

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

Jornadas de Investigación en Política y Derecho
Volumen 2

Coordinadora
Nubia Tatiana Vargas Nieto

Ibagué, Colombia
2019

340.1

V297 Vargas Nieto, Nubia Tatiana
Jornadas Internacionales de Investigación en política y derecho /
Nubia Tatiana Vargas Nieto, Coordinadora. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2019.
Vol. 2. 226 p. 23 centímetros

ISSN Impreso 2619-2276

ISSN Digital 2619-2268

Descriptores: Investigación en política; Prueba testimonial; Estatuto jurídico de los animales – Colombia; Víctimas del conflicto armado – Colombia; Servicio de transporte público individual; Economía colaborativa; Autogobierno indígena; Medio ambiente - marco jurídico – Colombia; Derecho humano al agua; arte y cultura – Colombia.

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias políticas
Jornadas de Investigación en Política y Derecho
Publicación anual
Volumen 2
Diciembre de 2019

© Universidad de Ibagué, 2019

Carlos Humberto Rodríguez Lugo, Carlos Vicente Pérez Giraldo, Daniela Méndez Bernal, Isela Berrocal Llorente, Katherin Herrera Guzmán, Nicolás Cardozo Ruiz, Olivia de Jesús Clavijo Ortiz, Estefanía Acosta Páez, Germán H. Villa Fontecha, Greis Cifuentes, Johanna del Pilar Cortés Nieto, Jonathan Alejandro Murcia, Pedro Javier López Cuéllar, Kevin Camilo Hartmann, Iván Daniel Jaramillo Jassir, 2019.

Coordinadora
Nubia Tatiana Vargas Nieto

Como citar esta obra: Vargas Nieto, N.T. (Coord.). (2019).
Jornadas Internacionales de Investigación en Política y Derecho. Vol. 2. Ibagué, Colombia:
Ediciones Unibagué.

Dirección editorial: Ediciones Unibagué
ediciones.unibague.edu.co
publicaciones@unibague.edu.co
Universidad de Ibagué
Carrera 22, calle 67. Barrio Ambalá
Teléfono: +57 (8) 2760010
Ibagué, Tolima, Colombia.
www.unibague.edu.co

Diseño, diagramación e impresión
León Gráficas S.A.S. PBX 2630088. Ibagué.

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

Contenido

Presentación	9
Estudiantes de maestría	11
La impugnación de la credibilidad del testimonio en el proceso penal colombiano. Caso niños y niñas deponentes en delitos sexuales.....	13
Carlos Humberto Rodríguez Lugo	
Una aproximación a la función superadora del derecho a propósito de la transición en Colombia	33
Carlos Vicente Pérez Giraldo	
El estatus jurídico de los animales en Colombia y su fluctuación: ¿Seres sintientes no titulares de derechos?.....	51
Daniela Méndez Bernal	
Responsabilidad del Estado por los impactos emocionales y psicológicos en las víctimas del conflicto armado colombiano	73
Isela Berrocal Llorente, Katherin Herrera Guzmán	
El servicio público de transporte individual de personas en el marco de la economía colaborativa y las nuevas tecnologías.....	89
Nicolás Cardozo Ruiz	
Efectividad del autogobierno indígena en la gestión ambiental de su territorio. Estudio de caso judicial: Pueblo Wayuu vs. PDVSA Gas Sucursal Colombia (2006-2019).....	101
Olivia de Jesús Clavijo Ortiz	

Estudiantes de doctorado e investigadores.....	119
Hacia la construcción de un marco jurídico regulatorio ambiental en Colombia: Perspectiva desde los Objetivos de Desarrollo Sostenible en materia de calidad del aire	121
Estefanía Acosta Páez	
El contenido específico del derecho humano al agua	133
Germán H. Villa Fontecha	
The Role of Arts and Culture in the Colombia Peacebuilding Process	147
Greis Cifuentes	
Constituting Entrepreneurial and Resilient Subjects: The Conditional Cash Transfers Programme <i>Familias en Acción</i>	167
Johanna del Pilar Cortés Nieto	
Apuntes sobre la Política y las Políticas Públicas en la era de la Cuarta Revolución Industrial	199
Jonathan Alejandro Murcia	
El Derecho del Trabajo en la representación cinematográfica comercial norteamericana (2005 – 2019): Un derecho ignorado	205
Kevin Camilo Hartmann Cortés, Iván Daniel Jaramillo Jassir, Pedro Javier López Cuéllar	

Tablas

Tabla.	Distribución absoluta y porcentual en relación con: ¿Cuál de las siguientes manifestaciones emocionales presenta con mayor frecuencia?	80
--------	--	----

Figuras

Figura.	Distribución porcentual en relación con: ¿Cuál de las siguientes manifestaciones emocionales presenta con mayor frecuencia?	80
---------	---	----

Presentación

Encuentro muy valioso y honesto el evento que nos convoca y la compilación que tienen ante ustedes, por el hecho de reconocer la importancia de los trabajos en desarrollo (*working papers*) y las primeras versiones de futuras investigaciones.

Su valor, desde mi perspectiva, se encuentra en que nos invita a superar trabas comunes en los procesos de escritura e investigación, a sobreponernos al miedo de compartir con nuestros pares los desarrollos, más o menos avanzados, de nuestros escritos. También, a superar el temor que sentimos ante las posibles críticas e incluso ante los comentarios positivos que pueden mostrarnos que ya no hay excusas para seguir avanzando en nuestra tarea.

Es valioso, además, pues pretende crear un espacio en el cual este primer compartir se haga de manera respetuosa y solidaria. Esto lo intentamos desde el proceso de revisión realizado por el grupo de pares que muy generosamente comentaron nuestros escritos, y confiamos en que será el espíritu de nuestro encuentro de las Segundas Jornadas de Investigación en Política y Derecho en la Universidad de Ibagué. Este respeto y solidaridad nutren estas primeras versiones, estas futuras obras que, como las plántulas, pueden lograr un crecimiento simultáneo con los árboles centenarios si estos las alimentan y no las dejan a la sombra.

Como decía antes, encuentro mucha sinceridad en la idea de los trabajos en desarrollo, pues reconoce que más allá de considerar que la versión enviada sea la *final*, sabemos que esta es parte de un proceso que podría continuar enriqueciéndose con otras fuentes, otros métodos, otros casos analizados, otras perspectivas, que podrían dar lugar a una comprensión más completa de aquello que estamos estudiando, pero que está

lejísimos de lograr una comprensión total y, por lo mismo, nos insinúa que todo trabajo, por avanzado que se encuentre, está *en desarrollo*.

Y esto lo vivimos con el evento que nos congrega y con las memorias que acá les compartimos. Ambas son parte de un proceso. Este año realizamos por segunda vez nuestras Jornadas de Investigación en Política y Derecho, en las cuales contamos con la presencia de nuevos temas de investigación como Uber, el estatus jurídico de los animales, arte y construcción de paz, entre otros, que hacen parte del debate actual. Igualmente, contamos con la participación de nuevas instituciones nacionales y extranjeras (Externado, Libre, Rosario, Warwick, West of Scotland, IISJ Oñati, Universidad Católica de Lovaina en Bélgica, entre otras), que junto al equipo de pares que participaron en la revisión de las memorias, nos permitieron dar otra puntada, lograr otra conexión, ampliar la red de nuestro evento y conectar otras redes alrededor de la comunidad de la Universidad de Ibagué.

Pedro Javier López Cuéllar

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué

Coordinador de la Maestría en Derecho de la Universidad de Ibagué

Septiembre de 2019

Estudiantes de maestría

La impugnación de la credibilidad del testimonio en el proceso penal colombiano. Caso niños y niñas deponentes en delitos sexuales¹

Carlos Humberto Rodríguez Lugo*

Resumen. El presente artículo aborda el instituto de la impugnación de la credibilidad del testimonio en el proceso penal colombiano cuando son deponentes niños y niñas en delitos sexuales, revisando la prueba testimonial, su valoración y las definiciones que desarrolla la doctrina, así como su evaluación en debida forma por el fallador. Se examinan también las controversias que en la doctrina y en la jurisprudencia ha suscitado la credibilidad del testimonio del menor y la posición mayoritaria, determinándose una serie de subreglas procedimentales para superar las limitaciones que para el efecto se derivan de la forma en que normativamente el artículo 347 del C.P.P. permite efectuar dicha impugnación de credibilidad.

Se concluye que, para la verificación de su trascendencia y efectos respecto del objeto central del proceso, deben agregarse aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios apoyan o contradicen el testimonio, habida cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen

* Abogado, egresado de la Universidad de Ibagué, especialista en Derecho Penal de la Universidad Católica, en Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia, candidato a magíster en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda y candidato a magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: rodriguezlugocarlos@humberto@gmail.com

¹ Este artículo es derivado de la investigación “La tensión entre el modelo de intervención penal en los delitos sexuales contra menores de 14 años y los derechos de los imputados en el proceso penal colombiano”, la cual se desarrolla en el marco de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda de la ciudad de Bogotá.

en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate, entre ellos el resultado de la impugnación de credibilidad.

Palabras claves: Testimonio infantil, delitos sexuales, credibilidad, valoración probatoria, proceso penal.

Introducción

El proceso penal adversarial trajo consigo un nuevo desafío para quienes asumen el rol de representar a los acusados o al Estado, pues no solo deben conocer de dogmática jurídica, sino también tienen que desarrollar técnicas de oralidad que les permitan examinar de manera integral el conocimiento de un testigo. Estas habilidades y destrezas adquieren mayor importancia en el momento en el que el abogado pretende impugnar la credibilidad del declarante, instrumento que por lo general tiene lugar en el contrainterrogatorio. De lograr la impugnación, la capacidad suasoria del testigo podrá ser puesta en duda por el fallador y con ello el abogado pondrá en desventaja la pretensión de su adversario. Sin embargo, no resulta fácil en la práctica lograr restar valor probatorio al testimonio a través de la impugnación de credibilidad y por ello, la necesidad permanente de revisar las diversas modalidades de impugnación, las técnicas que se deben utilizar, los momentos en que puede hacerse y sus consecuencias en la valoración probatoria.

Aunado a ello, la prueba testimonial es el medio a través del cual gran parte de los litigios son decididos en un proceso penal. De ahí la importancia en la valoración de los dichos de un declarante, pues con el deponente se darán a conocer al juez los hechos que se pretenden juzgar, especialmente en aquellas ocasiones en las que el único medio de prueba del que depende el fallador para resolver el problema jurídico planteado sea el testimonio. Precisamente, en el testimonio de los niños y niñas con ocasión de un delito sexual ha estado presente la idea generalizada de que son fácilmente manipulables y de que sus relatos pueden ser obra de su imaginación, lo cual desestima el valor probatorio a tener en el curso de una investigación judicial.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha procurado abandonar tal idea y dotar de credibilidad el testimonio de un menor en los delitos sexuales; sin embargo, no ha fijado completamente una regla que gradúe

la confiabilidad de la declaración conforme las circunstancias que acompañen al caso judicial, y debido a ello más de un testimonio ha sido impugnado de credibilidad en razón de la edad. Así la Corte ha quitado la veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, y también ha admitido que los niños y niñas pueden ser fácilmente sugestionables, por lo cual debe analizarse con cuidado su relato, forzando al intérprete a adoptar alguna de las dos posturas, y quizás en menoscabo del interés superior que la Constitución reconoció a los niños, niñas y adolescentes.

Al tener en mente esa situación, la presente investigación se guía por el problema jurídico: ¿Cómo impugnar la credibilidad del testimonio del niño o niña víctima de delito sexual? Para lo cual analiza el concepto y los principios que gobiernan la prueba testimonial; las formas y técnicas de la impugnación de credibilidad; y su valor probatorio, pues en la práctica judicial no se puede deslindar de la apreciación del testimonio, lo vertido por el declarante en juicio del tema de impugnación, bien sea que sea haya refutado con declaraciones u omisiones dadas en entrevistas previas o por inconsistencias demostradas en la práctica probatoria.

1. Discusión

1.1. El testimonio

En términos generales, el testimonio es “el acto humano dirigido a representar un hecho no presente” (Carnelutti, 1955, p.121). Jurídicamente hablando, la Corte Suprema de Justicia advierte que “son los hechos, circunstancias o cosas puestas en conocimiento de la autoridad respectiva y relevantes para una investigación o proceso” (Sentencia. Rad. 24468, 30 de marzo, 2006). Al respecto, Bedoya (2008) indica que “a través del testimonio es posible dar cuenta de hechos relevantes, como fuente de información para el juez, demostrando si es auténtico un documento, una evidencia física o circunstancias corroborativas de otros medios probatorios” (p. 61).

Su relevancia jurídica reside en su calificación como “medio de prueba debido a que permite reconstruir hechos no consignados en documentos, a través de la percepción que de ellos tuvieron los testigos en su momento, quienes lo manifiestan al juez” (Rodríguez, 2005, p.8). El testimonio tiene por finalidad incorporarse en un acto procesal o en el mismo proceso y se caracteriza en palabras de Parra (1994) por llevarse a

cabo por una persona natural, quien conoce un hecho de importancia judicial, cuyo relato “responde a determinado grado de imparcialidad, por cuanto no tiene interés alguno en el proceso y cuya declaración permite al juez conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos objeto del proceso” (p. 3).

En materia penal, los hechos o sucesos se relacionan con conductas punibles; por tanto, el testimonio se concibe “como el relato de un tercero al juez sobre hechos o circunstancias vinculadas al ilícito penal objeto de investigación” (Martínez, 2006, p. 408); y es susceptible de contradicción teniendo en cuenta que en el sistema penal colombiano en virtud del principio acusatorio se somete al testigo a interrogatorio cruzado, en el cual puede participar el Ministerio Público o el juez. También se caracteriza porque hay separación de funciones, se realiza por persona natural, es decretado a solicitud de parte, bien de la defensa o la Fiscalía, se practica en juicio oral y público y tanto la víctima como el acusado pueden fungir como testigos (Rodríguez, 2005).

Pero quizás la consideración más importante en razón del sistema acusatorio penal, es la dificultad que el testimonio como prueba presenta:

En lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasorio, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada. [Y pueda llegar a ser valorado por el juez en contra del procesado]. (Bedoya, 2008, p. 65).

Por ello, el legislador colombiano en el estatuto procesal vigente estableció los criterios de valoración de este tipo de prueba, a esto el Código de Procedimiento Penal (2006), en el artículo 404 establece que el juez debe tener en cuenta sobre la percepción y la memoria: i) los principios técnico-científicos, ii) lo saludable del sentido o sentidos por los cuales conoció los hechos, así como las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se conoció, y iii) los procesos de recordación, la actitud del declarante durante el interrogatorio cruzado, analizando sus respuestas y comportamientos.

Igualmente, la doctrina ha reconocido lo anterior, señalando que el testimonio puede verse afectado por factores externos e internos que inciden en la capacidad probatoria del dicho, tales como: *i) el origen del*

conocimiento del testigo, ii) la capacidad de memoria del testigo vs. el momento en que rinde su declaración, y iii) la veracidad del testimonio. Estos aspectos son de gran importancia en la evaluación de la declaración, pues como se observa, no solo tienen que ver con la capacidad cognoscitiva del testigo sino también con la moralidad del deponente. En este aspecto, al referirse al testimonio, Gorphe (1967) afirma que: “Deben ser utilizados con un gran sentido crítico, pues si bien son instrumentos preciosos, a menudo también son engañosos, fuentes de numerosos errores judiciales que pudieron ser evitados” (p. 365).

Para analizar el origen o el momento en el que el testigo adquiere el conocimiento, se debe empezar por estudiar al sujeto cognoscente. Esto es, distinguir en la etapa de formación mental en la que se encuentra (inmadurez, madurez, ancianidad), las limitaciones físicas o mentales que pudiese tener al momento de percibir lo acontecido, limitaciones culturales que puedan incidir en su proceso de conocimiento e incluso la personalidad del deponente. Todo lo anterior cotejado con el objeto conocido, comprobando que el sujeto y el objeto se encontraban en una relación adecuada capaz de permitir que el testigo conociera lo acontecido. El segundo factor para analizar es la capacidad de recordación del testigo, en la que también influyen elementos como el paso del tiempo, la importancia del hecho o el impacto generado, la personalidad del testigo y las mismas limitaciones físicas o mentales que pudiese tener el deponente, tales como edad o afectaciones de la memoria.

Por último, la veracidad o sinceridad del testimonio. En este punto se debe empezar diciendo que cuando no existen intereses en los declarantes, las personas tienden a decir siempre la verdad, así lo enseña Young (2005) cuando asegura que “carecería de todo sentido esta prueba sino se presumiera la veracidad del relato, al resultar inútil generar el testimonio para que no se crea al menos en inicio lo dicho” (p. 21).

Sin embargo, de la crítica probatoria se ha podido establecer que cuando la declaración del testigo persigue un perjuicio para otro o un provecho para sí o para otro, su versión buscará casi siempre un beneficio propio, por ello es necesario que el operador judicial determine si el testigo tiene o no un interés, pues al existir dicho interés frecuentemente surge un relato mendaz o sospechoso indigno de credibilidad. En este sentido, Parra Quijano (2006) señala que los motivos de sospecha se basan entre otros en “el interés que puede llegar a tener el testigo en razón de

la familiaridad, enemistad o amistad o dependencia económica respecto de una de las partes. También por su calidad de defensor o apoderado, o sus antecedentes de simulaciones” (p. 310).

De lo anterior se advierte que la prueba testimonial enfatiza para la definición de la verdad respeto de los derechos y garantías del inculpado; en los derechos de las víctimas para la realización efectiva de la justicia; y en la aplicación de una justicia material, en la que el juez es un guardián de los derechos a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

1.2. Valoración prueba testimonial

Arenas (1996) explica la valoración del testimonio desde el estudio de cuatro variables, a saber: la edad, las condiciones físicas, el estado mental y la memoria. En cuanto a la edad, es ampliamente conocido que la capacidad del testigo deriva de la distinción que haga entre la realidad y lo que imagina conforme a la etapa de crecimiento. Así, dependiendo de si se trata de un menor o de un adulto, el testimonio tendrá determinado grado de veracidad.

No obstante, y en casos como el testimonio de menores en delitos sexuales, ha habido una tendencia a apreciar la declaración sin atención a su edad, teniendo en cuenta que en los niños y niñas existe la habilidad de rendir testimonio de manera adecuada, en el sentido de que, “si cuentan su historia desde sus propias palabras pueden dar declaraciones precisas de lo que han presenciado o experimentado, máxime si son personal o emocionalmente significativas para ellos” (Berlinerblau, 1998, p. 12).

Por ello, se ha afirmado que cualquier persona es capaz de rendir testimonio sin atender a un límite para la edad con la que se declare, en razón de la obligación de testificar cuando se tiene conocimiento sobre algunos hechos materia de investigación penal. Lo que sí se contempla es un tratamiento diferenciado del testigo y formas especiales de recaudación. Así, la Ley 906 de 2004 señala frente al testimonio de menores de doce (12) años que podrán declarar sin prestar juramento, pero sí deben declarar aquello que conocen, acompañados por su representante legal o por un familiar; los mayores de doce (12) años y menores de diez y ocho (18) serán tratados sin distinción, por ello deben prestar juramento.

Como afirma Rodríguez (2005), si bien el testimonio de un menor debe analizarse detalladamente, al juez le debe interesar:

La credibilidad que inspire el testigo y la manera de actuar y responder a las preguntas formuladas, sin disminuir el mérito de lo dicho por la edad que tenga (p. 42). [En consecuencia, lo importante del relato] no es la edad del testigo, sino que goce de facultades mentales, sensoriales y que presente un adecuado comportamiento al momento de declarar (Cortés y Vásquez, 2012, p. 38).

Por ello, el testimonio infantil en delitos sexuales es valorado en el conjunto probatorio que acompaña a una investigación penal. Las diferencias de criterios para su valoración residen en el mayor o menor grado de credibilidad que se le asigna, pero tomando en cuenta la declaración del menor, particularmente si es víctima, sin desecharla solo por su minoría de edad. La literatura científica ha respaldado la necesidad de valorar el testimonio infantil en esta clase de delitos, pues en los niños se encuentra una:

Habilidad para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. (Berlinerblau, 1998, p. 8).

Así mismo, e incluso en edad preescolar:

Los niños/as pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. (Berlinerblau, 1998, p. 8).

Su grado de sugestibilidad está relacionado con especificidades de los sucesos como “el tiempo, la edad de la persona, la altura o el peso, color de los ojos o tipos de zapatos, pero no respecto de hechos que le

son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido” (Berlinerblau, 1998, p.8). De ahí que, para la verificación de su trascendencia y efectos respecto del objeto central del proceso, deben agregarse aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios apoyan o contradicen el testimonio, habida cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrojados legalmente al debate.

Al retomar a Arenas (1996) en cuanto a las condiciones físicas, se tiene en cuenta “verificar el estado de salud del sentido por el cual el testigo percibió su conocimiento, es decir cómo llegaron a él los hechos materia de su relato” (p. 40); y no tienen relevancia las limitaciones o afectaciones físicas, que no se relacionen con el sentido con el cual percibió los hechos objeto del testimonio. Diferente sucede con el estado mental, pues aunque el testigo presente condiciones físicas normales, si padece de un trastorno mental que imposibilite la capacidad cognoscitiva del individuo que lo sufre, su declaración puede llegar a no ser tenida en cuenta en atención a la transitoriedad o permanencia de tal afección.

Por su parte, la memoria funge como factor de valoración del testimonio en la medida en que el testigo desdibuja particularidades que pueden incidir a la hora de esclarecer unos hechos a medida que pasa el tiempo y dependerá de la capacidad de recordación para que la declaración sea detallada y no omita circunstancias. Igualmente, al percibir imágenes, rostros o personas, con el tiempo se puede ir desvaneciendo a tal punto que el testigo no logre recordar con claridad lo que percibió. Es por ello que “el aspecto de la memoria del testigo debe ser valorado rigurosamente, pues existen diversas circunstancias que pueden influir en la capacidad para recordar del testigo” (Rodríguez, 2005, p. 43).

A partir de lo expuesto, se puede afirmar que la valoración de la prueba testimonial está sujeta a diferentes aspectos o factores que inciden en su apreciación y, por tanto, determinan el valor probatorio a asignarle dentro del proceso, particularmente porque será a partir de ellos que tendrá credibilidad.

1.3. Impugnación de credibilidad

Como manifiesta Rivera (1999), impugnar a un testigo es:

[...] poner en duda su credibilidad, es decir la probabilidad de que sus declaraciones durante su testimonio sean veraces. Esta credibilidad puede ser impugnada, conainterrogando al testigo sobre cualquier afirmación hecha por este durante su testimonio o presentando testigos que contradigan las declaraciones hechas por él sobre hechos específicos. (Rivera, 1999, p. 24).

Su propósito es convencer al juez de que el declarante no es confiable. En el sistema acusatorio colombiano la impugnación de credibilidad del testigo es un procedimiento que se lleva a cabo en el conainterrogatorio y cuya finalidad es cuestionar la credibilidad del testimonio ante el juez (Ley 906 de 2004, 2004, artículo 403) y con ello “refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado” (Ley 906 de 2004, artículo 393, núm.1 y artículo 418, núm. 1). Para Decastro (2008) “la refutación es un medio para cuestionar la credibilidad, con lo que queda claro que la impugnación es una aplicación o técnica del conainterrogatorio” (p.168). Persigue como objetivos: “i) desacreditar el testigo, ii) desacreditar el testimonio, iii) acreditar proposiciones fácticas de interés para la teoría del caso, iv) acreditar prueba material propia, y v) obtener inconsistencias de otras pruebas de la contraparte” (Sanabria Villamizar, 2016, p. 29).

Así mismo, para impugnar al testigo, deben utilizarse criterios derivados del ejercicio del derecho de refutación y demás principios de la prueba, así como de los factores y aspectos para su valoración determinados por el Estatuto Procesal Penal. En efecto y como se deduce del artículo 403 de la Ley 906 de 2004, son seis criterios los que sirven a las partes y al juez para determinar la credibilidad del testimonio. Estos son: verosimilitud, capacidades en cuanto a percepción, recuerdo y comunicación, parcialidad, coherencia, grado de mendacidad, y consistencia lógica.

El primero de ellos refiere a la verosimilitud del testimonio, entendido como “la manifestación en el relato de la lógica, el sentido común, y las reglas de la experiencia; por tanto, es inadmisibles lo que trasgrede la lógica, se opone al sentido común o atenta contra las reglas de la experiencia” (Decastro, 2008, p.168), llevando a un falso raciocinio al juez. El segundo, por su parte, se relaciona con los criterios de valoración del

artículo 404 del C.P.P, respecto de cada una de las capacidades del testigo: la *Percepción*. Que indica:

(i) Los principios técnico científicos sobre la percepción; (ii) lo relativo a la naturaleza del objeto percibido; (iii) estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción; y (iv) las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió. (Decastro, 2008, p.169).

El *Recuerdo*. Está conectado con “(i) los principios técnico-científicos sobre la memoria y (ii) los procesos de rememoración” (Decastro, 2008, p.170) y se refiere concretamente a las contradicciones en que puede incurrir el testigo. Y la *Comunicación*. Se relaciona con “(i) el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, (ii) la forma de sus respuestas y (iii) su personalidad” (p.170) y permite deducir el grado de certeza que tiene el testigo sobre los hechos que declara.

A su turno, el tercer criterio se refiere a la parcialidad del testigo con fundamento en prejuicios, intereses o motivos entre los cuales pueden considerarse: “la amistad, parentesco, interés pecuniario, venganza, interés sexual o afectivo, visión del mundo, filosofía política, miedo, postura religiosa, racial o de género, entre otras” (Hernández, 2014, p. 13). Se ataca la “neutralidad” del testigo al rendir su declaración buscando por las razones anteriores un resultado concreto, en el que se aleja de la realidad objetiva. El criterio cuarto responde a la coherencia del testimonio en cada uno de los momentos en que ha declarado sobre los hechos, de forma tal que refiera a las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada uno de los actos de exteriorización. Se trata, en palabras de la Corte Suprema, de inconsistencias y contradicciones del testigo en oportunidades anteriores al juicio oral, pues se busca no obviar que la contradicción del testigo evidencia la falta de credibilidad del mismo y permite al juez no tomar en cuenta su testimonio, al revelar un carácter voluble y poco fiable del testigo, excepto si el juez encuentra una razón convincente para explicar el cambio producido (Sentencia Rad. 25738, 9 de noviembre, 2006).

El quinto criterio, que refiere al grado de mendacidad del testigo (qué tan mentiroso es), se analiza desde:

La consciencia por parte del hablante de qué es lo cierto, la consciencia del carácter incierto de lo que dice, la intención de engañar, es decir, de que sea tomado lo incierto por lo cierto, y la intención del hablante de que sea

considerado veraz [que contribuya a menguar o anular la credibilidad del testigo]. (Madrid, 2002, p. 33).

Finalmente, el sexto criterio, refiere a la consistencia lógica del contenido de declaración, que esté exenta de contradicciones en lo esencial del relato, pues aquello que en verdad se debe sopesar, es la magnitud de dichas inconsistencias frente al aspecto cardinal que en ellas se relata; entonces “si por lógica lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en el ámbito probatorio ello se traduce en que de hallarse contradicciones en lo esencial poco importa el hecho de que exista uniformidad en tópicos secundarios” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 26 de enero, 2006, rad. 23.706).

En síntesis, el tema de credibilidad se plantea:

Cuando se analiza el sentido y la forma de la declaración, de la cual puede evidenciarse su naturaleza inverosímil o increíble, los defectos de percepción, rememoración o comunicación del testigo, la existencia de prejuicio, parcialidad, interés o manifestaciones anteriores, la tendencia a la mendacidad o, incluso, las contradicciones en el contenido del testimonio. (Sentencia Corte Suprema de Justicia. Rad. 41790, 11 de septiembre, 2013).

1.4. Testimonio de niños y niñas en delitos sexuales

Abordar el valor probatorio de la impugnación de credibilidad del testimonio es auscultar su transcendencia en la apreciación de las pruebas por parte del juez penal. En efecto, esta técnica (procedimiento) del contra-interrogatorio acerca al juez a la *verdad* de los hechos y la participación de las partes.

Ello es importante porque en el sistema acusatorio, el juez valora las pruebas a partir “del material que le entregan las partes al interrogar y contrainterrogar a los testigos, teniendo en cuenta que el epicentro de los ejercicios de sana crítica se desplaza hacia ellas a la hora de la práctica de la prueba” (Decastro, 2008, p. 31). Como afirman Cortés y Vásquez (2012), es deber del juez estudiar el valor probatorio a otorgarle a cada testimonio obrante en el proceso “a partir de los requisitos formales y sustanciales con los que debe cumplir un testimonio para ser considerado veraz, particularmente de lo obtenido con la impugnación de credibilidad y las reglas de la sana crítica” (p. 45).

Así el Juez deberá tener en cuenta del resultado de la impugnación, los elementos desacreditados del testimonio. En primer lugar, la coherencia interna, al ser expresadas las inconsistencias con declaraciones anteriores o elementos de prueba que hacen incoherente el testimonio. En segundo lugar, la experiencia común, toda vez que mientras el relato se aleja cada vez más de tal experiencia compartida, es más cuestionable la credibilidad del relato. En tercer lugar, los detalles, al tener en cuenta que si el testigo provee detalles tan exiguos, torna inverosímil el relato toda vez que según la experiencia “debió retener todo tipo de detalle que se suele recordar cuando se atestiguan determinados hechos; igualmente, la declaración será poco creíble si el testigo aporta una enorme cantidad de detalles, pues la capacidad humana de retener detalles es limitada” (Baytelman & Mauricio Duce, 2004, p. 76). En cuarto lugar, las consecuencias, ya que si lo que declara el testigo es cierto, ello implica que debieron ocurrir entonces algunas otras cosas, atendiendo a la experiencia o el sentido común (Baytelman & Mauricio Duce, 2004).

Por tanto, la trascendencia de la impugnación dependerá de la relevancia, el poder explicativo y la fuerza probatoria del testimonio, en las que recae la fortaleza de la prueba testimonial. Por esto, las partes deben invertir esfuerzos en justificar/refutar aquellas declaraciones de un testigo que tengan el mayor valor informacional (Paéz, 2014). A su vez, el juez a partir de la diferenciación entre credibilidad y valor informacional debe aplicar un estándar variable para la valoración de la prueba testimonial, de forma tal que entre más objetivamente valioso sea un testimonio, mayor deberá ser el estándar utilizado para evaluar su credibilidad. Por el contrario, en los casos en los que el testimonio carezca de valor informacional, menor será el estándar conduciendo a su aceptación automática (Paéz, 2014).

Ello es posible apreciarlo en el caso del testimonio del menor en delitos sexuales, en el cual los criterios para su valoración residen en el mayor o menor grado de credibilidad que se le asigna, pero tomando en cuenta la declaración del menor, particularmente si es víctima, sin desecharla solo por su minoría de edad. Sin embargo, en el ordenamiento penal no se encuentra un grado de credibilidad asignado al menor testigo, y sí un procedimiento específico en concordancia con el Código de Infancia y Adolescencia para la recepción de su declaración, en una clara muestra

de que el Legislador quiso darle validez y valor probatorio al testimonio del menor.

Incluso, en el ámbito internacional se ha dicho que los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales se han caracterizado por lo siguiente:

(i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, núm. 43866, 2016).

Así mismo, se ha otorgado jurisprudencialmente —aunque no en todos los casos— mayor trascendencia a la declaración de la menor víctima de delitos sexuales, “en la que dos elementos se vuelven indispensables para afianzar tal grado de confiabilidad: el manejo de la evidencia de corroboración, y el manejo de la retractación” (Bedoya, 2012, p.33). Respecto de la corroboración, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 6 de septiembre de 2007, rad. 27536, hace alusión a las declaraciones de los testigos que, aunque no presencien la comisión de la conducta punible, sí pueden ubicar a la víctima y el victimario en el lugar de los hechos o en compañía, antes de la consumación de la agresión sexual, y con ello, corroborar la versión del menor.

Respecto de la retractación, la Corte en dicha sentencia ha dicho que es común en los niños que han sido víctimas, por lo que, aunado a la utilización de las declaraciones anteriores para efectos de impugnación, se deben establecer las razones que dan lugar al cambio de versión (Sentencia 27536, 6 de septiembre, 2007). En razón a lo anterior, su valor es igual al de los demás; por tanto, no puede ser catalogado que, por su condición especial y distinta de ser un pequeño en edad, inexperiencia y carente de conocimiento cabal, resalte como una notoria diferencia que la haga tener

de entrada merecedor de rechazo o desconfianza natural (Corte Constitucional T-078, 2010).

En igual sentido, la jurisprudencia deja sentado que:

La descalificación del testimonio de los niños parece hoy cosa del pasado, al tiempo que el proceso de visualización del fenómeno de abuso sexual infantil cobra trascendencia en todos los niveles, particularmente en el reconocimiento que la jurisprudencia ha hecho del testimonio de los menores de edad en los casos de abusos sexuales. (Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 2010).

Esto, al encontrarse plenamente demostrado que “los menores involucrados en estas vejaciones, por lo general demuestran veracidad al momento de dar su testimonio y suelen decir la verdad sin siquiera ser influidos. Científicamente está demostrado que no pueden ser objeto de exclusión” (Polo y Cabarcas, 2013, p.71). En consecuencia, será a partir de la credibilidad del testimonio que el juez dará fuerza probatoria a lo declarado.

Por su parte, la legislación colombiana hace hincapié en la prelación que debe dársele a este tipo de casos para lograr la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados, así como en la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar que sean nuevamente victimizados (Ley 1098 de 2006, artículos 192 y siguientes). Entre las medidas que deben adoptarse para evitar la “victimización secundaria”, se tienen:

(i) procurar que el menor esté acompañado de sus padres, representantes legales o las personas con quienes conviva, cuando no sean estos los agresores; (ii) ordenar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia; (iii) evitar que la víctima esté frente a frente con el agresor; (iv) disponer que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible de acuerdo a su edad; y (v) se podrá limitar la publicidad de la actuación (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. n.º 43866, 2006).

Igualmente, el artículo 150 establece las reglas generales para la recepción de testimonio de menores, entre las que se destacan:

(i) los niños, niñas y adolescentes (NNA) pueden ser citados como testigos en los procesos penales; (ii) su declaración solo podrá ser tomada por el defensor de familia, a partir del cuestionario remitido previamente por el fiscal o el juez; (iii) la defensa podrá realizar el interrogatorio, siempre y cuando no contravenga el interés superior del menor; (iv) el NNA no tendrá contacto directo con el acusado, y (v) a discreción del juez, es posible obviar la presencia física del NNA mediante la utilización de medios tecnológicos (Ley 1098 de 2006).

Sobre ello ha advertido la Corte Suprema de Justicia:

(i) se mantiene para el acusado la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, aunque con las limitaciones inherentes a la intervención del Defensor de Familia; (ii) la defensa tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio, (iii) se elimina la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, (v) cuando el testigo (NNA) declara en el juicio oral, no opera la restricción consagrada en el inciso final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal n.º 43866. Rad., 2006).

Más recientemente, en la Ley 1652 de 2013 se establecieron reglas para obtener las versiones de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales buscando evitar que los menores sean nuevamente victimizados. El artículo 1.º señala: “Se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código”. Junto a ella, el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 contempla una nueva causal de admisión de prueba de referencia: “[...] e) es menor de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c y 188d”.

Esta entrevista forense tiene la categoría de elemento material probatorio y por tanto incide en la regulación de los actos preparatorios del juicio oral. Así mismo, es admisible en el juicio oral; no obstante, según la Corte Suprema de Justicia “no pueden servir de fundamento exclusivo de la condena, según lo establecido en el artículo 381, inciso final, de la Ley 906 de 2004” (Casación n.º 43866, 2006); es decir, la imposibilidad de que la condena se base exclusiva o preponderantemente en la declaración de un testigo que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar.

Visto lo anterior, se destaca la importancia probatoria de la impugnación de credibilidad del testimonio, al tener en cuenta, como señaló Crombag (1989), un debate legal es en la práctica “un conflicto entre versiones y una decisión judicial es un test de credibilidad de aquellas” (p.7).

Conclusiones

Acerca de la impugnación de la credibilidad del testimonio de los niños y niñas en delitos sexuales en el proceso penal colombiano se puede afirmar que:

La prueba testimonial enfatiza “en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad; en la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas” (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005); y en la aplicación de una justicia material, en la que el juez es:

Un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de esta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral. (Corte Constitucional, Sentencia C-591,2005).

A su vez, el derecho a la confrontación en la prueba testimonial tiene especial relevancia, pues permite:

(i) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) el careo con los testigos de cargo. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia Rad. 46153, 30 de septiembre, 2015).

Por su parte, la valoración de la prueba testimonial está sujeta a diferentes aspectos o factores que inciden en su apreciación y por tanto determinan el valor probatorio a asignarle al interior del proceso, particularmente porque será a partir de ellos que tendrá credibilidad. Para la doctrina, la confiabilidad de la prueba testimonial está dada por tres requisitos: (i) el conocimiento personal del testigo sobre lo que declara, (ii) haber prestado juramento y (iii) debe ser contra examinado para descubrir cualquier debilidad en su relato. (Vial Campos, 2011).

Respecto del testimonio infantil en delitos sexuales ha sido divergente la posición de la Corte en lo que respecta a admitir y valorar como prueba el testimonio de menores víctimas o no, en los delitos sexuales, bien por introducción como prueba pericial a través del psicólogo que los entrevista, bien como prueba de referencia o anticipada, o bien como declaración directa en el juicio, aplicando para su análisis los criterios del artículo 404 del C.P.P.

El punto divergente de la jurisprudencia reside en el grado de confiabilidad del testimonio del menor, dividiéndose en dos polos, el primero que reconoce unas condiciones especiales que aumentan la credibilidad de la declaración, especialmente si ha sido víctima; y el segundo, que reconoce la sugestionabilidad y manipulación de la que puede ser sujeto el testigo menor y por tanto es posible restar credibilidad a la declaración, al tiempo que impone la necesidad de valorarla objetivamente y respecto de los demás elementos materiales probatorios. Sin embargo, la descalificación del testimonio de los niños parece hoy cosa del pasado, al tiempo que el proceso de visualización del fenómeno de abuso sexual infantil cobra trascendencia en todos los niveles, al encontrarse plenamente demostrado que “los menores involucrados en estas vejaciones, por lo general demuestran veracidad al momento de dar su testimonio y suelen decir la verdad sin siquiera ser influidos. Científicamente está demostrado que no pueden ser objeto de exclusión” (Polo y Cabarcas, 2013, p.71).

En consecuencia, el valor probatorio de la impugnación de credibilidad del testimonio infantil en delitos sexuales reside en que en el sistema acusatorio el juez efectúa el ejercicio de la sana crítica en el momento de valorar la prueba, con soporte en el material que le entregan las partes al juez al interrogar y contrainterrogar los testigos que apoyan o contradicen el testimonio, teniendo en cuenta que el epicentro de la sana crítica se desplaza hacia ellos en la práctica de la prueba (Decastro, 2008).

Referencias

- Arenas, J. (1996). *Pruebas penales*. 1.^a reimpresión. Santafé de Bogotá, Colombia: Editorial Librería, Doctrina y Ley.
- Baytelman, A. & Mauricio Duce, J. (2004). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Santiago, Chile: Colección Derecho. Universidad Diego Portales. Recuperado de https://cec.mpba.gov.ar/sites/default/files/jxj/150409_litigacion_penal.pdf

- Bedoya, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>
- Berlinerblau, V. (1998). Abuso Sexual Infantil: Una perspectiva forense. En Viar & Lamberti, comp. *Violencia familiar y abuso sexual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad. Recuperado de http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura32.forense.pdf
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. 11.ª edición. [Traducción de Alcalá-Zamora, N.]. Buenos Aires, Argentina: Edición Arayú.
- Cortés, D. & Vásquez, L. M. (2012). *La valoración de la prueba testimonial en materia penal: El paradigmático caso del coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega* (tesis de pregrado, Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia). Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3931/CortesCasas-DianaMilena-2012.pdf;jsessionid=F2B64F7EFDD2A4391DB8ACFFD556AA4F?sequence=1>
- Crombag, H. (1989). When lay and psychology meet. En H. Wegener, F. Lösel y J. Haisch (Eds.). *Criminal behaviour and the justice system* (pp. 1-13). Nueva York: Springer.
- Decastro, A. (2008). La impugnación de la credibilidad de testigos en el Sistema Penal Acusatorio. *Opinión Jurídica*, 7. (13), 163-174. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v7n13/v7n13a8.pdf>
- Gorphe, F. (1967). *La crítica del testimonio*. 3.ª ed. Traducción Ruiz-Funes, M.]. Madrid, España: Instituto Editorial Reus
- Hernández, N. (2014). *Impugnación de testigos*. (Tesis especialización). El Salvador: Universidad Francisco Gavidia. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.
- Madrid, D. (2002). *La mentira infantil: Diagnóstico e intervención psicopedagógica*. (Tesis Doctoral. Málaga, España Universidad de Málaga, Facultad de Ciencias de la Educación). Recuperado de <http://www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/1627443x.pdf>
- Martínez Rave, G. (2006). *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Páez, A. (2014, abril). La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía*, (40), 95-118. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n40/n40a5.pdf>
- Parra, J. (1994). *Tratado de la prueba judicial. El testimonio*. Tomo I. 4.ª ed. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

- Parra, J. (2006). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá D.C., Colombia: Librería del Profesional.
- Polo, L. & Cabarcas, A. M. (2013). Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual. *Pensamiento Americano*, 6 (10), 71-81. Recuperado de <http://publicaciones.americana.edu.co/index.php/pensamientoamericano/article/view/136/154>
- Rivera, F. (1999). La impugnación de testigos con evidencia ilegalmente obtenida. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 38 (2), 1-39. Recuperado de <http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/1999Vol38-2y3/La%20impugnacion%20de%20testigos.pdf>
- Rodríguez, O. (2005). *El testimonio penal y sus errores, su práctica en el juicio oral y público*. 2.^a ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Sanabria Villamizar, R. J. (2016). Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: Un estudio desde la experiencia procesal penal. *Estudios de Derecho*. 72(160), 19-50. doi: 10.17533/udea.esde.v72n160a02.
- Sentencia SP-3332 (2016). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Rad. n.º 43866. Magistrada ponente: Patricia Salazar Cuéllar.
- Sentencia (2006, enero 26). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Recurso de casación. Rad. 23706 Magistrada Ponente: Marina Pulido de Barón.
- Sentencia (2006, marzo 30). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Recurso de casación. Rad. 24468. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo.
- Sentencia (2006, noviembre 9). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Recurso de casación. Rad. 25738. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa.
- Sentencia (2007, septiembre 6). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Recurso de casación. Rad. 27536. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero.
- Sentencia (2013, septiembre 11). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Recurso de casación. Rad. 41790 Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz.
- Sentencia (30 de septiembre de 2015). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Recurso de Casación. Rad. 46153. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Corte Constitucional de Colombia. Demanda de Constitucionalidad. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-078 (2010, febrero 11). Corte Constitucional de Colombia. Acción de tutela contra providencia judicial. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

- Vial Campos, P. (2011, diciembre). El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal. *Política criminal*. 6 (12), 448-473. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000200006
- Young, T. (2005). *Técnicas del interrogatorio del testigo*. Buenos Aires, Argentina: La Rocca.

