como la acción de ineficacia el acto celebrado por el deudor no causa efectos a los acreedores, pero si tiene efectos entre las partes que celebraron dicho negocio (entre el deudor y el tercero). En el fondo lo que se pretende es actuar como si el acto, objeto de la acción, no se hubiere realizado.

### Cita de cita

Cuando se hace referencia a citas mencionadas por otros autores.

Ejemplo:

(Kant, pp. 95-96, 2005, citado por Nagel & Sen 2007).

Se incluirán al final del trabajo en acápite denominado “Referencias Bibliográficas”. La lista de referencias se realizará utilizando únicamente las fuentes utilizadas en los textos. Se presentará en orden alfabético tomando como referencia el primer autor.

La lista de referencias deberá presentarse a espacio y medio, con sangría francesa y separadas por un punto aparte.



Las referencias Bibliográficas se deben presentar de la siguiente manera:

### Libros

Autor, A. (2003). *Título de la obra o publicación*. Lugar de Publicación: Editorial.

### Capítulos de un libro

Autor, A. (2003). Título del capítulo. En A. Axxxx y B. Bxxxx (Edits.), *Título de la obra o publicación* (pp. 111-222). Lugar de Publicación: Editorial.

### Publicaciones periódicas o no periódicas (artículos de revistas)

Autor, A. (2003). Título del artículo. *Título de la revista, volumen o año* (número de la revista), páginas.

Autor, A., Autor, B., Autor, C., Autor, D. & Autor, E. (2003). *Título del trabajo* (Nº de edición o reimpresión; traductor). Lugar de Publicación: Editorial. (Fecha de publicación del trabajo original, en caso de que sea traducción).

### Documentos electrónicos de publicación periódica y no periódica en línea

Autor, A., Autor, B., Autor, C., Autor, D. & Autor, E. (2003). Título del artículo. *Título de la publicación en línea*. Recuperado el día, mes y año de <http://www.xxxx.xxxx/xxx>

Autor, A., Autor, B., Autor, C., Autor, D. & Autor, E. (2003). *Título de la obra, artículo o publicación*. Recuperado el día, mes y año de <http://www.xxx.yyy/zzz>

### Congresos u otros eventos

Autor, A. (2003). *Título del Trabajo*. Ponencia presentada en *Nombre del Congreso o evento*, Lugar, País.

Autor, A. (2003). *Título del Trabajo*. Presentado en la sesión de Posters en *Nombre del Congreso o evento*, Lugar, País.

### Tesis y trabajos de grado

Autor, A. (2003). *Título del Trabajo*. Tesis doctoral sin publicación *Nombre Universidad*, Lugar, País.

Para el material jurídico se deberá atender las siguientes recomendaciones.

### Material Jurídico Nacional

#### Constitución

Nombre Oficial de la Constitución, [abreviación].  
Artículo citado. Fecha de promulgación de la Constitución (país de la Constitución).

#### Leyes que no contengan códigos

Número, año de la ley. Asunto del cual trata la ley.  
Fecha de la promulgación de la ley. Diario Oficial abreviado "D.O" en el cual fue publicada la ley.

#### Leyes que contengan códigos

Título oficial del código, [Abreviación]. Número y año de la ley. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (país de origen).

#### Jurisprudencia

Tribunal que pronuncia la sentencia. Sala o sección (si aplica). Número de la sentencia o el proceso. (Magistrado o Consejero sustanciador o juez; se indica fecha de la providencia).

### Material Jurídico Internacional

#### Tratados y Acuerdos Internacionales bilaterales

Nombre del Tratado o Acuerdo. Asunto del tratado. Estados participantes. Artículo. Fecha.

#### Tratados y Acuerdos Multilaterales

Nombre del tratado o de la convención. Artículo. Fecha de la firma del tratado.

#### Jurisprudencia de Cortes Internacionales:

Nombre de la Corte. Nombre de caso (Axxx Vs Bxxx), número del volumen abreviado. Fecha de publicación de la decisión.

#### Otros casos como laudos arbitrales

Axxx Vs Bxxx. *Referencia del caso*. Tipo de proceso (fecha).

## DEL PROCESO DE RECEPCIÓN DE LOS ARTÍCULOS, ARBITRAJE, APROBACIÓN Y PUBLICACIÓN

El procedimiento para la aprobación y publicación de los artículos comprenderá las etapas de: recepción, revisión editorial, revisión de pares, aceptación o rechazo de los textos, corrección de estilo, diagramación de la revista, publicación y entrega de ejemplares.

### Recepción de artículos

1. Los escritos serán recibidos en formato de texto en medio electrónico en el correo: [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co) o mediante el aplicativo OJS <http://revistas.libertadores.edu.co> o por medio físico dirigido a Fundación Universitaria Los Libertadores. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Cra 16 N° 63A-68. Sede Administrativa Of 306 (Centro de Investigaciones Sociojurídicas). Bogotá D.C., Colombia. PBX (00) 57 -1- 25544750 / Ext 3204.
2. Los documentos se recibirán en dos fechas, primera fecha (noviembre-febrero), segunda fecha (mayo-agosto), no obstante, la revista podrá recibir postulación en cualquier época del año.
3. Los artículos serán registrados atendiendo a su fecha de recepción, a partir de la cual será notificados vía e-mail.

### Primera revisión editorial

1. El Comité Editorial, por medio de su editor, revisará el cumplimiento de los aspectos formales establecidos en las normas de publicación para los autores y la pertinencia de la temática al ámbito de publicación de la revista.
2. El manuscrito podrá ser devuelto a los autores por incumplimiento formal de las normas de publicación, y sólo se remitirá a proceso de revisión y evaluación una vez se realicen los cambios informados a los autores a través de correo electrónico.
3. El Comité Editorial también podrá devolver el manuscrito de no ajustarse a la temática o ámbito de publicación de la revista, situación que será informada vía electrónica.
4. Una vez cumplidos los aspectos formales y previo concepto favorable de pertinencia, el Comité Editorial revisará el documento y lo remitirá a evaluadores externos.

### Revisión externa o por pares (peer review)

1. Una vez superada la etapa de revisión editorial los artículos se remitirán a pares evaluadores externos.
2. La revista utilizará el (Sistema Double Blind Review), en el cual se garantiza el anonimato de los pares evaluadores y de los articulistas, a fin de evitar sesgos personales, ideológicos, de género o de cualquier otra índole en el proceso de evaluación y publicación científica.
3. La revista contempla un directorio de pares (peer review) de carácter nacional e internacional atendiendo a las temáticas de la revista.
4. La selección de pares evaluadores externos se realizará atendiendo a su conocimiento y producción académica demostrada en las áreas específicas de la revista.
5. La elección de los evaluadores para cada artículo será realizada por el Comité Editorial, atendiendo al contenido de cada texto. Los artículos serán remitidos a dos (2) evaluadores externos, en caso de haber desacuerdo entre ellos, un tercer árbitro podrá ser consultado, por decisión del Comité Editorial.
6. Los evaluadores externos serán contactados para la remisión del documento a evaluar, una vez aceptada la designación realizada por el Comité Editorial, previa manifestación de confidencialidad y seguridad, contarán con un plazo de 8 días para el reenvío de la evaluación con las recomendaciones pertinentes.
7. El resultado de la evaluación externa será enviado al editor vía correo electrónico, quien la remitirá al autor de forma anónima.

### Aprobación o rechazo de documento

1. En atención a los informes realizados por los evaluadores el editor se comunicará con el autor o los autores de artículo indicando la decisión de aprobación, aprobación con modificaciones o correcciones o rechazo del manuscrito.
2. Para el caso de los artículos aceptados, se consignará la fecha de aceptación que será comunicada a los autores vía correo electrónico.
3. Si los artículos son aceptados, previa revisión, modificación o correcciones, el editor remitirá la evaluación y sugerencias.
4. El autor contará con 8 días para reenviar el texto con las modificaciones y/o recomendaciones sugeridas por los evaluadores a través del

- editor. En caso contrario se entenderá que el o los autores revocan su postulación a la revista.
5. Recibidos los textos se reenviarán a los evaluadores o miembros de Comité Editorial por 5 días para verificar el cumplimiento de las recomendaciones o la inclusión de los cambios sugeridos.
  6. Verificadas las correcciones por los evaluadores, remitirán su aval final y el editor notificará finalmente a los autores.
  7. Si el escrito es rechazado, el editor enviará una comunicación vía e mail al autor del artículo, indicando las razones de su rechazo.
  8. Aceptado el artículo, el autor o los autores deberán diligenciar y remitir. a) formato de autorización para la publicación y reproducción del artículo y b) formato de cesión de Derechos Patrimoniales.
  9. Las ideas y opiniones presentes en los artículos son de exclusiva responsabilidad del (de los) autor(es) y no reflejan necesariamente las opiniones de la Editorial.
  10. El Comité Editorial se reserva la decisión del número de la revista al que destinará la publicación del artículo, atendiendo a criterios editoriales que se notificarán al (los) autor (es).

### Corrección de estilo y diagramación

1. Una vez los artículos sean aprobados, los textos se someterán a corrección morfolingüística y de estilo.
2. Recibidas las correcciones los autores podrán realizar sugerir modificaciones y aprobar cambios de forma.
3. Una vez realizados los cambios, el editor remitirá en PDF, la última prueba diagramada para su última revisión. **No se admiten cambios en la estructura de los trabajos ya aceptados.**

### Ética de publicaciones

La Revista Vía Juris solicita a los intervinientes en el proceso editorial: editores, revisores, autores y demás participantes, someterse estrictamente a la normas éticas internacionales previstas por el Committee on Publication Ethics (COPE) <http://publicationethics.org/files/2008%20Code%20of%20Conduct.pdf>

### La publicación garantiza:

- a. La libertad de expresión de los autores, la atención a la diversidad y a las minorías.
- b. La libertad de decisión de los evaluadores y del editor. Las decisiones editoriales siempre se comunicarán de forma motivada a los autores.
- c. La responsabilidad del director, editor y coeditores en la preservación del anonimato de autores y revisores durante el proceso de revisión.
- d. El compromiso de confidencialidad con los datos y los textos por parte de evaluadores y editores.
- e. La revisión cuidadosa de los textos para evitar cualquier modalidad de plagio o manipulación de citas; mediante un detallado examen por medio de programas de detección de plagio, sumado al proceso de revisión por pares.
- f. Que en caso de controversias relativas a: i) publicaciones redundantes o publicadas; ii) sospecha de plagio en un manuscrito; iii) sospecha de datos inventados; iv) coautorías o adiciones de autores; v) conflicto de intereses, u otras; el procedimiento a seguir será el establecido por Committee on Publication Ethics (COPE).