Una aproximación a la función superadora del derecho a propósito de la transición en Colombia

Carlos Vicente Pérez Giraldo*

[...] Cuánto más cívico [politikoteros] ha sido Poseidón que Trasíbulo, pues aunque no venció [kratôn] como aquel, sino [derrotado]. Plutarco (Loroux, 2008, p. 41)

Resumen. §1. En relación con los conflictos de carácter penal, el derecho, en tiempos ordinarios, funciona como un sistema eminentemente inflexible, que se caracteriza por sancionar ciertas conductas mediante un reproche permanente, que no se purga hasta el cumplimiento o extinción de la pena. Por otra parte, el derecho en un período de justicia transicional, se caracteriza por promover la superación del conflicto a través de figuras expeditas de terminación como las amnistías y los indultos, al igual que una modificación sustancial en la cantidad y el tipo de penas (así mismo que los rituales) para las conductas restantes. Dicho de otro modo, el derecho en un modelo de justicia transicional es un sistema flexible.

§2. El propósito de este artículo es argumentar que esa cualidad flexible del derecho en tiempos de transición deriva en una función particular del mismo, que se concreta en los modelos de justicia transicional. Esto es, la función superadora del pasado que, como se argumentará, implica un recogimiento del mismo derecho sobre sus anteriores prescripciones en vista de su impotencia para evitar el conflicto.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2017). Estudiante de la Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia (2019-2020). Asistente de investigación del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia.

§3. Como desarrollo de lo anterior, (i) se hará un repaso de las funciones internas y externas del derecho para (ii) sustentar la llamada función superadora del mismo, luego de (iii) argumentar la incapacidad del derecho para solucionar los conflictos sociales solo mediante el (iiia) criterio de validez ni (iiib) a través de la pena, por lo cual se (iv) argumentará que el derecho como sistema rígido puede resultar contraproducente para la consecución de la paz social, al no poder superar las causas históricas del conflicto. Además, (v) se analizarán la relación entre justicia transicional y emociones desde el punto de vista de las víctimas del conflicto, para lo cual será necesario (vi) explicar el concepto de cognición jurídica, luego de lo cual (vii) se valorará la importancia de la memoria en el proceso de superación del pasado. Como conclusión, se argumentará que la función superadora del derecho es una respuesta transitoria del sistema jurídico, en la que se flexibilizan las sanciones para conservar la identidad del propio sistema en el tiempo, con lo cual se busca, en últimas, la conservación del orden social por medio de la fidelidad al derecho.

Palabras claves: Conflicto, pena, justicia transicional, ordenamiento jurídico, emociones, cognición jurídica, fidelidad al derecho.

1. Derecho y conflicto

§4. El objeto de este artículo es analizar la relación entre el ordenamiento jurídico y la transición social desde la perspectiva de las funciones internas y externas del derecho, entendiéndose por estas, las consecuencias sociales de la existencia del derecho; y por las primeras, las características de estructura y operatividad del derecho en tanto sistema normativo. Según Hart (2015), la noción de derecho implica la de ordenamiento compuesto por distintos tipos de reglas que interactúan entre sí para dotar de sentido al entramado de competencias, procedimientos y prescripciones desde el punto de vista de los sujetos normativos o agentes. De tal modo que al modificar las reglas de procedimiento y las sanciones con las que se califica el sistema jurídico (esto es, la coerción [Pérez, 2018]) por medio de los llamados modelos de justicia transicional, caracterizados por la amnistía, indulto o rebaja sustancial de las penas, este fenómeno tiene consecuencias para la validez de las reglas jurídicas, que pueden ser consideradas funciones internas del derecho.

§5. Desde una perspectiva sociológica (Ferrari, 2014), el derecho tiene una serie de funciones como la orientación social, el tratamiento de conflictos o la legitimación del poder. Frente al tratamiento de conflictos, en particular, en lo concerniente a los de carácter criminal (como los ocurridos en razón o con ocasión de un conflicto armado), el derecho se ha caracterizado por responder al delito a través de la pena, y por lo tanto, los fines atribuidos a la pena (retribución, prevención, reparación simbólica, etc.) (Hörnle, 2015), por esta vía, son la justificación de la función social del derecho de gestionar los conflictos e indirectamente dotan a este de razones para legitimar el poder. No obstante, la forma en la que el derecho gestiona el conflicto social en un período de transición difiere del clásico enfoque retributivo superviviente incluso en las contemporáneas teorías de la pena y, de allí que, a más del análisis sobre la necesidad de la pena individual (Reyes, 2017), deba considerarse la función superadora del conflicto que los modelos de justicia transicional incluyen de manera excepcional en el ordenamiento jurídico.

§6. Es necesario, en primer lugar, hacer una reflexión sobre el papel del derecho en el marco de los conflictos humanos. Como señala Berlin (2003) —al respecto de los límites de la libertad humana—, todos los fines humanos son ontológicamente iguales y, por lo tanto —se agrega—, el derecho es un mecanismo para diferenciar los fines humanos y calificarlos de acuerdo con los criterios del ordenamiento jurídico. Entre la multiplicidad de fines humanos, de los cuales axiológicamente se podrían distinguir, entre otros, los loables, los viles y los simplemente anodinos, es probable que interfieran entre sí y de esa interferencia surja un conflicto social al cual el derecho le da un tratamiento institucionalizado en las sociedades civilizadas acorde con sus reglas. Para decirlo de una manera más clara: el derecho no origina el conflicto, pero sí lo recoge y lo asimila con el fin de —se esperaría— asignarle una solución jurídica.

§7. Conviene, al respecto, resaltar el aspecto común entre la teoría positivista y el derecho natural acerca de la cuestión moral en el derecho, el cual no es otro que el fin propuesto por el derecho de generar fidelidad a sí (Hart & Fuller, 2016), problema que, parcialmente, puede distinguirse del problema de validez y eficacia del derecho (Bulygin & Mendoca, 2005). En ese sentido, el derecho es un orden normativo de obvias pretensiones prácticas llamado a regir el comportamiento humano según sus prescripciones, las cuales suele imponer incluso contra la voluntad de los

agentes (Pérez, 2018). Por ello, si el mismo derecho opta por recoger sus prescripciones completamente (amnistías o indultos) o atenuar las sanciones, se infiere que ello se hace con el fin de permitir la adecuación práctica de los agentes al ordenamiento, o en términos más extendidos, generar fidelidad al derecho.

§8. Lo expuesto en *supra* §6 implica suscribir una teoría del conflicto (Coser, 1961), según la cual el origen de este no puede tener lugar fuera de las acciones humanas. Distinto es afirmar que pueden existir normas jurídicas que promuevan el conflicto, de la misma manera que pueden existir modelos económicos o estructuras sociales que hagan lo propio, aunque el origen de este, si se quiere, desde una visión estrictamente causal u ontológica, se debe siempre a la conducta colectiva del ser humano. No obstante, el derecho, a diferencia de las demás instituciones sociales, tiene por función el manejo coercitivo del conflicto; es decir, que frente a las voluntades humanas en discordia se impone una tercera opinión —la del derecho—, la cual se asegura de manera coactiva (Kelsen, 1997). Por lo tanto, en términos del sistema (*vid, supra* §4), el conflicto se reduce a conductas que, al ser asimiladas por el derecho, resultan, de forma separada, en situaciones sociales lícitas o ilícitas, según el contenido de las reglas jurídicas.

§9. Al respecto de la asimilación que el derecho haga del conflicto, pueden distinguirse dos modelos de sistema jurídico, flexible e inflexible. El sistema jurídico según lo expuesto en *supra* §4 está compuesto, en gran medida, por reglas primarias de comportamiento, de las cuales se destacan para estos efectos, las prohibiciones penales y las prohibiciones del derecho internacional con relevancia penal². Estas reglas de conducta, en particular, los tipos penales (Velásquez, 2012)³ contienen sanciones que asignan un mal (Austin, 2002) para prevenir (Lesch, 2000) la ocurrencia de conductas típicas futuras, esto es la conocida prevención general positiva de la pena. En tiempos ordinarios, en los cuales la sociedad no está sujeta a fuertes conmociones o inestabilidad política, las consecuencias jurídicas de las conductas conflictivas (delitos) se suceden de manera

² Aunque el presente análisis no pretende abarcar la interacción entre el sistema jurídico interno y el sistema internacional, sino que se centra en la valoración del funcionamiento interno del sistema jurídico en relación con la sociedad.

³ Mas Velásquez, como hace la mayor parte de la doctrina jurídicopenal, de manera antitécnica excluye la pena de la definición conceptual de tipo, en cambio acá se sostiene que la calificación jurídica o dispositivo coercitivo es parte indisoluble de la regla primaria.

necesaria; es decir, el derecho reacciona a ellas como un sistema rígido (Ferrari, 2014) y con la eficacia de la norma comunica la pretensión de permanencia en el tiempo del sistema jurídico (Hart, 2015), que no olvida ni tampoco perdona sino que determina, de manera particular, la reacción social institucionalizada frente al conflicto, que para estos efectos se llamará pena (Austin, 2002). Distinta es la situación en la cual la sociedad se encuentra en un periodo generalizado de conflicto, vélgase decir, en tiempos en los cuales el derecho goza de validez, pero carece —en forma sistemática— de eficacia. Tal situación, como la que ocurre en tiempos de conflicto armado no internacional (CICR, 2008), implica que las prescripciones jurídicas han apuntado a construir una realidad social muy diferente de la que se puede constatar de hecho. En otros términos, de forma alarmante el derecho se ha conducido por un camino y la sociedad por otro. Es esta situación la que resulta de interés para efectos de este análisis ya que, en ella, el derecho se enfrenta al contrasentido de subsistir de manera independiente a su aplicación (Kelsen, 1949) aunque se advierta que la incapacidad de persuadir la conducta de las personas amenaza la viabilidad de la sociedad en su conjunto y, en definitiva, la subsistencia del ordenamiento jurídico mismo.

§10. Ante esta tesitura, el derecho puede reaccionar, en un principio, como lo haría en tiempos ordinarios: determina consecuencias punitivas a las conductas conflictivas antijurídicas y espera que estas sean ejecutadas (Kelsen, 1997), con el fin —práctico— de que las penas funcionen como disuasión de la repetición del conflicto (prevención general). Si la conminación punitiva basta para reconducir la sociedad de acuerdo con las prescripciones jurídicas y de esta manera encauzar el conflicto, el derecho es un sistema rígido o inflexible. Si a pesar de ello la sociedad persiste en la anomia, el derecho puede optar por dos caminos flexibles: uno, consistente en la radicalización de su severidad, es la agravación de las penas⁴ con fines disuasorios o el tratamiento especializado del sujeto en conflicto con el derecho como enemigo (Jakobs, 2009); otro, del cual hacen parte los modelos de justicia transicional, consiste en la flexibilización de las consecuencias jurídicas del delito para hacerlas más benignas, como las amnistías-indultos y las rebajas de pena, con el fin ya no de disuadir por medio de la intimidación persistente incluso en las teorías de

⁴Por ejemplo, el camino recorrido por la Ley 890 de 2004 que optó por aumentar de manera sistemática las penas en el ordenamiento jurídico colombiano.

la llamada prevención general positiva (*vid, supra* §5), sino de convidar a los sujetos a apegar su conducta al ordenamiento en lo sucesivo bajo un costo punitivo más favorable para el agente⁵.

§11. Se ha dicho antes (*vid, supra* §8) que el derecho, en términos causales, es incapaz de originar el conflicto debido a que es incapaz de desplegar una conducta (Zaffaroni, et al, 2002); de la misma manera, el derecho, en relación con el conflicto, es incapaz de ofrecer una solución social puesto que las prescripciones jurídicas existen en una realidad normativa (Bulygin et al., 2005) y las soluciones a los conflictos deben ocurrir en el contexto social —no basta con la declaración jurídica—. Por lo tanto, aunque para la existencia del ordenamiento jurídico, según la tradición kelseniana (Kelsen, 1997), baste con que este sea válido, para que el derecho tenga la virtualidad de solucionar conflictos, este depende de su eficacia. Esta es la razón por la cual un sistema jurídico rígido muta; es decir, se hace flexible para tornarse más gravoso o más benigno, en reacción a la anomia representada en el conflicto social. En consecuencia, el derecho no ofrece directamente soluciones al conflicto particular sino que estas dependen, por un lado, del apego normativo que los agentes muestren frente a las prescripciones y, por otro lado, de hechos sociales eventualmente independientes del derecho —como procesos culturales, cambios económicos, en suma, de realidades sociales— que propicien un ambiente de paz social visto desde el plano ontológico.

§12. La inaptitud del derecho para resolver de manera directa el conflicto social se hace evidente en la institución de la pena que, al imponerse de manera necesaria después de la ocurrencia del hecho antijurídico, es decir, por ocurrir con posterioridad cronológica a la lesión jurídica del ofendido, no puede modificar lo ya consolidado en el tiempo y se presenta como un segundo fenómeno de carácter retributivo en virtud del cual el derecho, en relación con el conflicto, identifica dos o más conductas (dos o más representaciones del mundo —*vid, supra* §6—) frente a las cuales impone una tercera representación —la pena— que, como ha sostenido

⁵ Solo se hace mención a la vía del derecho penal del enemigo para tratar el conflicto social aunque el objeto del escrito se reduce al análisis de los modelos flexibles de aumento de penas y justicia transicional, cuales son los que han operado en Colombia.

Lesch (2000), no repara el conflicto sub júdice, sino que tendría una proyección preventiva frente a los conflictos futuros⁶.

§13. Siguiendo a Luhmann (1998), el derecho funge como guía de la identidad social, valga decir, como proyección del estado ideal de la sociedad, pero este reflejo normativo de la aspiración social no debe ser un obstáculo para los procesos de superación del conflicto bajo el imperativo de la punición. Es por ello por lo que, frente a la paradoja de la validez y la eficacia (Kelsen, 1949), el derecho puede reaccionar de manera inédita, recogiendo sus propias prescripciones, esto es, flexibilizando el núcleo de las reglas primarias (Hart, 2015; Teitel, 2017) que son las penas, con el fin de propiciar la reconciliación social por medio de mecanismos no retributivos, puesto que, si el ordenamiento jurídico insistiera en la aplicación de sus reglas, el derecho, en vez de facilitar la superación del conflicto, se opondría a las partes contendientes como un tercer actor en discordia. Por supuesto, de cara a la jurisdicción universal y el régimen del derecho penal internacional, esta flexibilización está limitada por la prohibición de amnistías o indultos para los crímenes internacionales (crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos), lo cual, en todo caso, es una consideración de lege data para señalar un dogma retributivo en el orden externo.

§14. En conclusión, el derecho debe acompañar a la sociedad en la transición del conflicto a partir de procesos de superación del pasado (en alemán, *Vergangenheitsbewältigung*) que pueden conllevar a un tratamiento no retributivo del conflicto. Es decir, que la función superadora del derecho consiste en relacionar el conflicto con un momento pasado que no requiere necesariamente la punición para su asimilación social, para que el ordenamiento jurídico, como respuesta a situaciones inflacionarias de infidelidad normativa-penal, por medio de mecanismos no retributivos permita la reconciliación social.

2. Conflicto y emociones

§15. Hasta ahora se ha tratado la relación entre derecho y conflicto desde la perspectiva de aquel; es decir, desde la forma en la que reacciona

⁶ Haría falta profundizar acerca de si la pena como fenómeno posterior al delito cobra significado a partir del razonamiento individual que asocie estos dos fenómenos con el ideal de justicia retributiva, lo cual puede tener un sustrato instintivo o emocional; es decir, si la retribución es el sustento de la prevención.

el sistema jurídico frente a los conflictos humanos —en particular, de carácter criminal— y las mutaciones que sufre en los procesos desuperación del conflicto. Esto ha implicado limitar el método al análisis del ordenamiento jurídico como estructura compuesta por varios tipos de reglas (Hart, 2015) que solo de manera indirecta tiene por objeto la conducta humana (Kelsen, 1997). Por eso se ha preferido dejar de lado la consideración del derecho como conjunto normativo que soporta una expectativa social (Luhmann, 1998) a pesar de la existencia del conflicto y su defraudación sistemática, lo cual tiene efectos sobre el razonamiento particular de las víctimas, fenómeno que se prosigue a analizar⁷.

§16. Es preciso hacer una incursión en dos aspectos subjetivos que tienen directa relación con los mecanismos a los que recurre el derecho para contribuir a la superación del conflicto y, de forma indirecta, asegurar su propia subsistencia por medio de la viabilidad de la sociedad. Se trata del dolor y la memoria como fenómenos internos de las víctimas que, por un lado, explican las emociones que se afianzan en medio de un conflicto social —principalmente, miedo, odio y rencor— y, por otro lado, la prolongación del conflicto, incluso a través de generaciones, como consecuencia de emociones y recuerdos no resueltos desde el fuero íntimo.

§17. Por supuesto, en los conflictos se producen aflicciones de hondo calado, dolores de tipo físico o moral que los sufren los combatientes y las víctimas de manera indiscriminada. La reacción del derecho frente a los responsables de la ocurrencia de las aflicciones, esto es, frente a los crímenes, consiste, en su mayor medida, en la organización de un sistema de reparto del sufrimiento justificado por la idea de retribución, mejor conocido como pena (Christie, 1984) (*vid, supra* §8). De esta forma, el conflicto gira, tanto a nivel social como normativo, en torno al dolor. En otras palabras, el dolor tiene una importancia central en el conflicto tanto porque el hecho antijurídico al igual que la pena son fenómenos dolorosos, uno para la víctima, el otro para el victimario, recogidos por el ordenamiento en las prohibiciones penales, como porque el dolor es sustento síquico de emociones que pueden afectar de manera negativa las condiciones para la paz social.

§18. Las emociones que se afianzan con el conflicto son del tipo que afectan la unión de las personas en torno a ideas comunes como

⁷ Se reduce el análisis subjetivo al enfoque de las víctimas para enlazarlo con las ideas de amnistía y perdón. Es pertinente analizar el razonamiento de los victimarios y de terceros en estudio separado.

la democracia, el Estado de derecho, la idea de nación, en una palabra, afectan el sentido de lo público (Nussbaum, 2014). Aunque hablar de estos ideales en medio de un conflicto armado puede resultar ilusorio, son relevantes porque representan los postulados de la civilización decantada en los ordenamientos jurídicos modernos. Dicho de otro modo, el conflicto se opone no solo a la eficacia del ordenamiento jurídico sino también —y principalmente— a la realización axiológica de los contenidos de este. Para estos efectos, el conflicto social crea un estado de anomia o de pugna con el ordenamiento jurídico, lo cual es especialmente notorio en los grupos beligerantes, y en este estado importan los ataques al ordenamiento jurídico que se dan, no solo por violación directa de reglas jurídicas, sino también por el estímulo de emociones como el odio y el rencor, que impiden el florecimiento de otras, compatibles con el Estado de derecho, como la compasión, el amor y la justicia.

§19. El odio y el rencor son emociones absolutamente comprensibles en el marco de un conflicto armado (Guzmán Campos et al., 2016), originadas precisamente en el dolor consecuente a la violencia y a los ultrajes a los que son sometidos los sujetos victimizados. Estas emociones, afianzadas en sentimientos, están en la base de la idea de retribución que justifica, bajo teorías no superadas del todo (Hörnle, 2015), la imposición de la pena como reacción al delito, como ha anotado Christie (1984). Detrás de estas emociones reside otra, mucho más arraigada no solo en los seres humanos sino también en los demás animales: el miedo, que en el marco del conflicto puede ser entendido como una desconfianza generalizada ante el ordenamiento jurídico, producto de su ineficacia, y como unaprevisión de cuidado propio ante la probabilidad de ser victimizado. Esta desconfianza originada en el miedo arruina las pretensiones directivas del derecho sobre la conducta humana, pues en ese contexto las decisiones no se toman con referencia a lo legal, ni siquiera a lo justo, sino al cálculo individual para evitar perjuicios (dolor) en un contexto de constreñimiento (Pérez, 2018). En resumen, los sentimientos de odio, rencor y deseos de venganza, propician desconfianza de los sujetos en el ordenamiento jurídico (distinto al modelo social analizado por Jakobs, 1998), lo cual no es distinto a la existencia de desconfianza entre la sociedad misma.

§20. El tipo de razonamiento que ocurre en la persona cuando procede como agente normativo relevante para el derecho (a causa de lo cual resultará imputada jurídicamente de un tipo legal), es lo que se

quiere significar con cognición jurídica. Este razonamiento complejo está determinado tanto por ideas racionales como sentimientos, emociones e influencias culturales (Nussbaum, 2014) y pueden ser tan determinantes, en el contexto de un conflicto armado, los sentimientos violentos o perturbadores de la paz social en tanta medida en la cognición jurídica de las víctimas como de los victimarios, entendidos todos estos como sujetos históricos (Foucault, 2016) o como agentes normativos de la sociedad. Sirva resaltar para la exposición planteada (*vid, supra*, §3viii) que la cognición jurídica en el marco de un conflicto armado resulta viciada, constreñida, determinada de manera inevitable por factores tan poderosos en el razonamiento práctico que desvirtúan la capacidad del derecho para motivar la conducta.

§21. En este sentido, el sistema jurídico de tiempos ordinarios que se pretenda aplicar en una sociedad en conflicto —esto es, un sistema de tipos y penas rígido— puede tener la función latente de afianzar las emociones perjudiciales para su realización. Este efecto se debe a que, cuando existe la pena como consecuencia institucionalizada al conflicto antijurídico, la solución de este pasa por la purga de la sanción prevista por el ordenamiento jurídico, pero ello funciona en el contexto de conflictos puntuales o individualizados; en cambio, si la situación indica un estado de conflictividad generalizado, las penas individuales son incapaces de representar una purga en relación con el conflicto, ya que aquellas se limitan al tratamiento de la conducta antijurídica en particular y no del conflicto social que subyace a esta. Súmese a lo anterior la consideración práctica que el ordenamiento jurídico de una sociedad en conflicto armado como la colombiana, el derecho penal tiene un alto grado de ineficacia, razón por la cual, además, en muchos casos las víctimas pueden resultar frustradas ante el fracaso del ideal de justicia en situaciones de impunidad. Es por esto por lo que, con independencia de la eficacia del derecho, la operatividad del sistema jurídico en relación con el conflicto de forma rígida (*vid, supra* §9) y atomizada —conflicto por conflicto, en particular—, al proponerse funcionar en medio de un conflicto a través de la atención individual de cada conducta antijurídica, de manera similar a como un bombero intentaría apagar un gran incendio con una sola manguera, es impotente para atender todos los casos necesarios para reconducir la sociedad de acuerdo a sus reglas.

§22. La paradoja de la validez y la eficacia del sistema jurídico rígido, es la principal causa de los modelos flexibles de tratamiento del conflicto en la justicia transicional (Teitel, 2017). Ante una situación de gran ineficacia, el derecho reacciona con un recogimiento de sus prescripciones (flexibilización favorable del principio de legalidad), atenuando las penas u ofreciendo amnistías o indultos a los agentes participantes del conflicto, con el fin de permitir una nueva cuenta de las pretensiones punitivas del Estado a cambio de una oportunidad de paz social. Desde luego, un presupuesto de esta mutación jurídica (*vid, supra* §10), se esperaría, es un ambiente presto para el diálogo, la promesa de comportamiento pacífico y el perdón. Para el derecho es beneficioso que en la sociedad exista concordia y que las emociones políticas sean saludables para la realización de la ideología del Estado liberal. No obstante, ese propósito parece ser demasiado ambicioso para el campo de acción de las reglas jurídicas (y, con mayor razón, de las prohibiciones penales). Antes es fundamental que se apacigüen el odio y el rencor, y para ello el derecho sí puede cumplir un papel importante de manera pasiva: sin impedir que el conflicto se perpetúe por medio del sistema punitivo que supone el derecho de los tiempos ordinarios.

3. Memoria y punición

§23. El otro aspecto interno que conviene analizar es la memoria como construcción conjunta de la identidad social, determinada por las representaciones o imaginarios del pasado común que, en las sociedades en conflicto, están marcadas por la ocurrencia de este. La idea de memoria, a diferencia del concepto de historia (Judt, 2012), implica una valoración interna de los recuerdos y emociones que han sentido las personas que comparten un pasado común⁸. Por lo tanto, en un contexto de conflicto, la memoria contiene las emociones, los impulsos y las contradicciones que, con el paso de las generaciones, se acumulan en las personas que, en sí mismas, encierran la doble condición que implica lidiar con el conflicto actual, por un lado, y sobrellevar la carga emocional e ideológica que producen los recuerdos de los eventos pasados del conflicto, por el otro lado.

§24. El derecho no es ajeno a la memoria en tanto aspecto histórico y cultural del conflicto, ya que el conjunto de reglas que este prescribe

⁸ En cambio, la historia podría definirse como la construcción objetiva u externa de los hechos ocurridos en determinada sociedad. *Ibíd.*

—y, sobre todo, la ejecución de las penas determinadas por estas— puede ser interpretado como un recordatorio de que, sin importar si el conflicto subsiste o se perpetúa, los actos cometidos con ocasión de este han ocurrido bajo el amparo de un sistema jurídico que, de antemano, le ha asignado una calificación —antijurídica— a estos hechos y les depara una consecuencia punitiva. En este aspecto, la pena funciona también como reforzamiento de la memoria, en el sentido de que no se trata de un fin humano simplemente anodino el que se recoge en la memoria del conflicto, sino que son fines reprochados a través del paso del tiempo, lo cual se constata con la vigencia de las normas penales que prohíben los hechos puntuales del conflicto.

§25. De esta forma, la vigencia del derecho es también la vigencia de la memoria del conflicto. Ahora bien, es necesario preguntarse si los sistemas rígidos de tipos y penas significan un tipo de memoria distinto al que representan los sistemas flexibles de la justicia transicional. Como hipótesis preliminar cabe plantear que los sistemas rígidos refuerzan la memoria del conflicto, ya que el sistema jurídico señala que existe un estado de cosas inaceptable en el mundo político o social, y por las características del derecho —validez y coerción, principalmente— su vigencia indica el deber ser social, hacia donde debería conducirse la sociedad en conflicto de acuerdo con las prescripciones jurídicas. Bajo esta hipótesis, el concepto de amnistía —que, como recuerda Loraux, tiene una asonancia más que sugestiva con la amnesia (Loraux, 2008)— sería la negación de la memoria del conflicto, y de ese modo, la aceptación —o cuando menos, indiferencia— del sistema jurídico frente a los hechos ocurridos en el pasado.

§26. Sin embargo, esta hipótesis no es de recibo por varias razones. En primer lugar, la amnistía no es equiparable a la amnesia, por el hecho de que al sistema jurídico no se le pueden formular descripciones propias de los sistemas biológicos (en particular, de los humanos) como pensar, sentir, recordar, etc., que, de suyo, presumen una subjetividad por parte del agente. En segundo lugar, los modelos flexibles de tipos y penas no conllevan una sustitución del sistema jurídico por uno nuevo, ni la abolición del sistema histórico de prohibiciones y sanciones, sino solo una flexibilización de este en relación con determinados hechos, lo cual, como se ha señalado, tiene el sentido teleológico de corregir las paradojas del funcionamiento del propio sistema, de tal forma que el derecho no

pierda su característica de conservador de la identidad social (Luhmann, 1998).

§27. No obstante, hay un aspecto común entre la amnistía y la amnesia que es preciso señalar. En *Euménides*, Esquilo cuenta que las Erinias —las diosas de la cólera— declaraban estar “delegadas a la memoria de los males” (Loraux, 2008: 40); es decir, para la cosmogonía griega la recordación de los males es un asunto divino. En el 403 a.C., año en el que se sella el regreso a la democracia griega después de la Tiranía de los Treinta —que siguió a la derrota en las guerras del Peloponeso—, los demócratas liderados por Trasíbulo decidieron que toda la polis griega, uno por uno, hiciera un juramento solemne de “no recordar las desgracias del pasado”, el cual es considerado por la historiografía helenística, por su importancia paradigmática, como la primera amnistía “en sentido lógico y no cronológico” (Loraux, 2008, p. 11; 16). Llama la atención la expresión de Loraux sobre la relación entre lo político y la memoria: hay una “sombra que lo político proyecta sobre la memoria” (Loraux, 2008, p. 145), puesto que la memoria común oculta, en los sentimientos de unión y los eventos comunes, los impulsos y conflictos subyacentes en lo político, los conflictos pasados que se han sellado bajo la acumulación de eventos que construyen la identidad común, “como si la memoria de la ciudad se fundara *en el olvido de lo político como tal*” (Loraux, 2008, p. 40)

§28. Ello arroja un análisis sobre la memoria, en el cual el olvido no es igual a la inexistencia del pasado. El olvido que se sella con el juramento de no recordar las desgracias del pasado no es la supresión de los recuerdos, si se quiere, en el sentido lacaniano de forclusión, sino el ocultamiento de estos bajo el compromiso de no revivirlos —principalmente, en un debate judicial— de un modo similar a la represión freudiana, como “presencia que solo se ha ausentado de sí misma” (Loraux, 2008, p. 158).

§28a. Guardadas las diferencias, este excursus resulta útil para señalar que el olvido jurídico de lo político —la amnistía— es una necesidad para el sistema normativo en el sentido de que, para superar el conflicto, se requiere antes superar las emociones que subyacen a él, lo cual, como se ha explicado, se entorpece por las paradojas que encierran la alta ineficacia a despecho de la validez y el rencor afianzado de la víctima en la pena ordinaria y el miedo común que estimula las reacciones violentas. En ese sentido, el olvido del conflicto por medio de las amnistías y los

indultos, es una necesidad del sistema impuesta por la función superadora del derecho.

§29. En resumen, los modelos flexibles de justicia transicional no representan una negación del pasado común ni la indiferencia del derecho frente a los hechos otrora prohibidos y actualmente amnistiados, sino, por el contrario, son una mutación del sistema normativo que encierran en sí el símbolo de una fundación política en torno a un ideal de memoria que se aspira construir una vez más, bajo el compromiso de haber superado —al menos, por parte del derecho— los eventos pasados del conflicto, que se sella, para recurrir una vez más a Loraux, con el “olvido del no-olvido” (Loraux, 2008, p. 158).

§30. Se cierra de esta forma el análisis del odio y del rencor como emociones que se afianzan en el conflicto. Mención aparte merece el miedo, frente al cual no basta la actitud pasiva del derecho, sino que requiere, para su superación, la creación de empatía entre las personas, pues como señala Nussbaum, en la base del miedo está la falta de *pathos* con los otros, que no son considerados semejantes (Nussbaum, 2015). En este aspecto, el tratamiento punitivo tradicional resulta impotente, ya que las penas difícilmente pueden servir para tender lazos comunes entre las partes en conflicto, al igual que se descarta en un ordenamiento jurídico contemporáneo la aplicación de modelos clásicos de amnistía e indulto como el descrito en *supra* §27. Por ello, los sistemas de justicia transicional, como el colombiano establecido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), prevén, junto con el sistema punitivo de amnistías, indultos, sanciones propias, alternativas y ordinarias (Bernal Cuéllar et al., 2016), otros mecanismos de reparación, construcción de la memoria y superación del conflicto, como las comisiones de la verdad, las garantías de no repetición y, particularmente dentro de los procesos de carácter penal, la posibilidad de ordenar reparaciones de tipo simbólico, todas las cuales son complementos a la pena como tratamiento tradicional al conflicto de tipo armado no internacional (Colombia, Acto Legislativo 01, 2017).

Conclusión

§31. El diagnóstico de los sistemas jurídicos que existen en medio de una sociedad sumida en el conflicto es especial, porque encierra una serie de paradojas que se revuelven contra el funcionamiento del propio sistema y,

en definitiva, contra la realización de los ideales del Estado liberal. Como solución a estas paradojas, el sistema jurídico reacciona con una mutación que lo dota de un carácter flexible para abrir una ventana de transición, en la cual recoge sus anteriores prescripciones en lo que respecta, principalmente, a las sanciones penales que suceden al delito, con el fin de flexibilizar sus normas para no ser un obstáculo en los procesos sociales de superación del conflicto.

§32. Además, se advierte que en el conflicto surgen distintos tipos de emociones que afectan el funcionamiento del sistema jurídico, y frente a las cuales —en particular, frente al odio y el rencor—, el derecho plantea mecanismos de superación del pasado y reconstrucción de la memoria como las amnistías, las cuales, junto con la flexibilización de las penas y los mecanismos adicionales de justicia restaurativa que prevén los modelos de justicia transicional, encierran un nuevo paradigma para el tratamiento punitivo de los conflictos sociales, en particular, para los surgidos como consecuencia del conflicto armado interno.

§33. En este sentido, el derecho tiene una función superadora del conflicto que se concreta, por vía pasiva, en la flexibilización normativa mencionada; y, por vía activa, a través de la incorporación en el derecho de herramientas sociales de creación de elementos comunes de unión entre las personas que han estado en conflicto. Esta reacción del sistema jurídico frente al conflicto no significa la seguridad de que este será superado por la sociedad, pero sí encierra una adaptación del sistema normativo a la realidad social, que no es otra cosa que una transición necesaria en el derecho para permitir la viabilidad de la convivencia social, lo cual, por último, se explica por la necesidad del sistema jurídico de subsistir en un plano normativo a pesar de su sustrato natural (Kelsen, 1997).

Referencias

- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. [Traducción Páramo Argüelles, J. R.] Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Berlin, I. (2003). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Bernal Cuéllar, J., Parra Quijano, J., Sierra Porto, H., Ramelli Arteaga, A., Caldas Botero, L. F., Andrade Castro, A. & Zambrano Salazar, L. S. (2016). *Reflexiones jurídicas sobre el proceso de paz*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Bulygin, E. & Mendoca, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*. México. D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Comité Internacional de la Cruz Roja-CICR. (2008, marzo) *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?* Documento de opinión, marzo de 2008. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>
- Colombia- Acto Legislativo 01 (2017, abril 4). Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>
- Coser, L. A. (1961). *Las funciones sociales del conflicto*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrari, V (2014). *Funciones del derecho*. 2.ª Edición. [Traducción Añón Roig, M. J. & De Lucas Martín, J.] Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Foucault, M (2016). *El origen de la hermenéutica de sí: Conferencias de Dartmouth, 1980*. Bogotá, Colombia: Siglo XXI Editores.
- Guzmán Campos, G., Fals Borda, O. & Umaña Luna, E. (2016). *La violencia en Colombia*. Tomos I y II. 2.ª Edición. Bogotá, Colombia: Taurus.
- Hart, H. L. A. (2015). *El concepto de derecho*. 3.ª Edición. [Traducción Carrió G. R.]. Buenos Aires, Argentina: Abedelo-Perrot.
- Hart, H. L. A. & Fuller, L. L. (2015). *El debate Hart-Fuller*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hörnle, T. (2015). *Teorías de la pena*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G.. (2009). *Terrorismo y Estado de derecho*. [Traductor Polaino-Orts, M.] Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1998). *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Judt, T. (2012). *Pensar el siglo xx*. Bogotá, Colombia: Taurus.
- Kelsen, H. (1949). *Teoría general del derecho y del Estado*. [Traducción García Máñez, E.] México: Imprenta Universitaria.
- Kelsen, H. (1997). *Teoría pura del derecho*. 9.ª Edición [Traducción Vergengo, R. J.] México: Editorial Porrúa.
- Lesch, L. (2000). *La función de la pena*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Loraux, N. (2008). *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas*. Madrid, España: Katz Editores.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. [Traducción Pappé, S. & Erker, B.]. Barcelona, España: Anthropos.
- Nussbaum, M. C. (2014). *Las emociones políticas: ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Bogotá, Colombia: Paidós.
- Pérez Giraldo, C. V. (2018). *Tres enfoques sobre la coerción: Austin, Hart y Kelsen*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Alvarado, Y. (2017, octubre-diciembre). Víctimas, fin y necesidad de la pena en el derecho penal y en la llamada justicia transicional. *Legis* (61), 187-205.
- Teitel, R. G. (2017). *Justicia transicional*. [Traducción de Viana Cleves, M. J.]. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal: Parte general*. 5.^a Edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Skolar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 2.^a Edición. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

El estatus jurídico de los animales en Colombia y su fluctuación: ¿Seres sintientes no titulares de derechos?

Daniela Méndez Bernal

Resumen. Se estudiará el estatus que ocupan los animales en el régimen jurídico colombiano; para esto se hará un análisis crítico a la luz de algunas teóricas éticas y de justicia, sobre normatividad vigente, proyectos de ley y de acto legislativo y jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. De esa manera, se pretenden identificar avances y deficiencias en relación con los derechos de los animales en el caso colombiano, para tratar de responder cómo podría darse un sustancial avance frente a los derechos de los animales en Colombia.

Introducción

En relación con los derechos de los animales se presentan discusiones morales, sociales, jurídicas y políticas, tales como: si estos deben considerarse dentro de la comunidad moral, si deben cambiarse las normas civiles y comerciales que les consideran cosas y, en concordancia, deben ser reconocidos en los ordenamientos jurídicos como seres sintientes o sujetos de derecho; si su protección y bienestar priman sobre la cultura, o si los Estados y sus administraciones locales deben y pueden incluir políticas de protección y bienestar animal, entre muchas otras.

¹ Abogada de la Universidad del Tolima. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Ibagué. Estudiante de segundo semestre de Maestría en Derecho Público y Privado de la Universidad de Ibagué.

Estas discusiones se presentan tanto en los ámbitos local como global, y gracias a la interconexión de las comunicaciones en el mundo, es decir, a la internet y las redes sociales, se involucran más personas que se adhieren a una postura u otra, pues estas redes son una nueva forma de contacto para la creación de agremiaciones; además, se han hecho más visibles los fundamentos fácticos de estas discusiones en torno a los derechos y el bienestar y protección de los animales; es decir, los casos de injusticia contra individuos animales o especies animales, no queriendo decir lo anterior que previo al uso de la internet no fuesen visibles o no se gestaran, sino que esta conexión instantánea permite un mayor conocimiento de casos específicos en cualquier parte del mundo y la reacción inmediata de los usuarios de la red, como quiera la información ya no circula por un solo medio de comunicación, o exclusivamente por la labor de periodistas profesionales, sino gracias a cualquier individuo que la pueda registrar con sus aparatos electrónicos, o compartir su testimonio o el de otros a través de estos y haciendo uso de la red.

Como uno de los efectos del uso de las redes sociales ha sido el desarrollo de individuos cosmopolitas, gracias a esta interconexión que permite que los habitantes del planeta Tierra se enteren, instantáneamente, de aquello que ocurre en un punto determinado de este, las personas se sienten parte o con derecho u obligación de reflexionar sobre qué ocurre en el ámbito local. Es por esto que, cuando se presenta un caso que afecta los derechos de los animales o su protección o bienestar, a nivel local, como en el Festival de Yulin en China o la aprobación de la licencia para cazar caimanes en Colombia, las personas que adoptaron cierta postura frente al tema, se movilizan para protestar, abogar por los animales que consideran víctimas y tratar de detener tales actos desde diferentes puntos geográficos; o cuando en un Estado diferente al de su origen o residencia, se deroga una norma que permite, por ejemplo, la tauromaquia, estas personas, grupos o agremiaciones, lo celebran como un logro global. Esto obedece a que una de las dinámicas que se desarrolla entre las redes digitales y las cuestiones políticas:

Es la formación de nuevos tipos de actividad política global, que surgen de las peculiaridades de las causas y las luchas locales, pero a la vez expanden la participación democrática más allá de las fronteras estatales, incluso cuando estos actores están inmovilizados en la localidad. (Sassen, 2008, p. 103).