### En cuanto a los autores deberán garantizar;

- a. La consistencia y fiabilidad en la investigación.
- b. Honestidad, sin fraude, falsificaciones o manipulación de datos.
- c. Originalidad, es decir que el documento no ha sido publicado o presentado simultáneamente a más de una publicación.
- d. Transparencia con las fuentes de financiación de la investigación, incluyendo el apoyo financiero directo e indirecto, el suministro de equipos o materiales u otro tipo de apoyo.
- e. Responsabilidad: los autores deberán ajustar el texto a las normas de publicación establecidas por la revista. Deben colaborar haciendo rápidas y ágiles las correcciones. Deben responder a la aceptación o rechazo y a las sugerencias de los revisores en los tiempos establecidos.
- f. Indicaciones sobre coautoría y presentación de información veraz.
- g. Respuesta oportuna a las solicitudes realizadas por el equipo editorial de la revista.

## Plagio

Al postular los artículos a la revista *Via Iuris* los articulistas envían la declaración de originalidad y autoría de los documentos postulados, así como la salvedad de que no están siendo postulados de manera simultánea a otra publicación. No obstante, y aunque la revista hace esfuerzos para evitar el plagio, en caso de presentarse, la responsabilidad legal recae sobre el o los autores de los contenidos a los que se les compruebe dicho plagio.

Los artículos que sean identificados como plagio, tendrán la advertencia pública y serán retirados de las versiones electrónicas de la revista. No obstante, se conservará la advertencia en las tablas de contenido.

## Conflicto de intereses

La Revista *Via Iuris* solicita a los autores, árbitros, director, editor, coeditor miembros de Comité Editorial o Científico y demás participantes o interesados en el proceso editorial declarar cualquier situación que pueda generar un conflicto de interés afectando la “validez o integridad de la investigación” (ver: Peiró, García-Altés, Meneu, Librero & Bernal, 2000, p. 1).

Es indispensable que en la ficha para el articulista se declare la fuente de financiación de la investigación.

## Política de retractación

La Revista *Via Iuris* vela por la calidad, originalidad, pertinencia, coherencia, transparencia y ética de los artículos publicados, no obstante la responsabilidad de los contenidos es exclusivamente de los autores.

En todos los casos en que se presenten conflictos de manera fundamentada, la revista *Via Iuris* solicitará al autor o autores las aclaraciones o fundamentaciones correspondientes, y son ellos quienes deberán responder legalmente por lo que se impute.

En caso de que no se cuente con la participación del o los articulistas en las correcciones, o aclaraciones correspondientes, la revista hará las aclaraciones que estime convenientes y enunciará de manera pública la falta de participación.

## Fe de erratas

En los casos en que se requiera, la revista *Via Iuris* publicará en su contenido (identificado en la tabla de contenido, y dispuesto al final de la publicación) una Fe de erratas al final del siguiente número, con las enmiendas a que haya lugar. Para el caso de la publicación electrónica, se hará la aclaración en el contenido del artículo al que se haga referencia y se anunciará debidamente en la tabla de contenido.

Dicha enmiendas se harán en los casos en que se identifiquen aspectos secundarios de tipo u de errores ortográficos, denominaciones u otros casos de menor importancia que no afecten de manera trascendente lo publicado. En caso de los errores identificados sean de otra naturaleza y que comprometan la veracidad y ética de los contenidos, serán abordadas con la política de retractación o plagio, según corresponda.

## Normas Éticas Internacionales

Cuando sea pertinente, se incluirá una explicación sobre los procedimientos seguidos en la investigación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios y normas éticas de la Declaración de Helsinki de 1975 y posteriores revisiones.

## Se solicita revisar los siguientes documentos:

Tur-Viñes, V., Fonseca, M. C. & Gutiérrez, B. (2012). Ética de la publicación científica: iniciativas y recomendaciones. *El profesional de la información*, vol. 21, septiembre-octubre (Nº5), pp. 491-497. Recuperado el 20/05/2013 de <http://eprints.rclis.org/17726/1/EPI%20publicado%20491-497.pdf>

## Referencias bibliográficas

Peiró, S., García-Altés, A., Meneu, R., Librero, J. & Bernal, E. (2000). La declaración del conflicto de intereses en las publicaciones científicas. *¿Tiempo para las luces y taquígrafos en la trastienda de la investigación financiada por la industria?* *Gaceta Sanitaria*, (6), 472-481. Recuperado el 20/05/2013 de [http://dx.doi.org/10.1016/S0213-9111\(00\)71915-7](http://dx.doi.org/10.1016/S0213-9111(00)71915-7)

## CONTACTO

Los artículos podrán entregarse o enviarse a:

### **Revista VIA IURIS**

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas  
y Relaciones Internacionales  
Fundación Universitaria Los Libertadores  
Cra 16 N° 63 A-68. Piso 3. Oficina 307.  
Sede Administrativa.  
PBX (57-1) 2544750 Ext. 3202-3204  
Bogotá D.C., Colombia

### **Dirigido a:**

Paula Lucía Arévalo Mutiz. Editora. Colombia  
Yenny Parra Zuluaga. Coeditora. Colombia  
E-mail: [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co)  
Página web: <http://revistas.libertadores.edu.co/>

REVISTA

VIA IURIS

Instructions for  
*Contributors*

IURIS

RIS

IURIS

## GENERAL CRITERIA

Via Iuris is a publication of the Faculty of Law, Political Science and International Affairs at Los Libertadores University, which is biannually published (January and July). Its editorial interest is put on the publication and diffusion of internal and external research results, both nationally and internationally. It intends to articulate topics of juridical and socio-juridical interest with other fields such as Political Science, International Affairs and Humanities in general, which are finally the areas where documents will be received.

The publication is addressed to specialized academic communities, research groups, and researchers in general, interested in publishing the results obtained in their research efforts carried out on the topics presented by the journal.

## FORMAL REQUIREMENTS FOR AUTHORS

### Article submission guidelines

Article submission type 1, 2 or 3, or the submission of any other document to the Journal Editor must be done by electronic document sent to [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co) through the OJS application <http://revistas.libertadores.edu.co/>, or as a printed document sent to the following address: Fundación Universitaria Los Libertadores. Faculty of Law, Political Science and International. Cra 16 N° 63A-68. Sede Administrativa Of 306 (Centro de Investigaciones Sociojurídicas). Bogotá D.C., Colombia. PBX (00) 57 -1- 25544750 / Ext 3204.

### Originality y exclusiveness

Articles must be forwarded to the Journal Editor together with a letter certifying that these are unpublished and original, that is, the author or authors certify and accept that: a) The text has not been forwarded simultaneously to another journal or b) that the text has not been previously published or accepted for publication in any other journal (see the Declaration of Originality form).

### Publication dates

The journal will be published on January and July yearly. Articles in Spanish, English, Portuguese and French will be accepted.

## Kind of articles accepted

Research and innovation articles will be received, understood as “original and unpublished production”<sup>1</sup> (TMG-COLCIENCIAS, 2013, p. 32), “on scientific, technological or academic subjects, as result of research, reflection or review processes” (p. 32). They will be evaluated by peers who appreciate originality, contribution, and validation of results.

The article categories preferably applicable for their publication in the magazine are<sup>2</sup>:

- 1. Scientific and technological research articles:** Documents that show, in a detailed manner, the original results of research projects. The structure generally used has four parts: Introduction, methodologies, results, and conclusions.
- 2. Reflection articles:** Documents that show the results of a research from an author’s analytical, investigative, or critical perspective about a specific topic and resorting to original sources.
- 3. Review article:** Documents resulting from a research where published or unpublished results are analyzed, systematized and integrated about a scientific or technical field, with the purpose of showing the progress and tendencies in their development. These documents are characterized by a conscientious bibliographical review of at least fifty (50) references.

### Other articles accepted are:

**Editorial:** Document written by the editor, a member of the editorial committee, or a guest researcher about some orientations on the topic scope of the journal.

**Literature review:** Critical presentation of literature concerning the interest of the field of study and those of the journal.

### Presentation of original texts

1. Text must be written in Word, font Arial 12, letter size, with a minimum extension of 25 pages and a maximum of 30, 1.5 spacing.

<sup>1</sup> See terms of reference for measurement of research groups 2013.  
<sup>2</sup> Information taken from the Índice Bibliográfico Nacional Publiindex. Available in <http://201.234.78.173:8084/publiindex/docs/informacionCompleta.pdf>. Accessed on June 18th, 2010

2. It must be clearly stated **the title**, the author's name, with footnotes expressing the **institutional affiliation**, the title of the project the article stems from, year of development, address, city, country, and e-mail account (see the attached form for the article writer<sup>3</sup>).
3. Forward, either electronically or physically, the authors' full CV containing information about academic and professional data, academic highlights, institutional and personal e-mail, and research group to which he/she belongs to.
4. Articles must include a) an analytical abstract b) the abstract must be in its original language and English, with a maximum extension of 200 words. It must also include c) Six (6) Key words, d) Key words describing the content must be written in Spanish and English, e) introduction, f) methodology, g) results and discussion, h) conclusions, i) bibliography and, when necessary, j) tables, figures, and graphics (with an appropriate resolution).
5. Citations must be written following **APA** (regulations established by the American Psychological Association, Sixth Edition, 2009)<sup>4</sup>, in agreement with the following criteria.

### Short quote

It is less than 40 words long, and it is transcribed immediately afterwards, as part of the text, between quotation marks.

Example:

"There will not always be crimes, but there will always be maladaptive, sick, rebel personalities, that is, subject of amendment to whom is compulsory to restrict the autonomy they enjoy" (Pérez, 1950, p. 13).

### Extensive quotation

It must have 40 or more words, and it is separated from the normal text of the document, being all the paragraph indented, without quotation marks and double-spaced.

3 The requested form must include: Title of the Article; Author(s); Institution (research group); Academic Degrees; Publications in other journals; Full Address; Phone Number; Fax; and e-mail.  
4 Taken from APA 2001.

Example:

It should be noted here that the bankruptcy unenforceability operates within the boundaries of the injury suffered by the creditors, for which the contested measure has no effect, with full force and effect between the parties and in respect of non-creditors third parties, whereby, the object of the restitution is the good taken from the debtor's assets, following its guarantee function, not being transferred the property back to the debtor's head (Grillo, 2002, p. 106).

### Paraphrase

It is defined as the synthesis or summary of the contributions and analysis of an author. It must be identified with the author's name, the year of production of the text in parentheses, and the information will be presented in the writer's own words. This kind of quote does not require the page number.

Example:

In this vein, Grillo (2002) expresses how in the inefficiency action the act celebrated by the debtor does not cause effects to creditors, but if does have effects between the parties which concluded the business (between the debtor and the third). At the end, the aim is to proceed as if the act, object of the action, never been done.

### Citations within quotations

When quotes mentioned by other authors are referenced.

Example:

(Kant, pp. 95-96, 2005, quoted by Nagel, & Sen, 2007).

At the end of the document there must be a heading stating "Bibliographical References". The reference list must be done using the bibliographical sources used in the text, by alphabetical order and taking as a referent the first author cited.

The reference list must be written at 1.5 spacing, with indentation in the second line and separated by a full stop, new paragraph.

Bibliographical references must be listed as follows:

### Books

Author, A. (2003). *Title*. Place of publication: Publishing House.

### Chapter of a book

Author, A. (2003). Title of the chapter. In A. Axxxx y B. Bxxxx (Edits.), *Title* (pp. 111-222). Place of publication: Publishing House.

### Periodical or non-periodical publication (articles in journals)

Author, A. (2003). Title of the article. *Title of the journal, volume or year* (issue of the journal), pages.

Author, A., Author, B., Author, C., Author, D. & Author, E. (2003). Title of the article. *Title of the journal, volume or year* issue of the journal), pages.

Author, A., Author, B., Author, C., Author, D. & Author, E. (2003). *Title* (Nº of edition or re-impression; translator). Place of publication: Publishing House. (Date of publication of original work, in case it is a translation).

### On-line electronic documents of periodical or non-periodical publication

Author, A., Author, B., Author, C., Author, D. & Author, E. (2003). Title of the article. *Title of the on-line publication*. Accessed on month, day and year at <http://www.xxxx.xxxx/xxx>

Author, A., Author, B., Author, C., Author, D. & Author, E. (2003). *Title of the work, article or publication*. Accessed on month, day and year at <http://www.xxxx.xxxx/xxx>

### Congresses or any other event

Author, A. (2003). *Title*. Speech presented in *Name of the Congress or event, Place, Country*.

Author, A. (2003). *Title of the work*. Presented at the Poster Session in *Name of the Congress or event, Place, Country*.

### Thesis and graduation projects

Author, A. (2003). *Title*. *Unpublished Doctoral Research, Name. University, City, Country*.

## For juridical material the following advices must be taken into account

### National Juridical Material

#### Constitution

Official name of the Constitution, [abbreviation]. Cited article. Date of the Constitution promulgation (Country).

#### Laws without codes

Number, Year. Subject matter. Date of promulgation. Official Gazette, abbreviated as "O.G", where the law was published.

#### Laws with codes

Official title of the code, [abbreviation]. Number and year. Article(s) cited. Date of promulgation (country of origin).

#### Jurisprudence

Court that pronounced the judgment. Chamber or section (if applicable). Number of the judgment or process. (Magistrate Advisor of Judge; date of ruling must be indicated).

### International Juridical Material

#### International bilateral Treaties and Agreements:

Name of the Treaty or Agreement. Topic. Participant States. Article. Date.

#### Multilateral Treaties and Agreements:

Name of the Treaty or convention. Article. Date of signature.

#### International Courts Jurisprudence:

Name of the Court. Name of Case (Axxx Vs Bxxx), Abbreviated volume number. Decision publishing date.

#### Other cases such as arbitral awards

Axxx Vs. Bxxx. Case reference. Type of process (Date).

## RECEPTION, ARBITRATION, APPROVAL, AND PUBLICATION OF ARTICLES.

The procedure for the reception, arbitration, approval, and publication of articles will go through the following stages: reception, editorial review, peer review, acceptance or refusal of texts, style correction, layout, publishing and delivery of copies.

### Reception of articles

1. The articles will be received in an electronic text format at the e-mail account [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co) or through the OJS application <http://revistas.libertadores.edu.co/>, or physically by mail in the Fundación Universitaria Los Libertadores, Faculty of Law, Political Science and International. Cra 16 N° 63A-68. Oficina 306 (Centro de Investigaciones Sociojurídicas).. Bogotá D.C., Colombia. PBX (00) 57-1-25544750 / Ext 3204.
2. The documents will be received in two due dates, first date (November- February), second date (May-August). However, the Journal could receive submissions any time of the year.
3. Articles must be registered according to due dates. A notice will be sent via e-mail.

### First editorial review

1. The editorial committee, by means of the editor, will check the fulfillment of all the formal aspects established in the publication regulations for authors and the pertinence with the journal topic scope.
2. The original could be returned to the sender(s) if formal failure to comply with the regulations is observed, and will only be sent to revision and evaluation once informed changes are made by the author(s) via e-mail.
3. The editorial committee can also return an original if it does not adjust to the topic domain of the journal. This decision will be informed via e-mail.
4. Once accomplished all the formal aspects and previous to a favorable pertinence concept, the committee will check the document and send it to external evaluators.

### External or peer review

1. Once accomplished the editorial review stage, articles are sent to **external or peer** evaluation.

2. The journal will use the Double Blind Review System, which guarantees the peer evaluators and authors' anonymity, in order to avoid personal, ideological, gender or any other kind of interference along the evaluation process and scientific publication.
3. The journal counts on a national and international peer directory (peer review) pointing out to the topics contained in the journal.
4. The selection of external evaluation peers will be carried out taking into consideration their prove knowledge and academic production in specific areas.
5. The selection of evaluators for each article will be in the hands of the Editorial Committee, according to the content of each text. Articles will be submitted to two (2) external evaluators; in case of disagreement between them, a third evaluator might be consulted, as decided by the Editorial Committee.
6. External evaluators will be contacted for the submission of the document to be evaluated, once accepted the designation made by the Editorial Committee, previous manifestation of confidentiality and security. They will have 8 days for the submission of the evaluation with the pertaining recommendations.
7. External evaluation results will be sent to the Editor via e-mail, and he/she will be in charge of sending this information to the authors anonymously.

### Approval or rejection of documents

1. Taking into account the evaluators' reports, the Editor will contact the author(s) to inform the approval, approval with modifications or corrections or rejection of the article.
2. In the case of approved articles, authors will be informed via e-mail about the due dates.
3. If articles are accepted after previous revision, modification or corrections, the editor will send the evaluation and suggestions.
4. The author will have 8 days to send the article back with the modifications and/or corrections suggested by the evaluators through the editor. Otherwise, it will be understood that authors revoked their proposals.
5. Once received the texts, they will be sent back again to the evaluators or to the members of the Editorial Committee for 5 days in order



for them to verify if changes were made in compliance with evaluators' suggestions.

6. After verifying the corrections, evaluators will send their final consent and the editor will notify the authors.
7. If the document is rejected, the editor will send the author an e-mail pointing out the reasons.
8. Once accepted the document, the author(s) must submit a) the authorization format for publication and reproduction, b) the format for Property Rights transfer.
9. The ideas and opinions stated in the articles are the author's responsibility and they do not necessarily reflect the editorial opinion.
10. The Editorial Committee reserves to itself the decision concerning the issue in which the article will be published, following editorial criteria that will be notified to the author(s).

### Style correction and layout

1. Once approved, the articles will be subject to morpho-syntactic and style revision.
2. Having received the corrections, authors can make and suggest modifications and approve form changes.
3. When changes are made, the editor will submit, in PDF format, the last designed draft for revision. **No structural changes are allowed in approved documents.**

### Publications Ethics

Via Iuris journal requests those involved in the editorial process: editors, reviewers, authors, and other participants, to strictly follow international ethical standards provided by the **Committee on Publication Ethics (COPE)**.

<http://publicationethics.org/files/2008%20Code%20of%20Conduct.pdf>

### Publication guarantees:

- a. Freedom of speech of the authors, attention to diversity and minorities.
- b. Freedom of choice of reviewers and editor. Editorial decisions will always be communicated with reasons to the authors.
- c. The responsibility of the director, editor and coeditors in preserving the anonymity of authors and reviewers during the review process.
- d. The confidentiality agreement with the data and texts by reviewers and editors.
- e. Careful review of the texts to avoid any form of plagiarism or quotes manipulation; through a detailed review through plagiarism detection programs, coupled with the peer review process.
- f. In case of controversy related to: i) Redundant or published publications; ii) Suspected plagiarism in manuscript; iii) Suspected fabricated data; iv) Coauthorship or addition of authors; v) Conflict of interest, or any other, the procedure will be the established by the **Committee on Publication Ethics (COPE)**.

### Concerning the authors, they must ensure;

- a. Consistency and reliability in research.
- b. Honesty, no fraud, forgery or manipulation of data.
- c. Originality, ie. that the document has not been published or submitted simultaneously to more than one publication.
- d. Transparency with sources of research funding, including direct and indirect financial support, provision of equipment or materials or other support.
- e. Disclaimer: The authors should adjust the text to publication standards established by the magazine. They must work making corrections fast and agile. They must respond to the acceptance or rejection and suggestions of the reviewers in the established times.
- f. Information on authorship and presentation of accurate information.
- g. Timely response to requests made by the editorial team of the magazine.



## Plagiarism

When submitting articles to Via Iuris journal, the article writers send the Declaration of Originality and Ownership of the submitted documents, as well as their declaration of not being simultaneously submitting them to other publications. Nevertheless, and in spite of the efforts the Journal makes in order to avoid plagiarism, if it occurs, the author(s) of the contents found as plagiarism will be appointed as legally liable.

The articles identified as plagiarism will be publicly denounced and removed from the electronic versions of the Journal. However, the public denouncement will remain included in the table of contents.

## Conflict of interests

Via Iuris journal requests the authors, arbitrators, director, editor, coeditor, members of the Editorial or Scientific Committee, or other participants and interested parties in the editorial process to inform any situation that might generate a conflict of interests affecting the “validity or integrity of the research” (see: Peiró, García-Altés, Meneu, Librero & Bernal, 2000, p. 1).

It is necessary to include the source of funding for the research in the article’s writer form.

## Retraction Policy

Via Iuris Journal strives for the quality, originality, relevance, coherence, transparency, and ethics of the published articles, although the authors are exclusively liable for their contents.

In all cases in which well supported conflicts may arise, Via Iuris Journal will request the author(s) to state the corresponding clarifications or explanations, and these will be the ones who will be considered legally liable for any accusations attributed to them.

In the case there is no participation from the article writer(s) in the corresponding corrections or clarifications, the Journal will formulate the clarifications it considers appropriate and will publicly state the author(s) lack of participation.

## Errata

For all cases deserving it, Via Iuris Journal will publish in its content (mentioned in the table of contents and presented at the final part of the publication) an Errata section at the end of the following issue with the necessary corrections. In the case of the electronic publication, the clarification will be included in the content of the referred article and will be appropriately mentioned in the table of contents.

Such corrections will be made for the cases in which secondary aspects of typing or spelling errors, names or other cases of lesser importance do not transcendently affect the published content. When the identified errors are more severe, compromising the veracity and ethics of the contents, they will be correspondingly subjected to the retraction or plagiarism policy.

## International Ethical Norms

Whenever necessary, an explanation on the followed procedures for research will be included to guarantee the fulfillment to the principles and ethical norms in the Declaration of Helsinki (1975) and subsequent revisions.