Se podría ubicar el tema de los derechos de los animales, en el cosmopolitismo como tipo de globalización, que según afirma Rojas (2018), al referirse a Boaventura de Sousa, tiene que ver con asuntos que discuten y promueven las personas en cuanto a individuos que hacen parte de un grupo: la humanidad, que a su vez se organiza en pequeños grupos para discutir temas comunes que les atañen o preocupan; por ejemplo, el medio ambiente o los derechos de los animales. Ahora, se hizo énfasis en las posturas que abogan por el reconocimiento de derechos a los animales, sin dejar de lado que existen posturas contrarias, y que en consecuencia los grupos o agremiaciones que no están de acuerdo con situaciones como la abolición de la tauromaquia o la constitucionalización de derechos en favor de los animales, entre muchas otras, intervienen y se pronuncian cuando en la mesa se discute la creación, abolición o aplicación de normas relacionadas con el tema en estudio.

Se pueden mencionar algunos ejemplos que demuestran la repercusión a niveles estatales del asunto abordado como una preocupación global de ciertos individuos y grupos: i. la descosificación de los animales, o sea su reconocimiento como seres sintientes, y las consecuencias de esto, como la creación de nuevos tipos penales, de otras normas, de nuevas instituciones estatales, de creación de políticas públicas, lo cual se ha presentado en diferentes Estados de forma secuencial, como es el caso de Colombia, que en el año 2016 reconoció explícitamente a los animales modificando el Estatuto Nacional de Protección de los Animales, y partir de esto modificó el Código Civil, el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal, creando el tipo penal de maltrato animal. Así mismo, México, que en el año 2017 reconoció constitucionalmente a los animales como seres sensibles merecedores de un trato digno y en el año 2014 modificó el Código Penal sancionando el maltrato hacia los animales con penas privativas de la libertad y multas. ii. La Unión Europea, en el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, contempló la consideración del bienestar de los animales como seres sintientes en actividades de agricultura y otros. iii. En el 2018, en Suiza se convocó a un referendo para decidir si se les otorgaba a los animales el derecho constitucional a ser representados por un abogado ante los tribunales. iv. En el año 2000, Australia tipificó la conducta de abandono de animales domésticos, mientras que en Chile se aprobó, en el 2017, la Ley 21020, que entre otras cosas estableció que el abandono de animales domésticos será

considerado maltrato animal y tendrá sanción. v. En India, en el 2018, el Tribunal Superior de Uttarakhand, falló que los animales tienen los mismos derechos que las personas, y que los ciudadanos tienen el deber de garantizar su bienestar y protección.

Estas demandas sociales y ciudadanas, que han tenido repercusión de forma global, por sus efectos en los Estados y ordenamientos jurídicos, se relacionan, en algunos casos de forma consciente y en otros no, con teorías éticas, filosóficas y de justicia que han pretendido abordar la problemática de la discriminación, el trato cruel, la privación de una vida digna y la injusticia hacia los animales.

En el trabajo de investigación se tratará la problemática de los derechos de los animales, vigentes, y cuyo interés está en crecimiento desde el caso colombiano. Se estudiará qué estatus jurídico ocupan los animales en Colombia, mediante un análisis crítico a la luz de varias teorías éticas y de justicia, sobre normatividad vigente, proyectos de Ley y de acto legislativo y jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. De esa manera, se pretenden identificar avances y deficiencias en relación a los derechos de los animales, para tratar de responder cómo podría darse un sustancial avance frente a los derechos de los animales en Colombia; sobre esto último, se puede expresar de forma prematura que se presume que una de las deficiencias está relacionada con el hecho de que el reconocimiento de derechos a los animales y la protección de los mismos, fluctúa dependiendo de los gobiernos de turno, tanto territoriales como nacionales, de los cambios jurisprudenciales y los debates en el Congreso, y que esto podría solucionarse si se les reconocieran constitucionalmente derechos a los animales de acuerdo con sus capacidades, como lo propone la teoría de Martha Nussbaum (2012).

2. Aproximación a dos teorías éticas y de justicia sobre los derechos de los animales

2.1. Sobre la teoría de Tom Regan, derechos de los animales, en comparación con Peter Singer y la ética kantiana

Regan, en *The case of animal rights* (1983), defiende una ética deontológica a favor de los animales y una teoría de derechos *prima facie*, según la cual no siendo absolutos los derechos de cualquier individuo, estos deben ponderarse moralmente cuando entren en conflicto y, así, los humanos deben evaluar moralmente sus acciones hacia los demás animales y luego

trasladar tal reflexión a la práctica; pero no se trata de un juicio moral, por ejemplo, utilitarista o kantiano, en el sentido de los deberes indirectos, sino de uno que tenga en cuenta el valor inherente de cada individuo sin que tenga relevancia pertenecer a una especie u otra y que reconozca la diferencia entre agentes morales (adultos humanos normales) y pacientes morales o aquellos que no pueden controlar su comportamiento y por ello no pueden ser responsables moralmente, como los bebés, los niños pequeños, las personas con capacidades diferentes y los animales, y que se ven afectados por los actos buenos o malos de los agentes morales (Leyton Donoso, 2015).

Regan acude a la diferenciación de los derechos legales y los universales, siendo más relevantes los segundos, que implica que todos los individuos con similares características tienen los mismos derechos y en la misma medida, no importando para el otorgamiento de tales derechos cuestiones como la raza, sexo, religión, nacionalidad, especie, etc.; derechos que no son el resultado de la creación humana, como sí lo son los derechos legales, lo cual se podría asociar con postulaciones de las teorías iusnaturalistas (Torres, 2016).

De acuerdo con Martínez A. (2018), Tom Regan, en su más reciente libro *En defensa de los derechos de los animales* (2016), propone que “si se quiere dar valor a todos los seres humanos, independientemente de su capacidad racional, hay que ser consecuente y atribuir, de forma similar, valor a los seres no humanos” (Martínez A., 2018, p. 17). Esto responde no al mero hecho de la existencia, es decir, de tener vida, sino al valor inherente que tiene el bienestar experiencial, o la facultad de experimentar la vida, lo cual tienen en común todos los seres sintientes o individuos conscientes, que también perciben el dolor y la frustración (Leyton Donoso, 2015).

Cuando se discute sobre el reconocimiento de los derechos de los animales, hay quienes argumentan que estos no son seres racionales como las personas y por lo tanto, es inconsecuente proponer que los Estados incluyan en sus constituciones y en su ordenamiento jurídico, erigido para la humanidad, a los animales como sujetos con derechos; sin significar esto, necesariamente, que acogen la tesis de que los humanos no tienen deberes hacia las otras especies animales, pues algunos consideran que sí, bien sea porque reconocen su capacidad para sentir; es decir, por un mínimo de empatía, o por lo explicado por Kant en su tesis de los deberes

indirectos: él afirmaba que los animales no pueden ser sujetos morales en tanto no razonan, como quiera que la razón es la fuente de la dignidad moral que permite tener voluntad y obrar por representación de las leyes; no obstante, de manera contraria a la teoría de Tom Regan, Kant señalaba que las personas tienen deberes morales indirectos hacia los demás animales de otra especie, por cuanto un comportamiento ético hacia ellos contribuye al bienestar de las personas, pues se refuerza la idea de asumir este comportamiento hacia los congéneres humanos (Henríquez, 2014).

Esta postura con respecto a la dignidad o valor inherente de la humanidad como especie moral, con base en su capacidad de razonamiento, es una postura antropocentrista que resulta inconsistente, pues llevaría a pensar que solo quien tiene cierto raciocinio y capacidad para diferenciar del bien y el mal, es merecedor de derechos, y en consecuencia un bebé que no responde a su nombre o no puede controlar su comportamiento, o un niño de tres años que no se alerta ante el peligro que corre una persona cercana, o uno de seis años que pone en riesgo la vida de otro ser vivo, tiene menos derechos que un cerdo de tres semanas de edad que sí entiende al llamado de su nombre y un cerdo mayor que reconoce situaciones de peligro de las personas y otros animales con quien convive, o simplemente, este argumento llevaría a la conclusión de que ninguno, ni los bebés, ni los niños, ni los animales, tienen derecho a tener derechos.

Ahora, al seguir los argumentos de esta última posición antropocentrista que se basa en la superioridad cognitiva humana, la cual se puede sintetizar en que solo cierto tipo de inteligencia, la de las personas, otorga derechos, podría esperarse que se esgrima que el bebé de seis meses de nacido que tiene menos desarrolladas algunas capacidades cognitivas como la atención, la resolución de problemas, la percepción, entre otras, en comparación con un delfín y un perro, tiene derechos porque se convertirá en una persona con capacidades cognitivas plenas y podrá ser un sujeto moral. Es en este punto en el que surge la pregunta de qué ocurre entonces con las personas que nunca van a desarrollar capacidades cognitivas plenas según su especie o que las perdieron sin poder recuperarlas, incluido el razonamiento, como quien padece de la enfermedad de Huntington en un estado muy avanzado: ¿Estas personas no pueden ser consideradas moralmente, es decir, no tienen derecho a tener derechos?

Tom Regan se opone a la corriente kantiana sobre la consideración moral en virtud de la capacidad de razonar, y apela al valor inherente de

los individuos por el hecho de tener una vida digna de respeto y autonomía, ya sea de voluntad o de preferencia, incluidos aquí a los animales (Santana, 2016).

Por la misma línea de Regan, con respecto a la contraposición a la consideración moral propuesta por Kant y su teoría de los deberes indirectos, se encuentra Peter Singer. Este autor afirma que pretende eliminar el especismo, o la discriminación por el hecho de que un animal no pertenezca a la especie humana sino a otra, como argumento válido para excluir a los animales de las reflexiones morales, tal como lo señala Singer, citado en Rincón (2012), en *Liberación animal*, cuando define aquella palabra como “un prejuicio o actitud parcial favorable a los intereses de los miembros de nuestra propia especie y en contra de los de otras” (p.3). En ese sentido, Singer sostiene, de igual forma que Regan, que los animales merecen un trato digno y una consideración moral, pues tienen cierto tipo de razonamiento, aunque no sea el mismo que el de los humanos, y habilidades sociales; sin embargo, y aquí se empieza a advertir el énfasis diferente que hace Singer en comparación con Regan, para aquel es más importante aún la capacidad de sentir placer y dolor, que es la que conlleva a tener intereses propios y por lo tanto al “derecho” a que esos intereses sean considerados moralmente; entonces, para Singer, la sensibilidad es el argumento principal para afirmar que los humanos tienen deberes directos hacia los animales y que estos deben hacer parte de la preocupación moral.

Hasta el momento se advierte que Regan esgrime que los animales deben ser considerados moralmente, porque tienen un valor inherente por el hecho de existir y tener capacidades y la posibilidad de desarrollar sus vidas según tales capacidades y sus preferencias, algo que suena similar al concepto de dignidad humana: aquel derecho o principio que se tiene por el hecho de existir en el planeta como ser humano.

Singer estima que los intereses de los animales deben hacer parte de la reflexión moral, porque aquellos también sienten dolor y placer o felicidad. De esto se podría colegir entonces, que para Regan importa toda la vida de un individuo animal; es decir, su presente y su futuro en tanto la posibilidad de continuar con su existencia en condiciones de dignidad, y que a Singer le interesa que a los animales no se les cause sufrimiento, un argumento que se enmarca dentro del bienestarismo, y que según interpretaciones que se le han hecho al filósofo, permitiría la

explotación ética de los animales, lo cual implicaría, por ejemplo, que es ético comer animales siempre que no hayan experimentado el dolor o maltrato (como se cita en Vásquez y Valencia, 2016).

No obstante, además de lo explicado sobre la teoría sensocéntrica de Singer, este diferenciaba a los animales para determinar cuándo resultaba ético o no, causarles la muerte. Así, en sus primeras obras consideraba que en relación a los seres vivos con consciencia de proyectar su vida hacia el futuro, de tener una expectativa de toda una existencia futura, como los humanos, los grandes simios, los cetáceos, algunas aves, los cerdos, los perros y otros mamíferos, causarles la muerte sí equivaldría automáticamente a causar un daño moral, pues se estaría afectando su interés, no el de no sentir dolor físico, sino el de seguir existiendo de acuerdo con la proyección de vida que tenían (Páez, 2017).

Sobre la diferenciación de autoconsciencia de la existencia futura, Peter Singer cambió su posición preferencialista por una completamente hedonista, en la que admite que al tener capacidad sensorial, por lo tanto, un interés en sentir qué es placentero y no aquello que es doloroso, se tiene la posibilidad de experimentar la vida positivamente y es este el interés que debe considerarse moralmente equivalente al interés por seguir viviendo, independientemente de las facultades psicológicas o cognitivas; es decir, prescindiéndose de esa autoconsciencia de proyección futura que el autor antes usaba como argumento para diferenciar cuándo resultaba moralmente reprochable matar a un ser vivo y cuando no (Páez, 2017).

En todo caso, si bien Peter Singer se opone al especismo y apela a la sensibilidad de los animales para que se consideren moralmente y se hable de deberes directos hacia ellos como el buen trato, su filosofía utilitarista acepta que en ciertos casos “el uso de uno o más individuos (humanos o no humanos) sea aceptable moralmente si los resultados de ese uso maximizan la satisfacción de las preferencias de los sujetos beneficiados por ese uso” (Leyton Donoso, 2015, p. 233). Esto entraña que el cálculo utilitarista puede dejar abierta la puerta a situaciones como la experimentación con animales en laboratorios, lo cual colisiona completamente con la teoría de Regan, basada en una ética deontológica y el reconocimiento de derechos *prima facie*, que entraña una serie de derechos universales básicos inviolables. Así las cosas, con el ejemplo de la experimentación en laboratorios, se entiende que, para Singer, si un mayor número de individuos resulta beneficiado, no será moralmente reprochable utilizar

animales en prácticas de laboratorio, mientras que para Regan siempre resultará moralmente reprochable, tal vez como si habláramos de utilizar a una persona que no puede dar su consentimiento en un experimento científico para beneficiar a un mayor número de individuos.

De igual forma, la postura de Singer se opone a la de Regan al momento de hablar puntualmente del reconocimiento de derechos a los animales, pues aquel consideró que hablar de derechos no es “en absoluto necesario” como sí lo es un cambio radical de la actitud de los humanos hacia los animales (como se cita en Rincón, 2012).

2.2. Sobre la teoría de Martha Nussbaum, enfoque de las capacidades

La filósofa Martha Nussbaum, se enfoca en una teoría política que ha denominado “El enfoque de las capacidades”, la cual defiende en *Frontiers of justice* (2006), al criticar las teorías contemporáneas sobre justicia que consideran que la toma de decisiones las crean ciudadanos capaces de hacer pactos entre sí, dejando a un lado a tres grupos que son sistemáticamente excluidos, estos son las personas discapacitadas, los que no son ciudadanos y los animales. De esa manera, las personas o los animales que no tienen capacidad para suscribir el contrato social, no son tomados por tales teorías como seres valiosos dentro de la sociedad (Korthals, 2018), consideran que los animales están dotados de dignidad siendo fines en sí mismos, y se oponen a la idea kantiana que retoma Rawls, en relación a que para considerar que un individuo tiene valor moral, es titular de derechos y se tienen deberes de justicia hacia el mismo, es necesario tener en cuenta su autoconsciencia, concepción del bien y capacidad para tomar decisiones dentro de la sociedad (Korthals, 2018).

Pero la filósofa tiene un planteamiento más amplio, pues se argumenta en la misma obra *Frontiers of justice* (2006), que la consideración moral hacia los animales no recae solo en su capacidad de sentir, sino en otras capacidades características de sus especies y que los hacen merecedores de derechos básicos que les permiten florecer según sus necesidades particulares, tales como “posibilidades de movimiento o emoción, habilidades lúdicas, socioafectivas, de pensamiento, uso de herramientas, etc.” (Ocampo, 2015, p.208). Dicho de forma más concreta, Nussbaum (2012), citada por Martínez Becerra (2015), afirma que “todos los animales tienen derecho a un mínimo nivel umbral de oportunidad para vivir una vida característica de su especie” (p. 78).

Nussbaum (2012) señala con respecto a su teoría del enfoque de las capacidades, que no pretende establecer un modo de vida, sino una “concepción normativa [...] una teoría de la justicia que sea capaz de servir de base para el derecho constitucional y las políticas públicas de un Estado que pretenda la justicia social”. (Martínez Becerra, 2015, p.73). En ese sentido, concluye que el trato animal no puede cimentarse solo en la compasión, sino en normas que les aseguren mínimamente su bienestar, lo cual Martha Nussbaum (2012) ha señalado como “insuficiente por el carácter indirecto de los derechos como se advierte en el código civil y penal de varios países” (Martínez Becerra, 2015, p. 72). Esto difiere de la postura de Peter Singer, en cuanto a la utilidad y necesidad de llevar el debate sobre el trato de los animales a la esfera jurídica y política.

Ahora, si bien Nussbaum (2007) afirma que los animales no deben ser simples objetos de compasión; es decir, que el deber de compasión no es suficiente, pues se requiere principalmente un deber de justicia que se base en el reconocimiento de los derechos básicos de los animales, también contempla la necesidad en cierta medida de una motivación emocional de solidaridad o benevolencia en el interés individual y social para promover la justicia por los grupos excluidos, en este caso los que no tienen voz ni voto (Ocampo, 2015).

3. Aproximación al caso colombiano

La Ley 84 de 1989 o Estatuto Nacional de Protección de los Animales se centró en garantizar el bienestar hacia los animales, regulando los sacrificios, garantizando deberes de trato adecuado y sancionando el maltrato al establecer ciertas conductas como contravenciones; sin embargo, no dio una definición sobre los animales, por lo que había que remitirse a la definición de los artículos 655, 658 del Código Civil y la clasificación del artículo 687 *ibídem*, que respondía a una filosofía moral que consideraba a los animales en virtud de la relación que tenían con los humanos, siendo de especial atención y estudio con los que tuvieran un vínculo más fuerte. Además, pese el extenso repertorio de actos que son considerados maltrato y crueldad animal, la prohibición de experimentos con animales vivos y con propósitos comerciales, entre otras disposiciones, no se cumplieron los objetivos de la norma, ya que no hubo avances considerativos en los procesos sancionatorios y continuó la frecuencia de los casos de maltrato animal (Molina, 2018; Contreras, 2016).

En la enmienda al informe de ponencia para el primer debate del Proyecto de Ley número 120 de 2018, que actualmente está en discusión, por el cual se prohíbe la prueba con animales en la elaboración de productos cosméticos y otras disposiciones, se explica que la arriba mencionada Ley 84 de 1989 o Estatuto Nacional de Protección de los Animales, es clara con respecto a la prohibición de experimentos de laboratorio con animales en ciertos casos y regula expresamente las prácticas experimentales en otros casos para evitar al máximo el sufrimiento de estos seres, lo cual se enmarca dentro de la teoría hedonista y utilitarista de Peter Singer; aun así, a pesar de que existe la norma, la comunidad académica señala lo contrario y afirma que hay vacíos o falta de claridad en la misma y amparados en esto continúan realizando prácticas prohibidas en los laboratorios universitarios. En este punto surge la pregunta de si la creación de otra Ley, como la que surgiría si se aprueba el Proyecto de Ley número 120 de 2018, tendrá los efectos esperados o si sucederá lo mismo que ocurrió, y todavía ocurre, con la Ley 84 de 1989. Esto es, el desacatamiento de algunas de sus disposiciones, como lo han manifestado los estudiosos del tema y los representantes a la Cámara, y de ser así, entonces conlleva a cuestionarse qué falta en el Estado colombiano para que las normas de protección hacia los animales sean tomadas en serio y se cumplan, ¿sería la elevación a nivel constitucional de derechos de los animales y deberes de las personas y el Estado hacia ellos?, ¿o la creación y ejecución de políticas públicas a nivel estatal que se enfoquen en la educación, concientización y sensibilización de los ciudadanos y en hacer seguimiento al cumplimiento de las normas?, ¿o ambas?, ¿y de esa manera cobra sentido el seguimiento a la teoría política y de justicia que propone Martha Nussbaum sobre el enfoque de capacidades para lograr una verdadera justicia social?

Dada la falta de mención expresa de los animales en la Constitución Política, los ponentes de los proyectos de Ley relacionados con la protección o el bienestar de los animales, para referirse al marco constitucional, citan el artículo 79 Superior, que dispone sobre el derecho al ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, como se puede observar en el informe de ponencia para el primer debate del Proyecto de Ley n.º 001 de 2018 (Arcos, 2018, octubre 8): “Por medio del cual se modifica la Ley 769 de 2002, se especifica el accidente

de tránsito en animal doméstico, silvestre o en situación de abandono y se garantiza su atención por parte del SOAT”, en el que además se señaló:

Y hasta tanto no se tenga un marco constitucional que responda a una nueva concepción ética en la relación con seres que comparten con los humanos la condición de sintientes, y que permita un adecuado desarrollo legislativo de medidas más eficaces en el propósito común de ofrecerles protección, por extensión debemos mencionar ese artículo 79, al igual que el artículo 95 de la Constitución [es deber de la persona y el ciudadano: 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país, y velar por la conservación de un ambiente sano]. (Proyecto de Ley n.º 001 de 2018).

A pesar de que constitucionalmente no hay un reconocimiento de derechos hacia los animales en el Estado colombiano, los ciudadanos a través de diversas vías jurídicas, y los congresistas que ahora se preocupan más por incluir a los animales en sus agendas y propuestas, intentan que la protección, el bienestar y un mínimo de derechos a favor de los animales formen parte del ordenamiento jurídico colombiano. Una de las leyes hito, cuyo proyecto de Ley se radicó al tiempo que se conformó la bancada animalista del Congreso, fue la Ley 1774 de 2016, la cual modificó la Ley 84 de 1989 o Estatuto Nacional de Protección de los Animales, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal y el Código Civil. Esta norma ordenó, entre otras cosas, cambiar la concepción jurídica de los animales, reconociéndolos como seres sintientes, eliminando en consecuencia la concepción de “cosas” que disponía el Código Civil; sin embargo, y a pesar de que se dio un gran paso como lo fue la penalización del maltrato animal, no se advierten mayores avances con ese reconocimiento, pues algunas disposiciones de la Ley que consagran la protección especial de los animales contra el sufrimiento generado por el ser humano, también estaban contempladas en la Ley 84 de 1989, lo cual lleva a concluir que tácitamente los animales han sido considerados seres sintientes desde 1989.

Dentro de las ponencias a favor del Proyecto 172 de 2015 que una vez aprobado dio lugar a la señalada Ley 1774 de 2016, se advirtieron argumentos antropocéntricos, en los que se puede identificar la influencia de Kant, que relacionaba la prevención del maltrato animal para evitar conductas violentas y agresiones contra los mismos humanos y apelaban a la degradación moral de las personas. Y dentro de las ponencias en contra del proyecto de Ley, específicamente en relación con la penalización del maltrato animal, el cual quedó tipificado en el artículo 339A del Código

Penal, algunos argumentos se encaminaron a la falta de estudio de impacto fiscal, judicial y en el sistema carcelario, razón por la que se advierten fundamentos filosóficos utilitaristas inspirados en Bentham, Salt y Singer (Molina, 2018).

También se advierte que la Ley 1774 de 2016 es eminentemente bienestarista y beneficia principalmente a perros, gatos y animales silvestres, pero en realidad no eliminó el estatus de cosa de los animales ni el estatus de propiedad, pues los intereses de los animales no importan si se encuentran en una situación de explotación institucionalizada; es decir, cuando se refiera a conductas que violentan a los animales pero que están justificadas porque benefician a los humanos, como la producción de alimentos de origen animal o las competencias legales con animales, las corridas de toros, etc.; o sea que para estos casos los animales no son considerados seres sintientes. Es por esto que se concluye que, pese a los reconocimientos de la norma, no se puede decir que hubo un otorgamiento de derechos a los animales, pues todavía se puede justificar el maltrato hacia ellos si hay un beneficio para las personas, por más trivial que este sea (Londoño, 2016).

Sobre esos tipos de beneficios que justifican el maltrato hacia los animales, se puede traer a colación la modificación que se hizo al Proyecto de Ley 120 de 2018. Esta modificación consistió en agregar una excepción al cumplimiento de la Ley, o sea una excepción a la prohibición de experimentar y comercializar productos cosméticos, sus ingredientes o combinaciones de ellos que hayan sido objetos de pruebas en animales (artículo 2), y esta es cuando existan motivos de seguridad, riesgos en salud y al ambiente y no existan pruebas alternativas validadas por la comunidad científica internacional. Es decir, que luego de un análisis utilitarista, pero no en el sentido que lo plantea Peter Singer, quien señala que en caso de conflicto entre intereses de los humanos y los animales, deberá aplicarse el principio ético de igual consideración para tomar una decisión (Rincón, 2012) con las víctimas de maltrato en un proceso de experimentación.

Este fundamento antropocéntrico utilitarista se evidencia en la Sentencia del Consejo de Estado a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C del 26 de noviembre de 2013, en la que explica que circunstancias como la supervivencia, compañía, investigación o actividades laborales o recreativas, pueden beneficiarse de los animales pero sin ser tratados como cosas ni sometidos a tratos crueles,

respondiendo por su descanso, alimentación y cuidado y procurando el menor sufrimiento para su sacrificio o evitando sufrimientos innecesarios. No obstante que en Colombia los animales no sean sujetos con derechos, Cárdenas & Fajardo (2007), citados por Melo (2014), “afirman que se plantea cercanía a la subjetividad jurídica, considerando los animales como objeto de derecho que los humanos tienen con ellos obligaciones positivas y negativas” (p. 34).

También se puede reconocer el antropocentrismo en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-283 de 2014, en la que la Corte Constitucional decidió sobre la exequibilidad de la Ley 1683 de 2013 que prohibió la exhibición de animales silvestres, nativos o exóticos, en circos fijos o itinerantes, declarando exequible tal Ley en aras de la conservación del medio ambiente; sin embargo, esta fue una de las veces en que el análisis sobre el estatus de los animales tomó mano de otras teorías filosóficas y no una antropocentrista, pues en el salvamento de voto de tres de los magistrados que se pronunciaron a favor de la declaratoria de la exequibilidad, se mencionó la importancia de la Declaración Internacional de los Derechos de los Animales (1978) para guiar las decisiones de los operadores jurídicos, lo cual se acerca a la teoría política de Martha Nussbaum sobre la forma cómo se deben reconocer los derechos de los animales. (Molina, 2018).

Una de las pocas veces en la que la erradicación de un tipo de maltrato animal, hablando aquí no del delito en los términos concebidos actualmente en Colombia, sino de la concepción lógica de qué significa maltratar a un animal, que primó por sobre alguna utilidad humana, estuvo relacionada con la prohibición de la tauromaquia y otro tipo de entretenimiento con animales, al ser incluidos como conductas que se enmarcan dentro del maltrato animal, ahora sí haciendo referencia al delito. Esto se dio con la Sentencia C-041 de 2017, en la que la Corte Constitucional tuvo que decidir sobre la constitucionalidad del parágrafo 3.º del artículo 339B del Código Penal, el cual proscribió que comportamientos como el rejoneo, el coleo, las corridas de toros, las novilladas, las corralejas, las becerradas y las riñas de gallo, no serían objeto de las penas previstas. La Corte en esta sentencia decidió declarar la inexequibilidad del parágrafo señalado, difiriendo los efectos por dos años para que el Congreso de la República adaptase la legislación a la jurisprudencia constitucional. Para esta decisión, la Corte Constitucional presentó argumentos que encuadran con postulados de la teoría de justicia de Martha

Nussbaum esbozada previamente, pues tal corporación, haciendo referencia a la jurisprudencia constitucional, indicó que la cultura se debe reevaluar permanentemente para “desterrar los rastros de una sociedad que ha marginalizado y excluido a ciertos individuos”, lo cual hace parte de la evolución de la humanidad y la garantía de derechos y esgrimió, además, dirigiéndose de nuevo a la evolución de principios, que esta última obliga a avanzar adoptando mecanismos definitivos en la efectividad de los intereses animales, lo cual se da gracias al acceso a nuevos conocimientos y estudios científicos.

También, la Alta Corte hizo alusión a los deberes morales y solidarios que se tienen hacia los animales, en los que se incluye la protección de la vida, su integridad física y emocional; esto encuadra con lo dispuesto por Tom Regan sobre el valor inherente de los animales para justificar su consideración moral y los deberes directos de los humanos hacia ellos. Ahora, no obstante de los argumentos expuestos por la Corte, relacionados con la consideración directa hacia el bienestar y la protección de los animales como individuos con valor propio, también hizo referencia a los animales como parte del medio ambiente, sin embargo en esta ocasión no usó tal premisa para elaborar un argumento antropocentrista, sino uno ecocentrista que responde a la función ecológica y reconoce el valor intrínseco de la naturaleza y el entorno de esta, donde ubica a los animales.

La sentencia anteriormente examinada fue anulada por la Corte el 22 de agosto de 2018, tras considerar que se incurrió en violación de la cosa juzgada constitucional, porque en la Sentencia C-666 de 2010 se dispuso que corresponde al Congreso de la República la eventual prohibición de actos de tradición cultural que impliquen maltrato de animales y señaló que en tal sentencia se permitió la realización de tales actos, amparándose en los artículos 2, 7, 8, 70 y 71 de la Constitución que salvaguardan las expresiones culturales. Sobre esta decisión de anulación hubo un salvamento de voto que se fundamentó en la necesidad que había de un nuevo estudio de la situación, luego de casi una década y el cambio de paradigma que se ha dado en ese lapso, y la creación de la Ley 1774 de 2016 que generó una antinomia que necesitaba resolverse y, por lo tanto, no se trataba de cosa juzgada.

Se advierte entonces que de nuevo fluctúan los derechos implícitos de los animales, quedando supeditados puntualmente en el caso de

los animales que son maltratados para la realización de los espectáculos culturales, a merced de aquello que decida o no el Congreso de la República. Para terminar definitivamente con tales fluctuaciones, o con tal indeterminación, se presentó en septiembre del 2018 un proyecto de acto legislativo que tiene como objeto reconocer constitucionalmente como sujetos de derechos a los animales que conviven con los humanos, y a los que están por una u otra razón fuera de su hábitat, y establecer como deber de la persona y el ciudadano el respeto a los derechos de los animales. En la justificación de este proyecto de Ley se advierten argumentos que encajan, unos con la teoría política de Martha Nussbaum, estos son los que esgrimen que es necesario avanzar en la constitucionalización del principio de protección a los animales como deber y el reconocimiento de algunos de ellos como sujetos de derechos, para poder construir una verdadera política pública de protección hacia ellos en cuanto seres sintientes; y otros argumentos, que encuadran más en una visión kantiana, pues aluden a la relación consecuencial que existe entre el respeto por los animales y la tolerancia frente a los derechos de las personas.

Otro ejemplo de esta fluctuación de los derechos implícitos de los animales y los deberes hacia ellos por parte de las personas, es la Resolución 2298 de 2018 del Ministerio del Medio Ambiente, que retiró la prohibición de comercializar caimanes aguja en algunos lugares de Colombia, argumentando que luego de hacerse un estudio se encontró que esta especie ya no estaba en peligro de extinción, lo cual causó atención en varias partes del mundo a través de las redes sociales, por parte de personas y grupos que se opusieron. En las zonas donde nacen y habitan estos caimanes, desde 1969, año en el que se prohibió la comercialización de los individuos de esta especie, se venía dando un proceso de cambio por parte de las personas y comunidades residentes, pues pasaron de ser cazadores a ser veedores de las poblaciones de caimanes, según explicó María Piedad Baptiste a la revista *Semana* (2019, enero 23), razón por la cual se advierte que con dicha norma se estaría gestando un doble retroceso, y ya no solo jurídico. Se identifica en consecuencia, que fundamentos aislados como la posible extinción de una especie, sin tener consideración sobre los intereses y protección de los individuos animales pertenecientes a esa especie, que puede ser una situación concordante con el utilitarismo, es otra de las razones por las que la protección de los animales es inestable, ya que si un estudio, como el que menciona el Ministerio del Medio Ambiente,

arroja que la especie no se va a extinguir, deja de importar si de nuevo se va autorizar la caza deportiva de individuos de cierta especie, si van a criarse en cautiverio para la venta, o se les va a quitar la vida para remover partes de su cuerpo con fines comerciales, como ocurre con la piel de los caimanes aguja.

Finalmente, se encuentra que esa fluctuación también depende de los gobiernos locales, pues según el gobierno de turno en las entidades territoriales, se da importancia o siquiera atención, o no se les da, a la creación y ejecución de políticas públicas de protección y bienestar animal, pudiéndose dar como ejemplo aquello que ocurre en algunos departamentos, como el Tolima, donde en los últimos tres años en el municipio capital se viene ejecutando una política pública de protección y bienestar animal basada en la atención veterinaria, cuidado de animales callejeros, campañas de sensibilización y de tenencia responsable, mientras que en otros municipios del Departamento se fomentan y permiten espectáculos de maltrato animal, como las corralejas en espacios públicos. La ciudad capital ha sido la entidad territorial donde se han advertido mayores avances en relación con este tipo de políticas públicas: en el 2014 la Alcaldía Distrital formuló la política de bienestar y protección animal, adoptada mediante el Decreto 242 de 2015, con proyecciones hacia el 2039, la cual ha sido replicada en otros entes territoriales, como es el caso del departamento de Boyacá, donde a finales de 2018 la Gobernación presentó un proyecto de ordenanza de protección y bienestar animal.

Conclusiones preliminares

1. El estatus jurídico de los animales en Colombia es el de seres sintientes, no de titulares de derechos; sin embargo, se empezó a hablar jurisprudencialmente ya no solo de deberes hacia estos, sino de derechos implícitos en favor suyo, y hay sectores políticos y ciudadanos que trabajan actualmente por el reconocimiento de unos derechos mínimos para los animales a nivel constitucional.
2. Aunque se advierte en la jurisprudencia y en las exposiciones de motivo para la creación y modificación de normas, una intención de justificar la protección y el bienestar animal, y el reconocimiento de derechos de los animales, en su valor inherente como seres vivos y sintientes, independiente de su relación con los humanos o la utilidad que impliquen para estos, lo cual se enmarca dentro de

teorías éticas y de justicia como las planteadas por Tom Regan, Martha Nussbaum y Peter Singer, todavía se dan argumentos antropocentristas y utilitaristas, razón por la que se cree que hace falta un lapso amplio para erradicar totalmente la discriminación y la injusticia hacia los animales; es decir, para que los animales dejen de ser sometidos con excusa de beneficios humanos.

3. Se han dado varios avances en favor de la protección y el bienestar de los animales; sin embargo, hace falta una política pública nacional fuerte para que las disposiciones del ordenamiento jurídico se acaten y se cree una conciencia ciudadana sobre la rigurosidad e importancia de las mismas y esto se vea reflejado localmente.
4. La protección, el bienestar y los derechos implícitos de los animales, representados en deberes de las personas hacia estos, fluctúan según los gobiernos de turno, tanto en el orden nacional como territorial, a los cambios jurisprudenciales y a las decisiones que se toman en el Congreso de la República, según banderas políticas.
5. Con base en la conclusión planteada en el numeral cuarto, se cree que la incertidumbre sobre los derechos de los animales, las prohibiciones a las personas en pro de la protección y el bienestar de aquellos y la ejecución de políticas públicas que ayuden a materializar la normatividad vigente, no se va a terminar sino se reconocen constitucionalmente a los animales como titulares de unos derechos mínimos según sus capacidades, como lo propone la teoría del enfoque de capacidades de Martha Nussbaum.

Referencias

- Arcos, O. (2018, octubre 8). Informe de ponencia para primer debate proyecto de Ley n.º 001 de 2018 Cámara. Por medio del cual se modifica la Ley 769 de 2002, se especifica el accidente de tránsito en animal doméstico, silvestre o en situación de abandono y se garantiza su atención por parte del SOAT. Recuperado de [http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2018-10/PPD%20PL%20001%202018C%20SOAT%20ANIMAL%208%20%20DE%20OCTUBRE%202018%20%20C3%B9ltima%20versi%C3%B2n%20\(5\).pdf](http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2018-10/PPD%20PL%20001%202018C%20SOAT%20ANIMAL%208%20%20DE%20OCTUBRE%202018%20%20C3%B9ltima%20versi%C3%B2n%20(5).pdf)
- Cámara de Representantes, Congreso de la República de Colombia Proyecto de Ley número 120 de 2018.

- Congreso de la República (2018). Cámara de Representantes Enmiendas. Año XXVII. N.º 1096. Recuperado de <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2019-02/Gaceta%201096%20PUB%20ENMIENDA%20ppd.pdf>
- Colombia. Ley 1683 de 2013. Por medio de la cual se prohíbe el uso de animales silvestres, ya sean nativos o exóticos, en circos fijos o itinerantes.
- Colombia. Ley 1774 de 2016. Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal.
- Colombia. Ley 84 de 1989. Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia.
- Colombia. Ley 57 de 1887, art. 4.º Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución.
- Contreras, C. (2016, marzo). Animales como seres sintientes protegidos por el derecho penal. Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2016v7n1/da_a2016v7n1a4.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (2018, agosto 22). Comunicado n.º 33.
- Henríquez R. (2014, junio). El efecto del dualismo filosófico en el problema de la ética animal. *Acta Bioethica*. 20(1), 109-117. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2014000100012
- Korthals, F. (2018). *Nussbaum's Capabilities Approach and Animal Rights. How animal capabilities would be the best foundation*. (Tesis de maestría, Universidad de Leiden, Holanda). Recuperado de <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/52629/Master%20Thesis%20Fiona.pdf?sequence=1>
- Leyton Donoso, F. (2015). *Bioética frente a los derechos animales: Tensión en las fronteras de la filosofía moral*. (Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, Barcelona, España). Recuperado de https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/292240/FLD_TESIS.pdf
- Licencia para cazar: Se levantó, parcialmente, la veda del caimán aguja. (2019, 23 de enero). *Semana*. Recuperado de <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/huevos-y-piel-de-caiman-aguja-podran-ser-comercializados-nuevamente/42697>
- Londoño, D. (2016). *La cuestión del reconocimiento de la personalidad jurídica a los animales no humanos*. (Tesis de maestría en Filosofía, Universidad Tecnológica de Pereira, Pereira, Colombia). Recuperado de <http://repositorio.utp.edu.co/dspace/bitstream/handle/11059/6898/33395416L847.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Martínez Arturo, L. X. (2018). *El Planteamiento de Tom Regan sobre los Derechos de los Animales y sus Implicaciones Bioéticas*. (Monografía de grado Bioética, Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia). Recuperado de <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/34519/Monograf%c3%ada%20Laura%20M.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Martínez Becerra, P. (2015, septiembre). El “enfoque de las capacidades” de Martha Nussbaum frente el problema de la ética animal. *Veritas*, (33), 71-87. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/veritas/n33/art04.pdf>
- Melo Parra, J. P. (2014). Evolución del estatus jurídico en protección animal: Alemania, Estados Unidos y Colombia. *Cuaderno de Investigaciones Semilleros Andina*. 7. (7), 29-35. Recuperado de <http://revia.areandina.edu.co/ojs/index.php/vbn/article/view/843/707>
- Molina Roa, J. A. (2018). *Los derechos de los animales. De la cosificación a la zoopolítica*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Nussbaum, M. C. (2006). *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. (The Tanner Lectures on Human Values). Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University.
- Nussbaum, M. C. (2012). *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona, España: Paidós.
- Ocampo, R. (2015, enero-junio). Obligaciones morales con seres no humanos. *Revista C.S.*, (13), 183–214. Recuperado de https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/1825/2353
- Páez, E. (2017). La muerte de los animales no humanos en el nuevo utilitarismo hedonista de Peter Singer. *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*. (Año IV) Volumen I. Recuperado de <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47640/1/rleca.pdf>
- Regan, T. (1983). *The Case for Animal Rights*. California: University of California.
- Regan, T. (2016). *En defensa de los derechos de los animales*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Resolución 2298 (6 de diciembre de 2018). Ministerio del Medio Ambiente de Colombia. Por la cual se levanta parcialmente la veda establecida en la Resolución 573 de 1969 del Inderena para la especie caimán de aguja o caretilla (*Crocodylus acutus*), de la población de *Crocodylus acutus* del Distrito de Manejo Integrado de los Manglares de la Bahía de Cispatá, Tinajones, La Balsa y Sectores Aledaños, departamento de Córdoba, República de Colombia. Recuperado de http://www.humboldt.org.co/images/noticias/boletin_prensa/ministerio-de-ambiente-rad-2753.pdf

- Rincón, E. (2012). *Consideración moral de los animales. Un enfoque filosófico y ecoético orientado hacia la política*. (Artículo para optar grado de Magíster en Filosofía, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia). Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3176/Rincon-Higuera-EdissonEduardo-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rojas, F. (2018, junio 4). Globalizaciones. *La Razón* [Opinión-Columnistas]. Recuperado de http://www.la-razon.com/opinion/columnistas/Globalizaciones_0_2940905886.html
- Santana, L. (2016). *La teoría de los derechos animales de Tom Regan: Ampliando las fronteras de la comunidad moral más allá de lo humano*. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.
- Sassen, S. (2008). *Una sociología de la globalización* [Rodil, M. V., trad.]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Kats.
- Sentencia (2013, noviembre 26). Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Rad. 2500002324000201100227 (AP), Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.
- Sentencia C-041 (2017 mayo 14). Corte Constitucional de Colombia. Exp. D9776, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C-283 (2014, mayo 14). Corte Constitucional de Colombia. Exp. D9776, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C-666 (2010, mayo 14). Corte Constitucional de Colombia. Exp. D9776, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Singer, P. (1999a). *Liberación animal*. Madrid, España: Trotta.
- Torres, M. (2016). *La teoría de los derechos de los animales de Martha Nussbaum en el contexto de la ética contemporánea*. (Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, San Sebastián, España). Recuperado de https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18415/TESIS_TORRES_ALDAVE_MIKEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vásquez, R. & Valencia, A. (2016). La creciente importancia de los debates antiespecistas en la teoría política contemporánea: Del bienestarismo al abolicionismo. *Revista Española de Ciencia Política*, 42, 149-166. Recuperado de https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/52412/pdf_50

Responsabilidad del Estado por los impactos emocionales y psicológicos en las víctimas del conflicto armado colombiano

Isela Berrocal Llorente *
Katherin Herrera Guzmán **

Resumen. En este texto analizaremos los conceptos de impactos emocionales y menoscabo de los recursos psicológicos en las víctimas del conflicto armado colombiano, para determinar cuáles fueron estos en las víctimas de la masacre que se vivió en la localidad de Macayepo, corregimiento del municipio de El Carmen en el departamento de Bolívar, ya que del impacto que ha tenido el conflicto armado sobre esa localidad configura la responsabilidad del Estado por Falla del Servicio. La investigación que se llevó a cabo es de carácter socio jurídico. El método que se aplicó fue el estudio de caso. Como fuentes primarias, se utilizaron las entrevistas semiestructuradas y las encuestas. El análisis se hizo a través del sondeo estadístico y de la investigación de contenido.