## It is requested that you check the following document:

Tur-Viñes, V., Fonseca, M. & Gutiérrez, B. (2012). Ética de la publicación científica: iniciativas y recomendaciones. *El profesional de la información*, vol. 21, septiembre-octubre (Nº 5), pp. 491-497. Accessed on 20/05/2013 of <http://eprints.rclis.org/17726/1/EPI%20publicado%20491-497.pdf>

## Bibliographical References

Peiró, S.; García-Altés, A.; Meneu, R.; Librero, J.; Bernal, E. (2000). La declaración del conflicto de intereses en las publicaciones científicas. ¿Tiempo para las luces y taquígrafos en la trastienda de la investigación financiada por la industria? *Gaceta Sanitaria*, vol. 14 (6), 472-481. Accessed on 20/05/2013 of [http://dx.doi.org/10.1016/S0213-9111\(00\)71915-7](http://dx.doi.org/10.1016/S0213-9111(00)71915-7)



## CONTACT

Articles can be submitted or sent to:

### **Revista VIA IURIS**

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas  
y Relaciones Internacionales  
Fundación Universitaria Los Libertadores  
Cra 16 N° 63A-68. Piso 3. Oficina 307.  
Sede Administrativa.  
PBX (57-1) 2544750 Ext 3202-3204  
Bogotá D.C., Colombia

### **Addressed to:**

Paula Lucía Arévalo Mutiz. Editora. Colombia  
Yenny Parra Zuluaga. Coeditora. Colombia  
E-mail [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co)

**Web page:** <http://revistas.libertadores.edu.co/>

REVISTA

VIA IURIS

Orientações  
*para os autores*

IURIS

RIS

IURIS

## CRITÉRIOS GERAIS

A revista Via Iuris, é uma publicação arbitrada da Faculdade de Direito, Ciências Políticas e Relações Internacionais da Fundación Universitaria Los Libertadores com periodicidade bianual (é público em janeiro e julho). Cujo interesse editorial reside na publicação e divulgação de resultados de pesquisa interna, nacional e estrangeira. Busca articular questões de interesse legal e sócio legal, com outros campos de conhecimento, tais como Ciência Política, Relações Internacionais e as Ciências Humanas em geral, enfim, são as áreas em que os documentos são recebidos.

A publicação é destinada a comunidades acadêmicas especializadas grupos de pesquisa e pesquisadores em geral, interessados em publicar resultados de pesquisas nos assuntos (“temas” também poderia ser) apresentados pela revista.

## REQUISITOS FORMAIS PARA AUTORES

### Remissão dos artigos

Enviar artigos do tipo 1,2 ou 3 ou outros documentos para o editor da revista em digital ao correio eletrônico: [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co) ou pela aplicação Open Journal System (OJS) <http://revistas.libertadores.edu.co/> ou por meio físico enviado ao endereço Fundación Universitaria Los Libertadores. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas e Relaciones Internacionales. Cra 16 N° 63A-68. Sede Administrativa. Of 306 (Centro de Investigaciones Sociojurídicas). Bogotá D.C., Colombia. PBX (00) 57 -1- 25544750 / Ext 3204.

### Originalidade e exclusividade

Os artigos submetidos devem ser enviados para o editor da revista, com uma letra dizendo que eles são inéditos e originais, ou seja, que o autor ou autores concorda (m) que: a) os textos não foram postulados em outras publicações ou b) que os artigos apresentados não foram publicados ou aceitos para publicação em outro jornal (veja declaração de originalidade)

### Datas de publicação

A revista será publicada entre janeiro e julho de cada ano. Artigos em espanhol, inglês, francês, português, serão recebidos.

## Tipos de artigos recebidos

Serão recebidos artigos de pesquisa e inovação entendida como “produção, original e inédita”<sup>1</sup> (TMG-COLCIENCIAS, 2013. p.32), “ de conteúdo científico, tecnológico ou acadêmico, produto de processos de pesquisa, reflexão ou revisão” (p. 32) sujeita a revisão por pares que valorizam a originalidade, importância e validação dos resultados.

Os tipos de artigos que aplicam especialmente para a revista são<sup>2</sup>:

1. **Artigo de pesquisa científica e tecnológica:** documento que apresenta em detalhe os resultados de pesquisas originais.
2. **Artigo de reflexão:** documento que apresenta resultados de pesquisa desde uma perspectiva, investigação ou crítica sobre um tema específico e com uso de fontes originais.
3. **Artigo de revisão:** documento resultado de uma pesquisa onde são analisados, sistematizados e integrados os resultados de pesquisas publicados ou não publicados, em um campo da ciência ou tecnologia, a fim de explicar o progresso e as tendências de desenvolvimento. Caracteriza-se por apresentar uma revisão completa de pelo menos cinquenta (50) referências.

### Outros artigos que recebe a revista são:

**Editorial:** documento escrito pelo editor, um membro do conselho editorial ou um pesquisador convidado sobre orientações no domínio temático da revista.

**Resenha do livro:** apresentações críticas sobre literatura de interesse do campo de estudo e interesse da publicação.

### Apresentação de originais

1. Serão recebidos em Word, fonte Arial 12, papel tamanho carta, com um mínimo de 25 páginas e um máximo de 30, a 1.5 espaços.
2. Deve apresentar-se de forma clara, o título do trabalho, nome do autor, uma legenda de pé de página que indicando afiliação institucional,

1 Consulte os termos de referência para medição de grupos de pesquisa 2013.

2 Informação obtida a partir do Índice Bibliográfico Nacional Publin-dex disponível em: <http://201.234.78.173:8084/publindex/docs/informacionCompleta.pdf>. Foi consultado 18 de junho de 2010.



título do projeto origem do artigo, ano de desenvolvimento, endereço de localização, cidade e país e correio eletrônico (ver guia anexa para o autor do artigo<sup>3</sup>).

3. Apresentar em meio magnético, eletrônico ou físico, **Currículo** do autor, que tenha os dados acadêmicos e profissionais, carreira acadêmica e correio eletrônico institucional e pessoal e grupo de pesquisa.
4. Os artigos devem ter um: a) resumo analítico b) (abstract) na língua original (inglês-espanhol), com um máximo de 200 palavras. Além disso, contêm c) seis palavras-chave d) seis(6) palavras-chave que descrevem o seu conteúdo nos idiomas acima e) introdução f) metodologia g) resultados e discussão h) conclusões i) bibliografia e se for do caso j) tabelas, figuras e gráficos (com resolução adequada)
5. As citações devem ser apresentadas utilizando o método de citação APA (regras da American Psychological Association, 6 edição, 2009<sup>4</sup>), com base nos seguintes critérios:

### Citação textual curta:

É menos de 40 palavras, transcrita-se logo em seguida uma parte do texto entre aspas.

#### Exemplo:

“No siempre habrá delitos, pero siempre existirán personalidades desadaptadas, enfermas, rebeldes, esto es, sujetos de enmienda a quienes en forzoso restringir la autonomía de la que gozan” (Pérez, 1950, p. 13).

### Citação textual extensa

Deve ter 40 ou mais palavras, separa-se do texto normal do documento, todo o parágrafo recuado, sem aspas e espaço duplo.

#### Exemplo:

Debe tenerse en cuenta aquí que la inoponibilidad concursal opera dentro de los límites del perjuicio sufrido por los acreedores, respecto de los cuales el acto impugnado no tendrá efecto,

siendo plenamente válido y eficaz entre las partes y también respecto de los terceros no acreedores, por lo cual, la mentada restitución es del bien salido del patrimonio del deudor a su función de garantía, no transfiriéndose la propiedad nuevamente a cabeza del deudor (Grillo, 2002, p. 106).

### Parafrasear:

Quando sintetizado ou resumo as contribuições e análise do autor, apresenta-se o nome do autor, ano de publicação do texto em parêntesis e a informação em palavras do redator, este tipo de citação não requer página.

#### Exemplo:

En este orden, Grillo (2002) expresa como la acción de ineficacia el acto celebrado por el deudor no causa efectos a los acreedores, pero si tiene efectos entre las partes que celebraron dicho negocio (entre el deudor y el tercero). En el fondo lo que se pretende es actuar como si el acto, objeto de la acción, no se hubiere realizado.

### Citação de citação

Sempre que se faça referência a citações mencionadas por outros autores.

#### Exemplo:

(Kant, pp. 95-96, 2005, citado por Nagel & Sen, 2007).

Serão incluídas no final do trabalho no parágrafo titulado “REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS”. A lista de referências será feita usando as fontes usadas nos textos. Serão apresentadas em ordem alfabética, com referência ao primeiro autor.

A lista de referências deve ser apresentada com um espaçamento de 1.5, recuado na segunda linha e separados por um ponto final.

As referencias bibliográficas devem-se apresentar da seguinte forma:

### Livros:

Autor, A. (2003). Título da obra ou publicação. Lugar de publicação: editorial.

3 Título do artigo; Autor (es); Afiliação institucional; Grupo de pesquisa; Dados acadêmicos; Publicações em outras revistas; Endereço completo; Numero de telefone; Fax e endereço de e-mail.  
4 Tomado do APA manual 2009.



### Capítulos de um livro

Autor, A. (2003). Título do capítulo. Em A. Axxxx e B. Bxxxx (Edits), título da obra ou publicação (pp. 111-222). Lugar de publicação: Editorial.

### Publicações periódicas e não periódicas (artigos de jornal ou revista, mas geralmente usa-se o conceito de revista)

Autor, A. (2003). Título do artigo. Título da revista, volume ou ano (numero da revista), páginas.  
Autor, A., Autor, B., Autor, C., Autor, D. & Autor, E. (2003). Título do trabalho ( numero de edição ou reimpressão: tradutor). Lugar de publicação: editorial. (data de publicação do trabalho original, no caso que seja tradução).

### Documentos eletrônicos de publicação periódica e não periódica on-line

Autor, A., Autor, B., Autor, C., Autor, D. & Autor, E. (2003). Título do artigo. Título da publicação on-line. Retirado (obtido) o dia, mês e ano em: <http://www.xxxx.xxxx/xxx>  
Autor, A., Autor, B., Autor, C., Autor, D. & Autor, E. (2003). Título da obra, artigo ou publicação. Retirado (obtido) o dia, mês e ano em: <http://www.xxx.yyy/zzz>

### Conferências e outros eventos

Autor, A. (2003). Título do trabalho. Trabalho apresentado no Congresso ou nome do evento, cidade e país.  
Autor, A. (2003). Título do trabalho. Apresentado na sessão de Pôsteres no Congresso ou nome do evento, cidade, país.

### Teses e obras de grau

Autor, A. (2003). Título do trabalho. Tese de doutorado sem publicação, nome da universidades, cidade, país.

### Para material jurídico deve satisfazer as seguintes recomendações:

#### Material Jurídico Nacional

##### Constituição

O nome oficial da constituição, [abreviatura]. Artigo citado. Data de promulgação da constituição (país da constituição).