Palabras claves: Impactos emocionales, menoscabo de los recursos psicológicos, víctimas, conflicto armado, Derecho Administrativo, responsabilidad del Estado.

* Abogada de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad de Cartagena. Candidata a magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Libre Sede Cartagena. Abogada litigante. Correo electrónico: isela.berrocal@gmail.com

** Abogada de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Sede Cartagena y candidata a magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Libre Sede Cartagena. Correo electrónico: katherinherrera@hotmail.com

Introducción

La historia de Colombia está escrita por la guerra y el conflicto desde el momento mismo de la llegada de los españoles a nuestro territorio, al que ellos mismos llamaron la Nueva Granada. Después de la guerra independentista, en la cual se consiguió la emancipación del imperio español, los triunfadores se enfrascaron en otra guerra generada entre quienes defendían el federalismo y quienes eran partidarios del centralismo. Estos enfrentamientos se prolongaron a lo largo del siglo XIX, aunque con la promulgación de la Constitución Política de 1886 durante el gobierno del cartagenero Rafael Núñez, se adoptó una forma de gobierno centralista, con lo cual parecía que se habían zanjado definitivamente las discusiones por el poder político. No obstante, finalizando el siglo XIX, se originó la denominada Guerra de los Mil Días, que se prolongó hasta principios del siglo XX; enfrentamiento que se dio entre liberales y conservadores. Posteriormente, a finales de los años cuarenta y comienzos de los cincuenta, el conflicto bipartidista (liberales-conservadores) generó la que hoy se conoce como la “época de la violencia” como ha sido denominada por historiadores y politólogos, la cual constituyó el germen del conflicto armado que desde principios de los años sesenta del siglo pasado se ha desarrollado en Colombia, especialmente en los departamentos de la Costa Caribe, siendo los más afectados, los departamentos de Bolívar y Sucre (Muñoz, 2013).

1. Discusión

En primera instancia, en este documento de trabajo se definirá el impacto emocional que sintieron los familiares de las víctimas de la masacre de Macayepo, luego de ocurrida esta; por esto es preciso iniciar esta disertación abordando el término *emoción*, desde la conceptualización que han hecho los distintos autores en relación con el tema; sobre este particular Bericat (2012), la define como:

Un conjunto de estados de tipo evaluativo, tanto de carácter negativo y positivo, breves, con expresión neurológica, fisiológica y cognitiva; estos estados hacen posible que la persona que la experimenta tienda a sentirse bien o no, sensación que variará según la intensidad, atendiendo a las diversas relaciones sociales que establece el individuo, que conduce a una respuesta de tipo expresiva. (Bericat, 2012, p.2).

Bajo esta perspectiva, en este planteamiento conceptual se evidencia que las emociones son reacciones que tienen su origen en el sistema neurológico, con expresión en lo fisiológico, cognitivo, afectivo y conductual, que generará placer o displacer según el tipo de reacción que experimente el individuo que la manifiesta, sobre todo en una situación como la de perder un familiar de una manera violenta en una masacre.

2. Foco del análisis del caso

Nuestro estudio se focaliza en la indemnización del dolor, por parte del Estado colombiano, a las víctimas de la masacre de Macayepo, lo cual nos induce a un pequeño estado del arte sobre el concepto de emoción y los diversos estados emocionales que asume el ser humano, por ello Rodríguez Sutil (2013) define el término *emoción* como un proceso que constituye una alteración de cierta intensidad, que acontece luego de una experiencia o suceso agradable o desagradable y que tiene un impacto en la vida sentimental del sujeto. García (2012), conceptualiza las emociones como:

Reacciones afectivas de diversa intensidad, transitorias, repentinas, que se encuentran acompañadas por cambios somáticos, en respuesta a la aparición o presencia de ciertos estímulos, [ellas] predisponen a dar una respuesta organizada; por tanto, asume que son eventos biológicos, cognitivos, con su expresión y significado en la vida social del individuo. (García, 2012, p.3).

De lo anterior se evidencia que las emociones poseen funciones adaptativas, sociales y motivacionales, que constatarán en cada una de ellas. En referencia a lo antes expuesto, las emociones pueden ser de diversa índole, a saber las más reconocidas son la ira, el miedo, la tristeza y la alegría, cada una de ellas se desglosa a continuación:

2.1. La ira

Chóliz (2005) considera *que esta tiene una función destructiva*. Este autor concibe que tiene un componente vinculado con la hostilidad y la agresividad; la primera refiere el componente cognitivo, mientras que el segundo componente se asocia con lo conductual. Se relaciona con alteraciones cardiovasculares, genera frustración, interrumpe la conducta motivada, atenta contra los valores morales. Se vincula con elevada frecuencia

cardíaca; la atención queda focalizada en los obstáculos externos que limitan el objetivo, obnubilación, que obstaculiza la eficaz realización de procesos cognitivos.

Así mismo, Pérez (2008) expone que la ira presenta implicaciones para la salud, tales como trastornos cardiovasculares, cáncer, úlceras, tabaquismo, soriasis, dolor crónico, artritis reumatoidea, alcoholismo.

2.2. El miedo

Para Chóliz (2005) la función que este estado emocional cumple es el de protección, por cuanto es la reacción causante de la sensación de peligro real o inminente; se asocia con los trastornos de ansiedad, dado el miedo excesivo e inapropiado. Es una de las emociones que genera mayor cantidad de trastornos de tipo mental, psicossomático, emocional y conductual.

En este orden de ideas, como lo expone Moscone (2012), esta emoción se manifiesta en un miedo disfuncional, pánico, fobias, vergüenza, ansiedad, superstición, angustia, timidez, culpa, pudor, apatía, adicciones, vergüenza disfuncional, evitar compromisos personales, pensamientos aterrizantes, impotencia sexual, anorgasmia, frigidez, eyaculación precoz, manipulación a los demás, duelos mal elaborados, hiperhidrosis, urticarias, diarreas, contracturas musculares, hipertensión arterial, arritmias cardíacas y respiratorias; insomnios, pesadillas, entre otras.

2.4. La tristeza

Según Chóliz (2005), su función es de reintegración. Ocasiona sensaciones poco placenteras, se produce ante una pérdida, una separación, fracaso, decepción, situación de indefensión, pérdida de control, ausencia de actividades reforzadoras y adaptativas, o cuando surge un dolor crónico; ella aparece, en ocasiones, luego de una experiencia de miedo.

De igual forma, como lo refiere Cruz (2012), este estado emocional se expresa en aflicción, apesadumbramiento, cuando se perpetúa y afecta la salud mental se manifiesta en disminución del amor propio, afecta la tolerancia a la frustración, desánimo, pérdida del placer e interés por actividades, perturbación del apetito, sensación de fatiga o letargo, alteración de la concentración y la memoria, aislamiento social, ansiedad, quejas, incapacidad para tomar decisiones, desesperanza, entre otros.

El impacto emocional hace mención a la influencia que surten situaciones adversas sobre la expresión emocional de las personas; así lo

manifiesta Piqueras Rodríguez et al. (2009), quienes señalan el efecto que ocasiona en la aparición de hábitos no saludables, estimulan el desarrollo de conductas inadecuadas que afectan desfavorablemente la salud integral del individuo.

Por otro lado, atendiendo a la situación de masacre por conflicto armado, quienes han vivido esta experiencia suelen ser afectados por diversos tipos de alteraciones, como las manifiesta Gómez (2005), quien señala que son propias del estrés postraumático, que incide en la subjetividad del individuo que presenció la masacre o a quien le contaron, y en ellos se puede encontrar:

- Síntomas de reexperimentación: ellos se vinculan con el olor y la visión de las víctimas.
- Síntomas de evitación: comprende aquellos como disminución de actividades que anteriormente eran del interés del sujeto, se presenta mayor consumo de alcohol, evitan lugares relacionados con la masacre, así como las actividades vinculadas con la misma, inclusive se pueden presentar casos de intentos de suicidio.
- Síntomas de hipervigilancia que se manifiestan en insomnio, eventos agresivos en el seno familiar, sensación de alerta, por temor a que el hecho de terror se vuelva a presentar.
- Síntomas como llanto frecuente por el familiar o familiares muertos, ya que tienen un recuerdo continuo, sienten duelo o tienen sueños recurrentes con la víctima. (Gómez 2005, p.35-36).

Por su parte, Espinosa & Tapias (2018) se refieren a que las situaciones indeseables, como es el caso de masacre por conflicto armado que nos ocupa en esta investigación, desencadenan reacciones psicológicas y emocionales que alteran los vínculos sociales. Así, consideran que se produce un proceso de victimización, con sus reacciones temporales y permanentes otras, las cuales son comunes a quienes han sido afectadas por la ocurrencia de la misma; así, suele notarse tristeza, poca motivación, llanto periódico, insomnio, fatiga, sentimiento de inutilidad, culpabilidad por los hechos ocurridos, pensamientos recurrentes de muerte, asfixia, inquietud, fatiga, alucinaciones, desinterés y desapego por seguir viviendo, enajenación mental, ataques de ira, entre otros aportes coincidentes de Gómez (2005).

Para Hernández (2014), las respuestas emocionales y psicológicas presentadas por los autores anteriores, se constata en víctimas relacionadas con homicidio o desaparición forzada de uno o más familiares, desempleo en los proveedores del hogar, abandono de los jefes de hogar, pérdida de bienes, no tenencia de vivienda propia luego de un desplazamiento forzado y arraigo en lugar totalmente desconocido. Así, se entiende por víctima toda aquella persona que ha sufrido daño de forma individual o colectiva, por situaciones que han contribuido con la violación del Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones a las normas internacionales de Derechos Humanos, propias de la ocurrencia de un conflicto armado. De igual modo:

Se asume que son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo, miembro familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando se le haya dado muerte o se haya establecido su desaparición. También, considera víctimas a aquellos que han sufrido daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para evitar que sea victimizada. Esta condición, la de víctima, se adquiere con independencia de que sea individualizada, aprehendida, procesada o condenada. (Hernández, 2014, p-24).

3. Análisis del caso en sitio

Grupos de paramilitares liderados por Salvatore Mancuso, Edward Cobos Téllez y alias Cadena que se habían ubicado en el departamento de Sucre, en asocio con ganaderos y políticos de los departamentos de Sucre y Bolívar tales como el senador Álvaro García Romero, se reunieron en la finca Las Canarias de propiedad del también político Miguel Nule Amín, para orquestar la ocurrencia de crímenes múltiples, los cuales tuvieron lugar entre el 9 y el 16 de octubre de 2000 en diversos corregimientos de El Carmen de Bolívar (Bolívar), entre ellos Macayepo, región de los Montes de María, que además generó el desplazamiento masivo de los habitantes de ese lugar.

La relación del exsenador colombiano Álvaro García Romero con la masacre deriva de la comunicación telefónica (interceptada por la Policía Nacional en su espectro magnético) sostenida entre él y Joaquín García Rodríguez, ganadero y primo suyo, el día 6 de octubre de 2000, en el que este mencionó que se haría el desplazamiento de la tropa irregular (Autodefensas Unidas de Colombia, denominada Héroes de los Montes

de María) hacia Macayepo y en la cual el exsenador García Romero se compromete a que la Brigada de Infantería de Marina que estaba ubicada en el municipio de El Carmen de Bolívar, no acudiría al llamado de auxilio de la comunidad, ni la Gobernación de Sucre, por lo que la masacre que ocurre el 16 de octubre constituye una Falla del servicio del Estado colombiano, perteneciente al Régimen de Responsabilidad Subjetiva, ya que fueron diez días en los que la comunidad estuvo aislada y sola, y las Fuerzas Armadas (Ejército, Policía Nacional e Infantería de Marina) no se presentaron en el territorio de Macayepo, entrando posteriormente a hacer el levantamientos de cadáveres el día 19 de octubre de 2000 con el Instituto de Medicina Legal de Sucre, estableciendo este ente estatal, que había lesiones en las cabezas de las víctimas, lo cual corroboró que los paramilitares asesinaron a las víctimas con garrote.

Existen autores que han investigado las características de los familiares de víctimas de masacre, dentro de ellas cabe mencionar a Charry (2016), que refieren afectaciones relacionadas con estrés postraumático, ansiedad y depresión, hasta consumo de sustancias psicoactivas, ataques de pánico, ideación suicida, somatización, abusos de alcohol, trastornos de alimentación, depresión mayor, entre otras manifestaciones que afectan la calidad de vida de quienes vivieron una masacre. Lo anterior da origen a rupturas en las redes afectivas y sociales, la modificación de los roles dentro del grupo familiar e incluso el desarraigo cultural.

El efecto que produce la violación de los derechos humanos, mediante situaciones de masacre, ocasiona duelos, crisis personal y traumas que se vivencian como fracturas socioafectivas en la vida de las personas y la comunidad, por cuanto son situaciones que ponen en tensión los recursos personales y colectivos del sujeto cuando se trata de enfrentarlas; este impacto psicológico se manifiesta en un duelo, propio de quienes pierden un ser querido; por tanto, en este documento de trabajo se plantea la responsabilidad estatal por la Falla del servicio por omisión de la Administración que se deriva de la no protección por parte de las autoridades militares colombianas (Ejército, Policía Nacional e Infantería de Marina). “Esta Falla del servicio pertenece al Régimen de Responsabilidad Subjetiva del Estado” (Ruiz, 2016, p. 3).

4. Análisis profundo de la información

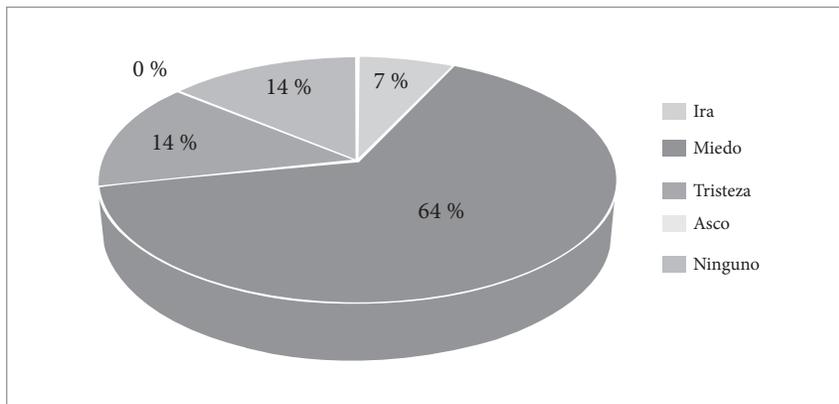
A continuación se relaciona, en la siguiente Tabla un sondeo estadístico en el que se indagó la percepción de los familiares de las víctimas de la masacre de Macayepo sobre el proceso de indemnización por parte del Estado colombiano de los impactos emocionales y menoscabo de los recursos psicológicos; esta fase es producto del trabajo de campo efectuado en el corregimiento en mención, los días 21 y 22 de agosto de 2018, por medio de la aplicación de una encuesta a un total de catorce (14) sujetos habitantes de la comunidad, involucrados en la masacre, bien porque son familiares o vecinos de la comunidad.

Tabla. Distribución absoluta y porcentual en relación con: ¿Cuál de las siguientes manifestaciones emocionales presenta con mayor frecuencia?

Categorías	Frecuencia	%
Ira	1	7
Miedo	9	64
Tristeza	2	14
Asco	0	0
Ninguna	2	14
Total	14	100

Fuente: Datos recopilados por Berrocal & Herrera, 2018

Figura. Distribución porcentual en relación con: ¿Cuál de las siguientes manifestaciones emocionales presenta con mayor frecuencia?



Fuente: Berrocal & Herrera, 2018

En relación con las manifestaciones emocionales frecuentes que expresan los sujetos encuestados, se encuentran: 7 % expresa ira, 64 % miedo, 14 % tristeza y un 14 % ninguna de las mencionadas. De este resultado se destaca el miedo como la emoción que lidera el estado psicológico de los sujetos que formaron parte del estudio.

De lo anteriormente expuesto, se interpreta la necesidad de asistencia psicosocial a las víctimas de la masacre de Macayepo, en este caso a los familiares sobrevivientes, ayuda que debe contribuir con la conformación de recursos de recuperación ante una situación de victimización, para transformar los sentimientos de apatía, impotencia, desgano, aislamiento, temor, en acciones que estimulen la recuperación de la identidad, tanto individual, como la colectiva, cambiar la carga emocional en un modo de vida participativo, en el que trasciendan las narraciones autocompasivas y dependientes producto de las experiencias violentas, focalizadas en las carencias, y se rescate la dimensión de empoderamiento que deben tener las personas, en calidad de sujetos de derechos. Por tanto, implica comprender acerca de la necesidad de instaurar estilos de vida positivos para afrontar situaciones de masacre, para prevenir la victimización reiterada.

Conclusiones

Como resultados de esta investigación, una vez determinados los impactos emocionales que puede vivir una persona, encontramos que el Estado está en el deber de indemnizar en las víctimas de la masacre de Macayepo el daño inmaterial, como consecuencia del conflicto armado, que se trasluce en el dolor y en el olvido que han vivido, ya que no han tenido el acompañamiento estatal adecuado después de la ocurrencia de estos hechos.

Esto se fundamenta constitucionalmente en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que señala que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que les sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; fundamentado en la evolución del principio de responsabilidad extracontractual del Estado, que se pueden encontrar plenamente definidos en varios periodos de transformación que experimentó dicho principio a lo largo de la historia, empezando desde la irresponsabilidad absoluta del Estado hasta llegar a lo que hoy en día conocemos como teoría de la responsabilidad del Estado.

El fundamento legal de la reparación por parte del Estado se da a partir de la expedición de la Ley 167 de 1941, con la que la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica, y se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas; pero es con fundamento en el principio de reparación integral estipulado inicialmente en la Ley 446 de 1998 y posteriormente en la Ley 1448 de 2011, que se relaciona la reparación integral de las víctimas del conflicto armado (interno) colombiano, la cual debe ser integral, restaurativa y equitativa.

En Colombia, actualmente se reconoce teóricamente la Responsabilidad Patrimonial del Estado, concebida como una institución de origen netamente jurisprudencial a partir de la jurisprudencia desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado.

Respecto al aporte de la Corte Suprema de Justicia, este inicia con la Sentencia de octubre 22 de 1896, en la que se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. Con esta decisión se evidencian las modalidades concretas: la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla en el servicio, que acogerá posteriormente la jurisdicción contencioso administrativa.

La jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal. Fue a instancias del constituyente de 1991, que acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños

antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

La reparación en el bloque de constitucionalidad, es necesaria para puntualizar dentro de este estudio, fundamentado en que Colombia es un Estado Social de Derecho y en los principios constitucionales de la dignidad humana, con los que la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la reparación de acuerdo al derecho internacional tiene una dimensión individual: daños sufridos por la víctima de forma directa, susceptibles de medidas individuales de indemnización como restitución, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición y otra colectiva, que no son más que medidas repatrias a un alcance de satisfacción general para restaurar derechos de la comunicad afectada por la violencia, que incluye medidas simbólicas (Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena, Sentencia C-454 de junio 7 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

El juez administrativo, al momento del avalorar y cuantificar los daños en las víctimas del conflicto armado colombiano, debe dar aplicación a normas de alcance internacional, pero insertas en nuestro derecho interno, además de reconocer a las víctimas de la violencia su derecho en el marco del derecho internacional humanitario.

El Consejo de Estado ha sido enfático en eso, toda violación a un derecho humano genera la obligación de reparar integralmente a la víctima, esto tiene que ver con el desarrollo del artículo 1.º de nuestra Carta Magna, somos un Estado Social de Derecho, esto es, todo ordenamiento jurídico internacional debe tener un directo interés real y efectivo de los derechos y garantías de la cuales es titular el ser humano. El juez debe aplicar el principio de reparación integral como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber: a.) La restitución de las cosas a su estado normal si ello es posible. b.) Indemnización de perjuicios materiales, c.) Rehabilitación, mediante servicios de atención médica, psicológica, psiquiátrica, jurídica y social y d.) Satisfacción, con medidas de carácter simbólico y conmemorativos de forma colectiva (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Exp. 16.696, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero).

Afinado lo anterior, se establece que las formas de perjuicio de carácter inmaterial están de acuerdo con las decisiones del Consejo de Estado colombiano, unificadas mediante Acta de agosto 28 de 2014, documento ordenado mediante Acta n.º 23 del 25 de septiembre de 2013, con fin de recopilar la línea jurisprudencial y fijar criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales así:

- Perjuicio moral: Causado por dolor o aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc. que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.
- Daños a bienes constitucionales y convencionales desde 2011 en Sentencia del 14 de septiembre, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que esta clase de afectaciones debían ser reconocidos como una tercera categoría de daño inmaterial autónomo, ya que es un daño que viene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en diferentes fuentes del conocimiento o del saber, como lo planteamos en el Estado del Arte al inicio de este texto.
- Daño a la salud, que fue llamado daño a la vida en relación, que se le llamó al principio daño fisiológico, que no es más que la disminución funcional u orgánica que podrían sufrir una persona con ocasión de una lesión física, disminuyendo las posibilidades de realizar actividades normales en el mundo físico.

Lo anterior determina que hay una, responsabilidad del Estado por los impactos emocionales y psicológicos en las víctimas del conflicto armado colombiano, especialmente en los familiares de las víctimas de la masacre de Macayepo, en la cual el daño moral se reconoce hasta en 100 SMLMV, según si es víctima directa, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o terceros damnificados de acuerdo a los niveles de reparación establecidos por la jurisprudencia, o incluso hasta el triple, si la causa del daño son graves violaciones a los derechos humanos.

La segunda categoría se reconoce por parte de Consejo de Estado, si está demostrado que hay violación a la dignidad de las víctimas por violaciones a los derechos humanos; lo cual se compensa a través de medidas satisfactorias para la víctima directa y su núcleo familiar como garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Excepcionalmente, cuando las medidas de

satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral, podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, de hasta 100 SMLMV.

La tercera y última categoría que no es más que la indemnización por el perjuicio fisiológico o biológico derivado de una lesión corporal o psicofísica en los términos indicados en Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, solo a la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 SMLMV dependiendo que tan grave es la lesión, esto es, 10 SMLMV para una lesión cuya gravedad oscila entre el 1 % y el 10 % hasta 100 SMLMV para una lesión cuya gravedad sea igual o superior al 50 %.

Según Ruiz (2016), todo debe estar debidamente fundamentando de acuerdo al tema o a componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano y a las variables establecidas por la jurisprudencia, tales como la pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica —temporal o permanente—, la anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental, entre otras. Solo excepcionalmente, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor de hasta 400 SMLMV.

Referencias

- Bericat, E. (2012). Emociones. *Sociopedia.isa*, 1-13. doi: 10.1177/205684601261
- Constitución Política (2018). Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Consejo de Estado de Colombia. Acta de agosto 28 de 2014, documento ordenado mediante Acta n.º 23 del 25 de septiembre de 2013.
- Charry, L. (2016, octubre). Impactos psicológicos y psicosociales en víctimas sobrevivientes de masacre selectiva en el marco del conflicto en el suroccidente colombiano en el 2011. Reporte de caso. *Colombia Forense*, 3(2), 56-57. Recuperado de <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/ml/article/view/1756/2041>
- Chóliz, M. (2005). *Psicología de la emoción: El proceso emocional*. Valencia, España: Universidad de Valencia. Recuperado de <https://www.uv.es/choliz/Proceso%20emocional.pdf>
- Cruz, G. (2012). De la tristeza a la depresión. *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*. 15(4), 1310-1324. Recuperado de <http://www.iztacala.unam.mx/carreras/psicologia/psiclin/vol15num4/Vol15No4Art8.pdf>

- Espinosa, A. & Tapias, A. C. (2018). *Psicología y acompañamiento a víctimas*. Recuperado de http://www.satellitechnologies.com/USB/Modulo3/M%C3%B3dulo_3_USB_unidad1.pdf
- García Retana, J. A. (2012). La educación emocional, su importancia en el proceso de aprendizaje. *Revista Educación*, 36 (1), 1-24. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/440/44023984007.pdf>
- Gómez, N. (2005). *Informe sobre el daño a la salud mental derivado de la masacre de Plan de Sánchez, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Social. Recuperado de <http://www.ecapguatemala.org.gt/sites/default/files/PlandeSanchez%20Espa%C3%B1ol.pdf>
- Hernández, A. (2014). *Apoyo psicológico a las víctimas del conflicto armado interno de El Carmen de Bolívar*. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena. Recuperado de <http://repositorio.unicartagena.edu.co:8080/jspui/bitstream/11227/1148/1/APOYO%20PSICOSOCIAL%20A%20LAS%20VICTIMAS%20DEL%20CONFLICTO%20ARMADO%20INTERNO%20DEL%20CARMEN%20DE%20BOLIVAR..pdf>
- Muñoz C. (2013). Reflexiones sobre justicia transicional en Colombia: tensiones entre la justicia y la paz. *Jurídicas*. 10(2), 61-86. Manizales: Universidad de Caldas. Recuperado de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas10\(2\)_5.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas10(2)_5.pdf)
- Moscone, R. (2012). El miedo y sus metamorfosis. *Psicoanálisis*, XXIV (1), 53-78. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4243775.pdf>
- Pérez R. Doris (2012). *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia*. (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.
- Piqueras Rodríguez, J. A., Ramos Linares, V., Martínez González, A. E. & Oblitas Guadalupe (2009). Emociones negativas y su impacto en la salud mental y física. *Suma Psicológica*, 16. (2), 85-112. Recuperado de <http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/sumapsi/article/view/136/146>
- Rodríguez Sutil, C. (2013). ¿Qué es una emoción? Teoría relacional de las emociones. *Clínica e Investigación Relacional*. 7(2), 348-372. Recuperado de https://www.psicoterapiarelacional.es/Portals/0/eJournalCeIR/V7N2_2013/10-Rodriguez-Sutil_Que-es-una-emocion_CeIR_V7N2.pdf
- Ruiz Orejuela, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá, Colombia: Editorial ecoe. Recuperado de <http://www.ecoediciones.com/web/wp-content/uploads/2016/03/Responsabilidad-del-Estado-y-sus-reg%ADmenes.pdf>

Sentencia (2008, febrero 20). Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 16.696, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Sentencia C-454 (2006, junio 7). Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Sentencia C- 644 (2011). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Bibliografía recomendada

Zuluaga, A. & Buelga, S. (2014). El trabajo psicológico en el Centro de Atención a Víctimas de las Violencias y Graves Violaciones a los Derechos Humanos (Colombia). *E-DHC*. (2), 42-56. Recuperado de https://www.uv.es/edhc/edhc002_buelga.pdf

El servicio público de transporte individual de personas en el marco de la economía colaborativa y las nuevas tecnologías

Nicolás Cardozo Ruiz¹

Resumen. Mediante una metodología cualitativa-descriptiva, la presente investigación tiene por objeto determinar las problemáticas y retos de la regulación del servicio público de transporte individual a la luz de los nuevos paradigmas de la economía colaborativa y la prestación a través de plataformas digitales en Colombia.

Palabras claves: Servicio público, transporte terrestre, plataformas digitales, economía colaborativa, Colombia.

Introducción

En Colombia, así como en varios países, se presta el servicio urbano de transporte individual de personas, a través de novedosas plataformas digitales estructuradas a partir de esquemas de economía colaborativa, cuya operación ha roto los paradigmas regulatorios que existían en torno a una industria desarrollada en el siglo xx, como lo es la industria del taxi.

Es así como las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, y los decretos reglamentarios en materia de servicio de transporte individual fueron pensados con una visión completamente distinta a la lógica de los fenómenos propios de la economía colaborativa, por lo cual se ven trastocados pilares fundamentales de dicha regulación, como las nociones de habilitación, empresa habilitada, permiso de operación.

¹ Estudiante de la maestría en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en transporte, infraestructura y logística de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho probatorio. Profesor de tiempo completo en la Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá.

En este contexto, la respuesta de las autoridades colombianas ha consistido en la negación sistemática de la posibilidad de entrada al mercado de compañías como Uber o Cabify, y a la par, la ciudadanía ha optado por desplazar su interés de los taxis del siglo xx a los vehículos afiliados a las plataformas digitales del siglo xxi, con lo cual se produce un profundo desfase cuyo estudio se hace necesario en esta época.

La escasa bibliografía nacional sobre la problemática en cuestión anima a presentar un estudio completo sobre el particular, en aras de aportar a la construcción del Derecho en tiempos en los que la tecnología pone en jaque viejas estructuras jurídicas, al parecer obsoletas.

La presente investigación tiene como objeto de estudio la regulación en Colombia de la prestación del servicio público de transporte individual urbano, a través de plataformas digitales que funcionan bajo esquemas de economía colaborativa. Esto nos permite indagar sobre si: ¿Es posible formular una regulación en Colombia para permitir la prestación del servicio de transporte individual urbano de personas, a través de plataformas digitales que funcionan bajo esquemas de economía colaborativa, en el marco del principio de libre competencia y asegurando a la vez la satisfacción de las necesidades del servicio público?

Para plantear las principales disquisiciones en torno al problema jurídico, se analizará en primer lugar el modelo Uber en el ámbito del transporte individual de personas en el sector urbano y luego se presentarán las principales posturas tanto académicas como de actores públicos y privados que intervienen en la discusión. Finalmente, se formularán las conclusiones principales.

1. El servicio de transporte individual de pasajeros desde la perspectiva de la economía colaborativa: el modelo Uber

Las empresas emergentes en el contexto del transporte urbano e individual de pasajeros y los esquemas de economía colaborativa (Uber como la más paradigmática) funcionan como intermediarias entre el pasajero y el conductor, proveen y administran una plataforma digital que funciona con GPS (Global Positioning System), en virtud de la cual el pasajero puede conectarse con el conductor para llevar a cabo el viaje (Sidak, 2016).

La plataforma procesa la solicitud del pasajero y lo conecta con conductores que se encuentren cerca o próximos a la ubicación del pasajero, para que acepten o declinen la petición de viaje. Con la aceptación del

viaje, el peticionario del servicio puede supervisar la ubicación del conductor y el tiempo estimado de llegada, su primer nombre, su foto, el vehículo en el que se prestará el servicio y la calificación que otros usuarios han hecho de él o ella (Sidak, 2016).

Al final del viaje, la aplicación carga el pago conforme al método de pago escogido por el usuario, quien además podrá tener acceso a su historial (Sidak, 2016). En la actualidad se permite el pago en efectivo, con lo cual se ha aumentado el número de usuarios que utilizan la aplicación.

Uber y las demás empresas del mismo corte no emplean a los conductores ni poseen vehículos propios, simplemente sirven de intermediarios entre pasajeros y conductores que proveen el servicio con independencia, a través vehículos de su propiedad, a los cuales suministran mantenimiento y seguros (Sidak, 2016).

En relación con las tarifas, la plataforma las calcula teniendo como parámetros el tiempo de duración del viaje y la distancia recorrida. Así mismo, descuenta de la misma un porcentaje que oscila entre el 20 % y 30 % por concepto de comisión, dejando el restante al conductor (Sidak, 2016).

Sidak (2016) resalta que el modelo Uber busca desestimular el rechazo de carreras cortas y poco rentables para los conductores a través de dos maneras: (i) ocultando el destino del viaje hasta que haya comenzado y (ii) manteniendo un límite máximo de cancelaciones; esto es, un número de viajes limitados que los conductores pueden cancelar una vez lo han aceptado.

De esta manera, en el caso específico de Uber, la plataforma utiliza un modelo de *tarifas dinámicas*, basado en un algoritmo propio que permite calcular el precio del viaje. Para mantener la oferta en periodos de alta demanda como días festivos o en horas pico, el sistema incrementa el precio aplicando un múltiplo por el cual se multiplica el valor usual, lo cual se pone de presente antes de iniciar el viaje para que conozcan las condiciones. La tarifa dinámica estimula a los conductores a ofertar viajes en periodos de alta demanda, así incrementa la oferta requerida para atenderla. Igualmente, la tarifa dinámica incentiva a los pasajeros a reducir su demanda, programando el viaje para un periodo por fuera de hora pico (*off-peak*) (Sidak, 2016).

La tarifa dinámica permite abordar el desequilibrio que puede presentarse en los viajes cortos, aunque contrario a ciudades como Chicago, en Bogotá los conductores (*uberdrivers* o taxistas) tienen preferencia por viajes cortos, siendo entonces necesario estimular viajes largos poco atractivos, dada la alta congestión de la ciudad, para lo cual también es útil el dinamismo de las tarifas. Con todo, resalta que a pesar de las tarifas dinámicas de Uber, estas son inferiores a las que cobran los taxis por la prestación del servicio (Sidak, 2016).

En el modelo clásico del taxi, los usuarios y conductores incurren en costos de transacción para lograr un encuentro *taxi vacío-pasajero*. Estos costos de transacción son reducidos por las empresas emergentes del fenómeno de la economía colaborativa, dado que pone en contacto a pasajeros y conductores instantáneamente a través de la plataforma (Sidak, 2016).

Por otra parte, la empresa Uber ofrece un sistema de calificación tanto de conductores como de usuarios que permite reducir la asimetría de la información relacionada con la calidad de los agentes, y sirve como fallador de disputas surgidas entre conductores y pasajeros, como ocurre cuando este se queja por la prestación ineficiente del servicio. Así las cosas, la plataforma digital gestiona varias fallas del mercado que usualmente se han utilizado como justificación de la estricta regulación del tradicional servicio prestado a través de taxis (Sidak, 2016).

2. Las discusiones en torno a la regulación del servicio de transporte prestado bajo esquemas de economía colaborativa

En la bibliografía existente sobre el problema jurídico, se encuentra en primer lugar una postura prohibitiva, según la cual el servicio prestado por aplicaciones que desarrollan esquemas de economía colaborativa es ilegal y, de contera, no susceptible de regulación.

Esta postura ha sido sostenida por las autoridades colombianas en materia de transporte y por grupos que generan presión como el gremio de los taxistas, quienes propugnan por negar la posibilidad de prestación del servicio de transporte bajo esquemas de economía colaborativa a través de plataformas digitales.

Países como Estados Unidos no han sido ajenos a la oposición de sectores tradicionales y de los principales actores de la industria del taxi. En efecto, el gremio de los taxistas instauró sendas demandas contra las

autoridades de Chicago arguyendo que la actividad o inactividad estatal que ha permitido la prestación de servicios *ilegales* por parte de empresas como Uber ha impactado negativamente en su patrimonio, por lo cual demandaron ante las autoridades judiciales federales el pago de una compensación dada la pérdida de valor de sus inversiones, en aplicación de las cláusulas de incautación o expropiación (*takings clauses*) previstas en la quinta enmienda de la Constitución norteamericana (Sidak, 2016).

En efecto, a partir del año 2012, Chicago permitió de facto la prestación del servicio de taxi por parte de conductores de Uber, sin exigir los mismos requisitos que los taxistas cumplen, tales como seguros, suficiencia financiera, exámenes de droga a los conductores, características de los automotores y fundamentalmente la tarifa regulada (Sidak, 2016).

Sidak (2016) expresa que este trato diferenciado de cara a la regulación evidenció la ventaja competitiva de empresas como Uber en el mercado y permitió ver su *florecimiento* en contraste con el decaimiento de la industria clásica del taxi, lo cual conllevó al desplome del valor de las licencias de funcionamiento o *medallions* (en Colombia conocidos como los *cupos*) y el colapso de ese mercado. Para el año 2013, el Estado de Chicago subastó 50 licencias de taxi por el valor de US\$360 000 y ninguno fue vendido. Para el año 2014, la liquidez de los *medallions* era casi nula, por lo cual se empezaron a alarmar los prestamistas, dado el riesgo de incumplimiento de los propietarios de las licencias en el pago de sus créditos.

Así las cosas, los poseedores de licencias de taxi arguyen que el Estado de Chicago incurrió en expropiación sin indemnización al permitir la irrupción de facto de empresas como Uber, dada la afectación del núcleo del derecho de propiedad que ostentan sobre las licencias o *medallions*, por cuanto se perdieron los derechos exclusivos de prestación del servicio. En ese orden de ideas, sin exclusividad las licencias no tienen valor en el mercado (Sidak, 2016).

En nuestro territorio la posición del gremio de taxistas es similar a la de los propietarios y conductores de taxi de otras latitudes, por cuanto argumentan una pérdida del valor de sus inversiones, tales como el cupo, y denuncian un deterioro o debilitamiento del negocio y las utilidades que otrora generaban cuando no existían plataformas digitales en competencia.

Por su parte, la postura de las autoridades colombianas es clara frente a los esquemas de economía colaborativa en el ámbito del transporte

individual (taxi). Tanto la Superintendencia de Industria y Transporte como el Ministerio de Transporte convienen en que, a la luz de la normatividad nacional, la prestación del servicio de transporte público individual a través de plataformas digitales es ilegal.

En efecto, el Ministerio de Transporte (2014) considera ilegales las aplicaciones digitales que faciliten la celebración de contratos de transporte con empresas no habilitadas o autorizadas conforme a la Ley; es decir, a través de vehículos particulares o mediante servicios de servicio público que no tengan autorización para prestar el servicio de transporte individual, como lo serían los destinados al servicio de transporte especial.

En ese sentido, la Superintendencia de Puertos y Transportes (2016) considera que la empresa Uber ha incurrido en la conducta de “facilitación de violación de normas del transporte”, conducta tipificada en el artículo 9, numeral 4 de la Ley 105 de 1993, por lo cual incluso la ha sancionado con multas en diversos actos administrativos en ejercicio de su función de inspección, vigilancia y control.

Ahora bien, paradójicamente la DIAN ha expedido una reglamentación, contenida en la Resolución n.º 000051 del 19 de octubre de 2018, para permitir retener y declarar el impuesto de valor agregado (IVA) a empresas que desarrollan contenidos en plataformas digitales como Uber, Cabify, Airbnb entre otras, a pesar de que autoridades como el Ministerio de Transporte o la Superintendencia de Puertos y Transportes tildan de ilegal el servicio que prestan dichas compañías.

Por su parte, existe una segunda postura que propugna por la regulación del servicio prestado por aplicaciones digitales en el marco de esquemas de economía colaborativa. En este sentido se encuentran dos vertientes, (i) la primera, según la cual se debe modificar la regulación actual del servicio público de transporte individual para dar paso a una nueva forma de regulación que permita la entrada de los agentes que desarrollan aplicaciones tecnológicas para prestar el servicio de transporte en el mercado actual y (ii) la segunda, que opta por la regulación de las plataformas tecnológicas de economía colaborativa bajo un rol de intermediación digital, no como empresas prestadoras de servicio de transporte.

En concordancia con la primera vertiente, según la cual debe reestructurarse la manera en que se regula el servicio de taxi para dar cabida

a la prestación del mismo a través de esquemas de economía colaborativa, Ossa (2017) plantea que las plataformas o aplicaciones digitales como Uber o Cabify, son ejemplos de lo que Hayek denominó “órdenes espontáneos”; es decir, aquellos que se forman por la interacción de los sujetos sin la intervención de los creadores de la política pública (*policymakers* o *lawmakers*), sin planeación a nivel de alta dirección del Estado, pero con un orden establecido por las mismas leyes y agentes del mercado, incluso más eficiente que el orden *construido* o planificado.

En efecto, las plataformas representativas del modelo de mercado de economía colaborativa son más eficientes en la medida en que, al prescindir de figuras tales como la *Empresa habilitada* para la prestación del servicio de transportes, eliminan costos de intermediación inherentes a dichas estructuras y permiten a los agentes del mercado interactuar sin jerarquías, con la posibilidad de transmitir información transparente y en tiempo real, eliminando asimetrías de la información (Ossa, 2017).

Desde esta perspectiva, Uber o Cabify son muestras de mercados eficientes sin injerencia del Estado; es decir, desregularizados, y el actual modelo de prestación del servicio de transporte individual urbano (taxi) son claros ejemplos de un mercado que adolece de fallas a pesar de caracterizarse por una regulación detallada y estricta (Ossa, 2017).

Es una característica de los mercados de economía colaborativa que funcionan a través de aplicaciones digitales, que los incentivos o desincentivos de los agentes estén dados por evaluaciones reputacionales; es decir, como los agentes tienen la posibilidad de transmitir información sobre la prestación del servicio de transporte o de turismo (caso Airbnb) en tiempo real, se transmite la idea de que los prestadores eficientes tienen mayor demanda y mayores probabilidades de lograr utilidad, lo cual genera en los mismos el incentivo para prestar el servicio en mejores condiciones (Ossa, 2017).

Por el contrario, en los esquemas tradicionales de mercados con alto grado de regulación, como es el caso del transporte individual urbano (taxi), los incentivos para los prestadores del servicio no son positivos como en el caso antes descrito, sino negativos; esto es, pensados desde una visión sancionadora, en la que el agente prestador no sirve adecuadamente a los usuarios porque así puede lograr mayor impacto en el mercado sino porque la mala prestación puede acarrearle sanciones, lo cual genera que las empresas de transporte habilitadas destinen mayor

inversión en mecanismos de defensa ante posibles procedimientos sancionatorios que en optimizar las condiciones de calidad y seguridad del servicio (Ossa, 2017).

Por esta razón, Ossa (2017) propone transformar la visión de la regulación, dejando atrás el viejo esquema de incentivos negativos estructurados a partir del régimen sancionatorio por la indebida prestación del servicio de transporte individual, para dar cabida a una nueva concepción pensada desde incentivos positivos reputacionales y sociales por la adecuada prestación del mismo que generen una tendencia a *portarse bien*, tal y como ocurre con los esquemas de economía colaborativa tildados de ilegales por las autoridades por reglas per se.

Por su parte, empresarios importantes del mercado de las economías colaborativas como Uber (tal vez el más paradigmático) pregona por el cambio en la regulación que permita la entrada a aplicaciones digitales al mercado del transporte urbano.

En efecto, la posición de Uber ha variado con el transcurso del tiempo; pasó del desentendimiento sobre la necesidad de ser reconocidos por el Estado como prestadores de servicios legales a buscar espacios de discusión con las autoridades públicas para establecer *reglas de juego* claras para la prestación del servicio; es decir, de un marco regulatorio adecuado que tenga en cuenta sus intereses, los de la comunidad y los taxistas (Amat, 2015).

En ese sentido, Uber propone buscar fórmulas de arreglo con el Estado colombiano similares al acuerdo pactado en México, en donde fundamentalmente se exige un registro de los conductores que prestan el servicio, así como el pago del uno punto cinco por ciento (1,5 %) de cada viaje, destinados a un fondo de compensación administrado por el Estado para compensar las condiciones de los taxistas y para impulsar otras modalidades de transporte público (Amat, 2015).

En relación con la posición que propugna por la regulación de las plataformas tecnológicas de economía colaborativa bajo un rol de intermediación digital, no como empresas prestadoras de servicio de transporte, Orozco y Velásquez (2015) consideran que empresas como Uber no deben catalogarse como prestadoras de servicios de transporte, dado que ese no es su objeto ni su habilitación. En realidad, son intermediarios que conectan prestadores del servicio de transporte con usuarios,

es decir, oferentes y demandantes, razón por la cual no deben ser regulados como transportadores.

Como corolario de lo anterior, no existiría competencia desleal entre empresas como Uber y las prestadoras del servicio de transporte individual (taxi) básicamente porque (i) no prestan los mismos servicios y (ii) al no encontrarse regulada la actividad de intermediación en la prestación de servicios de transporte individual (de lujo) no podría, ante el vacío legislativo, hablarse con propiedad de competencia desleal en los términos de la Ley 256 de 1996 (Orozco & Velásquez, 2015).

Ante el vacío normativo, las autoridades deben encontrar la manera más racional de regular la prestación del servicio, si es que necesita ser regulado o debe encontrar la manera en que puede operar para respetar el derecho de elección de los usuarios del servicio de transporte (Orozco & Velásquez, 2015).

De esta manera, la posición de las autoridades públicas colombianas, Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transportes, podría calificarse de errónea en la medida en que otorga a empresas como Uber la calidad de prestadora del servicio de transporte y equivocadamente le aplican la regulación de las clásicas empresas de taxis (Orozco & Velásquez, 2015).

Así las cosas, Orozco y & Velásquez (2015) proponen que, bajo la perspectiva anteriormente indicada, debería regularse o expedirse un marco de funcionamiento para Uber y plataformas similares que les permita a los vehículos afiliados a plataformas digitales competir con reglas claras con los vehículos vinculados a las empresas habilitadas para prestar el servicio de transporte individual (taxi) sin prohibir su ingreso al mercado.

Conclusiones

Los esquemas de economías colaborativas se erigen como nuevas formas de negocio capaces de retar los cimientos de industrias tradicionales que en el siglo xx dominaron sectores como el transporte o el turismo, habida cuenta que ponen en entredicho roles de intermediación que en otrora otorgaban valor agregado a los servicios prestados y que en la actualidad generan costos en la conexión entre proveedores de servicios y consumidores.

La plataforma digital Uber representa un nuevo paradigma, en la que consumidores y prestadores del servicio de transporte se conectan sin intermediarios, a través de un sistema que corrige, sin necesidad de intervención de los poderes públicos, las fallas del mercado que tradicionalmente se han querido gestionar a través de estrictas e inflexibles regulaciones como las del servicio de taxi.

El gremio de taxistas y las autoridades colombianas propugnan por una estricta prohibición y persecución de los servicios prestados por Uber. A contrapelo, coexisten propuestas que ven necesario un cambio profundo en la forma de regular, en la medida en que esta paradigmática empresa pone en jaque la visión intervencionista con la que se ha diseñado la normatividad para el funcionamiento de los taxis.

En ese sentido, se encuentran posturas que propenden para la regulación de Uber como empresa de transporte, para lo cual se exigen reglas de juego claras, en aras de permitir su entrada al mercado. Otros, por su parte, consideran que empresas como Uber, Cabify, entre otras, no son transportadores en estricto sentido, sino que debe darse paso a la creación de una nueva figura de “intermediación digital” para la prestación de servicios.

De esta manera, el vacío regulatorio en el caso de Uber o empresas similares, presenta verdaderos retos jurídicos por cuanto se hace necesario fijar parámetros que permitan dirigir la mirada a las transformaciones del siglo XXI y dejar atrás las posturas prohibicionistas para reflexionar en torno a la flexibilidad que puede permitirse en la prestación de servicios públicos como el de transporte, sin abandonar las necesidades que el servicio mismo impone.

Referencias

- Amat, Y. (2015, agosto 1). La oferta de Uber para acabar la pelea con los taxistas. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16182175>
- Colombia. Ministerio de Transporte. Concepto Rad. MT n.º 20144000357831 (2014, octubre 2). Prestación de servicios no autorizados o través de la plataforma Uber. Recuperado de <https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile=11701>

- Colombia. Ley 105 de 1993. Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Ley 336 de 1996. Estatuto General de Transporte.
- Ossa, B. (2017). Economías colaborativas: Regulación y competencia. *Revista de Derecho Privado*, (57), 1-22. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360055996008.pdf>
- Orozco, S., & Velásquez F. (2015, julio-diciembre). Uber: La plataforma tecnológica que rompe con los esquemas tradicionales de la regulación en materia de transporte individual de pasajeros en Colombia. *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (14), 1-36. Recuperado de https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics220.pdf
- Sidak, J. (2016). Is Uber Unconstitutional? *The Criterion Journal on Innovation*, 1, 179-195. Recuperado de <https://www.criterioneconomics.com/docs/is-uber-unconstitutional.pdf>
- Resolución 040313 de 2016. (19 de agosto de 2016). Superintendencia de Puertos y Transportes. Por la cual se imparte una orden a la sociedad Uber Colombia s.as. Recuperado de https://www.supertransporte.gov.co/documentos/2016/Septiembre/Notificaciones_06_R/2016550040313.pdf

Efectividad del autogobierno indígena en la gestión ambiental de su territorio

Estudio de caso judicial: Pueblo Wayuu vs. PDVSA Gas Sucursal Colombia (2006-2019)¹

Olivia de Jesús Clavijo Ortiz*

Resumen. En este documento se describe brevemente el proyecto de investigación presentado ante el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, que plantea el análisis de las relaciones de poder del pueblo indígena wayuu de La Guajira y los gobiernos de Colombia en todas sus escalas de decisión nacional, departamental, municipal e indígena, en lo concerniente a su derecho al autogobierno respecto a la participación en la toma de decisiones para la gestión ambiental de sus territorios, en los que llevan a cabo las prácticas culturales y de las que dependen su vida y permanencia.

La introducción contextualiza la identificación de las acciones jurídicas con las que cuenta el pueblo wayuu, tales como la Consulta Previa Libre e Informada (CPLI) y el autogobierno indígena en los tres sistemas jurídicos que las contienen: internacional, nacional y de derecho propio indígena. Para ello, nos enfocamos en el desarrollo del Convenio 169 de la OIT (1989), la Declaración de Naciones

*Estudiante del Máster Internacional en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología del Derecho de OÑATI - promoción 2018-2019. Estudios adelantados con financiación del Departamento de La Guajira y Colciencias, Convocatoria 810 para formación de capital humano de las regiones (La Guajira) Maestrías en el exterior.

¹ Proyecto de investigación presentado para el desarrollo de la Tesina Final del Máster en Sociología Jurídica, Investigación en desarrollo. Fecha de radicación y sustentación artículo final de investigación, septiembre de 2019.



COLCIENCIAS

Unidas de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y en el Sistema Normativo Wayuu.

El estudio de la efectividad de este derecho se centra en el debate desarrollado desde el ámbito de las relaciones internacionales, principalmente en los regímenes tendientes a la protección de los derechos humanos y del ambiente. Se trata de una disputa que se presenta en el ejercicio del poder político entre dos poderes legales y legítimos, pueblos indígenas y gobiernos en todas las instancias territoriales.

Por ende, el análisis que se propone se hará a partir del estudio de caso del proceso judicial interpuesto por Autoridades Tradicionales Wayuu en contra de la empresa PDVSA Gas, Sucursal Colombia y el Estado colombiano, por causa del proyecto de desarrollo económico de Interconexión Gasífera Colombo-Venezolana, Antonio Ricaurte. La metodología de estudio de caso es pertinente en la medida en que podrá explicar la realidad del pueblo wayuu a partir de los elementos normativos contenidos en los marcos obligatorios para todos los pueblos indígenas en Colombia, como lo son el internacional y el nacional, dialogando con los desarrollos teóricos que en el ámbito internacional se han dado a partir del concepto de desarrollo sostenible y desarrollo económico, que confluyen en contextos territoriales con asentamientos de pueblos indígenas.

El discurso del desarrollo sostenible respecto a la gestión ambiental se apoya en Grasso (2015), Stavenhagen (1992, 2012) y Naciones Unidas (2007a, 2007b; s.f.) en lo referente a la concepción tridimensional del desarrollo económico, la protección del medio ambiente y la garantía del progreso social fundado en el derecho de los pueblos indígenas a la libre autodeterminación traducido como autogobierno para efectos del planteamiento que se hace en este documento. Ello se contrasta con el desarrollo sobre extractivismo y derechos humanos, analizados a la luz de los regímenes internacionales de derechos humanos, especialmente en lo atinente a la consulta previa libre e informada o al consentimiento libre previo e informado, argumentados en Rodríguez Garavito (2012, 2015, 2017, 2018), Torres Wong (2019), Anaya y Anaya (2017; 2004) entre otros autores.

En cuanto al concepto de Autogobierno propio wayuu se desarrolla con documentos oficiales y de elaboración propia de la Junta Mayor Autónoma de Palabreros Wayuu, quienes tienen a su cargo velar por la salvaguarda del Sistema Normativo Wayuu, en el que se reconocen sus prácticas culturales. Esto se trabaja desde lo que hoy en día se conoce como investigación activista, de la que dan cuenta los

trabajos de Charles Hale (2008), Orlando Aragón (2018), Leyva et al. (2018c, 2018b, 2018a) entre otros, que se fundan en corrientes decoloniales, autonómicas, epistemologías: del Sur, indígenas y de intersaberes, conocidas como investigación comprometida que proviene de la Investigación Acción Participativa que tiene un trasfondo político en la investigación social.

Palabras claves: Gestión ambiental, autogobierno de pueblos indígenas, consulta previa, investigación activista.

Introducción

Este proyecto propone analizar las acciones jurídicas con las que cuentan los pueblos indígenas en Colombia a partir de la identificación de las causas que impiden la efectividad del derecho al autogobierno indígena en el cumplimiento de los regímenes internacionales, nacionales y de derecho propio que lo contienen a partir de un estudio de caso, en el que se determinará que el cumplimiento formal de la Consulta Previa Libre e Informada es inefectivo por cuanto legitima al Estado por sobre la decisión de las comunidades indígenas implicadas en proyectos extractivistas, en los que se requiere la concesión del uso de su territorio ancestral tal como ocurrió en el Proyecto de Interconexión Gasífera colombo-venezolana tramo Antonio Ricaurte (PIGAR), operado por la empresa PDVSA Sucursal Colombia.

Los factores centrales para el análisis partirán de una descripción del pigar, la forma en la que se decidió y legitimó la participación de los wayuu bajo la figura de la Consulta Previa Libre e Informada (CPLI) y una breve contextualización geográfica, histórica y antropológica del pueblo wayuu, para posteriormente desarrollar el argumento de que el ejercicio del derecho al autogobierno resultaría mucho más efectivo para los wayuu y los demás pueblos indígenas² en Colombia al momento de tomar decisiones ambientales en sus territorios. La información que se utiliza es tomada de la experiencia personal en el ejercicio profesional de asesoría y representación judicial de los demandantes por parte de la autora de este artículo y de documentos institucionales (administrativos

² La generalización que se hace en este escrito cuando nos referimos a “los pueblos indígenas” debe de entenderse respecto a los elementos que encierran órdenes normativas concernientes a todos los pueblos, sin perjuicio de la caracterización propia de cada pueblo que es determinante para cualquier análisis.

y judiciales) del Estado colombiano, principalmente, la contenida en el expediente judicial n.º 44001-23-33-000-2012-00061-01 del Consejo de Estado (en adelante el expediente), Sección Segunda³, en el que se dirime esta pugna a favor del Estado y de la empresa.

El debate se sitúa en torno a la vulneración del derecho al medio ambiente y con él, a los derechos humanos por parte de las corporaciones extractivas, a quienes los Estados conceden la explotación de recursos naturales en los territorios de comunidades campesinas, indígenas o afrodescendientes y con quienes se disputa la legitimidad y los límites al uso del territorio a la luz de lo establecido en estos regímenes (Picciotto, 2011; Rodríguez-Garavito, 2018; Ruggie, 2018). La discusión se presenta en un marco de acción legal que autoriza a las corporaciones y les permite no solamente extraer los recursos naturales que le pertenecen al Estado sobre los cuales este tiene completo monopolio.

Este estudio se centra en las relaciones de las 87 comunidades wayuu que actuaron como demandantes en el proyecto extractivo mencionado. Este es un pueblo indígena de Colombia que está asentado en el departamento de La Guajira, considerado como el pueblo indígena con mayor número, representando el 44.94 % de la población total del departamento (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017), según el Censo General de 2005, que midió por última vez la población étnica del país (Información Básica, DANE), el departamento de La Guajira alojaba 278 212 indígenas, le seguía el Cauca con 248 532, en tercer lugar Nariño con 155 199 y en cuarto lugar estaba Córdoba con 151 064 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017).

Este departamento tiene asentamiento de cinco pueblos indígenas: los wayuu asentados, principalmente, en la Media y Alta Guajira⁴, los arhuacos, los wiwas, los koguis y los kankuamos asentados en las estribaciones orientales de la Sierra Nevada⁵ (Pérez, J., Higuera Mendieta, I., &

³ Este tipo de ejercicios académicos en los que la academia se combina con la acción en campo, se conoce como activismo investigativo, que propone tomar acción frente a fenómenos sociales, en este caso, jurídicos, para transformar la realidad. En este caso ocurrió al contrario, el ejercicio profesional y la experiencia en el campo jurídico incrementó las inquietudes académicas que faltan por explorar y analizar para que los sujetos receptores de derechos tengan diversas posibilidades de información para la toma de decisiones al momento de hacerlos exigibles o de materializarlos, ver: Speed, 2018; Montoya-Rojas, 2018; Olivera-Bustamante, 2018; Sandoval-Álvarez, 2018.

⁴ El territorio wayuu en los municipios de Uribí, Manaure, Maicao, Hatonuevo, Albania, Barrancas y Fonseca.

⁵ Estos pueblos tienen asentamiento y relacionamiento en los municipios con jurisdicción de la Sierra Nevada de Santa Marta, estos son: San Juan, Dibulla y Riohacha.

Bonilla-Mejía, 2017). Todos ellos en condición de pobreza extrema, con necesidades básicas insatisfechas (Arismendi-Morales, 2014; Bonet-Morón & Hahn-de-Castro, 2017; Duarte-Orozco, 2010; Gobernación del Departamento de La Guajira, s.f.; Ministerio de Salud y Protección Social, s.f.; Pinzón-Yaya, 2017; Rafael, 2016).

El principal sector productivo que impulsa la economía en La Guajira es la explotación de los recursos naturales, renovables y no renovables; hoy día se da cuenta de la existencia de cinco grandes proyectos de desarrollo económico, como ocurre desde 1979 con la explotación a cielo abierto de carbón más importante del mundo a cargo de Carbones del Cerrejón Limited (subsidiarias BHP Billiton, Anglo American y Glencore); desde 2004 el Parque Eólico Jepírachi; desde 2006, PDVSA Gas sucursal Colombia S.A. (PDVSA S.A. y CHEVRON-TEXACO) con extracción de gas natural; en 2014 una terminal portuaria de usos múltiples en proceso de concesión (Zona Franca Brisa S.A.) y el más reciente de todos con explotación de energía eólica que inició en 2018, Vientos del Norte (Grupo Renovatio).

Estos proyectos afectan territorios indígenas fragmentándolos físicamente por cuanto los ocupan de forma permanente y con ello surgen limitaciones de tránsito, uso y control por parte de las comunidades que lo habitan, generando con ello conflictos socioambientales. Esto ocurre a pesar de que Colombia en su Constitución Política ha adoptado como parte integral de esta los regímenes internacionales de Derechos Humanos y ha sido catalogado como uno de los Estados ratificadores ejemplares, incluso de los que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, entre los que se cuentan los Pactos Internacionales, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En estos se establece la obligación de respetar el derecho al autogobierno indígena (Anaya-Muñoz, 2017, p.167) y en este sentido se encuentran artículos como el 286 y 287 de la Constitución, en los que tanto sus territorios como sus autoridades son equiparables a los departamentos y municipios, otorgándoles autonomía y funciones descentralizadas.

Por ende, es importante evaluar las razones por las cuales el derecho al autogobierno no lo respeta el Estado y no lo ejercen las comunidades, especialmente en temas atinentes a la gestión ambiental de su territorio, bajo el entendido de que ejercerlo conllevaría afrontar de una

forma distinta la crisis política, social, económica y ambiental por la que atraviesan (Arismendi-Morales, 2014; Bonet-Morón & Hahn-de-Castro, 2017; Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2015; Duarte-Orozco, 2010; Rodríguez, 2010).

En vista de que los innumerables casos como el que se propone estudiar en esta investigación pueden abordarse rigurosamente desde el campo de la sociología jurídica y así enriquecen la literatura académica, este proyecto propone analizar desde una reflexión que se desprende del derecho al autogobierno en un marco regulatorio internacional, nacional y del derecho propio (derecho ancestral), a partir de un estudio de caso de los factores que impiden la efectividad en el cumplimiento de estos regímenes, tales como los actores involucrados, las formas en las que se tomaron las decisiones y las desventajas que presenta la Consulta Previa Libre e Informada, que a su vez da paso a redescubrir qué tan beneficiosa sería la aplicación al derecho del autogobierno en los asuntos que hoy día se tramitan bajo dicho mecanismo que no dirime los conflictos, sino que por el contrario los crea.

1. Planteamiento de la pregunta de investigación

Esta investigación surge de los distintos estudios que evalúan la efectividad de los derechos contenidos en los regímenes internacionales de Derechos Humanos, en la medida en que los cuestionamientos que hace la literatura se refieren a lo logrado en materia de promoción y protección, cómo se da su aplicación y cumplimiento, cuáles son sus alcances y sus límites, los recursos que destinan los Estados a su implementación y cumplimiento y las sanciones que reciben por su incumplimiento (Drezner, 1999; Naciones Unidas, 1976, 2007a; Presidencia de la República de Colombia, 2012).

La literatura se ha centrado principalmente en la brecha que existe entre el compromiso que hacen los Estados cuando ratifican o aceptan hacer parte de estos regímenes frente al grado de cumplimiento que posteriormente le dan (Anaya-Muñoz, 2017; Chayes, Abram; Chayes, Antonia, Handler & Mitchell, 1998; Chayes, 1995; Drezner, 1999, 2003).

A partir del reconocimiento internacional al derecho de autogobierno del que gozan los pueblos indígenas, este concepto ha sido desarrollado en la literatura, principalmente en países en los que coexisten varios sistemas jurídicos por contar con pueblos indígenas bajo su jurisdicción.

Tal es el caso de Nueva Zelanda, Bolivia, México, Ecuador, Australia. Estos han integrado a sus legislaciones internas muchos de los principios contenidos en los regímenes internacionales en materia de protección de derechos a los pueblos indígenas y han destinado recursos para hacer efectivo su cumplimiento (Lightfoot, 2010; López, Pavel & García-Guerrero, 2016; Simpson, 1997; Tockman, 2015).

Por su parte, Colombia no solo los ha incorporado mediante su ratificación e inclusión a su cuerpo normativo, sino que ha constitucionalizado los derechos humanos de los pueblos indígenas reconociéndoles su propia jurisdicción y cediéndoles los poderes de autogobernarse y autorregularse con los que pueden deliberar, planear, decidir y comprometerse en materia administrativa, educativa, de medio ambiente y salud, principalmente.

De este contexto surge la pregunta que responderá esta investigación: ¿Cuáles son las acciones jurídicas con las que cuentan los wayuu para la gestión ambiental de su territorio y las situaciones que impiden la efectividad de su derecho al autogobierno?

La hipótesis que se plantea afirma que los indígenas en Colombia no gestionan ambientalmente su territorio, porque no hay mecanismos eficientes que así lo permitan y la consulta previa en vez de ser una herramienta de reafirmación de su poder, se constituye en un mecanismo para que los gobiernos centrales legitimen la intromisión y uso de sus territorios a las empresas transnacionales que se dedican a la extracción de recursos naturales no renovables; sin embargo, se considera que el ejercicio del derecho humano al autogobierno podría superar el vacío que en esta materia se presenta.

2. Marco conceptual

Esta es una propuesta de investigación interdisciplinar con base sociojurídica, que requiere evaluar las relaciones de los wayuu de La Guajira en lo concerniente al cumplimiento de los regímenes que regulan su poder de decisión en la gestión ambiental de su territorio. Para ello se tomará para el estudio el expediente judicial mencionado, en el que las autoridades wayuu reclamaron la aplicación de la CPLI en contra del Proyecto de Interconexión Gasífera Colombo-venezolana PDVSA Gas, Sucursal Colombia S.A. y el Estado colombiano (Gómez-Aranguren, 2013).

Se analizará entonces el nivel de cumplimiento de los regímenes que contemplan la CPLI y el Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI) a partir del estudio de la toma de decisiones, sus actores y las situaciones que impidieron su efectividad, que terminó por permitir el uso del territorio indígena a la multinacional, restringiendo el derecho de los indígenas a decidir y a impedir que su territorio fuera fraccionado sin tener en cuenta la vulneración que esto podría causar a sus prácticas culturales y de vida.

Los contenidos que enmarcarán el desarrollo de esta propuesta están dirigidos principalmente a la gestión ambiental del territorio indígena desde el enfoque cosmogónico, en el que se establecen las relaciones de estos pueblos con su territorio y en el que tienen lugar sus prácticas culturales, mediante los que se relacionan con el medio ambiente y desde esta perspectiva, lo gestionan (Barabas, 2008; Carrera-Quezada, 2015; Descolla, 2001; Giraldo, 2017; Paz-Salinas, 2017; Silva, Reyes, Loayza, Corro, & Choque, s.f.; Torres, 2010).

La gestión del territorio indígena demanda de la participación de sus habitantes (Garcés-Hidalgo, 2013) aplicando los modelos que se ajusten a sus necesidades de proteger la biodiversidad, ordenar y preservar los recursos naturales y ambientales con los que cuentan, dado que de ello depende su existencia actual y futura (Silva et al., s.f.) y esto nos inserta en la discusión sobre desarrollo sostenible y económico (Grasso, 2015; Naciones Unidas, 2007a; Sánchez, 2002; Stavenhagen, 1992, 2012).

Por lo anterior, es necesario analizar el marco normativo en el que este derecho está reconocido en Colombia, del que surge el enfoque étnico que determina la participación de los indígenas en la gestión ambiental de su territorio con miras a mejorar la condición de vida, la salud, la educación, el trabajo de estos pueblos. Los regímenes de interés del marco internacional regulatorio a analizar serían el Convenio 169 de la OIT (1989), los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales (1976) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), que a su vez hacen parte desde el Bloque de Constitucionalidad en la Constitución Política de Colombia contrastados con el Derecho Propio wayuu o Sistema Normativo Wayuu.

Este debate se sitúa en los ámbitos de la moral y la política, debido a que los valores que los indígenas defienden están por su propia vida

y existencia como colectividad humana. Como lo afirma Dávila, “estos derechos colectivos provienen del reconocimiento moral que hace una comunidad frente a una realidad social evidente que así lo exige, mas no ha sido otorgado por voluntad del Estado” (Dávila, 2017, pp. 59-60).

Por otra parte, la consideración especial que tiene este reconocimiento y adopción por los Estados, es que no se asume como una obligación jurídica para él sino que se quedan en la mayoría de los casos como un documento de carácter político. Siendo esta la principal causa por la que el cumplimiento de este derecho se deja a la subjetividad del juzgador, quien proviene de una cultura jurídica monista desprendido de la necesidad de trabar un diálogo intercultural y es quien actualmente aplica la norma cuando quien está llamado a hacerlo es el Ejecutivo y este, no lo hace mientras que los sujetos beneficiarios de la norma se ven obligados a exigir su cumplimiento por acciones judiciales que hacen más difícil y oneroso el acceso a sus derechos (Brown & Williams, 2003; Jaramillo, 2003).

Al asimilar estos derechos no como una obligación jurídica sino como una declaración de buena voluntad política, sitúa al Estado en un espacio de “no hacer”, dado que la posición del Estado de hoy es la de un “Estado mínimo, exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa” (Abramovich & Courtis, 1997, p. 3); son los valores que priman en lo relativo a la libertad individual y que por ende se contraponen a los que sustentan los derechos colectivos de los que trata este trabajo.

3. Breve descripción de la metodología

Este proyecto de investigación abordará una realidad socio jurídica en el contexto colombiano, con metodología cualitativa enfocada en una decisión judicial, en la que se decide acerca de las condiciones de seguridad en las que un pueblo indígena tiene que vivir con un proyecto riesgoso que no decidieron tener en su territorio.

Se desarrollará mediante el método de estudio de caso, que servirá para establecer un marco de información confiable que permita identificar los elementos necesarios para la discusión y el debate sobre el tema de que trata esta investigación. Este estudio de caso tiene como propósito explorar, describir y explicar las razones por las cuales no es efectiva la CPLI en Colombia y por qué se considera que el autogobierno indígena podría funcionar mejor (Yin, 2003).

La información empírica para recolectar provendrá de datos primarios tomados de entrevistas semiestructuradas que se realizarán principalmente a 10 autoridades indígenas que fungieron como demandantes en el expediente judicial y de palabreros que expliquen el funcionamiento del Sistema Normativo Wayuu. También se hará uso de datos secundarios que serán principalmente el expediente judicial y demás documentos oficiales, en los que consten los elementos que dieron lugar a la decisión judicial objeto de estudio y den cuenta de la actual situación de la población impactada por el proyecto (Bryman, 2012; Marshall & Rossman, 2006; Halliday & Schmidt, 2009).

Adicionalmente, es necesario aclarar que la metodología de esta investigación responde a la conocida como investigación activista, que consiste en que los investigadores han estado involucrados en experiencias de defensa de derechos humanos, por tanto la investigación será analizada a través del lente de su propia experiencia.

La investigación activista es en la que el investigador hace un reconocimiento franco de involucramiento con sus sujetos de estudio de forma que se comparten metas políticas. En ella se busca que la investigación y el activismo sean practicados simultáneamente de forma que ambas sean componentes de un mismo esfuerzo; es de naturaleza colaborativa, en la que se establece un diálogo entre los académicos que se involucran desde sus profesiones con las comunidades permitiendo un diálogo horizontal, en el que estas ponen su propia voz en un escenario que se consideraba exclusivo de una élite académica que interpretaba a su manera la realidad social. Esta metodología ha sido utilizada en los trabajos realizados por Charles Hale (2008), Orlando Aragón (2018), Leyva et al. (2018c, 2018b, 2018a) entre otros, que provienen de corrientes decoloniales, autonómicas, epistemologías: del Sur, indígenas y de intersaberes conocidos como investigación comprometida que proviene de la Investigación Acción Participativa que nutre a la investigación social desde una intencionalidad política.

Referencias

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, España: Trota S.A.

- Anaya-Muñoz, A. (2017, junio-diciembre). Los regímenes internacionales de derechos humanos: La brecha entre compromiso y cumplimiento. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(40), 159–181. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n40/1870-2147-rius-11-40-00159.pdf>
- Anaya, J. (2004). International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 13(21), 13–62. Recuperado de <http://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2015/11/Anaya.pdf>
- Aragón Andrade, O. (2018). Otro derecho es posible. Una biografía (intelectual y militante) del Colectivo Emancipaciones (Another law is possible. A biography – intellectual and militant – of the Colectivo Emancipaciones). *Oñati Socio-Legal Series*, 8(5), 703–721. Recuperado de <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/1008/1120>
- Arismendi-Morales, C. (2014). *Evaluación y seguimiento morbi – Mortalidad y bajo peso al nacer por desnutrición separtamento de La Guajira*. Riohacha, La Guajira: Departamento de La Guajira.
- Barabas, A. M. (2008, julio-diciembre). Cosmovisiones y etnoterritorialidad en las culturas indígenas de Oaxaca. *Antipoda - Revista de Antropología y Arqueología*, 7, 119–139. Recuperado de <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/antipoda7.2008.06>
- Bonet-Morón, J., & Hahn-de-Castro, L. W. (2017, abril). *La mortalidad y desnutrición infantil en La Guajira. Documentos de trabajo sobre Economía Regional*. N.º 225. Cartagena, Colombia: Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER). *Banco de la República*. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/dtser_255.pdf
- Brown, W., & Williams, P. (2003). *La crítica de los derechos*. Bogotá D. C., Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Bryman, A. (2012). *Social Research Methods* (Fourth). Oxford: Oxford UP.
- Marshall, C., & Rossman, G. (2006). *Designing Qualitative Research*. Oaks; California: Sage Publications: Thousand Oaks.
- Carrera-Quezada, S.E. (2015). Las composiciones de tierras en los pueblos de indios en dos jurisdicciones coloniales de la Huasteca, 1692-1720. *Estudios de Historia Novohispana*, 52, 29–50. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ehn/article/view/51476/54994>
- Chayes, A.; Chayes, A. H. & Mitchell, R. (1998). Managing Compliance: A Comparative Perspective. In E. B. W. and H. K. Jacobson (Ed.), *Strengthening Compliance with International Environmental Accords*. Massachusetts Institute of Technology, pp. 39–62). Recuperado de <https://rmitchell.uoregon.edu/sites/rmitchell.uoregon.edu/files/resume/chapters/1998-ChayesChayesMitchell.pdf>

- Chayes, A. C. & Handler, A. (1995). *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England.
- Dávila, J. A. (2017). El ámbito de lo colectivo. Teoría y praxis de los derechos colectivos. In J. A. Dávila (Ed.), *El ámbito de lo colectivo. Teoría y praxis de los derechos colectivos*. Bogotá: Universidad de Medellín y Universidad Antonio Nariño.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2015, agosto). *Avances alianza por el agua y la vida de La Guajira* Bogotá, Colombia: DANE.
- Descola, P. (2001). Construyendo Naturalezas, Ecología Simbólica y Práctica Social. In P. Descola & G. Pálsson (Eds.), *Naturaleza y sociedad: Perspectivas antropológicas*, Primera, ed., (pp. 101-23). México D. F.: Siglo XXI Editores.
- Drezner, D. (1999). *The Sanctions Paradox. Economic Statecraft and International Relations*. (R. B. J. Smith, Steve; Cox, Robert W.; Dancheve, Alex; Foot, Rosemary; Grieco, Joseph; Ikenbery, John; Light, Margot; Linklater, Andrew; Nicholson, Michael; Thomas, Caroline; Tooze, Roger; Walker, Ed.) (First). United Kingdom: Cambridge Studies in International Relations: 65.
- Drezner, D. (2003). *Locating the Proper Authorities*. (T. U. of M. Press, Ed.) (Fourth). United States of America.
- Duarte-Orozco, M.-A. (2010). *La pobreza: Causas en el pasado, soluciones en el presente. Una mirada al empoderamiento en Colombia y La Guajira en el contexto de un mundo globalizado*. Recuperado de <http://siteresources.worldbank.org/COLUMBIAINSPANISHEXTN/Resources/PrimerpremioEnsayo.pdf>
- Garcés-Hidalgo, Á. R. (2013). Ordenamiento territorial y ambiental en territorios étnicos. “El caso específico del suroccidente colombiano”. *Entorno Geográfico*, 9, 54–74. Recuperado de <http://revistas.univalle.edu.co/index.php/entornogeografico/article/view/3635/5561>
- Giraldo, J. (2017, marzo). Los territorios indígenas en la agenda política de Colombia : Entre apuestas estatales y reivindicaciones ancestrales. *Ciencia Política*, 12(23), 149–173. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/62555/66202>
- Gobernación del Departamento de La Guajira. (s.f.). *La Guajira. Plan departamental de gestión de riesgo*. PNUD. Recuperado de <https://repositorio.gestiondelriesgo.gov.co/bitstream/handle/20.500.11762/381/PDGR%20La%20Guajira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Grasso, M. E. (2015). *Lineamenti di Etica e Diritto della Sostenibilità*. 1.ª Ed.. Milano, Italia: AG Giuffré Editore.

- Hale, C. R. (2008). *Engaging Contradictions: Theory, Politics, and Methods of Activist Scholarship*. 1.ª Ed. Berkeley, Los Angeles, London: Global, Area, and International Archive University of California Press.
- Halliday, S., & Schmidt, P. (2009). *Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jaramillo, I. C. (2003). Instrucciones para salir del discurso de los derechos. In W. Brown & P. Williams (Eds.), *La crítica de los derechos* (pp. 11–42). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Leyva, X., Alonso, J., Hernández, R. A., Escobar, A., Kohler, A., Cumes, A., et al., Mignolo, W. (2018a). *Prácticas otras de conocimiento (s). Entre crisis, entre guerras*. Vol. III. Buenos Aires; Chiapas; Lima; Copenhague; La Habana; Coimbra, Guadalajara: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Chiapas: Cooperativa Editorial Retos; Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG); Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA); La Habana: Talleres Paradigmas Emancipator. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180515115112/Practicas_Otras_3.pdf
- Leyva, X., Alonso, J., Hernández, R. A., Escobar, A., Kohler, A., Cumes, A., et al., Mignolo, W. (2018b). *Prácticas otras de conocimiento (s). Entre crisis, entre guerras Vol. II*. 1.ª ed). Buenos Aires; Chiapas; Lima; Copenhague; La Habana; Coimbra, Guadalajara: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Chiapas: Cooperativa Editorial Retos; Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG); Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA); La Habana: Talleres Paradigmas Emancipator. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180515110853/Practicas_Otras_2.pdf
- Leyva, X., Alonso, J., Hernández, R. A., Escobar, A., Kohler, A., Cumes, A., et al., Mignolo, W. (2018c). *Prácticas otras de conocimiento (s). Entre crisis, entre guerras Vol.I*. (Pimera edi). Buenos Aires; Chiapas; Lima; Copenhague; La Habana; Coimbra, Guadalajara: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Chiapas: Cooperativa Editorial Retos; Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG); Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA); La Habana: Talleres Paradigmas Emancipator. Recuperado de <https://cpalsocial.org/documentos/624.pdf>

- Lightfoot, S. R. (2010). Emerging international indigenous rights norms and 'over-compliance' in New Zealand and Canada. *Political Science*, 62(1), 84–104. Recuperado de https://www.academia.edu/15636964/Emerging_International_Rights_Norms_and_over-compliance_in_New_Zealand_and_Canada<https://doi.org/10.1177/0032318710370584>
- López, Pavel & García-Guerreiro, L. (2016). *Pueblos originarios en la lucha por las Autonomías: Experiencias y desafíos en América Latina*. Buenos Aires: Colección Abya Yala. Cides-Umsa; Editorial El Colectivo Clacso, Ed. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20161130052844/PueblosOriginarios.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (s.f.). *Análisis de situación de salud infantil La Guajira. Dirección de Epidemiología y Demografía*. Bogotá, Colombia: Minsalud. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/Presentaci%C3%B3n%20Guajira.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social (2017). *Perfil social y demográfico*. Bogotá, Colombia: Minsalud.
- Montoya-Rojas, R. (2018). Cuando la cultura se convierte en política. In *Prácticas otras de conocimiento (s). Entre crisis, entre guerras. Vol. III. pdf*. 1.^a ed., (pp. 125–141). Buenos Aires; Chiapas; Lima; Copenhague; La Habana; Coimbra, Guadalajara: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Chiapas: Cooperativa Editorial Retos; Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG); Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA); La Habana: Talleres Paradigmas Emancipator. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180515115112/Practicas_Otras_3.pdf
- Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- Naciones Unidas. (2007a). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de <https://www.acnur.org/5b6c56074.pdf>
- Naciones Unidas. (2007b). *Preguntas frecuentes. Los pueblos indígenas en sus propias voces*. Recuperado de https://www.un.org/es/events/indigenous-day/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-OACNUDH-. (s.f.). Folleto n.º 1. *Los pueblos indígenas y el sistema de las Naciones Unidas : descripción general*, 1–7. Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet1sp.pdf>

- Olivera-Bustamante, M. (2018). Investigar colectivamente para conocer y transformar. In *Prácticas otras de conocimiento (s). Entre crisis, entre guerras. Vol. III. pdf*. 1.ª Ed., (pp. 105–124). Buenos Aires; Chiapas; Lima; Copenhague; La Habana; Coimbra, Guadalajara: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Chiapas: Cooperativa Editorial Retos; Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG); Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA); La Habana: Talleres Paradigmas Emancipator. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180515115112/Practicas_Otras_3.pdf
- Paz-Salinas, M.-F. (2017, mayo-agosto). Luchas en defensa del territorio. Reflexiones desde los conflictos socio ambientales en México. *Acta Sociológica*, 73, 197–219. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/61059/53866>
- Pérez, J., Higuera Mendieta, I., & Bonilla-Mejía, L. (2017, abril). La Línea Negra y otras áreas de protección de la Sierra Nevada de Santa Marta: ¿han funcionado? N.º 253. *Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional*. Cartagena, Colombia: Banco de la República - Sucursal Cartagena. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/dtser_253.pdf
- Picciotto, S. (2011). *Regulating Global Corporate Capitalism* (First). New York: Cambridge University Press.
- Pinzón-Yaya, C. (2017). *Mortalidad de la primera infancia en La Guajira del 2009 al 2014. Un estudio georreferenciado del enfoque de las tres demoras en la atención médica*. Bogotá, Colombia: Escuela Colombiana de Ingeniería Julio Garavito. Recuperado de <https://repositorio.escuelaing.edu.co/bitstream/001/586/1/Pinz%C3%B3n%20Yaya%2C%20Catalina-2017.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. (2012). *Colección Cuadernos Legislación y Pueblos Indígenas de Colombia n.º 1*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Rafael, A. (2016). La crisis del agua en La Guajira : Un análisis crítico frente al concepto de desarrollo sostenible. *Asuntos Económicos y Administrativos* (31), (151–160).
- Rodríguez-Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales*. 1.ª Ed. Bogotá D. C., Colombia: DeJusticia.
- Rodríguez-Garavito, C. (2017). *Fighting the Tide - Human Rights and Environmental Justice in the Global South*. Bogotá, Colombia: Ediciones Antropos-DeJusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/08/TALLER-GLOBAL-22-08-2017.pdf>

- Rodríguez-Garavito, C. (2018). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa; entre las regulaciones internacionales y la acción de la Sociedad civil*. Bogotá, Colombia: Siglo XXI Editores.
- Rodríguez-Garavito, C. & Baquero-Díaz, C.-A. (2015). *Reconocimiento con redistribución. El derecho a la justicia étnico-racial en América Latina.pdf*. 1.ª ed. Bogotá, Colombia: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_745.pdf
- Rodríguez, G. A. (2010). Participación de pueblos indígenas y demás grupos étnicos en la gestión ambiental. In & B. M. C. Toro-Pérez (Ed.), *Quince años de la política ambiental en Colombia* (pp. 251–290). Bogotá D. C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Ruggie, J. G. (2018). Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy. *Regulation & Governance*, 12, (317–333). Recuperado de <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/rego.12154>
- Sánchez, G. (2002). Desarrollo y medio ambiente: Una mirada a Colombia. *Economía y Desarrollo*, 1(1), 79-98. Recuperado de <http://www.fuac.edu.co/revista/M/seis.pdf>
- Sandoval-Álvarez, R. (2018). Epílogo. Retos del pensar epistémico, ético y político. In *Prácticas otras de conocimiento (s). Entre crisis, entre guerras. Vol. III*. 1.ª ed., pp. 160–167. Buenos Aires; Chiapas; Lima; Copenhague; La Habana; Coimbra, Guadalajara: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Chiapas: Cooperativa Editorial Retos; Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG); Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA); La Habana: Talleres Paradigmas Emancipator. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180515115112/Practicas_Otras_3.pdf
- Sentencia 2012-00061 (2013, marzo 21). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección “A” Acción de tutela - autoridades nacionales. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- Silva, C., Reyes, P., Loayza, O., Corro, J., & Choque, M.-E. (s.f.). *Análisis de la gobernanza indígena, la gestión del territorio y los recursos naturales en Bolivia*. La Paz, Bolivia: UICN Recuperado de https://www.portalces.org/sites/default/files/migrated/docs/Analisis_Gobernanza_Bolivia.pdf
- Simpson, T. (1997). *Indigenous Heritage And Self-Determination*. (A. Parellada, Ed.). Denmark: IWGIA and The Forest Peoples Programme.