##### Leis que não contêm códigos

Numero, ano da lei, tema de que é a lei. Data da promulgação da lei. Jornal oficial abreviado "pode ser J.O" ( pra o Brasil o países de língua portuguesa). Em que a lei foi publicada.

##### Leis que contêm códigos

Título oficial do código, [abreviatura]. Numero e ano da lei. Artigo(s) citado (s). Data de promulgação (país da origem).

##### Jurisprudência

Tribunal de pronunciar o julgamento. Quarto seção (se aplicável). Numero de julgamento ou processo. (Juiz ou diretor comprobatórios; data providência indicado).

#### Material Jurídico Internacional

##### Tratados e acordos internacionais bilaterais:

Nome do tratado ou acordo. Assunto do tratado. Estados participantes. Artigo e data.

##### Tratados e acordos multilaterais

Nome do tratado o da convenção. Artigo. Data da assinatura do tratado.

##### Jurisprudência dos tribunais internacionais:

Nome do tribunal. Nome do caso (Axxx Vs Bxxx), numero abreviado do volume. Data de publicação da decisão.

##### Outros casos como sentenças arbitrais

Axxx Vs Bxxx. Referência do caso. Tipo de processo (data).

## RECEPÇÃO DE ARTIGOS, ARBITRAGEM, ACEITAÇÃO E PUBLICAÇÃO

O procedimento para aceitação e publicação dos artigos compreende os seguintes passos: recepção, revisão editorial, aceitação ou rejeição dos artigos, edição de texto, diagramação da revista, publicação e distribuição de cópias.

### Recepção de artigos

1. Os artigos serão recebidos em digital no correio eletrônico [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co) ou pela aplicação Open Journal System (OJS) <http://revistas.libertadores.edu.co/> ou por meio físico enviado ao endereço Fundación Universitaria Los Libertadores. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas e Relaciones Internacionales. Cra 16 Nº 63A-68. Sede Administrativa Of 306 (Centro de Investigaciones Sociojurídicas). Bogotá D.C., Colombia. PBX (00) 57 -1-25544750 / Ext 3204.
2. Os artigos serão recebidos em duas datas, a primeira data (novembro-fevereiro), segunda data (maio-agosto).
3. Os artigos deverão ser registrados de acordo com sua data de recepção, a partir do qual será notificado via e-mail.

### Primeira revisão editorial

1. O conselho editorial pelo seu editor irá a revisar a conformidades dos aspectos formais estabelecidos nas normas de publicação para autores e relevância do tema para o campo da publicação de revistas
2. O artigo pode ser devolvido aos autores por uma violação das regras de publicação e só são enviados para o processo de revisão e avaliação, quando façam-se as mudanças informadas aos autores por e-mail.
3. O conselho editorial pode devolver o artigo não se adequar ao tema ou área de publicação de revistas, uma situação que será informada por e-mail.
4. Depois de satisfazer os aspectos formais e após aprovação de relevância, o conselho editorial analisará o documento e enviá-lo para avaliadores externos.

## Avaliação externa ou dupla de jurados expertos

1. Uma vez passada a avaliação editorial, os artigos serão enviados para jurados externos.
2. A revista usará o sistema de avaliação duplamente anônima, no qual garantia-se o anonimato dos jurados avaliadores e autores a fim de evitar vieses pessoais ideológicos, gênero ou quaisquer outros vícios no processo de revisão e publicação científica.
3. A revista fornece um diretório de jurados (peer review) ao nível nacional e internacional para as edições da revista.
4. A seleção de jurados externos serão realizado de acordo com o seu conhecimento e produção acadêmica demonstrada em áreas específicas da revista.
5. A escolha dos jurados para cada artigo será feita pelo conselho editorial, de acordo com o conteúdo de cada texto. Os artigos, serão enviados para dois jurados externos, se houver discordância entre eles, um terceiro jurado será consultado por decisão do conselho editorial
6. Os jurados externos serão contatados para remissão do artigo a avaliar, uma vez aceita a designação pelo conselho editorial, previa declaração de confidencialidade e segurança, eles tem um prazo de 8 dias para encaminhar as recomendações de avaliação relevantes.
7. Os resultados da avaliação externa será enviado via e-mail para o editor, que irá encaminhá-lo ao autor de forma anônima.

### Aprovação ou rejeição do artigo

1. Em resposta aos reportes dos jurados o editor irá contatar o autor ou autores do artigo que indica a decisão de aprovação, aprovação com modificações ou correções ou rejeição do manuscrito.
2. No caso dos artigos aceitos, a data de aceitação será inserida e será comunicada aos autores via e-mail.
3. Se os artigos são aceitos após revisão, modificação ou correções o editor deve transmitir a avaliação e sugestões.
4. O autor terá 8 dias para encaminhar o texto com modificações e/ou recomendações sugeridas pelos jurados por meio do editor. Caso contrário, será entendido que ele ou os autores revogar a sua postulação para a revista

5. Recebidos textos, serão encaminhados aos jurados ou membros do Conselho Editorial durante 5 dias para verificar o cumprimento das recomendações ou a inclusão das mudanças sugeridas.
6. Verificadas as correções pelos avaliadores, eles devem enviar a sua aprovação final e finalmente o editor notificará os autores.
7. Se o artigo é rejeitado, o editor deve enviar uma comunicação via e-mail para o autor do artigo, indicando as razões da sua rejeição.
8. Se o Artigo é aprovado, o autor ou os autores devem preencher e enviar: a) O formulário de autorização para a publicação e reprodução do artigo, b) Formato de transferência dos direitos econômicos.
9. As ideias e opiniões em artigos são de responsabilidade exclusiva de autor (es) e não refletem necessariamente as opiniões do editor.
10. O Conselho Editorial se reserva a decisão do número da revista para a publicação do artigo, tomando posições editoriais que se informarão aos autores.

### Edição de texto e diagramação

1. Uma vez que os artigos sejam aprovados, os textos estão sujeitos a correção morfolinguística e estilo.
2. Recebidos correções, os autores sugerem que pode fazer modificações e aprovar as mudanças de forma.
3. Após fazer as mudanças, o editor deve enviar em PDF, o último teste diagramado destinado a última revisão. **As mudanças não são permitidos na estrutura dos trabalhos já aceitos.**

### Ética de Publicações

A revista Via Iuris solicita aos envolvidos no processo editorial: editores, jurados, autores e outros participantes, seguir rigorosamente as normas éticas internacionais estabelecidas pelo Committee on Publication Ethics (COPE) <http://publicationethics.org/files/2008%20Code%20of%20Conduct.pdf>

### A publicação assegura:

- a. A liberdade de expressão dos autores, a atenção à diversidade e às minorias.
- b. A liberdade de escolha dos avaliadores e do editor. As decisões editoriais sempre devem-se comunicar de forma motivada aos autores.
- c. A responsabilidade do direto, editor ou editores em preservar o anonimato dos autores e jurados durante o processo de revisão.
- d. O acordo de confidencialidade com os dados e textos de jurados e editores.
- e. Uma revisão cuidadosa dos textos, para evitar qualquer forma de plágio ou manipulação de consultas, através de uma análise detalhada através de programas de detecção de plágio, conjuntamente com o processo de revisão por pares.
- f. Que em caso de litígios relativos a: i) publicações redundantes ou publicados ii) Suspeito de plágio de manuscrito iii) suspeito de dados fabricados iv) coautoria ou adições de autores, v) Conflito de interesses, ou outros. O procedimento será estabelecido pelo Committee on Publication Ethics (COPE).

### Como os autores devem garantir

- a. A consistência e confiabilidade na pesquisa.
- b. Honestidade, sem fraude, falsificação ou manipulação de dados.
- c. Originalidade, ou seja, que o documento não foi publicado ou submetido simultaneamente a mais de uma publicação.
- d. Transparência com as fontes de financiamento da pesquisa, incluindo apoio financeiro direto e indireto, o fornecimento de equipamento, material ou outro tipo de apoio.
- e. Responsabilidade: os autores devem ajustar o texto às normas de publicação estabelecidas pela Revista. Devem trabalhar fazendo correções rápidas e ágeis. Devem responder à aceitação ou rejeição e sugestões dos colaboradores nos tempos estabelecidos.
- f. Indicações sobre a autoria e apresentação de informações precisas.
- g. Resposta atempada aos pedidos feitos pela equipe editorial da revista.

## Plágio

Ao postular os artigos para a revista Via Iuris os escritores devem enviar a declaração de originalidade e autoria dos textos postulados, assim como aclarando que eles não estão sendo apresentados simultaneamente em outra publicação. No entanto, embora a revista está fazendo esforços para evitar o plágio, em caso de se apresentar, a responsabilidade legal recai sobre o autor ou autores do conteúdo em caso se confirme o plágio.

Los artículos que sejam identificados com plagio, terão advertência pública e serão removidos das versões eletrônicas da revista. No entanto, o aviso se manterá nas tabelas de conteúdo.

## Conflitos de interesse

A revista Via Iuris pede autores, árbitros, diretor, editor, coeditor, membros do Conselho Editorial e Conselho Científico e outras pessoas envolvidas ou interessadas no processo editorial declarar qualquer situação que possa criar um conflito de interesses afetando a “validade ou integridade da pesquisa” (ver: Peiro, García-Altés, Meneu, Librero & Bernal, 2000, p. 1).

É essencial que a guía para o autor se declare a fonte do financiamento da pesquisa.

## Política de retratação

A Revista Via Iuris, garante a qualidade, originalidade, relevância, coerência, transparência e ética dos artigos publicados, no entanto, a responsabilidade de conteúdo é exclusividade dos autores.

Em todos os casos onde os conflitos surgem motivos justificados, a revista Via Iuris vai pedir ao autor ou autores esclarecimentos ou fundamentação correspondente, e são eles quem devem ser legalmente responsáveis por aquilo que se impute.

Em caso de não contar com a participação de autores, correções os esclarecimentos pertinentes, a revista vai sugerir as esclarecimentos que considere adequadas e deve declarar publicamente a falta de participação.

## Erratas

Nos casos em que for necessário, a revista Via Iuris publicará no seu conteúdo (identificado na tabela de conteúdo, e pronto no final da publicação) errata no final do próximo número, com as mudanças que possam ser necessárias. No caso da publicação eletrônica, o esclarecimento será feito no conteúdo do artigo ao que se faz referência e devidamente anunciado na tabela de conteúdo.

Tais mudanças serão feitas nos casos em aspectos secundários de digitação ou erros de ortografia, nomes ou outros casos menores que não afetam de maneira transcendente o publicado. Se os erros identificados são de natureza diferente e que comprometem a veracidade e ética dos conteúdos, eles serão tratados com a política de retratação ou plágio, segundo corresponda.

## Normas Éticas Internacionais

Se for o caso, será incluída uma explicação dos procedimentos seguidos na pesquisa para garantir a conformidade como os princípios e normas éticas da Declaração de Helsinki de 1975 e revisões posteriores.