- Speed, S. (2018). Forjado en el diálogo: Hacia una investigación activista críticamente comprometida. In *Prácticas otras de conocimiento (s) Vol. II* (Primera ed., (pp. 273–298). Buenos Aires; Chiapas; Lima; Copenhague; La Habana; Coimbra, Guadalajara: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Chiapas: Cooperativa Editorial Retos; Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG); Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA); La Habana: Talleres Paradigmas Emancipator. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180515110853/Practicas_Otras_2.pdf
- Stavenhagen, R. (1992). Los Derechos Indígenas: Algunos problemas conceptuales. *IIDH*, 15, 123–143. Recuperado de <https://museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/170111stavenhagen.pdf>
- Stavenhagen, R. (2012). Reunión sobre gobiernos locales en América Latina. In J. Hernández-Díaz & A. Selee (Eds.), *Organización política y gobernabilidad en territorios indígenas de América Latina*. 1.ª ed., (pp. 423-441). México D.F.: Miguel Ángel Porrúa.
- Tockman, J. (2015). Decentralisation, socio-territoriality and the exercise of indigenous self-governance in Bolivia. *Third World Quarterly*, 37(1), 1-19.
- Torres-Wong, M. (2019). *Natural Resources, Extraction and Indigenous Rights in Latin America*. (First). 1.ª Ed. New York: Routledge.
- Torres, J. Z. (2010). *Espacio y territorio sagrado. Lógica del ordenamiento territorial indígena*. Bogotá, Colombia Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.alberdi.de/ESPACIO%20%20Y%20TERRITORIO%20SAGRADO-Jair,actu,02.06.07.pdf>
- Yin, R.K. (2003). *Case Study Research_ Design and Methods. Applied Social Research Methods Series Volume 5* (Third Edit). United States of America: SAGE Publications.

Estudiantes de doctorado e investigadores

Hacia la construcción de un marco jurídico regulatorio ambiental en Colombia: Perspectiva desde los Objetivos de Desarrollo Sostenible en materia de calidad del aire

Estefanía Acosta Páez*

Resumen. El presente texto tiene como objetivo principal determinar si en Colombia existe un marco regulatorio ambiental en materia de transporte público, adecuado para responder a los Objetivos de Desarrollo Sostenible relacionados con la calidad del aire en Bogotá. Para ello, se empleará una metodología mixta mediante el análisis cualitativo de fuentes primarias y secundarias nacionales e internacionales.

Palabras claves: Objetivos de Desarrollo Sostenible, calidad del aire, políticas públicas, regulación, Colombia, transporte público.

Introducción

La protección al medio ambiente se ha posicionado como uno de los temas principales en la agenda internacional. Ello obedece a una necesidad por parte de la comunidad internacional de tomar medidas frente a la administración de recursos naturales y su impacto en las futuras generaciones. No obstante, hoy en día la mayor preocupación mundial está

* Abogada de la Universidad Santo Tomás Bogotá, magíster en Derecho Público de la Universidad de Bordeaux, Francia, doctoranda en Derecho de la Universidad del Rosario. Con experiencia profesional en entidades públicas, consultorías y en docencia universitaria. Actualmente es investigadora en temas de Derecho Administrativo y docente de la Universidad Católica y de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: eacostapaez@gmail.com y estefania.acostap@urosario.edu.co

relacionada con los efectos del cambio climático como consecuencia de la actividad humana, preocupación a la que responden los países a través de diferentes instrumentos, tanto de orden nacional como internacional.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible establecida en el año 2015, por los próximos 15 años, según la Resolución 70/1, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 y reconocida como “el plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad” (p.1), se consolida con la finalidad de transformar el mundo a través de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (Asamblea General ONU, 2015). Esta Agenda 2030, es el resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro en 2012, en la cual los jefes de Estado y de Gobierno y altos representantes se reunieron con el propósito diseñar Objetivos de Desarrollo Sostenible como sucesores de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) establecidos en la Declaración del Milenio en el año 2000.

Bajo este panorama de compromisos internacionales como respuesta de los Estados frente a diferentes problemáticas, esta investigación se centrará en la respuesta del Estado colombiano frente a los Objetivos de Desarrollo Sostenible relacionados con la calidad del aire¹.

Diferentes estudios han corroborado que en Colombia más de 2000 personas mueren al año por causas relacionadas con la contaminación del aire. Esto implica que existe una relación entre el aire que respiramos y la afectación a la salud y como consecuencia al bienestar social, al desarrollo económico mundial, en la región de América Latina y el Caribe (Clean Air Institute, 2010)

A la luz de la crisis ambiental de Bogotá declarada tres veces en lo recorrido del año 2019, resulta necesario revisar los estándares de regulación ambiental que existen en el ordenamiento jurídico colombiano, con la finalidad de analizar las acciones concretas del Estado colombiano frente a los compromisos adquiridos en el año 2015.

El problema jurídico entonces sobre el cual se basará la presente investigación es: *¿Existe en Colombia un marco regulatorio ambiental en materia de transporte público adecuado para responder a los Objetivos de Desarrollo Sostenible relacionados con la calidad del aire en Bogotá?*

¹ La problemática no es la calidad del aire sino la mala calidad del aire, teniendo en cuenta el nivel de partículas contaminantes en el aire, que producen efectos adversos en la salud.

Para resolver este interrogante debemos estudiar, de una parte, lo respectivo a la noción de regulación aplicada a la protección del medio ambiente y de otra parte, lo correspondiente a los estándares internacionales frente a la regulación ambiental en materia de calidad del aire en Colombia, teniendo en cuenta la mala calidad con la que cuenta la ciudad de Bogotá para definir si la regulación existente se ajusta o no a los compromisos internacionales adoptados por el Estado y proponer los parámetros para su implementación. Para responder a este interrogante, se estudiará en la primera parte la noción de regulación ambiental como propuesta de un marco regulatorio amplio e integral, más allá de la regulación normativa o legislativa, mientras que en la segunda parte se analizará el Estado colombiano frente a los compromisos ambientales adoptados en el orden internacional y su implementación.

1. Primera parte: La noción de regulación ambiental como propuesta de un marco regulatorio amplio e integral

El estudio de la noción de regulación implica encontrarnos frente a un concepto ambiguo, por esto se plantea su aplicabilidad en el ámbito ambiental, particularmente en la problemática de la mala calidad del aire.

1.1. La noción de regulación como un concepto ambiguo

El concepto de regulación se encuentra, de un lado, utilizado de manera generalizada tanto en el ámbito económico como de lo no económico y, de otro lado, asociado al medio ambiente como propuesta de conciliación entre la ambigüedad mencionada.

1.1.1. Concepto de regulación, implicaciones y uso generalizado: Utilización de la noción de “regulación”

La regulación en el ámbito económico desarrolla de manera general dos corrientes: “El capitalismo regulado” y las “economías mixtas” (Lizarazo & Anzola, 2004, p. 12). Las teorías clásicas apuntan a la regulación del servicio público o en la regulación económica bien sea por armonización de competencias entre los entes o por la información técnica. Existe una necesidad conceptual frente a la utilización del concepto, con una óptica de regulación con o sin la implicación económica, dado que en algunos casos tiene una relación estricta con el campo económico.

Tan es así, que las autoridades reguladoras tienen unas características específicas y comunes, tales como su independencia del poder público, competencia técnica, entre otras, que incluyen para algunos casos los relacionados con el sector del transporte o los ferrocarriles (Ariño, 2004; Betancur, 2008).

Regular está relacionado con las actividades de intervención estatal tanto económicas como técnicas, por ello generalmente se utiliza frente a la función reguladora de los servicios públicos (Betancur, 2008). Algunos académicos han limitado la regulación a aspectos exclusivamente económicos (Glachant, 2009), o lo han relacionado con las fallas del mercado (Urueña, 2016), mientras que otros académicos lo han vinculado con la ciencia política a partir análisis de políticas públicas y de decisiones públicas que redefinen las formas clásicas de gobierno.

La utilización del concepto de regulación de manera indiscriminada para todos los ámbitos de intervención del Derecho, conlleva a la dispersión de la idea sobre qué es *regular* realmente y genera la falsa percepción de que dictar una norma cualquiera, técnica o no, por parte de cualquier órgano del Estado, solventa entonces el objetivo que debería cumplir una adecuada regulación.

Así las cosas, en materia ambiental se observa que la expedición de cualquier norma tiene ante los ojos de la opinión pública la virtualidad de satisfacer estándares regulatorios, a pesar de que no responda a los mismos. Igualmente, la idea desordenada sobre el concepto de regulación conlleva a una evidente desarticulación institucional, porque regular, pareciera, es una competencia de cualquier autoridad para expedir normas jurídicas de todo orden que, valga decir, no solucionan los aspectos más problemáticos de grandes urbes como Bogotá o Medellín frente a la mala calidad del aire.

Por otra parte, el concepto de regulación, conforme a algunos sectores de pensamiento, está vinculado muchas veces al ámbito exclusivo de la intervención de mercados, visión que fomenta una reprochable desconexión entre la noción de regulación y los problemas actuales en materia ambiental, lo cual se pone en evidencia en el contexto de la calidad del aire de las grandes ciudades colombianas.

La regulación puede entenderse como una función del Estado que surge en principio de las ciencias de la naturaleza y luego de las ciencias económicas. El Estado regulador expresa la transformación de las

funciones del Estado que ya no interviene en la economía, sino que actúa “a través de la producción normativa para adecuar los derechos y obligaciones de los sujetos a sus objetivos, sanción de determinados comportamientos” (Marcou & Moderne, 2009-I, p. 20).

Autores como Jean Claude Prager y François Villeroy de Galau, citados por Marcou & Moderne, han interpretado la regulación de una manera amplia. Aunque la doctrina generalizada es tratar la regulación como una noción jurídica, existiendo una ambigüedad entre lo económico y lo político, la regulación y la reglamentación (Marcou & Moderne, 2009-II).

Gerard Marcou (2009) ha expresado que la noción de regulación puede constituir una nueva noción jurídica, que puede estar relacionada con la función de regulación del Estado, que busca “establecer compromiso entre objetivos y valores económicos y no económicos” (p. 30), que impone a operadores todo el mercado a través de medios jurídicos bajo un régimen de competencia (Marcou & Moderne, 2009-I).

1.1.2. El medio ambiente como medio de conciliación entre el concepto de regulación en lo económico y lo ajeno a lo económico

Aunado a lo anterior, la correcta regulación debe pensarse no solo desde necesidades locales o nacionales, sino a la luz de diferentes compromisos pactados por Colombia, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ya que la visión de problemas ambientales actuales no puede pensarse desde lo local sino desde lo global, hacia los intereses del planeta.

Para el planteamiento de una solución frente a la calidad del aire, los expertos apuntan a la existencia de una política pública en materia de salud o ambiental. No obstante, se considera que la política debe ser transversal e interinstitucional, que obedezca a estándares internacionales tanto de la Organización Mundial de la Salud como en lo referente al tránsito a energías renovables del transporte terrestre.

Según Barrera (2008), la “gestión de calidad del aire es transversal a diferentes sectores y no depende de manera exclusiva de las autoridades ambientales” (p. 242) (conpes 3344 de 2005), ello implica no solamente dispersión normativa sino un impedimento frente al control de emisiones de vehículos de transporte. La clave, según la autora, es articular a partir de necesidades locales e internacionales. En el campo de la regulación puede entonces utilizarse la política pública como instrumento

regulatorio definido en normas jurídicas o coordinación de competencias entre instituciones.

1.2. La regulación en Colombia sobre calidad del aire

Con la finalidad de comprender la manera en la que debe plantearse la regulación en Colombia en materia de calidad del aire, es necesario, de una parte, estudiar el marco regulatorio ambiental sobre calidad del aire en Colombia tanto desde lo normativo como desde lo institucional y aplicar la noción de regulación ambiental a la calidad del aire.

La deficiencia en la calidad del aire de Bogotá, se hace un objeto de estudio indispensable (Gaitán, Cancino & Behrentz, 2007) frente a la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible que conlleve a una adecuada regulación ambiental.

En lo corrido del año 2019, se han presentado tres (3) emergencias en Bogotá. La primera del 15 de febrero, la segunda el 19 de febrero y la tercera del 28 de marzo. Las alertas frente a los reportes de la calidad del aire son preocupantes. El 28 de marzo, Bogotá alcanzó uno de los picos más altos en el mundo hasta el punto de posicionarse en el quinto lugar de la ciudad más contaminante. En el *ranking* mundial, ocupa el lugar 22 de 89 países que se encuentran con medidores de calidad del aire (Air Quality Index, 2019).

La mala calidad del aire se encuentra afectada por los porcentajes de PM (Material Particulado), el cual obedece a una mezcla de partículas orgánicas e inorgánicas que se encuentran en suspensión en el aire que respiramos. Estas partículas existen por la emisión de diferentes fuentes, tanto móviles (parque automotor, buses, carros particulares, transporte público) como fijas (industrias). Así mismo, pueden clasificarse por diferentes tamaños, dentro de los cuales encontramos como los más relevantes el PM_{10} y el $PM_{2.5}$ (Rojas & Galvis, 2005), este último mucho más peligroso debido a que se trata de partículas tan pequeñas que pueden llegar a establecerse en los alvéolos pulmonares, mientras que el PM_{10} puede llegar hasta alcanzar las vías respiratorias.

Es necesario determinar las acciones del Estado colombiano frente a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con la calidad del aire, para finalmente establecer si el marco jurídico regulatorio ambiental es adecuado o no frente a los compromisos internacionales adoptados por Colombia y proponer los parámetros para que se ajuste.

2. Segunda parte: El Estado frente a compromisos ambientales de orden internacional

Para el desarrollo de la presente investigación, se tendrán en cuenta principalmente los Objetivos de Desarrollo Sostenible números: 3, 7 y 11. (Asamblea General de la Organización de Naciones, 2015). El n.º 3 establece en la meta 3.9: “Reducir considerablemente el número de muertes y enfermedades causadas por productos químicos peligrosos y por la polución y contaminación del aire... (p.19)”. El n.º 7 se relaciona con la calidad del aire en el entendido que busca el acceso del transporte terrestre a energías renovables, limpias y sostenibles, asequibles y modernas para todos, lo cual mejoraría notablemente la calidad del aire. Finalmente, el n.º 11. “Ciudades y Comunidades Sostenibles”, consolida en la meta 11.2, “proporcionar acceso a sistemas de transporte seguros, asequibles, accesibles y sostenibles para todos” y mejorar la seguridad vial, en particular mediante la ampliación del transporte público” (p.24) Así mismo, en la meta 11.6, “reducir el impacto ambiental negativo per cápita de las ciudades, incluso prestando especial atención a la calidad del aire... (p.25)” y 11.b. que para el año 2020, se aumente el “número de ciudades y asentamientos humanos que adoptan e implementan políticas y planes integrados para promover la inclusión, el uso eficiente de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación a él...” (p.25).

Con la finalidad de alcanzar estos objetivos y metas, se hizo necesaria la suscripción de diferentes instrumentos por parte de los países. El más reciente y con mayor relevancia en los últimos tiempos es el pacto de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, de los cuales 12 de los 17 se relacionan con la problemática (Organización de Naciones Unidas, s.f.). Así mismo, pretende que la temperatura del planeta se encuentre por debajo de 2° C para que los países tomen medidas de tal manera que mitiguen y cumplan los Objetivos de Desarrollo Sostenible, este compromiso si bien es cierto carece de coacción, en el sentido en el que los gobiernos se comprometieron a hacerlo vinculante de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional y los instrumentos jurídicos a partir de la suscripción.

Según la doctrina desarrollada sobre las ciudades ambientalmente sostenibles, es necesario que “las políticas ambientales en los centros urbanos en la actualidad deben mejorar la calidad de vida de sus habitantes, propender por el bienestar social y por supuesto mejorar la salud y productividad de la comunidad” (Monroy, 2008, p. 70).

De acuerdo con el contexto colombiano, como un país subdesarrollado, uno de los temas que con urgencia deben ser respondidos es la calidad del aire que contenga además políticas ambientales “mediante estrategias no solamente de prevención y control sino de tipo normativo, económico y educativo” (p.71), que además involucre diferentes actores con un enfoque transversal, multisectorial e interinstitucional.

Aunque la normatividad en el caso de Bogotá no sea tan precaria, es dispersa y poco clara, donde deben intervenir diferentes instituciones (Macías, 2008), pero en la realidad hay una tendencia generalizada a pensar en que es un tema que solamente le compete a las autoridades ambientales.

Para el desarrollo de esta sección, es necesario considerar en primer lugar: La implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, estado actual, fortalezas y debilidades. Sección que deberá analizar: La implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible por parte del Estado colombiano en lo referente a la *mala* calidad del aire y los factores habilitadores y obstaculizadores frente a los compromisos en la agenda internacional para transitar hacia un crecimiento verde en las ciudades de Colombia.

En segundo lugar, resulta de importancia analizar el marco regulatorio ambiental en calidad del aire como cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible por parte del Estado colombiano, desde dos perspectivas: la primera, si existe necesidad de adaptar la normatividad y la institucionalidad y, la segunda, de qué manera el replanteamiento o no de la noción de regulación ambiental implica el cumplimiento de estándares internacionales, según los compromisos internacionales por parte del Estado colombiano.

3. Avance de conclusiones

El concepto de regulación se encuentra en tensión frente a la materia relacionada con el medio ambiente, toda vez que es una noción que implica necesidad de intervención por parte del Estado, por esto es necesario plantear si el medio ambiente es o no un campo sometido a regulación. Se puede sostener, de un lado, que no tiene relación con lo económico, pero ello no implica que no se aplique el concepto de regulación, ya que este debe estudiarse de manera integral, con una mirada internacional, nacional y local, que conlleve a la protección de derechos colectivos, como

el medio ambiente sano y la calidad del aire. De otro lado, es posible encontrar que el medio ambiente sí hace parte del ámbito económico, en razón a las implicaciones del análisis económico del derecho y de costos ambientales, ya que los recursos no son hoy en día un sujeto exclusivamente de protección sino de racionalización, con miras a un desarrollo sostenible.

Los retos que impone la agenda internacional hacen que sea cuestionable si el marco jurídico regulatorio en materia de calidad del aire sea adecuado frente a compromisos internacionales, ya que el contexto actual, tanto local como internacional, conllevan a una sincronización y armonía frente al cumplimiento de objetivos internacionales, desde lo local a lo global.

Frente al cumplimiento del objetivo general de la propuesta investigativa sobre la existencia en Colombia de un marco regulatorio ambiental en materia de transporte público adecuado para responder a los Objetivos de Desarrollo Sostenible relacionados con la calidad del aire en Bogotá, es necesario que dentro del desarrollo de la investigación se establezca si la reglamentación actual responde a los compromisos y cuáles acciones son necesarias por parte del Estado colombiano, más allá del marco jurídico, lo cual conllevaría a proponer acciones supraleales.

Así mismo, se espera visibilizar la situación al tomar como punto de partida una recolección de noticias desde septiembre de 2018 a junio de 2019, con la finalidad de realizar un análisis de contexto sobre la problemática de la mala calidad del aire. Estos resultados serán publicados en la tesis titulada de manera tentativa: “Transporte público y calidad del aire en Colombia: Construcción de un marco regulatorio desde la perspectiva de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en relación con la calidad del aire”.

Referencias

- Air Quality Index (2019). *Top 10 countries with the worst air pollution index* [Medición de la calidad del aire]. Recuperado de <https://aqicn.org/rankings/>
- Ariño, G., (2004). Políticas regulatorias en Iberoamérica. En Lizarazo, L. & Anzola M., *La regulación económica: tendencias y desafíos*, (p 114-152). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

- Barrera, A. M. (2008). Derecho ambiental del tránsito y transporte: El caso de Bogotá D.C. En Rodríguez G.A, Londoño B., Herrera G.J., *Ciudades ambientalmente sostenibles* (pp. 239-267). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario. Recuperado de https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/ciudades_ambientalmente_sostenibles.pdf
- Betancur, L.I, (2004) Política pública y regulación en algunos servicios públicos. En Lizarazo, L., Anzola M., *La regulación económica: tendencias y desafíos* (pp. 190- 206) Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Clean Air Institute (2012). *La calidad del aire en América Latina: Una visión panorámica*. Washington D.C. The Clean Air Institute. Recuperado de http://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialUrbana/pdf/contaminacion_atmosferica/La_Calidad_del_Aire_en_Am%C3%A9rica_Latina.pdf
- CONPES (2005). *Documento Conpes 3344. Lineamientos para la formulación de la política de prevención y control de la contaminación del aire*. Bogotá, Colombia: DNP. Recuperado de http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/conpes/2005/Conpes_3344_2005.pdf
- Gaitán, M., Cancino, J., & Behrentz, E. (2007). Análisis del estado de la calidad del aire en Bogotá. *Revista de Ingeniería*, (26), 81-92. Recuperado de <https://ojsrevistaing.uniandes.edu.co/ojs/index.php/revista/article/view/299/367>
- Gaudin, J. P. (2009). La regulación política. En Marcou, G. & Moderne, F., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*. Tomo II (pp. 357-390). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario & L´Harmattan.
- Glachant, J. M. (2009). Los nuevos análisis económicos de la regulación de los mercados. En Marcou, G., Moderne, F., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*. Tomo II (pp. 333-356). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario & L´ Harmattan.
- Lizarazo L. & Anzola, M. (2004) Regulación, autorregulación y desregulación. En Lizarazo, L. & Anzola M., *La regulación económica* (pp. 12-30). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Macías, L.F. (2008). Apuntes de temas sobre la normatividad del aire en Bogotá. En Rodríguez G.A, Londoño B. & Herrera G.J., *Ciudades ambientalmente sostenibles* (pp.268-280). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Marcou, G. (2009). Introducción. En Marcou, G. & Moderne, F., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*. Tomo I (pp.11-206). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario & L´Harmattan.

- Monroy, J.C. (2008). Políticas ambientales para los centros urbanos de Colombia. En Rodríguez G.A, Londoño B. & Herrera G.J., *Ciudades ambientalmente sostenibles* (pp.70-97). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario. Recuperado de https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/ciudades_ambientalmente_sostenibles.pdf
- Organización de Naciones Unidas. *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (s.f.). Recuperado de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/combater-el-cambio-climatico/>
- Resolución 70/1. (2015, septiembre 25). Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Recuperado de https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf
- Rojas, N., & Galvis, B. (2005). Relación entre PM2.5 y PM10 en la ciudad de Bogotá. *Revista de Ingeniería*. (22), 52-58. Recuperado de <https://ojsrevistaing.uniandes.edu.co/ojs/index.php/revista/article/view/371/510>
- Urueña, R. (2016). El surgimiento del Estado regulador-constitucional en Colombia: El caso de la regulación de agua potable. En Alviar, H., *Nuevas tendencias del derecho administrativo* (pp. 17-35). Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes & Temis.

El contenido específico del derecho humano al agua

Germán H. Villa Fontecha*

Resumen. Las problemáticas sociales y ambientales del mundo actual plantean el desafío de cambiar la mentalidad frente a la relación existente entre el ser humano y la naturaleza. Esto implica la necesidad de pensar en una “actualización” de lo formulado desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) como el “derecho humano al agua”. Una realidad que evidencia la necesidad de actualizar dicho contenido son los múltiples casos de remunicipalización de los servicios de agua y saneamiento ocurridos en todo el mundo en los últimos 18-20 años (cerca de 235 casos). Estos casos lanzan un cuestionamiento sobre la postura que se ha venido sosteniendo oficialmente desde el DIDH a propósito de los modelos de prestación del servicio de suministro de agua, la cual se ha declarado de neutralidad.

Este proyecto de investigación se encamina hacia la identificación del contenido normativo del derecho humano al agua tal cual como se ha definido desde el DIDH, al reconocerlo como un aporte de gran valor para los derechos humanos en general, para luego pasar a la elaboración de un marco conceptual y comprender los elementos del contenido normativo del derecho en cuestión; marco que le permite

* Graduado en Filosofía por la Universidad Nacional de Colombia (2004), y magíster en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales-iepri de la misma Universidad (2011). Se ha desempeñado como catedrático de la Universidad del Rosario, de la Universidad Autónoma de Colombia y como docente ocasional de la Universidad Nacional de Colombia. También ha trabajado como asesor de la Secretaría de Gobierno Departamental de Casanare (2015). Su interés académico e investigativo se ha centrado en la filosofía política, la ética, la filosofía y la teoría del derecho, y los derechos humanos. Actualmente se encuentra cursando el tercer año de doctorado en Derecho en la Universidad del Rosario. El presente texto es un resumen de su proyecto de tesis doctoral.

a dichos elementos integrarse en el plano teórico para elaborar una fundamentación del derecho humano al agua. Dicho marco estará basado en la integración de ciertos elementos: el primero, el *biopoder*, el cual permite entender el poder sobre el agua como una forma de poder sobre la vida. El segundo, la definición de la vida biológica como *autopoiesis*, que proponen los biólogos Humberto Maturana y Francisco Varela (1994), definición que permite delimitar una esfera de procesos autónoma de autoproducción de la vida, que en el ser humano está representada por el humano biológico.

Este marco teórico se refuerza con la introducción del principio bioético de la vulnerabilidad humana, entendida aquí como vulnerabilidad biológica: la vulnerabilidad del humano biológico representada en la no-libertad del humano frente a los procesos que hacen posible su supervivencia, como fundamento de la norma bioética de la no explotación de esa vulnerabilidad por parte de terceros. Del marco conceptual anteriormente esbozado, se deduce la conclusión de que el contenido normativo del derecho humano al agua, definido desde el DIDH, es incompleto, y puede ser ampliado y completado con la introducción de una postura clara (y no ambigua, como lo es hasta ahora) frente a la definición de la *lógica de acción* que debe orientar la gestión del agua en tanto derecho humano.

Palabras claves: Autopoiesis, vulnerabilidad, humano biológico, lógica de acción, derecho humano al agua, libertad, necesidad.

Introducción

Bien puede afirmarse que una de las mayores preocupaciones del presente es la de la supervivencia futura de la especie humana en el planeta. Esta preocupación surge de la constatación de los múltiples impactos negativos de las acciones antrópicas en el medio ambiente, en la biodiversidad y en la vida de individuos, comunidades y sociedades enteras. Una de las causas que da origen a estas problemáticas es el tipo de racionalidad, de carácter instrumental y utilitarista, con la que el hombre ha intervenido y transformado la naturaleza desde hace algunos siglos. De la mano con el desarrollo de esta racionalidad, se ha dado una suerte de *olvido del cuerpo*, enmarcado en el dualismo alma-cuerpo, promovido históricamente por la tradición judeo-cristiana y que ha llevado al ocultamiento progresivo de una realidad innegable: la unión primigenia del ser humano con la naturaleza; su pertenencia e integración con ella a través de su dimensión

biológica. La consecuencia de este *olvido del cuerpo* es que la racionalidad en cuestión ha llegado a instalarse en el espacio de ese humano biológico, ejerciendo sobre él diferentes formas de poder o, para hablar con Foucault (1998), diferentes formas de poder sobre la vida.

En este contexto, la investigación que se proyecta busca repensar la manera como se ha concebido y formulado tradicionalmente el *derecho humano al agua*, al tomar como referente la formulación de este derecho en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Este abordaje se realizará desde el enfoque de la recuperación y revaloración de la dimensión natural del ser humano; allí donde el humano *es* naturaleza, tipificada concretamente en la figura del humano biológico, que se devela en su relación de dependencia vital del agua, como la fuente y origen del derecho humano al agua. Esto, por supuesto, trae una consecuencia para la concepción y formulación del contenido normativo del derecho, en el que ha persistido históricamente una laguna que bien puede interpretarse como un vacío jurídico: la necesidad de reconocer una *lógica de acción particular* para el cumplimiento de la responsabilidad por la realización y cumplimiento del derecho.

Así, se busca reivindicar el papel del derecho como disciplina y práctica que, a través de una ampliación y profundización del derecho humano al agua, está en capacidad de proteger la vida humana en su nivel más primario y elemental, adhiriendo a las determinaciones y condiciones que impone la naturaleza a la vida humana, no solo desde el exterior sino también desde el interior de su propio cuerpo. Esta protección incluye el evitar que actores externos se instalen allí donde el ser humano no es libre dentro de sí mismo, para gestionar sus intereses concebidos y definidos desde su espacio de libertad. En este sentido, el trabajo que se proyecta pretende formular un aporte a la solución del problema general de cómo contribuir a la protección de la naturaleza: protegerla allí donde se hace presente al interior del ser humano.

1. Discusión

1.1. El derecho humano al agua en el DIDH

desde el año 2002, el DIDH comienza a mostrar importantes avances en lo correspondiente al reconocimiento explícito del derecho humano al agua, su definición, su fundamento jurídico y su contenido normativo; con la Observación General n.º 15 de 2002 (O.G. n.º 15) del Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU, estos aspectos empiezan a tomar una forma más concreta. A propósito de su *definición*, el derecho humano al agua:

Es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. [Esto en razón de que] un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina, y las necesidades de higiene personal y doméstica. (O.G.ONU n.º 15, 2002, párrafo 2).

Ahora, en coherencia con esta definición, la Observación General n.º 15 enuncia aquello que considera como *contenido normativo* del derecho humano al agua: en primer lugar:

El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua. (O.G.ONU n.º 15, 2002, párrafo 10).

En segundo lugar:

Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 del Pacto [PIDESC]¹. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras. (O.G.ONU n.º 15, 2002, párrafo 11).

En tercer lugar:

En tanto que lo que resulta adecuado para el ejercicio del derecho al agua puede variar en función de distintas condiciones, los siguientes

¹ El corchete es propio. En adelante, la expresión 'el Pacto' hará referencia al El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

factores se aplican en cualquier circunstancia: 1) *La disponibilidad*: El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos; 2) *La calidad*: El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas; 3) *La accesibilidad*: El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: a. Accesibilidad física: El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población; b. Accesibilidad económica (asequibilidad): El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto; c. No discriminación: El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; d. Acceso a la información: La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. (O.G. ONU n.º 15, 2002, párrafo 12).

En cuanto a la *responsabilidad* por la realización, garantía y protección del derecho en cuestión, la ONU identifica a los Estados, por cuanto poseen la titularidad y el control del líquido en el marco de la soberanía territorial, como los principales responsables del cumplimiento del derecho. En este sentido establece:

Los Estados Partes tienen el deber constante y continuo en virtud del Pacto de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del derecho al agua. La realización de ese derecho debe ser viable y practicable, ya que todos los Estados Partes ejercen control sobre una amplia gama de recursos, incluidos el agua, la tecnología, los recursos financieros y la asistencia internacional, como ocurre con todos los demás derechos enunciados en el Pacto. [Asimismo] si bien el Pacto prevé la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato [...] como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna y la obligación de adoptar medidas [...]. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e

ir dirigidas a la plena realización del derecho al agua. [Igualmente] Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto. (O.G. ONU n.º 15, 2002, párrafos 17-19).

Establecido el derecho en cuestión como una responsabilidad de los Estados, resulta evidente que esta responsabilidad se cumpliría, esencialmente, y sobre todo, a través de la prestación del *servicio de suministro de agua*. Existen diversos actores que en la práctica prestan este servicio, tanto estatales, como no estatales. No obstante, en el lenguaje político administrativo habitual, estos actores suelen agruparse dentro de dos grandes categorías de prestadores del servicio: públicos y privados.

A propósito del tema de los prestadores del servicio de suministro de agua, la Relatora Especial de la ONU sobre el derecho al agua y el saneamiento 2008-2014, Catarina de Albuquerque, ha dicho en su informe A/HRC/15/31 del año 2010:

Los derechos humanos son neutrales en cuanto a los modelos económicos en general y los modelos de prestación de servicios más concretamente [...] el marco de los derechos humanos no requiere una forma determinada de prestación de servicios [...] desde la perspectiva de los derechos humanos, los Estados pueden optar por hacer participar a actores no estatales en la prestación de servicios de saneamiento y agua [pues] incumbe a los Estados determinar la mejor manera de cumplir sus obligaciones de derechos humanos. Las diversas formas de delegación de la prestación de servicios son opciones viables que cada Estado puede considerar. (De Albuquerque-ONU, 2010, párrafos 14-15).

Esta postura de la Relatora Especial se reafirma en otros documentos² y se ha mantenido prácticamente invariable en la opinión de Léo Heller, actual Relator Especial.

1.2. El problema jurídico

La Relatora Especial Catarina de Albuquerque afirma en su informe A/HRC/15/31 del año 2010:

² Ver: De Albuquerque, C. (2014). *Manual práctico para la realización de los derechos humanos al agua y al saneamiento de la Relatora Especial de la ONU*. Capítulo 4: Servicios, p. 46.

Ver: De Albuquerque, C. & Winkler, I. (2010). Neither Friend nor Foe: Why the Commercialization of Water and Sanitation Services is not the Main Issue in the Realization of Human Rights. *The Brown Journal of World Affairs*. Vol. 17. N° 1 (Fall/Winter 2010), pp. 167-179.

Desde la perspectiva de los derechos humanos es imperativo determinar si la prestación de servicios contribuye a la realización de los derechos humanos o los menoscaba. Por lo tanto, debe evaluarse la prestación de servicios en comparación con las normas de los derechos humanos al saneamiento y al agua [...] se han de cumplir **todos** los aspectos de esos derechos, es decir, la disponibilidad, la seguridad, la aceptabilidad, la accesibilidad física, la asequibilidad, la participación, la no discriminación y la responsabilidad. [Negrilla fuera de texto] (De Albuquerque-ONU, 2010, párrafo 29).

La implicación fundamental de esta aseveración es que la realización del derecho humano al agua supone la realización de **todos** y cada uno de los elementos que lo componen, por supuesto, en el nivel más alto posible.

Sin embargo, un examen en conjunto de los elementos que conforman el contenido normativo del derecho, definido desde los documentos de la ONU aquí presentados, parece indicar que hay un vacío o inconsistencia en la caracterización de ese contenido: hablar del derecho humano al agua no solo como un derecho al acceso libre al líquido en condiciones de cantidad y calidad suficientes para un nivel de vida adecuado y el disfrute de las mejores condiciones de salud posibles, sino también como un derecho que contempla la igualdad de oportunidades entre los individuos para el disfrute del derecho, así como el derecho a no ser objeto de injerencias por parte de terceros con ocasión de la necesidad de satisfacer una demanda vital, no parece ser un derecho que pueda garantizarse desde *cualquier* modelo de gestión del agua, o mejor, desde *cualquier lógica de acción*³ implementada por los agentes encargados del suministro y responsables del cumplimiento del derecho. Pareciera, más bien, que la realización de este derecho demandara una *cierta* lógica de acción, solo a partir de la cual el derecho podría realizarse en su integridad⁴.

De allí, el problema jurídico para abordar en la investigación propuesta en el presente proyecto es: *Si el derecho humano al agua, tal y como se ha caracterizado aquí, requiere o no, para su realización, de un modelo*

³ Entiéndase por *lógica de acción* aquella lógica que permite concebir, diseñar, ordenar y estructurar racionalmente un conjunto de acciones, en función de la consecución de un determinado fin.

⁴ Es importante aclarar que los términos “público” y “privado”, o “estatal” y “no estatal”, relativos al modelo de gestión del agua, son tomados aquí como meras expresiones nominales propias del lenguaje político-administrativo tradicional. Lo que realmente concentra el interés de la investigación es el aspecto de la *lógica de acción* que rige la actuación de los prestadores del servicio de agua, toda vez que en los hechos hablar de “público” y “privado”, “estatal” y “no estatal”, no remite necesariamente en cada caso a una conexión indisoluble con una determinada lógica de acción.

*determinado de prestación de servicios basado en una lógica de acción determinada, y esto para poder dar una respuesta, afirmativa o negativa, a la cuestión problemática que se deriva de la postura de la Relatora Especial, según la cual, los derechos humanos (en este caso, el derecho al agua) son neutrales en cuanto a los modelos económicos en general y los modelos de prestación de servicios más concretamente, entendido esto último como neutralidad frente a las lógicas de acción que rigen los modelos de prestación de servicios. Si el resultado de la investigación propuesta es que el derecho en cuestión no requiere de un modelo determinado de prestación del servicio, entonces la investigación aportará argumentos para sostener la postura que ha mantenido históricamente la Relatoría Especial. Pero si el resultado es el contrario, se estaría argumentando a favor de la existencia de una inconsistencia en la postura de la Relatoría Especial, inconsistencia que, al legitimar la actuación de prestadores cuya lógica de acción fuera proclive a obstaculizar, limitar o negar la realización del derecho, se evidenciaría como un claro *vacío jurídico* en el contenido normativo del derecho humano al agua, *vacío* que sería necesario llenar al clarificar y hacer explícita la *lógica de acción* inherente a la realización del derecho, como una parte inescindible de su contenido normativo.*

2. Marco conceptual de interpretación y abordaje del problema jurídico

El punto de partida es la caracterización del ser humano como perteneciente al mundo de la *zoé* (Agamben, 1998); caracterizarlo como humano biológico. Por supuesto, esto implica cruzar el umbral entre lo distintivamente humano y lo propiamente animal, y reconocer la existencia de un espacio en el que humano y animal son idénticos: tal es el espacio definido y ocupado por el humano biológico. Entendido el humano, sin más, como simple *viviente*, puede ser definido como un conjunto interrelacionado de fenómenos orgánico-funcionales, circunscritos a una entidad biológica o, para hablar con H. Maturana y F. Varela (1994), un *sistema vivo*, representado en lo que denominamos como cuerpo humano. Un sistema vivo posee tres propiedades fundamentales:

1. *Determinación estructural y clausura operativa*: el sistema vivo se encuentra determinado por la forma en que está organizada su estructura, por lo cual constituye una unidad 'cerrada' cuyas transformaciones posibles se encuentran determinadas por el estado

precedente en su propia estructura y no por instrucciones o controles desde el exterior.

2. *Intercambio energético*: el sistema vivo establece acoplamientos con su medio, es decir, realiza intercambios energéticos con su entorno. Esto no implica contradicción con la primera propiedad, ya que el sistema no permite el control de sus operaciones fuera de sus propios límites; todo lo que ocurre en el exterior se experimenta como una perturbación que puede ser compensada por cambios internos. El sistema se encuentra de esta forma siempre acoplado a su entorno en vista de la conservación de su organización, o caso contrario, deja de reproducir sus componentes y desaparece (muere).
3. *Autopoiesis*: el sistema vivo produce materialmente sus propios componentes. Es un sistema iterativo que se produce a sí mismo, es decir, es un sistema *autopoiético* (Maturana y Varela, 1994).

Estas propiedades permiten dar forma al humano biológico como espacio de operaciones subordinadas a la conservación de la vida, es decir, como sistema vivo, a la vez que definir la *vida* biológica, como un proceso de autoproducción; como una *autopoiesis*.