## Recomenda-se a revisão do texto seguinte

Tur-Viñes, V., Fonseca, M. C. & Gutiérrez, B. (2012). Ética de la publicación científica: iniciativas y recomendaciones. *El profesional de la información*, vol. 21, septiembre-octubre (Nº5), pp. 491-497. Retirado 20/05/2013 de <http://eprints.rclis.org/17726/1/EPI%20publicado%20491-497.pdf>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Peiró, S.; García-Altés, A.; Meneu, R.; Librero, J.; Bernal, E. (2000). La declaración del conflicto de intereses en las publicaciones científicas. ¿Tiempo para las luces y taquígrafos en la trastienda de la investigación financiada por la industria? *Gaceta Sanitaria*, (6), 472-481. Retirado 20/05/2013 de [http://dx.doi.org/10.1016/S0213-9111\(00\)71915-7](http://dx.doi.org/10.1016/S0213-9111(00)71915-7)

## CONTATO

Os artigos devem se-entregar ou se-enviar a:

### Revista VIA IURIS

Centro De Investigaciones Socio Jurídicas.  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones  
Internacionales  
Fundación Universitaria Los Libertadores  
Cra. 16 Nº 63A-68. Piso 3. Oficina 307.  
Sede Administrativa.  
PBX ( 57-1) 2544750 Ext 3202-3204  
Bogotá D.C., Colombia

### Endereçado a:

Paula Lucía Arévalo Mutiz. Editora. Colômbia  
Yenny Parra Zuluaga. Coeditora. Colômbia  
E-mail: [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co)  
Site: <http://revistas.libertadores.edu.co/>

IURIS

RIS

IURIS

## CRITÈRES GÉNÉRAUX

Le Magazine *Via Iuris* est une publication arbitrée par l'École de Droit, Sciences Politiques et Relations Internationales de la Fundación Universitaria Los Libertadores, publiée semestriellement (Janvier et Juillet). Dont son intérêt éditorial reste dans la publication et diffusion des résultats d'investigation interne, externe, nationale et étrangère. Elle-même cherche à articuler les questions d'intérêt juridique et sociojuridique avec d'autres domaines de la connaissance tels que la science politique, relations internationales et sciences humaines en général, enfin, qui sont les domaines où les documents seront reçus.

La publication est destinée aux communautés spécialisées universitaires, des groupes de recherche et des chercheurs en général, intéressés par la publication des résultats du produit de la recherche dans les thématiques présentée par le magazine.

## CONDITIONS FORMELES POUR LES AUTEURS

### Remise des articles

Remise les articles type 1,2 ou 3 ou d'autres documents au rédacteur en chef du magazine par courrier électronique à [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co) ou bien à travers de l'appliquatif OJS <http://revistas.libertadores.edu.co/>, ou en physique adressé à la Fundación Universitaria Los Libertadores, École de Droit, Sciences Politiques et Relations International. Cra 16 N° 63A-68. Sede Administrativa 306 (Centro de Investigaciones Sociojurídicas). Bogotá D.C., Colombia. Numéro d'appel: (00) 57-1-25544750/Ext 3204

### Originalité et exclusivité

Les articles soumis doivent être envoyées à l'éditeur du magazine, avec une lettre qui indique qu'ils sont inédits et originaux, à savoir que l'auteur certifie et accepte: a) Les textes ont pas été postulé dans d'autres publications ou b) Les textes présentés n'ont pas été publiés ou acceptés pour publication ailleurs. (Voir la déclaration d'originalité).

### Dates de publication

Le magazine sera publié les mois de janvier et juillet de chaque année. On reçoit articles en espagnol, anglais, portugais et français.

## Type d'articles reçus

On recevra des articles de recherche et l'innovation compris comme «production originale et inédite» 1(TMG - COLCIENCIAS, 2013. p. 32) «contenu scientifique technologique, ou académique, résultats de recherches, de réflexion ou de révision» (p. 32) sous réserve de ceux qui évaluent et apprécient l'originalité, la contribution et la validation des résultats.

Les catégories d'articles pour le magazine de préférence appliqué sont:

1. **Article d'investigation scientifique et technologique:** document qui présente en détail les résultats originaux des projets de recherche. La structure généralement utilisée contient quatre sections importantes: introduction, méthodes, résultats et conclusions.
2. **Article de Réflexion:** Document qui présente les résultats de recherche à partir d'un point de vue analytique, d'investigation ou critique de l'auteur, sur un sujet précis et l'utilisation de sources originales.
3. **Article de révision:** Document de résultat d'une enquête où elle est analysée, systématisée et intégré les résultats de recherche publiés ou non, sur un domaine de la science ou de la technologie, afin de tenir compte des tendances de progrès et de développement. Elle est caractérisée par la présentation d'une revue bibliographique minutieuse d'au moins cinquante (50) références.

### Les autres articles qui recevront le magazine sont:

**Editorial:** Un document écrit par le rédacteur en chef, membre du comité de rédaction ou d'un chercheur invité sur les orientations en la matière domaine de la revue.

**Critique de livre:** présentations critiques sur la littérature d'intérêt du domaine d'études et de l'intérêt de la publication.

### Présentation d'originales

1. Les écrits seront présentés en format Word, Arial 12 format du papier lettre, avec un minimum de 25 pages et un maximum de 30, à 1,5 espace des interlignes.

2. Vous devez indiquer clairement, le titre, le nom de l'auteur, avec une note indiquant la page affiliation institutionnelle, le titre du projet d'origine de l'article, année de développement, adresse de l'emplacement, ville, pays et email (Voir fichier ci-joint à l'écrivain<sup>3</sup>).
3. Les auteurs doivent présenter en supports magnétiques, électronique ou physique leur CV complet, contenant avec parcours académique et professionnel, l'adresse e-mail institutionnelle et personnelle, groupe de recherche à laquelle il appartient. (Voir fichier ci-joint) à l'écrivain.
4. Les articles doivent comprendre a) résumé analytique b) (abstract) dans la langue originale (anglais-espagnol) avec un maximal de 200 mots. Il devrait également contenir c) Six (6) mots-clés d) Key words décrivant son contenu dans les langues ci-dessus, e) l'introduction f) méthodologie, g) les résultats et la discussion, h) conclusions, i) la littérature j) dans les cas appropriés, les tableaux, figures et graphiques (avec une résolution appropriée).
5. Les citations doivent être soumises en utilisant la méthode de référence bibliographique APA (Normes de la Psychological Association Américaine, 6e édition, 2009)<sup>1</sup>, sur la base des critères suivants:

### Citation courte

Il est moins de 40 mots, les lignes son transcrites comme partie du texte et entre guillemets.

#### Exemple:

«Il y aura toujours le crime, mais il y aura toujours des inadaptés, des malades, des personnalités rebelles, qui est, des individus d'amendement à ceux qui avec effort restreindre l'autonomie dont jouissent» (Pérez, 1950, p. 13).

### Citation étendue

La citation devez avoir 40 ou plus de mots, séparés du texte normal du document, tout paragraphe indenté, sans guillemets et double interligne.

#### Exemple:

Il convient de noter ici que l'inapplicabilité fonctionne dans les limites du préjudice souffert par les créanciers, pour lesquels la mesure litigieuse n'a

aucune effet, et restant pleinement de validité et efficacité entre les parties et aussi par rapport aux tiers des créanciers, qui, la restitution mentionnée est bien sur les actifs du débiteur pour garantir sa fonction, et ne transféré pas la propriété à la tête du débiteur (Grillo 2002, p. 106).

### Paraphraser

Quand on synthétisé ou résumer les contributions et l'analyse de l'auteur, le nom de l'auteur, l'année de production du texte entre parenthèses et de l'information dans les mots de l'éditeur sont présentés, ce genre de nomination ne nécessite pas la page.

#### Exemple:

Dans cet ordre d'idées, Grillo (2002) exprime que l'action inefficace de la manifestation organisée par le débiteur ne provoque pas d'effets aux créanciers, mais si vous avez des effets entre les parties qui ont tenues cette activité (entre le débiteur et le troisième). Dans le fond ce qui est prévu est d'agir comme si l'objet acte de l'action n'a pas été faite.

### Référence sur citation

Lorsqu'il est fait référence à des citations mentionnées par d'autres auteurs.

#### Exemple:

(Kant, pp. 95-96, 2005, cité par Nagel & Sen, 2007).

Il faut inclure des citations à la fin de l'écrit dans un paragraphe appelé «Références». La liste des références sera effectuée en utilisant les fontes utilisées dans les textes. Elle sera présentée par ordre alphabétique en commençant par le premier auteur référencé dans le texte.

La liste de référence doit être soumis à 1,5 d'espace, avec alinéa sur la deuxième ligne et séparés par un point à la ligne.

Les références bibliographiques doivent être présentées comme suit:

### Livres

Auteur, A. (2003). *Titre de l'œuvre o publication*. Lieu de Publication: Éditorial.

<sup>1</sup> Prise du manuel de normes APA 2009.

### Les chapitres d'un livre

Auteur, A. (2003). Titre de chapitre. Dans Axxxx A. et B. Bxxxx (Edits), Titre de l'ouvrage ou publication (pp. 111-222). Lieu: Editeur.

### Publications périodiques ou non périodiques (articles de revues)

Auteur, A. (2003). Titre de l'article. Titre de la revue, le volume ou l'année (nombre), pages.

Auteur, A., Auteur, B., Auteur, C. Auteur, D. & Auteur, E. (2003). Titre (numéro d'édition ou de la réimpression; traducteur). Lieu: Editeur. (Date de publication de l'œuvre originale, si elle est traduite.)

### Documents électroniques et périodiques en ligne non périodique

Auteur, A., Auteur, B. B., Auteur, C., Auteur, D. & Auteur, E. (2003). Titre de l'article. Titre de la publication en ligne. Récupéré le jour, le mois et l'année <http://www.xxxx.xxxx/xxx>

Auteur, A., Auteur, B., Auteur, C., Auteur, D. & Auteur, E. (2003). Titre de l'œuvre, l'article ou publication. Récupéré le jour, le mois et l'année <http://www.xxx.yyy./zzz>

### Conférences ou autres événements

Auteur, A. (2003). Titre du poste. Document présenté au nom du Congrès ou de l'événement, Lieu, Pays.

Auteur, A. (2003). Titre du poste. Présenté lors de la réunion des affiches dans le nom du Congrès ou de l'événement, Lieu, Pays.

### Thèses et mémoires de maîtrise

Auteur, A. (2003). Titre de la thèse. Thèse de doctorat sans publication Université, Ville, Pays.

Pour la documentation juridique doit répondre aux recommandations suivantes

### Matériel National Juridique

#### Constitution

Nom officiel de la Constitution, [abréviation]. Article. Date de promulgation de la Constitution (pays de la Constitution).

### Les lois qui ne contiennent pas de codes

Nombre, année de publication la loi. Sujet de la loi. Date de promulgation de la loi. Journal officiel abrégé «D.O» dans laquelle la loi a été publiée.