Este modo de caracterizar la *vida* del humano biológico tendría algunas implicaciones en torno a la definición jurídica del derecho humano a la vida: la vida humana no podría entenderse como una simple entelequia; no es un “concepto puro” o noción abstracta, vaciada de fuerza y dinamismo, cual si se tratara de un artificio del desensibilizado mecanicismo cartesiano, al cual solo le cabe exigir como derecho el no ser aniquilado. La vida biológica es una sucesión de transformaciones, cambios y movimientos, y es, sobre todo, los procesos de autoproducción por los cuales la vida logra autoconservarse en el tiempo. Por eso, el derecho a la vida tendría que ser el derecho a la *autopoiesis* y el contenido de este derecho se derivaría de la comprensión de las demás propiedades anteriormente enunciadas en la caracterización del humano biológico.

La interrupción o limitación grave de estos intercambios energéticos por diversas causas, dígame, por la ausencia o degradación de las fuentes de energía, significaría el cese del proceso de autoproducción del sistema vivo, es decir, su muerte. Emerge aquí la condición de *vulnerabilidad* del ser humano, ahora entendida como vulnerabilidad biológica: el humano biológico está determinado, por su estructura orgánica, a necesitar de ciertos *quantum* de energía, provenientes de fuentes como el aire, el agua

y el alimento, en condiciones de suficiencia y calidad para su supervivencia. La ausencia o mala calidad de estos significaría, por su misma determinación estructural, la muerte⁵. Es importante añadir que estas fuentes de energía configuran un grupo de necesidades vitales, que por su misma naturaleza, resultan ser necesidades *bien definidas*: no pueden ser satisfechas mediante sustitutos. Esto quiere decir que la necesidad de aire solo puede ser satisfecha mediante el aire, la necesidad de agua mediante agua, y la necesidad de alimento mediante alimento.

En este punto, es posible identificar (ya que no separar) con relativa claridad dos espacios constitutivos del ser humano que se integran indisolublemente para formar la unidad ontológica que representa el ser humano: uno, el espacio ocupado por el humano biológico, caracterizado por la necesidad intrínseca al proceso autopoietico, circunscrito y perteneciente al mundo de la zoé. Y, otro, el espacio de la razón, la conciencia, el pensamiento; el espacio donde es posible afirmar la existencia de cierta libertad de acción y elección como lo distintivamente humano, y que hace posible una vida cualificada, perteneciente al mundo de la bíos.

Pero *al interior de un mismo ser humano*, el humano biológico posee autonomía; se sitúa en un espacio anterior y exterior, “fuera del alcance” del espacio de libertad de acción y elección del humano racional y consciente. Esto implica que el proceso autopoietico que es la vida biológica, proceso del cual depende la supervivencia humana en el nivel más primario y elemental, es por excelencia el espacio de la *no-libertad* del ser humano.

Dado que el ser humano está sujeto por su humano biológico a la ineludible necesidad de los procesos orgánicos que sustentan y hacen posible su vida, el punto de partida para empezar a reconocer derechos es el del espacio de *no-libertad* del individuo: la esfera de las necesidades vitales para la supervivencia. Además, por cuanto es evidente que el mundo de la zoé del humano biológico sustenta y es condición de posibilidad de la bíos, el mundo del humano racional y consciente, esos derechos reconocidos en el espacio de *no-libertad* serían, a su vez, el punto de partida para estructurar un sistema de derechos basado en un “orden

⁵ La vulnerabilidad biológica del ser humano significaría en este contexto que, en ausencia de aire, el individuo podría morir en pocos minutos, en ausencia de agua en pocos días y por falta de alimento en unas cuantas semanas. Por la ingesta o consumo de estos elementos en condiciones de contaminación o mala calidad, el individuo moriría en una escala incierta de tiempo, pero relativamente reducida.

precondicional”, pues es evidente que la realización de unos derechos es precondición para la realización de otros derechos. Esto conduce a pensar, por supuesto, que una Constitución o marco jurídico que se centre en el reconocimiento y positivización de los derechos humanos relativos al ejercicio de la libertad (libertades políticas, libertad de expresión, libertad de reunión y asociación, libertad de movimiento, libertad de culto, etc.) sin incluir un reconocimiento y positivización de derechos relativos al plano de la necesidad, evidenciaría una importante carencia de fundamentación. De tal suerte, se podría iniciar por un reconocimiento del derecho a la vida como un derecho, por así decir, “compuesto”: como el resultado de la suma o síntesis de otros derechos, los derechos a aquellos elementos de la naturaleza necesarios para la supervivencia del humano-biológico, toda vez que el derecho a la vida habría de entenderse como el derecho a la *autopoiesis*.

Ahora, comprender la sujeción del ser humano al determinismo intrínseco en el proceso de autoproducción de su vida biológica; comprender que el ser humano *no es libre* de modificar su necesidad de ciertos elementos como el agua, en ausencia o contaminación del cual puede llegar su muerte en una escala reducida de tiempo, es comprender el sentido último y más profundo de la *vulnerabilidad humana*. Emerge aquí la vulnerabilidad en su sentido final, el que afirma la pertinencia de este principio bioético y lo reviste de legitimidad como criterio fundamental para concebir y estructurar el contenido específico del derecho humano al agua.

Ciertamente, el núcleo del contenido conceptual del derecho humano al agua debería ser el imperativo de la protección del individuo allí donde este es más abierta y directamente vulnerable: allí donde no es libre al interior de su propio cuerpo, donde está sujeto a la necesidad de la naturaleza expresada en el determinismo de los procesos orgánicos asociados a su supervivencia. Se trata, básicamente, de la protección del humano biológico. Esta protección está cifrada en dos aspectos, que en realidad son dos caras de uno solo: se cifra, primero, en liberar al individuo del rigor de la necesidad orgánica, preservando el espacio de libertad individual gracias al cual puede acceder *libremente* al agua para satisfacer su necesidad, en condiciones de suficiencia, calidad, accesibilidad, etc. Y, segundo, en evitar la injerencia de actores externos que puedan limitar o suprimir el ejercicio del derecho, es decir, limitar o suprimir la libertad de

acceder al agua en las condiciones ya mencionadas. La injerencia implicaría en mayor o menor grado, dependiendo del contexto de acceso y uso del agua, a reducir al ser humano a su humano biológico; librarlo, en mayor o menor grado, al espacio de no-libertad en donde su vida cualificada (*bíos*) quedaría absorbida por el imperativo de la supervivencia, en medio de la precariedad. Pero ¿cómo se presentaría este tipo de injerencia? Al permitirse, de hecho o *de derecho*, que actores con *lógicas de acción* orientadas hacia fines ajenos o indiferentes a la preservación de la libertad individual necesaria para el ejercicio del derecho humano al agua, así como a la preservación de la no injerencia, sean libres de introducir al humano biológico en su esfera de libertad de acción y elección, muchas veces, convirtiéndolo en una variable del cálculo estratégico de sus intereses. Es pertinente recordar que también el principio bioético de vulnerabilidad dictamina la no explotación o aprovechamiento en beneficio propio de la vulnerabilidad humana (Rendtorff & Kemp, 2000).

Ahora, existe una *responsabilidad* del Estado por la realización del derecho humano al agua. Esta responsabilidad, a la luz de la línea argumentativa desarrollada hasta aquí, estaría moldeada por unos requerimientos específicos que se desprenden originariamente de la relación existente entre agua y vida humana, expresada en el núcleo conceptual del derecho humano al agua formulado en el párrafo anterior. En esta línea, existe un modo particular de cumplir con la responsabilidad, acorde a la naturaleza del derecho, y es a través de una *lógica de acción particular* que tendría las siguientes características:

1. *Estaría orientada a la conservación y protección de la vida humana como vida biológica.*
2. *Se regiría por el principio del respeto por la vulnerabilidad inherente a la condición de no-libertad del humano biológico.*
3. *Observaría como fin último de las acciones la realización, en el más alto nivel posible, de todos los elementos del contenido normativo del derecho humano al agua, tal como se hallan enunciados en el DIDH (maximización de la realización del derecho).*

Estas son, pues, las características de la *lógica de acción* que se desprenden del derecho humano al agua, tal y como se ha conceptualizado aquí. Se trata de una *lógica de acción* que surge del reconocimiento del ser humano como parte de la naturaleza; como un ser que *es* naturaleza. Una lógica que se estructura *adhiriendo* a la naturaleza en el sentido del

reconocimiento de la sujeción del ser humano a la necesidad de la naturaleza, manifiesta en el determinismo de los procesos biológicos a los que está ligada su supervivencia. En fin, una lógica que se pliega al reino de la necesidad, no abriendo espacios para la libertad de terceros, allí donde la libertad de estos no debe ejercerse, so pena de poner en peligro la conservación de la vida misma.

Conclusión

Efectivamente, del contenido conceptual del derecho humano al agua se deriva una *lógica de acción determinada* para el cumplimiento de la responsabilidad por la realización del servicio, razón por la cual el derecho humano al agua *no es neutral, ni frente a los modelos económicos, ni frente a los modelos de prestación servicio*, de manera que no debería abandonarse en un espacio de libertad aquello que está determinado por la necesidad: no debería dejarse en libertad a los Estados (que al fin y al cabo son gobernados por grupos de poder con sus propias alineaciones de intereses y tendencias ideológicas) para escoger el que consideren el mejor modelo de prestación del servicio para cumplir con el derecho humano al agua, cuando existe una *lógica de acción* que se desprende del contenido del mismo derecho y determina el mejor modelo para su realización. Así pues, la *lógica de acción orientada a la protección de la vida* debería incorporarse de manera inescindible al contenido normativo del derecho humano al agua, de manera que este contenido alcance mayor completud y sea un contenido realmente específico.

Referencias

- Agamben, G. (1998). *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, España: Pre-textos.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002). Observación General n.º 15 de 2002. *Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al agua* (artículos 11 y 12 del Pacto, 29.º período de sesiones 2002). Recuperado de: <https://agua.org.mx/biblioteca/observacion-general-15-onu-derecho-al-agua-2002/>

- Asamblea General de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (2010). *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, Catarina de Albuquerque, del 29 de junio de 2010. (15.º periodo de sesiones 2010). Recuperado de <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/15/31>
- De Albuquerque, C. & Winkler, I. (2010). Neither Friend nor Foe: Why the Commercialization of Water and Sanitation Services is not the Main Issue in the Realization of Human Rights. *The Brown Journal of World Affairs*. (Fall/Winter 2010). 17 (1), 167-179.
- De Albuquerque, C. (2014). *Manual práctico para la realización de los derechos humanos al agua y al saneamiento de la Relatora Especial de la ONU*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWATER/Pages/Handbook.aspx>
- Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad. Tomo I: La voluntad de saber*. Madrid, España: Siglo xxi Editores.
- Maturana, H. & Varela, F. (1994). *De máquinas y seres vivos: La organización de lo vivo*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria.
- Rendtorff J. & Kemp P. (2000). *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*. Vol. I, Report to the European Commission of the BIOMED-II Project. Guissona (Catalunya), Spain: Centre for Ethics and Law (Copenhagen) and Institute Borja de Bioethica (Barcelona).
- Resolución 64/292. (2010, julio 28). Asamblea General de las Naciones Unidas. *El derecho humano al agua y al saneamiento*. Recuperado de https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

The Role of Arts and Culture in the Colombia Peacebuilding Process

Greis Cifuentes*

Abstract. Recent research on arts and culture has shown that artistic and cultural practices are a trigger for social transformation towards peacebuilding (Lederach, 2005; Liebmann, 1996; LeBaron, 2011). Colombia is ending a fifty-year-old conflict and an opportunity exists for arts and culture to play an essential role in rebuilding memory, social relations, community, bringing people together, raising awareness about past suffering and healing. In order to examine the role of arts and cultural interventions in peacebuilding efforts, this study draws on an interpretivist paradigm. Utilising interpretative phenomenological analysis (IPA) along with participant observation of two arts and cultural projects in Colombia, the study illustrates how these interventions can address and ameliorate the effects of conflict on people in different geographical settings. In this working paper, I will share the initial findings from the empirical work conducted in Colombia in the early part of 2019, along with presenting an outline of the research study as a whole.

* PhD Student at the School of Media, Culture and Society from the University of the West of Scotland. PhD Candidate from the University of the West of Scotland (uws), with a Master's degree in International Cooperation and Development from the University of Montpellier, France. Professional in Government and International Relations of the Universidad Externado de Colombia, with a background in the cultural and educational sector, she worked in the Fulbright Commission in Germany and Colombia, as well as in the Ministry of Culture of Colombia, the Delegation of the European Union in Colombia and the Consulate of Colombia in New York. She is currently an associate researcher at the School of Media, Culture and Society of UWS, where she has been conducting research on the role of Culture and the Arts in the Post-Conflict, studying the Colombian case. Besides, she is part of the editorial committee of the Peace and Human Rights Observatory of Universidad del Tolima. In addition to her academic work she is a columnist for the newspaper El Olfato. greis.cifuentes@uws.ac.uk

Key Words: Peacebuilding, social change, social capital, cultural value, arts.

Introduction

Several authors (Lederach, 2005; LeBaron, 2011; Doyle, 2016) have acknowledged the important role played by arts and culture in post-conflict scenarios. Reported positive effects include the promotion of social change, and stimulating changes in attitudes and behaviours because artistic and cultural activities can arouse emotions, memory and feelings, and represent a neutral and peaceful means by which people can express their fears, remorse, forgiveness, pain, guilt, sadness, worries, ideas and also hopes. Moreover, there is evidence that engagement with arts and culture can help in the appreciation of each others' humanity, acknowledging injustices, harms, telling truths, empathizing with each other, facilitating reconciliation (Preis & Stanca Mustea, 2013), mutual understanding (Cohen, 2005), and dialogue (McCarthy, Ondaatje, Zakaras, & Brooks, 2004). In other words, arts and culture can provide the tools to address each of these elements; influence patterns of social relations and human interaction giving those affected by conflict space away from the trauma of violence.

These assertions are supported by Galtung (2000), who suggests that in order to move forward to a reconciliation scenario, a set of artistic activities should be utilized to facilitate mutual understanding, creativity and dialogue, which are the main conditions necessary to change attitudes and behaviours, and to transcend the conflict. However, most studies of conflict have concentrated on explaining the effects of civil wars focused on economic consequences (the aggregate economic and financial cost of conflict in 2014 was estimated to be \$14.3 billion, or 13.4% of the global economy, Institute for Economics and Peace). Only a smaller segment analyze the impact on social development. Nevertheless, civil conflicts have harmful social and psychological effects too (Sánchez Torres & Díaz, 2005). This negative psychological consequence is what UNESCO (1996) calls the culture of violence that emerges during the period of conflict, based on intolerance, hatred, mistrust, fear, disagreements and hostility between various social groups. Thus, a culture of peace, understood as the "creation of peaceful, non-violent behavioral patterns and skills" (UNESCO, 1996, p. 13) promotes empathy, cooperation, mutual

understanding and tolerance should take place, in order to transcend the incompatibilities in the aftermath of a conflict.

This new culture, a culture of peace, is what Colombia is seeking to achieve, moving from a divided past to a common future. For that to be the outcome, a new common system of values and behaviour patterns is required to resolve disputes and conflicts peacefully, modifying mentalities and attitudes with the intention of promoting peace. It means, “transforming conflicts, preventing conflicts that can engender violence and restoring peace and trust in populations that emerge from the war” (UNESCO, 1999, p.2). Under this assumption civil society plays a central role in the construction of peace through their networks and cooperation, understanding that associativity as the materialization of social capital. Here, culture, instead of trying to solve challenges through direct intervention, creates the space where individuals can express, explore and re-imagine complex and difficult issues (Howson & Dubber, 2014). In this sense, peace must be internalized culturally and this means eradicating the culture of war and violence as a way of solving problems. And yet, despite the possible role of arts and culture in post-conflict peace building, culture continues to be relegated as a government priority in Colombia. The budget for the Ministry of Culture fell 9% percent in 2019, going from 390.793 million pesos in 2015 to 355.204 million in 2019¹, giving culture a minor role in the Colombia post-conflict landscape. The Colombian Ministry of Defence spends per the day more than the annual budget of the Ministry of Culture.

This study explores the subjective experience of participation in arts and cultural activities from the perspective of communities that were directly affected by the conflict in Colombia, capturing the essence of the experience and meaning as closely as possible within the context in which the cultural interventions take place. This will provide a clearer understanding of the potential and value of arts and culture in these territories. Drawing on two cases (Casa Kolacho in Medellín and Sensory Expedition in Montes de María) I explore whether the participation of people in such initiatives can have a impact in the Colombian peacebuilding process being a vehicle to rebuild social relations, enhance mutual understanding and dialogue.

¹ For more information visit: <https://bit.ly/2ELVeR2>

This research is intended to assist and inform policy makers and those making funding decisions about the social impact of arts and culture, providing a review of theoretical background and evidence of current arts and cultural programmes that are taking place in Colombia.

Research Aim

The overall aim of this study is to explore the role that artistic processes and activities can play in providing context-specific solutions in Colombia, bringing out perspectives and voices that otherwise might not be heard in prevailing approaches to peacebuilding.

Research Questions

In addressing the overarching research aim, two specific research questions guide the study:

RQ1: ¿What is the role that arts and cultural initiatives play in facilitating social cohesion and community rebuilding in communities that are dealing with the legacy of the Colombian conflict?

RQ2: ¿How Public and Civil Organizations operate cultural projects on the ground to the situation faced by specific communities in the aftermath of the Colombian conflict?

1. Research Context

1.1. Colombia: a history of conflict

Colombia is a nation that is fragmented (Palacios & Safford, 2002) for a number of reasons. The Colombian geography produced the formation of regions that were isolated for a long time. Historically, the state has been weak in fiscal terms and regulatory capacity and has been reliant on a monopoly of force, unable to provide a meaningful state presence in a uniform manner throughout the country. The precariousness of the Colombian state has been the key element that explains the persistence of violence (Uprimny, 2001). The aggravation of the conflict is a consequence of the weakness of the Colombian state, which allowed the emergence of private militias (guerrillas or paramilitary groups) in some peripheral areas, intended to replace the state, strengthen the drug trafficking, and act as non-institutional bearers of power.

The sum of these factors is the basis of a society that continues to suffer from the ravages of conflict. For more than 50 years, the Colombian

population has been the victim of displacement (almost seven million displaced), extortion, land grabbing, kidnapping, torture, manslaughter, selective killings and massacres (more than 260,000 dead), illicit recruitment of children and adolescents, crimes against freedom and sexual integrity, forced disappearance (tens of thousands disappeared people), land mines, attacks and losses of civilian property, attacks on public property and countless personal tragedies (Sánchez, 2015), having as a protagonist not only the two traditional guerrillas in Latin America, such as the Revolutionary Armies of Colombia (FARC) and The National Liberation Army (ELN), but also another considerable number of armed groups such as paramilitaries, drug cartels, urban guerrillas, in addition to criminal gangs that have played an important role in the perpetuation of the conflict.

In this regard, García Duran (2008) points out that the conflict armed destroys human capital and physical capital, generates uncertainty for consolidate investment in the territories and divert government spending towards less productive activities, increasing spending on defense and security, to the detriment of social investment.

This is the case of two areas directly affected by the armed conflict in the country: Montes de María and Medellín, particularly the Comuna 13 which will be object of study in this research.

2. Literature Review

2.1. Social impact of arts and culture

The definition of culture has not produced a theoretical consensus. Nevertheless, it is commonly viewed as a whole way of life, a creative and innovative process that includes values, identity, beliefs, traditions, feelings, emotions and art, in which every person in the world must have the right to have access, participate, enjoy the cultural life, the arts and its benefits, because it can play an important role in the improvement of the quality of life leading to positive attitudes and behaviours. This understanding places culture and arts as a public good with positive externalities along with education and health, but also with characteristics of a merit good, and a social need.

Nevertheless for a long time, politicians and policy makers have been struggling to understand culture: why it is important, why it should be funded, and also have failed in articulating it within the public agenda.

To answer these questions it is crucial to explain the concept of cultural value, and the debate that has aroused. Cultural value is grounded in art and culture's capacity to 'effect change', meaning it is "used to refer to the effects that culture has on those who experience it and the difference it makes to individuals and society" (Crossick & Kaszynska, 2014, p. 124). According to one of the most prominent writers on culture in recent years, Holden (2006), there are three forms of value generated by culture that are complementary: intrinsic, institutional and instrumental (Holden, *Cultural Value and the Crisis of Legitimacy*, 2006).

According to Holden, intrinsic value is "the set of values that relate to the subjective experience of culture intellectually, emotionally and spiritually" (Holden, *Cultural Value and the Crisis of Legitimacy*, 2006, p. 14). In this definition, all of these values (history, social, symbolic, aesthetic and spiritual) are inherent characteristics arising from the object. By contrast, institutional value is the work practices that cultural organizations such as museums, galleries and theatres, for example, have to perform in order to provide a good service and experience to the public, that can lead to the integration, tolerance and strengthening of the community involved. Finally, in Holden's theory, instrumental value is understood as the effect, impact and significance of culture with a social or economic outcome. It is what the majority of governments employ to justify public funding of arts and cultural activities, to achieve outcomes including integration, social cohesion, education, employment, development, regeneration, and healthy communities - objectives that properly belong in other policy areas (Gibson, 2008; O'Brien, 2010).

There is a recognition mainly in the liberal democracies of the west that culture needs to compete for government allocated expenditures with other sectors such as education or health (Belfiore, *Auditing Culture*, 2004), (Gray, *Managing Cultural Policy: Pitfalls and Prospects*, 2009), (Holden, *Capturing Cultural Value*, 2004), and offer solutions to problems "that are originally economic, social, political or ideological" (Gray, 2007, p.207). This complementary relationship to wider institutional agendas has generated misunderstanding and mistrust between policy makers and the cultural sector, one of the reasons for this problem is the disconnection and disarticulation that exists between the public (understood as the citizens), politicians and professionals (Holden, 2006). Holden suggests that there is a strong relationship among the three forms of value and

proposes that balance and coordination is required between them in order to solve arts and funding policy dilemmas, “the society needs culture more and more to make sense of our lives, and to construct our individual and collective identities” (Holden, *Cultural Value and the Crisis of Legitimacy*, 2006, p. 23) and the public’s main concern is the aesthetic value of culture. Likewise, professionals are also inspired by the intrinsic value of culture and concerned about creating their own institutional value. Finally, politicians are interested in having large-scale results, the greater the number of people that benefit the better, making it clear that their major interest is financing the instrumental aims of culture.

In fact it is time to transcend the discussion of those who are in favour of its intrinsic or instrumental value, under the argument “that there is a clear distinction between private benefits, which accrue to individuals, and public benefits, which accrue to society as a whole” (McCarthy, Ondaatje, Zakaras, & Brooks, 2004, p. 4) and start focusing on understanding their benefits and measurement. For the last decades, research evidences the positive impact of cultural involvement on the wellbeing of individuals and communities.

Repeatedly, arts and culture are seen as legitimate tools for social improvement and the development of social capital. As stated by Laaksonen (2008):

Policies of any kind should not be implemented, planned or designed without the participation of those whom they are going to effect and in a shared cultural space it is the access and participation in cultural life that forms an essential part of making policies successful (p.50).

Likewise, appreciating art also has social benefits that according to the authors are clearly instrumental (particularly, listening to music to stimulate tranquility and relaxation or art therapy, in which the visual arts enable the communication and diagnosis). In this scenario “the arts are a form of shared passion that might engender a sense of community among frequent attendees of different social and economic backgrounds and occupational status, ethnicity and race, and age and geography” (McCarthy, Ondaatje, Zakaras, & Brooks, 2004, p. 29). Finally, according to them, supporting the arts is the most direct path to many social benefits. When people are supporting the same project, share the same goals and are committed to the

same arts institution this can enable the construction of a sense of community and thus produce social capital.

Pierre Bourdieu (1986) was one of the pioneers of the social capital analysis. Bourdieu's perspective makes clear that the acquisition of social capital has a direct relationship with gaining economic and increasing cultural capital (Bourdieu, *The Forms of Capital*, 1986). Under this angle, the elites benefit most from it, because they are able to invest on creating and building their social networks that is also a source of other benefits, continuing to maintain their power in society. In contrast, the American sociologist, James Coleman's approach leads to a broader view of social capital that includes a focus on marginalized populations. In his analysis he argues that the generation of social capital depends upon relationships and social integration, being an important source for individuals as it may affect their ability to act and perceived their life, thus produce an effect in the community. He also believes that the sense of confidence, self-esteem and identity emerges out of social capital and enable people to be successful in society (Coleman, 1988). Robert Putnam echoes this understanding, making a differentiation between inclusive and exclusive social capital. For Putnam, social capital consists essentially of the level of confidence that exists among the society, the norms of civic behaviour, and the level of associativeness (Putnam, 1993). Developing this last factor, Kliksberg (1999) observes that social capital is associated with social cohesion and cultural expressions. The aforementioned scholars' contributions suggest that social development is related to the mobilization of social capital. In this regard, arts and culture go across the dimensions of social capital (confidence, positive civic behaviour and associativeness). Through artistic and cultural activities it is possible to strengthen and encourage people individually and collectively, promoting social cohesion, developing relations, establishing networks and in this way, enabling the construction of a more inclusive society (Kliksberg, 1999), (Hangzhou International Congress, 2013).

There is evidence to suggest that arts and cultural activities have the power to bring people together, having a direct impact not only on the individual but also in the community they reside within. Their benefits can also be seen in regeneration processes of local communities, being used as an effective tool to create social networks, empower people and improve their quality of life (Flinn & McPherson, 2007). Thus, according

to Kliksberg (1999) government institutions should stimulate the generation of social capital, considering that it can contribute to the strength of values that promote identity and solidarity in the society.

It is acknowledged that in postconflict societies, arts and culture emerge as tools that can promote “understanding, preventing, mitigating and recovering from conflicts” (Preis & Stanca Mustea, 2013, p. 2), and at the same time process “trauma, healing, dialogue, forgiveness, and reconciliation” (Gal-Ed, 2009, p. 102), as culture creates paths and healing (Preis & Stanca Mustea, 2013). Michelle LeBaron (2011) states “in post-conflict societies, there is always art. People sing their sorrow, paint their grief, dance in the shadows of what once was” (p. 20). Indeed, according to LeBaron it is important to recognize that emotions are “powerful motivators toward transformation just as they are central drivers in conflict escalation”. This argument aligns with Zembylas (2003) as “emotions connect people’s thoughts, judgments, and beliefs, and it can be said that emotions are the ‘glue of identity’” (p. 222).

3. Research Design

This study concentrates on the social implications and outcomes of arts and cultural experiences in two regions of Colombia. The study looks beyond quantifiable results and examines qualitative issues, recognizing the importance of the intrinsic benefits of arts and cultural activities and exploring how community wellbeing changes through engagement with an artistic or cultural activity (e.g. taking part in music, dance, painting classes). Economic valuation techniques are not able to capture all dimensions of cultural value (Throsby, 2010) and provide an inadequate framework for understanding cultural value benefits in their entirety. As Missel’s (Missel 1983, cited in Hewison 2002, p.85) argue ‘the concept of the arts itself is indefinable, and any attempt to measure it cannot begin to represent its essential quality’.

3.1. The Methodological Approach

3.1.1. Focusing on ‘experiences’

Phenomenology, also known as non-positivism can be considered a subset of interpretivism-constructivism. This approach assumes that there are as many multiple realities as there are participants, in the same way the meaning of reality is often co- constructed by participants and

researchers implying a transactional and subjectivist epistemology. In order to examine the capacity and potential of arts and culture to contribute to peacebuilding process in Colombia, it is important to work closely with the victims of violence and to facilitate deep conversations and dialogue which foreground their subjective experiences.

This is a suitable approach for this study, because it facilitates access to experiences and meanings and 'to capture as closely as possible the way in which the phenomenon is experienced within the context in which the experience takes place' (Giorgi & Giorgi 2003, p. 27).

By starting with this phenomenology of culture the study seeks to examine which artistic and cultural interventions more accurately reflect what is uniquely produced by cultural engagement in a post-conflict setting.

3.1.2. *Interpretative Phenomenological Analysis (IPA)*

By utilizing an IPA approach, the study does not pretend to present absolute truths, or guidelines of general application, since it recognises the diversity and plurality of scenarios, conditions and situations that are presented in reality, which are therefore unique and unrepeatable, so the observations and results of the research are only valid for the particular case being studied. Therefore IPA is fundamentally 'ideographic' (Shinebourne, 2011), which means that its focus is on the analysis of a small number of participants who have experienced a common phenomenon, exploring in depth detail the experience of each of these to then identify patterns of similarity and difference (Smith, 2009), and decipher the meaning that a particular phenomenon has for them. IPA is a 'participant-oriented' qualitative research approach that lies in the interpretative approach to analyse and understand the social reality of individuals, specifically how people give meaning to their experiences.

Under this approach it is possible to reveal the behaviour, perspectives, feelings and experiences of people and what lies at the core of their lives, investigating social processes and interaction (Pickering, 2008). This is exactly what we are seeking to get and understand from the participants involve in arts and cultural activities, the 'meaning' of their individual perception, the impact or contribution of the cultural engagement. This relates to the fact that the intrinsic benefits of the arts are experienced at an individual level (pleasure, stimulation, meaning), being difficult

to articulate it in terms of mass 'outcomes'. That is why it is important to grasp the 'essence' of the experience to ensure that it can emerge from the research participants themselves. According to this, Holden's theory claims 'these kind of values can be captured in personal testimony, qualitative assessments, case studies and critical reviews' (p.14).

The most used research method for this type of study are *semi-structured interviews*, because it allows the researcher to adopt an 'insider's perspective' (Conrad, 1987), to see what it is like from the participant's view, to stand in his or her shoes. Moreover, it is also possible to utilise *participant observation* to observe the person in their natural world to capture context specific situations and perceived the reality of the participants, become familiar with them and the cultural projects under research, being present in the place where they live in and develop artistic and cultural activities.

3.2. Research Methods

The selection of the methods for this study is based on the fact that they consistent with each other and allow exploration of the contextual conditions where the artistic and cultural processes are taking place in Colombia. Likewise, to develop an in-depth understanding of the phenomenon it is essential to collect the different perspectives of a number of participants to describe what they have in common and learn about the meaning of being involved in arts and cultural programmes in zones of affected by the violence.

Therefore, case studies, interviews and participant observation provide suitable and sufficiently rich material for the interpretation to be reasonably well grounded within it, thus the validity of the study will emerge only in the context where those meanings were generated (Smith & Shinebourne, 2012). The aforementioned methods will help examine the process of construction of meaning in relation to the arts and cultural activities and help answer the research questions on whether engagement with the arts and cultural activities facilitates dialogue, mutual understanding and encourages individuals to socialize and which artistic involvement and cultural activities appear to be successful in order to contribute positively to the reconciliation process in Colombia.

3.2.1. Case One: Casa Kolacho

Casa Kolacho is a cultural centre created in 2009 as a mechanism for social and cultural transformation of a territory that had a 'stigma of violence' for decades. The process started with a group of restless young people, who saw music, dance and painting as the only way to make their concerns and emotions visible. The cultural centre is located in San Javier one of the 19 neighbourhoods of the centre west of the city of Medellín that make up what is called the Comuna 13². Comuna 13 is commonly known as a territory of artists and almost an obligatory point of visit if you are in Medellín, Antioquia. Instead of the sound of weapons, the sound of music is heard, where robberies have decreased and dance has increased, where the walls are not stained with blood but painted with a new story, where its habitants laid down their weapons and took the aerosol sprays to be heard and noticed. Cultural activities seem to be making a difference to people's lives in this area, with the homicide rate in 2017 was 23 per 100,000 inhabitants, the lowest rate in three decades, comparing it with 1991 where the homicide rate was 395 per 100.000 inhabitants (El Colombiano, 2017).

3.2.2. Case two: Sensorial Expedition

The Sensorial Expedition programme was developed and has been delivered by the Colombian Ministry of Culture since 2016, and seeks to connect the Colombians affected by the armed conflict with their heritage, memory and creativity, in order to build collective strategies in which culture plays a fundamental role for reconciliation, human, social and economic development in Colombian regions. The pilot project is executed in 33 municipalities from the 137 of Montes de María, which has been one of the areas most affected by the armed conflict.

The reconstruction of the social fabric and the prevention of violence has become a fundamental line of action for the government. For that reason, and in order to support the peace accord, specifically the Comprehensive Rural Reform and Political Agreement Regarding the Victims of the Conflict, in 2016 the Ministry of Culture launched the pilot project

²In Colombia, the concept of "comuna", similar to what happens in Brazil with "favela" frequently evokes, the idea of a precarious and dangerous places of the city, the expression of what Hélio Silva calls "stigma of localization", a conjunction between prejudice, absence of public power, segregation, geographical distance and lack of guarantees of citizenship among other aspects.

Sensory Expedition in Montes de María for a duration of four years. The overall aim of the project is to contribute to the comprehension, appropriation and appreciation of music and dance of Montes de María from creation, training, research and production.

3.2.3. Participant Observation Approach

As a 'participant-oriented' research approach, IPA researchers are able to develop bonds with their participants; these bonds are developed through interpersonal and interactive relationships (Smith, 2009); since it would be very difficult to establish a basic trust for the interview and gather the information naturally, being on the site over a period of time before the interview, familiarizes the researcher with the participants, allows for a spontaneously and smooth interview. In parallel to this, the researcher Mason (2002) noted that the experiences of people are essentially context-bound, that means their context (social, cultural, political, historical, artistic) can influence the research study. For that reason, researchers must understand the socially constructed nature of the world and realize that values and interests become part of the research process. In this respect the phenomenon cannot be isolated from the context (Yin, 1984; Stake, 2006), but instead it generates a deep understanding of the beliefs, values and lifeworld of people (Rosenbaum, 1991).

Recognizing the benefits of this method, participant observation was undertaken in both Comuna 13 in Medellín - Antioquia and Montes de María in Magdalena Medio, observing the daily activities of organisers and participants over the course of one week in the frame of the two cases of study (Case Kolacho and Sensory Expedition) and facilitating understanding of the human experience beyond artistic merit, the engagement with arts and cultural activities and attitudes towards it - in other words get to know first-hand the impact of the involvement with the different art forms and be close to the essence of their experience, to capture what is experience and why. In order to document the participant observation method the descriptive narrative record technique was employed, specifically both running records and specimen description, which means that I kept a field diary each day in the field which included notes of everything seen, constantly describing the activities occurring.

3.2.4. Semi-Structured interviews

The interview is probably the most widely used method employed in qualitative research, besides it is suggested that semi-structured interviews are best way to collect data for an IPA analysis (Smith & Eatough, Interpretative Phenomenological Analysis, 2007), because it opens up and develops a relationship with the participants so that their 'lived experiences' can be explored and analyzed.

Within this general context, individual face-to-face semi-structured interviews were undertaken. As it is noteworthy IPA studies are conducted on small sample sizes, usually fewer than 15 participants and the aim of the study is to detail the perceptions and understandings of this particular group providing a detailed and rich account of their experience of the phenomenon and reflecting on it, rather than make more general assertions (Smith & Eatough, Interpretative Phenomenological Analysis, 2007), that means that the issue is quality, not quantity. For this study, a purposive sampling strategy on a sample group of three different informant groups which are the unit of analysis was made: direct beneficiaries, civil society representatives, policymakers and donors (all the participants are adults, over 18 years), which mean that three different interview schedules were designed and 30 people in total interviewed across the two case studies.

3.3. Data Analysis

According to Miles and Huberman (1984) codifying is analyse, understanding this as the core of the research. In that order of ideas codifying involves identifying ideas, patterns that are repeatable and be able to pigeonhole them into categories that allows organizing the information gathered.

There are several thematic approaches of analysis including the empirical phenomenology (Giorgi, 1985) or interpretive phenomenological analysis - IPA (Smith, 2004). However, due to the specificity of the IPA method to embark on a data coding process the three generic cycles method proposed by Alase (2016) will be implemented. This process helps break down responses from the participants into a manageable format. The first cycle will be done once the interview transcripts are read more than two times and the interview audio listened for more clarity. In this way it is possible to start identifying common themes, key words or phrases that are

being repeated or expressed by the participants and these will gradually be transformed into meaningful statements or sentences. The second generic cycle involved the identification of similarities between the first statements or sentences, in order to condense them into fewer words to move closer to the 'core essence' or 'central meaning' of the participants' 'lived experience'. The final generic cycle is a phase that allowed to narrow down to extremely few words the responses of the participants to encapsulate the 'core essence' of the central meaning of the participants' 'lived experiences' in one or two words this enabled the reader to assess the pertinence of the interpretations and to retain the voice of the participants' personal experience. This will be followed by a discussion section, which relates the identified themes to existing literature. Here, the context played an important role, because it provided meaning to the analysis and interpretation of the interview material, and to achieve an accurate analysis and interpretation of the responses aligned with the research questions. In this section it will also be included my reflections over the study, its limitations and further recommendations.

3.4. Preliminary Findings

My early insights from the research field, interviews and participant observation method show that the potential of arts and culture should not be underestimated, because although there is not a magic solution to build peace, they can play a crucial role as long as the following guidelines are taken into account when designing an artistic project or programme:

a. *Project conception and design*

From the early stages of project design, the community that will benefit from it should be involved so the project respond to their needs and the context where the initiative is taking place or the community should take the initiative to proposed and develop the project, in that way the sustainability of the project can be ensured. That also leads to a grassroots- grown strategy that encouraged local people to embrace the potential for an improvement of living conditions around them, the appropriation of public spaces and capitalized its own identity and sense of pride. In other words, the project cannot be imposed from the outside, and it cannot be replicated in other settings. It should be tailor-made to the specific context where is going to be implemented.

b. *Arts as a collective experience*

In peacebuilding settings the art forms that are practiced in groups are the ones that allow for new sociability and relationships to emerge because individuals have contact with other individuals, communicate, coordinate their actions, and cooperate with each other. Thus music, dance or painting when practiced can help people see and connect with each other in new ways, driving attention to the positive effects of empathy improving intergroup attitudes and relations.

c. *The Value of Arts and Culture*

The development of the artistic project must be flexible; there must be possibilities to adjust the project to the situation and reality that the community lives. In its great majority non-profit foundations and NGO's have established formats that make artistic processes rigid without any margin of change. Besides, the standards with which they determine the project impact do not take into account the nature of the arts and culture.

The preliminary findings of the study will be discussed with the Ministry of Culture of Colombia and the Secretary of Culture of Medellín who have experienced working with projects develop in areas highly affected by the armed conflict.

References

- Adorno, T. (1970). *Aesthetic Theory*. New York, United States: Gretel Adorno & Rolf Tiedemann.
- Baklien, B. (2009). Culture is Healthy. *International Journal of Cultural Policy*, 7 (2), 235-257.
- Belfiore, E. (2004). Auditing Culture. *International Journal for Cultural Policy*, 10 (2), 183-202.
- Belfiore, E., & Bennet, O. (2007). Rethinking the social impact of the arts. *International Journal of Cultural Policy*, 13 (2), 135-151.
- Blommfield, D., Barnes, T., & Huyse, L. (2003). *Reconciliation after violent conflict*. Stockholm, Sweden: International idea.
- Bourdieu, P. (1984). Outline of a Sociological Theory of Art Perception. *International Science Journal*, II, 1-27.
- Bourdieu, P. (1986). The Forms of Capital. In R. John, *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education* (pp. 1-29). New York, United States.

- Broome, B., & Collier, M. J. (2012). Culture, Communication, and Peacebuilding. *Journal of International and Intercultural Communication*, 5 (4), 245-269.
- Cohen, R. I. (1994). *Arts in the Local Economy*. National Assembly of Local Arts Agencies, Research and Information. Washington: NALAA.
- Coleman, J. (1988). Social Capital in the Creation of Human Capital. *American Journal of Sociology*, 94.
- Colleta, N., & Cullen, M. (2000). *Violent Conflict and the Transformation of Social Capital*. Washington, United States: The World Bank.
- Colombian Government. (2016). *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Crossick, G., & Kaszynska, P. (2014). Underconstruction: Towards a framework for cultural value. *Cultural Trends*, 120-131.
- DeNora, T. (2004). *Music in Everyday Life*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Doyle, L. (2016). *Creativity in Conflict: Performing arts for sustained dialogue, justice and reconciliation*. Institute for Justice and Reconciliation.
- Flinn, J., & McPherson, G. (2007). *Culture Matters? The role of arts and culture in the development of social capital*. Scotland, United Kingdom: Antony Rowe Ltd, Eastbourne.
- Gal-Ed, H. (2009). Art and Meaning: ARTiculation as Modality in Processing Forgiveness and Peace Consciousness. In A. Kalayjian, & R. Paloutzian, *Forgiveness and Reconciliation* (pp. 97-118). United States: Springer.
- Galtung, J. (1980). *The True Worlds: a Transnational Perspective*. New York, United States: Free Press.
- Galtung, J. (2000). *Conflict Transformation by Peaceful Means*. United Nations.
- Galloway, S. (2006). Cultural participation and individual quality of life a review of research findings. *Applied Research in Quality of Life*, 232-242.
- García Durán, M. (2008). *El conflicto armado colombiano: ¿el fin del fin?* Bogotá: CINEP.
- Gibson, L. (2008). In defence of instrumentality. *Cultural Trends*, 17 (4), 247-257.
- Gilmore, A. (2012). Counting eyeballs, sounbites and 'plings': arts participation, strategic instrumentalism and the London 2012 Cultural Olimpiad. *International Journal of Cultural Policy*, 18 (2), 151-167.
- Giorgi, A. (1985). *Sketch of a psychological method*. Pittsburgh, United States: University Press.
- Gray, C. (2007). Commodification and Instrumentality in Cultural Policy. *International Journal of Cultural Policy*, 13 (2), 203-215.