### Les lois contenant des codes

Titre officiel du code, [abrévagé]. Nombre et année de la loi. Article(s) cité(s). Date de promulgation (pays d'origine).

### Jurisprudence

Le tribunal de détermination de la peine. Salle ou section (le cas échéant). Nombre de jugement ou de processus. (Magistrat ou Juge ou Conseiller Juridique, la date Providence indiqué).

### Internationale Matière juridique

#### Traités bilatéraux et accords internationaux

Nom du traité ou accord. Objet du traité. Etats participants. Article. Date.

#### Traités et accords multilatéraux

Nom du traité ou de convention. Article. Date de la signature du traité.

#### Jurisprudence des tribunaux internationaux

Nom de la Cour. Nom de l'affaire (Axxx Vs Bxxx) nombre du volume. Date de publication de la décision.

#### D'autres cas tels que les sentences arbitrales

Axxx Vs Bxxx. Cas de référence. Type de procédé (date).

### PROCESSUS DE RECEPTION DES ARTICLES, ARBITRAGES, APPROBATION ET PUBLICATION

La procédure pour l'approbation et la publication d'articles comprennent les étapes suivantes: réception, l'édition, l'examen par les pairs, l'acceptation ou le rejet des textes, copy-editing, mise en page du magazine, la publication et la livraison des copies.

## Réception d'articles

1. Les documents doivent être reçus au format texte sur les médias électroniques dans le correo [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co) par l'application OJS <http://revistas.libertadores.edu.co/> ou en moyens physiques dirigés à la Fundación Universitaria Los Libertadores. École du Droit, Sciences Politiques et Relations International. Cra 16 N° 63A-68. Sede Administrativa Of 306 (Centro de Investigaciones Sociojurídicas). Bogotá D.C., Colombia. PBX (00) 57 -1-25544750 / Ext 3204.
  2. Les documents seront reçus sur deux dates, première date (Novembre-Février), deuxième date (Mai - Août), cependant, le journal peut recevoir application à tout moment de l'année.
  3. Les articles seront enregistrés en fonction de leur date de réception, à partir de laquelle sera informé par e-mail.
3. Le magazine fournit d'un répertoire de pairs (peer review) de la réponse nationale et internationale sur les questions de la revue
  4. Le choix des pairs examinateurs externes sera fait sur la base de leurs connaissances et leur production académique démontrée dans des domaines spécifiques de la revue.
  5. L'élection des évaluateurs pour chaque article sera faite par le Comité de rédaction, en fonction du contenu de chaque texte. Les articles seront envoyés aux deux (2) évaluateurs externes, en cas de désaccord entre eux, un troisième arbitre peut être consulté, par décision du Comité de rédaction.
  6. Les évaluateurs externes seront contactés pour le renvoi du document à évaluer, une fois accepté la nomination par le Comité de rédaction de la manifestation avant la confidentialité et la sécurité, ils ont un délai de 8 jours pour l'expédition de l'évaluation avec les recommandations pertinentes.
  7. Les résultats de l'évaluation externe sera envoyé par courriel à l'éditeur, qui doit l'envoyer à l'auteur de manière anonyme.

## Première révision éditoriale

1. Le Comité de rédaction par son éditeur examinera la conformité des aspects formels de normes établies pour les auteurs et la pertinence du sujet dans le domaine de l'édition de magazines.
2. Le manuscrit peut être retourné aux auteurs pour une violation formelle des règles de publication et ne sera pas transmis au processus d'examen et de l'évaluation une fois que les changements signalés aux auteurs par e-mail sont faites.
3. Le Comité de rédaction peut également renvoyer le manuscrit s'il ne correspondait pas au thème ou domaine de la publication de la revue, la situation sera informée par voie électronique.
4. Une fois accompli les aspects formels et en donné le concept favorable de pertinence, le Comité de rédaction examinera le document et l'enverra à des évaluateurs externes.

## Examen externe ou par les pairs (peer review)

1. Une fois fini l'étape d'édition les articles sont envoyés aux **pairs examinateurs externes**.
2. Le magazine utilisera le (système Double Blind Review), dans lequel **l'anonymat** des examinateurs et les auteurs sont garantis, afin d'éviter biais personnelles, idéologiques,

## Approbation ou rejet du document

1. En réponse aux rapports des évaluateurs, l'éditeur prendra contact avec l'auteur ou les auteurs de l'article indiquant la décision d'approbation, de l'approbation des modifications des corrections ou le rejet du manuscrit.
2. Dans le cas des articles acceptés, la date d'acceptation sera communiquée aux auteurs par e-mail.
3. Si les articles sont acceptés, les modifications ou les corrections de l'éditeur seront transmis avec l'évaluation et suggestions.
4. L'auteur aura 8 jours pour rendre le texte avec des modifications et/ou des recommandations proposées par les évaluateurs à travers de l'éditeur. Sinon, il sera entendu que l'auteur ou les auteurs révoquent sa nomination au magazine.
5. Un fois les textes sont reçus, ils seront transmis aux assesseurs ou les membres du comité de rédaction pendant 5 jours seront pour vérifier la conformité avec les recommandations ou l'inclusion des modifications proposées.

6. Ensuite, les évaluateurs vérifient les corrections, ils remisèrent l'approbation finale et le rédacteur notifiera aux auteurs.
  7. Si l'article est rejeté, l'éditeur doit envoyer une communication par e-mail à l'auteur ou auteurs de l'article, en indiquant les raisons de son rejet.
  8. Si l'article est accepté, l'auteur ou les auteurs doivent remplir et soumettre: a) Le formulaire d'autorisation pour la publication et la reproduction de l'article. b) le format cession des droits patrimoniaux.
  9. Les idées et opinions dans les articles sont la seule responsabilité de l'auteur ou auteurs et ne reflètent pas nécessairement les vues de l'éditeur.
  10. Le comité de rédaction garde le droit de décider dans quel numéro sera publié l'article, sur la base de critères éditoriaux qui seront communiqués à l'auteur ou aux auteurs.
- d. L'accord de confidentialité avec les données et les textes par ces qui évaluent et rédigent.
  - e. Un examen attentif des textes afin d'éviter toute forme de plagiat ou la manipulation de citations; moyennant un examen détaillé avec des programmes de détection de plagiat en plus ajouté aux processus d'examen par les pairs.
  - f. En cas de litiges relatifs au: i) publications redondantes ou publiés; ii) au plagiat soupçonné dans un manuscrit; iii) Soupçon de données fausses; iv) Coauthor ship ou ajouts d'auteurs; v) les conflits d'intérêts, ou autre; la procédure est établie par le Committee on Publication Ethics (COPE).

### Les auteurs doivent garantir

- a. La cohérence et la fiabilité dans la recherche.
- b. L'honnêteté, sans fraude, la falsification ou la manipulation des données.
- c. L'originalité, à savoir que le document n'a pas été publié ou soumis simultanément à plus d'une publication.
- d. La transparence des sources de financement de la recherche, y compris le soutien financier direct et indirect, la fourniture d'équipements ou de matériaux ou autre support.
- e. Responsabilité: les auteurs doivent adapter le texte aux règles de publication établies par le magazine. Ils doivent rendre les corrections rapidement et agilement. Ils doivent répondre à l'acceptation ou le rejet et les suggestions des examinateurs dans les temps fixés.
- f. Les notes sur co-auteur et la présentation des informations précises.
- g. Fournir une réponse en temps diligents aux demandes formulées par l'équipe éditoriale de la revue.

### Copy-editing et mise en page

1. Une fois que les articles sont approuvés, les textes seront soumis à correction de morpho linguistique et style.
2. D'après les corrections, les auteurs peuvent apporter des modifications et approuver des modifications rédactionnelles.
3. Une fois que les modifications sont apportées, l'éditeur doit envoyer au format PDF, le dernier test schématisé pour la dernière révision. Aucun changement sera autorisé sur la structure des articles déjà acceptées.

### Ethique de publication

Via Iuris Magazine demande à ceux impliqués, dans le processus de rédaction: rédacteurs, réviseurs, auteurs et autres participants, d'être soumis aux règles éthiques internationales strictes fixées par le Committee on Publication Ethics (COPE) <http://publicationethics.org/files/2008%20Code%20de%20Conduct.pdf>

### Publication doit garantir

- a. La liberté d'expression des auteurs, l'attention à la diversité et des minorités.
- b. La liberté de décision des évaluateurs et l'éditeur. Les décisions éditoriales seront toujours communiquées aux auteurs de forme motivée.
- c. La responsabilité du directeur, rédacteur en chef et co-éditeurs dans la préservation de l'anonymat des auteurs et des examinateurs pendant le processus d'examen.

### Plagiat

En postulant les articles du Magazine Via Iuris, les auteurs ont envoyé la déclaration d'originalité et de la paternité des documents, la déclaration qu'ils ne soient pas simultanément postule dans une autre publication. Cependant, bien que le magazine fasse des efforts pour éviter le plagiat, le cas échéant, la responsabilité juridique incombe à l'auteur ou les auteurs du contenu qu'ils vérifient que le plagiat.

Les éléments qui sont identifiés comme plagiat auront l'avertissement public et seront retirés de la version électronique du Magazine. Néanmoins, l'avertissement sera conservée dans les tables des matières.

## Conflit d'intérêts

Via Iuris Magazine demande aux auteurs, arbitres, directeur, rédacteur en chef, les membres du Comité de rédaction ou scientifique et d'autres personnes impliquées ou intéressées par le processus éditorial déclarer toute situation qui pourrait créer un conflit d'intérêts touchant la «validité ou à l'intégrité de l'enquête» (voir: Peiro, García-Altés, Meneu, Librero & Bernal, 2000, p. 1)

Il est essentiel que l'auteur déclare la source de financement de la recherche.

## Politique de rétraction

Le magazine Via Iuris garantit la qualité, l'originalité, la pertinence, la cohérence, la transparence et l'éthique des articles publiés, cependant, la responsabilité du contenu est uniquement les auteurs.

Dans tous les cas où les conflits surgissent des raisons justifiées, le magazine Via Iuris demande à l'auteur des éclaircissements ou corroboration correspondant, et ce sont eux qui devraient être légalement responsables de ce que vous imputez.

Si l'auteur ou auteurs ne rendent des corrections ou des clarifications pertinentes, le magazine fera les éclaircissements qu'il juge approprié et déclare publiquement le manque de participation.

## Errata

Dans les cas où il est nécessaire, le magazine Via Iuris publiera sur son contenu (identifié dans la table des matières, et prêt à la fin de la publication) un errata à la fin du prochain numéro avec des amendements qui peuvent être nécessaires. Dans le cas de l'édition électronique, des précisions sur le contenu de l'article auquel il est fait référence et dûment annoncée dans la table des matières.

Ces modifications seront apportées dans les cas où des aspects secondaires de frappe ou d'orthographe, des noms ou d'autres affaires mineures qui ne touchent pas façon transcendante. Si les erreurs identifiées sont d'une nature différente et que compromettre la véracité et l'éthique du contenu, ils seront traités avec la politique de retrait ou de plagiat, le cas échéant.

## Normes Internationales d'Éthique

Le cas échéant, il sera inclus une explication des procédures suivies dans l'enquête pour assurer le respect des principes et des normes éthiques de la Déclaration d'Helsinki de 1975 et les révisions ultérieures.

## Vous êtes invité à consulter les documents suivants:

Tur-Viñes, V., Fonseca, M. & Gutiérrez, B. (2012). Ética de la publicación científica: iniciativas y recomendaciones. *El profesional de la información*, vol.21, septiembre-octubre (Nº5), pp. 491-497. Recuperado el 20/05/2013 de <http://eprints.rclis.org/17726/1/EPI%20publicado%20491-497.pdf>

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Peiró, S., García-Altés, A., Meneu, R., Librero, J. & Bernal, E. (2000). La declaración del conflicto de intereses en las publicaciones científicas. ¿Tiempo para las luces y taquígrafos en la trastienda de la investigación financiada por la industria? *Gaceta Sanitaria*, (6), 472-481. Recuperado el 20/05/2013 de [http://dx.doi.org/10.1016/S0213-9111\(00\)71915-7](http://dx.doi.org/10.1016/S0213-9111(00)71915-7)

## CONTACT

### Les articles peuvent être remisés ou envoyés à:

#### Le magazine VIA IURIS

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.  
École du Droit, Sciences Politiques et Relations International.

Fundación Universitaria Los Libertadores  
Cra 16 Nº 63 A-68. Piso 3. Oficina 307.  
Sede Administrativa.  
PBX (57-1) 2544750 Ext 3202-3204  
Bogotá D.C., Colombia

#### Dirigé à:

Paula Lucía Arévalo Mutiz. Editora. Colombia  
Yenny Parra Zuluaga. Coeditora. Colombia  
E-mail: [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co)  
Page web: <http://revistas.libertadores.edu.co/>



## Información del articulista

### INFORMACIÓN GENERAL

Nombre:

Nacionalidad:

Documento de identidad:

Dirección de correspondencia y ciudad:

Correo electrónico personal e institucional:

Cargo e institución donde actualmente se encuentra vinculado:

Formación (pregrado y estudios de postgrado) - Detallar brevemente currículum:

Publicaciones más relevantes en revistas indexadas:

### INFORMACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO

Título del artículo:

Grupo de investigación:

Proyecto de investigación:

Objetivo del proyecto:

Resumen del proyecto:

Gran área de conocimiento:

Área de conocimiento:

Monto aprobado para el proyecto e institución(es) que entrega(n) los recursos para el desarrollo del proyecto:

Fecha de inicio del proyecto:

Fecha de finalización del proyecto:

El autor declara algún conflicto de interés con el artículo que postula: Si \_ No \_  
En caso de aplicar, se debe indicar brevemente el tipo de conflicto:

Tipo y Documento de Identidad, y Ciudad:

Firma e identificación



# Declaración de originalidad del artículo

Ciudad, fecha (día / mes /año)

Señores

Revista VIA IURIS

Fundación Universitaria Los Libertadores

Facultad Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales

Cra 16 No. 63 A-68. Sede Administrativa. Of. 307

Bogotá (Colombia)

Cordial saludo:

Yo, \_\_\_\_\_ identificado \_\_\_\_\_, en calidad de AUTOR(A) del artículo titulado: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_, me permito postular el texto en mención a la convocatoria de la Revista Via Iuris (ISSN 1909-5759) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores.

A través de este medio certifico:

- Que el artículo no ha sido postulado simultáneamente en otra revista.
- Que los textos presentados no han sido publicados o aceptados para su publicación en otra revista o medio.

Asimismo, en mi calidad de AUTOR manifiesto que la obra postulada es **original e inédita** y se realizó sin violar o usurpar derechos de autor de terceros, por lo tanto, la obra es de mi exclusiva autoría y por ello soy titular de los derechos que surgen de la misma. PARÁGRAFO: En caso de presentarse cualquier reclamación o acción por parte de un tercero en cuanto a los derechos de autor sobre la obra en cuestión, como AUTOR, asumiré toda la responsabilidad, respondiendo por cualquier reivindicación, plagio u otra clase de reclamación que al respecto pudiera sobrevenir, y saldrá en defensa de los derechos aquí cedidos; para todos los efectos la Institución, el director y el editor de la Revista VIA IURIS actúan como terceros de buena fe.

En Bogotá (Colombia), a los ( ) días del mes de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Firma \_\_\_\_\_

Nombre \_\_\_\_\_

Tipo y Documento de Identidad No. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_



## Cesión de derechos patrimoniales de autor\*

**CEDENTE:**

**CESIONARIO:** REVISTA VIA IURIS. ISSN 1909-5759. De la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Fundación Universitaria Los Libertadores.

\_\_\_\_\_, en calidad de autor del artículo \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_, que se publicará en la REVISTA VIA IURIS, manifiesto que cedo a título gratuito la totalidad de los derechos patrimoniales de autor derivados del artículo en mención a favor de la citada publicación.

En virtud de la presente cesión el Cesionario queda autorizado para copiar, distribuir, publicar y comercializar el artículo objeto de la cesión por cualquier medio electrónico o reprográfico, conservando la obligación de respetar los derechos morales que en mi condición de autor me reservo. La cesión otorgada se ajusta a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

**EL AUTOR**, manifiesta que la obra objeto de la presente cesión es original y la realizó sin violar o usurpar derechos de autor de terceros, por lo tanto, la obra es de su exclusiva autoría y por lo tanto él es titular de los derechos que surgen de la misma. **PARÁGRAFO:** En caso de presentarse cualquier reclamación o acción por parte de un tercero en cuanto a los derechos de autor sobre la obra en cuestión, **EL AUTOR**, asumirá toda la responsabilidad, respondiendo por cualquier reivindicación, plagio u otra clase de reclamación que al respecto pudiera sobrevenir, y saldrá en defensa de los derechos aquí cedidos; para todos los efectos la Institución, el Director y el Editor de la Revista VIA IURIS actúan como terceros de buena fe.

**EL AUTOR**, manifiesta que la obra entregada no ha sido publicada en ningún otro medio.

Bogotá, a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Firma \_\_\_\_\_

Nombre \_\_\_\_\_

Tipo y Documento de Identidad No. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

\* Este documento requiere autenticación ante notario.



## Autorización de uso

Yo, \_\_\_\_\_, mayor de edad, vecino de \_\_\_\_\_ identificado con la cédula de ciudadanía No. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, actuando en nombre propio, en mi calidad de autor del artículo denominado, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ hago entrega del texto respectivo en formato digital o electrónico (CD-ROM), una copia en medio físico y sus anexos, de ser el caso, y **autorizo a la Fundación Universitaria Los Libertadores, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales (REVISTA VIA IURIS)**, para que en los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia, utilice y use en todas sus formas, los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, transformación y distribución que me corresponden como creador de la obra objeto del presente documento. Autorización realizada siempre que este destinada a la actividad ordinaria de investigación, docencia y publicación.

PARÁGRAFO: la presente autorización se hace extensiva no sólo a las facultades y derechos de uso sobre la obra en formato o soporte material, sino también para formato virtual, electrónico, digital, óptico, usos en red, Internet, extranet, intranet, etc., y en general cualquier formato conocido o por conocer.

Para constancia se firma el presente documento en (2) ejemplares del mismo valor y tenor, en \_\_\_\_\_, a los \_\_\_\_\_ ( ) días del mes \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_.

### EL AUTOR

Firma \_\_\_\_\_  
Nombre \_\_\_\_\_  
Tipo y Documento de Identidad No. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

*\* Este documento requiere autenticación ante notario.*



## FORMATO DE CANJE

Ciudad (país) y fecha \_\_\_\_\_

Señores \_\_\_\_\_

Universidad \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_

**Estamos interesados en recibir:**

- La revista VIA IURIS No. \_\_\_\_\_
- We are interested in receiving \_\_\_\_\_
- Nous serions hereux de recevoir \_\_\_\_\_

- Recibimos y agradecemos: \_\_\_\_\_
- We have received with thanks \_\_\_\_\_
- Nous avons recu \_\_\_\_\_

**Tenemos el gusto de enviar:**

Revista VIA IURIS No. \_\_\_\_\_

- We are glad to send \_\_\_\_\_
- Nous sommens hereux d' envoyer \_\_\_\_\_

- Nos falta \_\_\_\_\_
- We have not received \_\_\_\_\_
- Il nous manqué \_\_\_\_\_

- Otros: \_\_\_\_\_
- Others: \_\_\_\_\_
- Outres \_\_\_\_\_

Favor acusar recibo de canje a la Biblioteca de la Fundación Universitaria Los Libertadores.  
Carrera 16 No. 63 A-68. Teléfono (57) 1-2544750 /  
Correo electrónico [biblioteca@libertadores.edu.co](mailto:biblioteca@libertadores.edu.co) o [iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co)



### FORMATO DE SUSCRIPCIÓN

Semestral  Anual   
(1 ejemplar) (2 ejemplares)

Nombres \_\_\_\_\_

Apellidos \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

Ciudad \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_

Fax \_\_\_\_\_ Apartado Aéreo \_\_\_\_\_

Correo electrónico \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Firma/No. Documento de Identidad

### FORMA DE PAGO

Efectivo \_\_\_\_\_

Cheque banco \_\_\_\_\_

Cheque No. \_\_\_\_\_

Consignación Cuenta No. 00610084734

Banco DAVIVIENDA

Valor

	Semestral	Anual
<input type="checkbox"/> Estudiante	\$ 8.000	\$ 16.000
<input type="checkbox"/> Egresado	\$ 9.000	\$ 18.000
<input type="checkbox"/> Suscriptor particular	\$ 10.000	\$ 20.000

Favor diligenciar este formato y hacerlo llegar con comprobante de consignación a nombre de FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES, Revista VIA IURIS. Cra. 16 No. 63A-68. Oficina 307, piso 3. Para mayor información comunicarse al PBX. 2544750 ext. 3204 o al correo electrónico: iuris@libertadores.edu.co



IURIS

REVISTA

VIA IURIS

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES

VIA IURIS	Bogotá Colombia	Número 22	pp. 284	Enero Junio	2017	ISSN IMPRESO 1909-5759
						ISSN DIGITAL 2500-803X

ISSN IMPRESO: 1909-5759  
ISSN DIGITAL: 2500-803X

Número 22 \* Enero-Junio \* 2017

La Revista se terminó de imprimir  
en el mes de Enero de 2017.



[www.ulibertadores.edu.co](http://www.ulibertadores.edu.co)

VIA IURIS