- Gray, C. (2009). Managing Cultural Policy: Pitfalls and Prospects. *International Journal for Cultural Policy*, 87 (3), 11.
- Guetzkow, J. (2002, Junio 7). How the Arts Impact Communities. *Center for Arts and Cultural Policy Studies*.
- Hesmondhalgh, D., & Pratt, A. (2005). Cultural industries and cultural policy. *International Journal of Cultural Policy*, 11 (1), 1-14.
- Holden, J. (2004). *Capturing Cultural Value*. London, United Kingdom: Demos.
- Holden, J. (2006). *Cultural Value and the Crisis of Legitimacy*. London, United Kingdom: Demos.
- Howson, P., & Dubber, J. (2014). *Culture Matters*. The British Council. British Council.
- Premaratna, N., & Bleiker, R. (2016). Arts and Theatre for Peacebuilding. In O. Richmond, S. Pogodda, & J. Ramovic, *The Palgrave Handbook of Disciplinary and Regional Approaches to Peace*. London: Palgrave Macmillan.
- Kliksberg, B. (1999, December). Social Capital and Culture Master Keys to development. *CEPAL Review* 69.
- Mark, S., & Seifert, S. (2008). From Creative Economy to Creative Society. *Culture and Community Revitalization: A Collaboration*, 1, 16.
- Matarasso, F. (1997). Use or ornament: The social impact of participation in the Arts. *Comedia*.
- McCarthy, K., Ondaatje, E., Zakaras, L., & Brooks, A. (2004). *Gifts of the Muse: Reframing the debate about the benefits of the arts*. RAND's Publications.
- Merli, P. (2002). Evaluating the social impact of participating in arts activities. A critical review of Francois Matarasso's "Use or Ornament". *International Journal for Cultural Policy*, 8 (1), 107-118.
- Michelle, R. (2002). *Measuring the economic and social impact of the arts*. The Arts Council of England.
- Palacios, M., & Safford, F. (2002). *Colombia: Fragmented Land Divided Society*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Portes, A. (1998). Social Capital: its origins and applications in modern sociology. *Annual Review of Sociology*, 24 (1), 1-24.
- Power, S. (2011). On Social Psychology and Conflict. *Psychology and Society*. Paloutzian, R., & Kalayjian, A. (2009). *Forgiveness and Reconciliation: Psychological Pathways to Conflict Transformation and Peace Building*. Springer.
- Putnam, R. (1993). *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. New Jersey: Princeton University Press.
- Preis, A.-B., & Stanca Mustea, C. (2013). *Peace and Reconciliation: How Culture Makes the Difference*. UNESCO.

- Pruitt, L. (2011). Music, youth and peacebuilding in Northern Ireland. *Global Change Peace and Security*, 23, 207-222.
- Sánchez Torres, F., & Díaz, A. (2005, October). *Los efectos del conflicto armado en el desarrollo social colombiano 1990-2002*. Documento CEDE.
- Sánchez, G. (2015). *Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá, Colombia: Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Shank, M., & Schirch, L. (2008). *Strategic Arts-Based Peacebuilding*. Blackwell Publishing.
- Scott, C. (2011). *Measuring the immeasurable: capturing intangible values*. International Council of Museums.
- Smith, J. (2004). *Reflecting on the development of interpretative phenomenological analysis and its contribution to qualitative research in psychology*. Qualitative Research in Psychology.
- Stern, M., & Seifert, S. (2017). Culture and Social Wellbeing in New York City: Highlights of a Two-Year Research Project. *Culture and Social Wellbeing in New York City* 2, 2, 4.
- Stokfiszewski, I. (2016, February). On Social Culture. *Polish Theatre Journal*.
- Escárzaga, F. (2001). Auge y caída de Sendero Luminoso. *Bajo el Volcán*, 2 (3), 75-97.
- Tylor, E. (1971). *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*. London, United Kingdom: Bradbury, Evans and Co Printers Whitefriars.
- Theory and Research for the Sociology of Education.
- Throsby, D. (2001). *Economics and Culture*. Cambridge University Press.
- Tolstoy, L. (1904). *What is art*. Funk & Wagnalls Company.
- Towse, R. (2011). *A Handbook of Cultural Economics*. Edward Elgar Publishing Limited.
- Uprimny, R. (2001). *El laboratorio colombiano: narcotráfico y administración de justicia en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Williams, R. (1958). Culture is Ordinary. In *Resources of Hope: Culture, Democracy, Socialism* (pp. 3-14). London.
- Williams, R. (1983). *Keywords*. New York, United States of America: Oxford University Press.

Constituting Entrepreneurial and Resilient Subjects: The Conditional Cash Transfers Programme *Familias en Acción*

Johanna del Pilar Cortés Nieto*

Based on a close reading of official documents and legal regulations, this paper unveils the origins of *Familias en Acción*, a conditional cash transfer programme created in the late 1990s in Colombia with the help of international financial institutions and American military aid. It also analyses the conceptualisations of poverty that the programme relies upon and, in connection with them, the type of subjects it endeavours to constitute. Overall, it is argued that the programme de-politicises issues of poverty and inequality by conceptualising poverty in manners which focus on individual failures and deficits. Consequently, to solve poverty, *Familias en Acción* attempts to fix poor individuals by fabricating entrepreneurial and resilient poor subjects who internalise the costs of neoliberal policy – namely, poverty. Poverty itself is seen as a quasi-natural phenomenon, an unavoidable risk to which the poor have to adapt.

Key words: Poverty, individual based explanations of poverty, government of poor populations in Colombia, conditional cash transfer programmes, *Familias en Acción*.

Introduction

Familias en Acción (FA) is a programme which delivers cash subsidies to families living in extreme poverty. Unlike universal “safety-net” social

* PhD Candidate, University of Warwick (United Kingdom). Assistant Professor, Universidad del Rosario, School of Law.

welfare schemes, the programme only targets particular parts of the poor. It was created in 2000 as a temporal programme to mitigate the social effects of the late 1990s economic crisis and the structural adjustment reforms in place since the late 1980s. However, it also formed a part of the broader anti-guerrilla and anti-narco-trafficking '*Plan Colombia*'¹. Under the stewardship of President Álvaro Uribe's administrations (2002-2010 and 2006-2010), the temporary interventions of FA were given permanence. Uribe made the scheme a prominent part of his government's programme, explicitly premising it on the "social risks management" framework promoted by the World Bank. In this framework, it was claimed that poverty was the result of people's inability to cope with the growing risks of our uncertain and globalised world. It also drew on human capital discourses which advanced the idea that poverty could be ended by helping the poor to develop the right skills for market inclusion. During Uribe's presidency, the programme was combined with counterinsurgent strategies and used as a means to turn people into allies of the military.

Based on a close reading of official documents and legal regulations, this paper analyses the conceptualisations of poverty that the programme relies upon and, in connection with them, the type of subjects it endeavours to constitute². I argue that this conditional cash transfers programme (CCT) is premised upon explanations of poverty which responsabilise poor populations for their own fate whilst depoliticise issues of poverty and inequality. Two strategies have been important to this last end: Firstly, the programme conceptualises poverty in manners which focus on individual failures and deficits. Combining discourses of human capital, social risk management, empowerment and cultural backwardness, poor subjects are conceived as failures in the eyes of the market. But at the same time, they are conceived as possessors of an inherent potential that has to be unleashed by means of market techniques to help them to overcome their poverty. Consequently, to solve poverty, FA attempts to fix poor

¹ This was an ostensibly military plan promoted by the United States and supported with their military resources. The plan included elements (often less known) that sought to resolve underlying social and economic tensions.

² I am aware that the objectives stated in the official documentation are not necessarily what the programme is producing. Programmes like this one usually have unexpected and instrumental consequences, as some studies have already proven with regard to FA (García Trujillo, 2009; Pulido Buitrago, 2013). However, I think it is important to look at the official documents and legal regulations in my attempt to understand how neoliberal dispositives for the government of poverty have operated in Colombia in recent years.

individuals by fabricating entrepreneurial and resilient poor subjects who internalise the costs of neoliberal policy – namely, poverty. Poverty itself is seen as a quasi-natural phenomenon, an unavoidable risk to which the poor have to adapt. A new conceptualisation of the deserving poor is produced by the programme. Deploying the techniques of targeting and responsabilisation, the deserving poor are redefined as those in extreme poverty who are willing to transform themselves by subjecting themselves to the new work ethic of entrepreneurialism. This individual-based representation of poverty detaches it from economic and political structures. It tends to represent poverty as an unavoidable phenomenon which the national-state cannot prevent with any efficiency. Instead it shifts the responsibility for poverty from political and economic institutions to the poor individuals.

The paper is structured in three parts. The first section looks at how the programme emerged, the national and international dynamics at the basis of its creation and continuity, and its effects in terms of the configuration of executive power. Section two looks at the conceptualisations of poverty the programme relies upon. I argue that the point of commonality of the theories the programme rests on is the depiction of poverty as a problem with roots in the level of the individual. Impoverishment is ascribed to individuals' inability to make good decisions about lifestyles and their failure to cope with risks. Then, the section charts the type of subjectivities FA endeavours to produce to fix the problem. The final section formulates some conclusions.

1. The Origins of Familias in Acción

Targeted poverty programmes like FA were created as a means to ameliorate the social crisis produced by the fiscal reforms imposed to most Latin American countries by multilateral institutions after the 1980's debt crisis. Higher levels of poverty coupled with social discontent led to a return to the "social question" in the state reform agenda. This shift has been labelled in different ways: inclusive neoliberalism, Post-Washington Consensus, the Third Way, the New New Deal, etc. It basically refers to "realignment[s] away from market orthodoxy" (Ballard, 2012) with the aim of mitigating the dislocating effects of market expansion (namely, poverty). In this context, following the first wave of temporary emergency

aid relief-style policies which targeted extreme poverty, in the late 1990s CCT emerged as central programmes in the fight against poverty.

In the early 1990, without abandoning the claim that structural adjustment-led growth was the best possible social policy, the World Bank began to promote a sort of social policy based on labour flexibilisation, investments in human capital, incentives for the efficient use of the assets owned by the poor, and more importantly, temporary and targeted cash transfers combined with safety nets for the people unable to work or who fell under the poverty line due to macroeconomic shocks (World Bank, 1990). Cash transfers and safety nets were premised on the theory that poor people are more vulnerable to income loss during shocks and adjustments, so national governments should provide minimum and temporary assistance to them until such adjustments translated into fresh growth.

As the 1990s progressed, the World Bank and its allies such as the International Monetary Fund (IMF) and the Inter-American Development Bank introduced new concerns into the social oriented development agenda. For instance, in 1995 the World Bank began a revision of the development agenda with the aim of making it more inclusive and balanced. In the context of what Joseph E. Stiglitz, Chief Economist of the World Bank between 1997 and 2000, denominated the Post-Washington Consensus, the bank made a call for the return of the state (an efficient state) to complement the market. Among other objectives, Stiglitz claimed that the nation-state plays an important role in creating competitive and efficient markets by such means as providing social protection and building human capital (Stiglitz, 1998).

Targeting and market-based solutions to poverty are the main social policy solutions under the Post-Washington Consensus. Targeting entails the allocation of public social expenditure to programmes that focus on people living in extreme poverty with the aim of satisfying their basic needs (Alvarez Leguizamón, 2005). It is the opposite of universal provision, which was accused of being inefficient, expensive and paternalistic (Mkandawire, 2005). On the other hand, market-based solutions to poverty promote “markets for social ends and... [encourage] market-oriented behaviour in the poor” (Cooney & Shanks, 2010). These are strategies and techniques which endeavour to instil market rationality into the provision of what used to be known as social services. For

instance, they involve private parties in poverty alleviation efforts through Corporate Social Responsibility or create new markets around the satisfaction of the needs of the poor through “bottom of the pyramid” initiatives which seek to provide goods and services to the poor in ways that they can afford (Prahalad, 2005). Market based solutions are premised upon the belief that participation in the market can improve the living conditions of the population. They envision poor people as resilient and creative entrepreneurs who only need some help to overcome the barriers that separate them from market opportunities.

During the 2000s, CCT condensed this new orientation of social policy and became the neoliberal “default setting of antipoverty reforms.” Sometimes imposed (Ruckert, 2010), in other instances promoted as best practice (Peck & Theodore, 2015), and certainly coproduced by the multilateral development agencies, CCT were championed around the world as the cheapest and most efficient way of addressing poverty. Drawing on concepts from behavioural economics and motivational psychology, the schemes delivered modest cash transfers to means-tested targeted poor families in order to nudge them to accumulate human capital focusing on children. The functions of CCT are twofold: they ensure basic levels of consumption in the present, while at the same time promote long term human capital accumulation, which is claimed to be crucial for breaking the inter-generational transmission of poverty as well as for boosting growth. Their minimalistic nature and orientation towards human capital building make them a perfect complement to other neoliberal-oriented interventions as they do not interfere with market distribution and do not create significant pressures on national budgets.

The shift towards this way of dealing with poverty officially began in Colombia with the constitution adopted in 1991 as it prescribed the decentralisation and privatisation of social services. Although the new constitution introduced a long list of fundamental rights which included social and economic rights, the latter were not clearly defined and were subjected to privatisation and market rationality. These legal reforms also involved a transformation of the way public subsidies were delivered: from focusing on the supply side, they were redesigned to respond to the demand side. It meant that rather than allocating the subsidies through universal services, they began to be distributed according to the number of people in need of

them. Hence, statistics on poverty and the characterisations of the poor became crucial inputs to this new way of delivering social assistance.

Demand-based subsidies were put in place through the creation of a system for the selection of the beneficiaries of social programs, named SISBEN (for its Spanish acronym). Introduced in 1994 by the National Council of Economic and Social Policy (CONPES), SISBEN is based on a multidimensional poverty index which provides indicators for the identification of people in extreme poverty who deserve state support; it is the selection system necessary for targeting (CONPES, 1994). The system operates on the basis of questionnaires which attempt to measure the living standards of the population. It has undergone three major changes so far: the first design emphasised income deprivation, while the second and third designs focused on a broader set of variables related to housing, access to utilities, schooling and employment (Departamento Nacional de Planeación, 2008).

FA was created in 2000 as a cct aimed at families in extreme poverty as categorised by SISBEN (initially level 1 out of 4). It delivers income support (a sum far below the monthly minimum wage) to households with children who do not benefit from other social programmes. In return, families must comply with requirements related to children's schooling and attendance at nutrition and health check-ups (CONPES, 2000). At its outset, the programme focused on the people who fell into extreme poverty due to the economic crisis of the late 1990s and the fiscal adjustments taken in response to it. Consequently, it was originally conceived as a temporary programme with a sort of compensatory nature (CONPES, 2000).

The World Bank, the IMF and the inter-American Development Bank played crucial roles in bringing FA into life. They brought the idea of CCT to the country and provided technical support for its implementation, monitoring and evaluation. In 1999, Colombia requested a loan from the IMF with the aim of ameliorating the effects of the late 1990s economic crisis. The Colombian government was then requested to adopt a macroeconomic programme which included reforms to the financial sector and measures aimed at reducing fiscal deficit. One of the articles of the agreement demanded that 0.3% of GDP ought to be expended in funding a "social assistance network" aimed at providing some income relief to the low-income victims of the crisis for a period of four years. The IMF

advised the Colombian government to request financial support from the World Bank and the Inter-American Development Bank (García Trujillo, 2009). It complied and in 2000, following the World Bank's technical advice, FA was implemented as part of a network of social protection.

In 2001, drawing on Social Risk Management theory, the national government created a System of Social Risk with the objective of preventing and mitigating the adverse effects that economic crises have on vulnerable populations (CONPES, 2001). The system was premised on the assumption that recessions lead to human capital losses, impairing people's wellbeing and economic growth. Hence, social policy was reconceptualised as aiming to mitigate the effects of market failure and helping people to cope with risks that can lead to poverty (Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, 2010). FA was integrated into the system as a mitigation mechanism in the face of crises.

Another important aspect which might help to understand the configuration of the programme is that it emerged as part of *Plan Colombia*, a US-sponsored military plan aimed at supporting the Colombian government, economically and technically, in fighting guerrilla groups and drug trafficking. The plan was initially criticised for lacking a social component, an issue which was interpreted as denying the social dimensions of the Colombian internal armed conflict. Hence, simultaneously, in order to get external financial support, especially from the European Union, and drawing on counterinsurgency tactics, the plan was reformulated to include an economic and social recovery component (García Trujillo, 2009). FA was a key part of this counter-insurgency strategy (CONPES, 2000).

Much of the funding for FA came from multilateral credit schemes, as we have seen. But it was also funded by *Plan Colombia* grants and other sources of international development aid. These were initially managed by a Peace Fund supervised directly by the President. Although the program emerged during Andrés Pastrana's Presidency (1998-2002), it was the right-wing Alvaro Uribe's Presidency (2002-2006 and 2006-2010) that made FA the emblem of the central government's social agenda. The counter-insurgency element was central for his administration. The possibilities of using its targeted interventions to change perceptions of the government among poor populations were understood. In 2003, early in Uribe's Presidency, the programme went through a technical evaluation

and was prolonged for a further three-year period. It was also expanded to new rural areas (CONPES, 2005). In 2005, its administration was delegated to *Acción Social*. This was an agency created under the direct supervision of President Uribe with the objective of coordinating all social programmes run directly by the national government. Uribe won the 2002 presidential election promising “democratic security”. This promise was translated into a military-based strategy for fighting guerrilla forces. His strategy was criticised for prioritising security over social issues. By giving continuity to FA and claiming the end poverty to be a priority of his government, he not only responded to his critics, but benefited from its counterinsurgent effect as well as the popularity the programme acquired among poor populations. It has been suggested that FA was crucial for his re-election in 2006 to the extent that it helped him to be perceived as a pro-poor President and granted legitimacy to his “democratic security” strategy (García Trujillo, 2009 p. 76).

At the outset of Uribe’s second term, the CCT gained momentum as the central component of his strategy for social integration *Red Juntos* (CONPES, 2006). Drawing on the experience of *Chile Solidario*, *Red Juntos* was conceived as a social protection network for families in extreme poverty or victims of forced displacement. Its goal was to coordinate the activities of all social programmes focused on these households in order to address different dimensions of their poverty. The network emphasised two areas considered crucial for helping families to move out of poverty: human capital and the development of capacities to manage risks. FA was positioned as central to the achievement of these goals. I will elaborate on *Red Juntos* in the next section, but now I would like to highlight that the integration of FA into *Red Juntos* prompted its expansion to urban and indigenous households (García Trujillo, 2009).

Juan Manuel Santos, former Ministry of Defence during Uribe’s administration, was elected President in 2010. He committed to continuing most of Uribe’s strategies, including *Red Juntos* and FA; but he also announced a number of changes aimed at improving targeting and exit criteria (Departamento Nacional de Planeación, 2010). During Santos’ administration, *Red Juntos* was transformed into *Red Unidos* as part of a redesign purposed to move the programme “from social assistance to social protection.” The redesign defined clear exit criteria to avoid dependency and ensure its fiscal sustainability. Another important fact

worth mentioning is that during Santos' administration, the programme was granted legal protection by Congress. Up to 2012, FA had been regulated entirely through policy documents and administrative manuals. In order to ensure the continuity of the subsidies, in 2011 a Senator from Uribe's political party brought a bill before the Congress with the aim of giving it legislative recognition (Lozano, 2011). The Congress approved the bill without major changes (Law 1532) and made the programme permanent. It also entrusted its management to the recently created agency Administrative Department for Social Prosperity, also subordinated to the Office of the President (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Overall, fa has strengthened Presidential power over public expenditure. Since its inception, the programme has been run by agencies subordinated directly to the Office of the President. The expansion of the scheme at the same time that privatisation of social services and cuts in other lines of social expenditure were taking place, meant that the Office of the President was gaining greater control over social expenditure. Actually, legal reforms promoted by the executive during Uribe's administration claimed precisely that cuts in other lines of social expenditure, especially those managed by local governments, were necessary to liberate resources for the expansion of FA (García Trujillo, 2009). As stated by García Trujillo, the re-centralisation of social policy is aligned with recent requirements of institutions such as the World Bank who perceived the decentralization of social services promoted in the early 1990s as a failure, as it resulted in higher fiscal deficits and facilitated corruption by granting higher power to local elites (García Trujillo, 2009).

2. Individualising the Causes of Poverty, Constituting Neoliberal Subjects

During the lifetime of FA there have been four main ways of conceptualising poverty. They have been articulated in different and sometimes contradictory ways: Poverty has been explained in terms deficits of human capital, as the consequence of higher vulnerability due to individual difficulties to cope with risk (the vulnerability-based explanation), as a problem of cultural and moral backwardness and, finally, as lack of agency and powerlessness. The intention of this section is to analyse how these approaches have emerged within the discursive formation of the programme, what sort of solutions they have engendered, and their implications in terms

of the constitution of the subjectivities of the poor. My contention in this section is that FA attempts to fabricate neoliberal subjects, that is, active entrepreneurial and resilient individuals who invest responsibly in improving their human capital, engage in productive enterprises to defeat poverty, adapt to the adverse circumstances of their environment, and responsibly prevent and minimise risks. The constitution of this neoliberal poor subject involves the individualisation of the causes of poverty. This leads to the responsabilisation of the poor for their own fate, which in turn effects a depoliticisation of poverty and inequality.

2.1. Poverty as a Deficit of Human Capital

Since its creation, FA has been premised upon the theory of human capital. This theory conceives human labour as a form of capital that can be enhanced through investments in areas such as education, training, healthcare and nutrition (Becker, 1962). Individuals are regarded as capitalists who can accumulate and enhance their human capital over time through better investments and choices. The returns of investing in oneself are measured in terms of income but also in terms of well-being and personal satisfaction. (Calkin, 2018). In this way, the theory has become a comprehensive explanation of factors which may lead people to prosperity and success. When poverty is seen through these lenses, the solution lies in assisting people to develop their human capital through access to education, healthcare and other goods and services crucial for market inclusion. But these investments do not necessarily have to be state-led. Within human capital theory there remain debates about whether states should intervene in human capital development. While for some streams of the theory states should invest in services like education and health to the extent that human capital is a factor of growth, for others these investments should be a private responsibility as individuals are the main beneficiaries of the returns. Furthermore, the latter insist that the absence of public provision can incentivise individuals to make better choices (Calkin, 2018).

Human capital is a central element of neoliberal governmentality. As Foucault notes in his 1979 lectures, it is the basis for conceiving subjects as enterprises in accordance with the neoliberal redefinition of the market as a game of competition. In the lectures on the *Birth of Biopolitics*, Foucault points out a shift in neoliberal thinking regarding how the market

ought to be understood. Instead of a game of exchanges (the traditional liberal approach), for the neoliberals from the early and mid 20th century, the market is a game of competition. But competition is not a natural institution, it is rather an artificial reality. Firstly, it necessitates inequality and poverty as they incentivise rivalries. Competition as an objective of government also demands state intervention, vigilance and active engagement (Foucault, 2008, p.p. 120-121) In a society structured by competition, Foucault asserts, the sought-after subject is neither the man of exchange nor the consumer (the liberal *homo economicus*), but rather the individual who can adjust to the model of the enterprise. Neoliberal rationality expects everyone to be “an enterprise for himself and for his family” (Foucault, 2008, p. 206). The notion of the “the enterprise for himself” is grounded on Schultz and Becker’s theory of human capital as “a conception of capital-ability, which according to diverse variables, receives a certain income” (Foucault, 2008, p. 225). Thereby, individuals can improve their income by behaving as enterprises of themselves: “being for himself his own capital, being for himself his own producer, being for himself the source of his earnings” (Foucault, 2008, p. 226).

The neoliberal enthroning of the market as the principle, form and model of the state and everything else, has a number of consequences on how social policy ought to be structured. First of all, because competition and inequality require enactment for the market to function, social policy cannot be concerned with equalising access to consumer goods or compensating for the negative effects of the economy (Foucault, 2008, p. 141). To put it differently, social policy cannot counterbalance inequality in a significant manner without risking market disruption. Consequently, redistributive efforts must be kept to the minimum. Social security is also redefined as a “safety clause” for those players who otherwise would fall behind and get excluded from the game of the market. It is done through the provision of basic income support to those who cannot provide for themselves through market mechanisms either for temporary or permanent reasons, that is, the *absolutely poor*.

Secondly, the construction of a society of entrepreneurs faces the challenge of constituting the competing entrepreneurs. The Ordoliberalism analysed by Foucault advocated for a form of state intervention aimed precisely at constituting entrepreneurs through the logic of human capital (Feher, 2009, p. 32). For instance, as Dean notes, the Ordoliberal

Alexander Rostow argued in favour of a state-led cultural transformation: the market as an artificial game of competition should be matched by a culture in which all aspects of social life are structured in accordance with the ethos of the enterprise (Dean, 2010, p.p. 71, 185). On the other hand, the Chicago School agreed with the idea that market freedom requires a cultural reformation, but claimed that the best way to achieve it is through the creation of markets, for instance within the realm of what previously were social services. In other words, for the Chicago boys the best way of learning market behaviour is by participating in markets. Finally, as Foucault also observes, the notion of human capital engendered a new theory of economic development to be applied in the so called “Third World”. According to this theory, it is in the interest of the state to invest in human capital as it prompts growth (Foucault, 2008, p. 232).

Drawing on Foucault’s analysis of human capital, Michel Feher contends that a defining feature of neoliberalism is the replacement of the liberal free labourer with the new subjectivity of human capital (Feher, 2009, p. 24). However, human capital takes a different form in the context of our current financialised world. Like corporations, “human capital is less concerned with maximising the returns of his or her investments – whether monetary or psychic – than with appreciating, that is, increasing the stock value of the capital to which he or she is identified.” (Feher, 2009, p. 27) Individuals are “conceived as the managers of a portfolio of conducts pertaining to all aspects of their lives” (Feher, 2009, p. 30) with the aim of enhancing their self-appreciation and self-esteem. Therefore, approaching neoliberal subjects as investors in themselves supposes erasing the borderline between productive and reproductive, public and private, or professional and domestic realms. “The various things I do, in any existential domain (dietary, erotic, religious, etc.) all contribute to either appreciating or depreciating the human capital that is me.” (Feher, 2009, p. 30) As Feher notes, this reconfiguration of human capital opens the door to interventions in new domains of both social and individual life, many of which were considered private or domestic and, therefore, realms subtracted from the powers of the state according to liberal rationality.

In a similar vein, Wendy Brown remarks that nowadays individuals are indeed taken to mean bits of capital, but in financialised times, their “project is to self-invest in ways that enhance [their] value to attract investors through constant attention to [their] actual or figurative credit

rating, and to do this across every sphere of [their] existence.” (Brown, 2015, p. 33) Hence, reduced to bits of capital, individuals are expected to “maximize their capital value in the present and enhance their future value ... through practices of entrepreneurialism, self-investment, and/or attracting investors.” (Brown, 2015, p. 34) In this way, she characterises the neoliberal subject as a portfolio manager whose “sphere of activity is mainly financial and investment capital, and not only productive or entrepreneurial capital” (Brown, 2015, p. 24). Her contribution to this conversation is her observation that to behave as portfolio manager has become normative, that is, an individual responsibility. Indeed, in the current stage of capitalism, growth is understood as prompted by competitiveness. Enhancing countries’ competitive position has been turned into national projects, a superior end a synonym of the health of the state. As competitiveness is constructed as a bottom-up problem and defined by levels of human capital, the fabrication of responsabilised entrepreneurial subjects become an imperative.

As Sydney Calkin notes, along with idealised pictures of market subjects, human capital provides “policymakers with a set of categories to identify economically productive subjects and to prescribe a range of interventions to shape the behavior of those subjects.” (Calkin, 2018, p. 9) The theory creates a grid of intelligibility of human skills and abilities and provides tools for their quantification and association with growth goals. To this extent, it has revitalised the categories of the development discourse: human capital theory has provided new tools to conceptualise and measure development and underdevelopment, and the same could be said regarding poverty and the distinctions between deserving and undeserving poor.

The 2000 CONPES document 3081 which created FA claimed that its main objective was to maintain human capital levels within the households most affected by the fiscal adjustment and economic crisis from the late 1990s³. The explanation at this point was that crises and fiscal adjustments have a disproportionate effect on the poor. They are the ones whose income is most affected given their precarious position in the market. Hence, they are the ones more prone to lose accumulated human

³ According to the 2000 conpes document 3081, FA was part of a assistance scheme “designed to mitigate the impact of the economic recession and fiscal adjustment on the most vulnerable population.” (CONPES, 2000, p. 2. My own translation).

capital as, for instance, they have to resort to child labour and are unable to maintain adequate levels of food consumption⁴. The transfers were then claimed to be aimed at helping families to maintain and improve human capital levels in the aftermath of crises (CONPES, 2000, 2005). For instance, according to the 2005 conpes document 3359, FA has “the aim of protecting households’ human capital and maintaining their minimum levels of consumption through income increments”⁵ (CONPES, 2005, p. 2). The idea was that through targeted income support, families would not only keep their children in school and maintain basic food consumption, but also learn the importance of investing in health and education as a means to improve their income. Therefore, since its creation, FA has been about constituting subjects who see themselves as human capital and, consequently, learn to make the right decisions thinking about the future. In this way, the poor are made responsible for their own fate, while the state emerges as a mere facilitator.

When FA was included in the system of Social Protection created in 2002, the language of human capital mutated into the language of capabilities. This language resembles the theory of capabilities elaborated by Amartya Sen and Martha Nussbaum, who put forward the idea that poverty is a problem of deprivation of essential capabilities, that is, of the minimum freedoms necessary to lead the type of life people have reasons to value (Nussbaum, 2003; Sen, 1999). These freedoms result from combinations of aspects such as personal traits, resources, institutions, cultural arrangements, environment, security, markets, power, etc. Although the theory looks beyond human capital, to the extent that within the 2002 regulations good choices and investments in education and health care remained central to the depiction of poverty, the language of capabilities was just an adaptation of the human capital perspective.

After Alvaro Uribe’s re-election in 2006, FA became a central programme in the national governments’ agenda as it was considered crucial, given its human capital orientation, to the enhancement of the national competitive position. In the 2006 national development plan, FA was articulated with Uribe’s promise to improve the competitive position

⁴The 2005 conpes document 3359 claimed that “the crisis that the country experienced in the late 1990s caused an income decrease among the poorest population in proportions higher than those faced by the rest of the population.” (conpes, 2005, p. 2. My own translation).

⁵My own translation.

of Colombia. Besides security, his new formula included “social inclusion” translated into human capital building for the purpose of market inclusion. In one section of the document it is claimed that competitiveness is good for “social inclusion” as private investment is the engine of growth —presupposing that growth leads to poverty reduction— but at the same time competitiveness requires social inclusion by means of human capital development (Departamento Nacional de Planeación, 2007). Thus, Uribe’s development plan represented “social inclusion” in the form of human capital development as a precondition for competitiveness, and FA was discursively reformulated along these lines.

Juan Manuel Santos’ government followed Uribe’s path of connecting human capital to competitiveness, but Santos innovated in doing so through the notion of peace rather than security. FA was again reframed along these lines. The connection between human capital and peace was timidly suggested during Santos’ first administration. After his re-election in 2014, when the negotiations had begun between the government of Colombia and the FARC, peace became a central concept of Santos’ government. He insisted upon the connection between peace, competitiveness and human capital. Thus, in Santos’ 2014 development plan, it was claimed that peace allows the state to focus on enhancing equity (understood in terms of human capital development, equal opportunities and social mobility) while at the same time equity (in particular equity grounded on education) is a precondition for economic prosperity and peace (Departamento Nacional de Planeación, 2015). Peace, education and equity were described as the engines of competitiveness, social mobility, democracy and good governance. It is important to notice that in 2014, the terms “fighting extreme poverty” or “ending extreme poverty” were replaced by the expressions “social mobility” and “closing gaps”. (Departamento Nacional de Planeación, 2015, p.p. 30-31) This reflects a shift towards the conceptualisation of poverty as a multidimensional phenomenon as well as Santos’ promise of helping the middle class and improving education for all, not only for the poor, in line with OECD advice. In any case, human capital, especially education, remained central to the strategy of social mobility, while FA along with *Red Juntos* (re-branded as *Red Unidos*) were turned into peace devices. These discursive twists resemble Brown’s critique of how human capital is instrumental in making the poor responsible not only for their own poverty but also for the wellbeing of the

nation. Individuals are made responsible for accumulating human capital not only as a means to raise their future income and provide for themselves and their families, but also as a civic duty to the extent that human capital attracts investors and, consequently, improves the competitive position of a country. Here we find an example of competitiveness constructed as a bottom-up problem and a further instrumentalisation and responsabilisation of the poor.

When FA was incorporated into *RED JUNTOS* in 2006, human capital was reformulated as “the functional capacities of families.” (CONPES, 2006, p. 10) In a similar fashion, a 2009 *Red Juntos*’ operation manual added the terms motivation and commitment to help families to put to work their own resources, knowledge and skills in order to defeat poverty (Departamento Nacional de Planeación, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social, & Social, 2009, p.p. 16-17, 31-32). What we see here is the introduction of new perspective on human capital, according to which the poor already have some capital – e.g. some assets, skills, networks, etc. – which if properly used, may help them to overcome poverty. This viewpoint seems close to theories of social capital as another sort of capital to be accumulated and exploited.

There is a second way in which theories of human capital and social capital were merged in the 2009 *Red Juntos* operation manual. Premised upon the idea that poverty is a multidimensional phenomenon, the manual identified nine criteria conducive to human capital improvement: access to identification documents (such as birth registration and national identification number), employment promotion (including schemes of employability and support to entrepreneurial initiatives), education, healthcare, housing, nutrition, family dynamics (referring to mechanisms aimed at preventing domestic violence and guaranteeing reproductive health), financial inclusion and legal aid (CONPES, 2006). In this way, indicators of human capital broadened to include financial, political and social dimensions. Thereby, human capital became a much broader concept connected to violence, rule of law, citizenship and financial inclusion.

Sonia Alvarez names this approach the theory of the “productivity of the poor”, which inspired by Hernando de Soto ideas, refers to an intrinsic potential of the poor which rests upon both skills and assets (Alvarez Leguizamón, 2008). De Soto, Alvarez notes, explores the informal

and underground economies of the poor to claim that they epitomise the stamina, natural entrepreneurial skills and type of productive assets that these populations already possess. For de Soto the solution is then to recognise this potential and create mechanisms to help the poor to make the most of it. As the 1990 and 2000 World Development Reports illustrate, such mechanisms include incentives for agricultural production and the development of the informal sector, microcredits, property rights, intellectual rights, access to justice and legal aid, among others (World Bank, 1990). This type of help would allow the poor to have access to credit, insurance and other type of protections necessary to engage in proper entrepreneurial, high risk projects which benefit from market opportunities. Alvarez contends that this twist in human capital theory is another way of commodifying the knowledge, skills and networks of the poor. It is also a way of capitalising on the work they already do in precarious conditions, contributing in this way to furthering the overexploitation of their labour (Alvarez Leguizamón, 2008). I would add that this is another way of making the poor internalise the entrepreneurial ethics of neoliberalism, and to further responsabilise them for their situation to the extent that they are portrayed as already possessing the tools and assets required to defeat poverty.

A final aspect in which the reliance upon human capital can be appreciated in FA is the references to financial inclusion contained in most of the official documentation. Since its creation, FA has been thought of as a tool for financial inclusion, especially in rural areas. To begin with, the cash transfers are delivered through financial institutions, compelling poor families to open bank accounts (Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, 2007). Furthermore, one of the criteria that the national government has taken into account to expand the programme to new localities has been the existence of banks in the region. This requirement seeks to incentivise local governments to create conditions attractive to the financial industry. Although in 2005 began experiments in localities without banks (CONPES, 2005), overall, the availability of banks has facilitated the introduction on the programme into new territories. More importantly, since the merging of FA with *Red Juntos*, the programme has included financial education among its objectives. I have already mentioned that *Red Juntos* includes financial inclusion among the factors constitutive of human capital. The aims of the scheme in this regard

are to insert poor families “into the financial system as a means to access job opportunities, income and security”, as well as to “create a savings culture to help families to achieve their goals.” (Departamento Nacional de Planeación et al., 2009, p. 26). *Red Juntos* also demands that local governments organise financial education campaigns to help people get to know and use the financial services available in their jurisdictions. FA has been also articulated to the national strategy for financial inclusions and has been used as a platform for testing new types of financial services especially designed for low-income customers. Hence financial education has become a dimension of human capital development in the eyes of FA to the extent that it provides tools for job opportunities and risk management, but more importantly because it instils market behaviour in line with the demands of our financialised times. Drawing on Feher and Brown, it could be argued that FA is implicated in inculcating financial rationality and, therefore, in constituting the poor as portfolio managers by means of its financial education programmes.

2.2 The Vulnerability Approach to Poverty

The vulnerability approach to poverty made its appearance in 2001 when FA was integrated into the System of Social Risk. In a nutshell, this perspective envisions poverty as a problem of ill managed risks and risk adverse behaviours in a world of insecurity, but where risks can also bring about rewards and opportunities (Barrientos & Hulme, 2008). The social risk management theory advocated by the World Bank underpins this viewpoint. It claims that individuals, families and communities are vulnerable to multiple and unpredictable risks, ranging from environmental degradation to economic recessions. When these risks transform into catastrophic events, their consequences disproportionately affect the lower ranks of society, making them more vulnerable to fall into poverty or to deepen their situation of impoverishment. Consequently, the solution is to provide the poor with devices to cope with risks in order to reduce their vulnerability to those adverse outcomes. Additionally, Holzmann and Jørgensen stress that the poor’s “high vulnerability makes them risk averse and thus unable or unwilling to engage in higher risk/higher return activities” (Holzmann & Jørgensen, 2000, p.p. 530-531). Therefore, by helping the poor to reduce their risk management costs, diversify their income sources and accumulate savings (to smooth their consumption in

times of crisis), the poor can be incentivised to engage in more risky but also more profitable enterprises.

The human security paradigm is another antecedent of the vulnerability perspective. Human security is a concept that emerged in the post-Cold War period in an attempt to give a different meaning to the idea of security by focusing on the population rather than on the nation-state (Gupta, 2015). Its advocates consider that poverty is associated with the insecurity that many people currently experience due to increasing economic and social problems such as violence in neighbourhoods, repressive states and gendered violence. Hence, poverty is a security issue “in that the lives of the poor [are] insecure along multiple dimensions, and the eradication of those risks [is] necessary in antipoverty efforts.” (Gupta, 2015, p. 91) It means that eradicating poverty implies alongside growth, addressing violence, political instability, civil conflicts, and so on.

The vulnerability perspective is embedded in the neoliberal approach to risk, which differs from the liberal one in its depiction of risk as difficult to predict and manage. The liberal subject was already conceived as dependent upon uncontrollable risks; however, according to liberal rationality, risks can be managed through statistics and calculations, giving birth to systems of insurance. Neoliberal rationality perceives of risk in a different way. In a changing and interconnected world where humans cannot foresee the effects of their actions, risks have become unpredictable. We have lost control of the consequences of our actions. Risk has transmuted into a continuum, it never evaporates and is experienced by the entire population. Therefore, we all have to adapt and take responsibility for it, while risk minimisation must become a feature of our daily choices (Dean, 2010). However, there are sub-populations more vulnerable to the adverse effects of those risks, such as the poor. For the neoliberal rationality, it is not only that the poor are exposed to more risks and that they are more likely to suffer the adverse consequences of them, but also that, in comparison with other sectors of populations, they lack the assets, skills and abilities necessary to prevent and overcome those consequences. Consequently, these individuals and communities must be targeted and assisted in becoming resilient to risk.

As Chandler and Reid argue, the idea of resilience involves a problematisation of the political habits, tendencies and capacities of peoples, and consequently, engenders a project for replacing them with

adaptive ones. Social policy is then entrusted with the task of enabling more adaptive and capable individuals who are more efficient at making use of market mechanisms for coping with risk (Chandler & Reid, 2016). It involves teaching people to make responsible decisions to minimise risk and plan for the future in case of calamities, including economic recessions. Social policy is also called on to help poor people to become less risk adverse; at this point it articulates with entrepreneurial subjectivity as responsible risk-taking is a central ingredient of successful entrepreneurialism.

Neoliberal resilience also implies a transformation of the notion of security by virtue of which the poor are responsabilised. Security, like competitiveness, is constructed as a bottom-up problem, that is, the roots of (national) insecurity are placed at the micro level of the individual. Resilience in the context of security discourses also replaces concerns for external threats with “fears over the domestic or internal coping and adaptive capacities of individuals and their communities.” (Chandler, 2016) In this way, individuals are made responsible not only for their own security, their resilience, but also for national security. The picture that emerges here is that national security is created by the grouping of resilient and responsible subjects who adapt and efficiently cope with risk.

The 2001 CONPES document 3144 which incorporated FA into the System of Social Risk Management, once again addressed the problem of how to deal with poverty produced by fiscal adjustments and economic crises. The document reassured that the best solution to poverty is growth, implying that fiscal adjustments could not be challenged as they are the recipe for growth. However, drawing on the World Bank’s theory of risk management, it was claimed that some “equity” measures were necessary in order to help the benefits of growth to reach the poor. Combining the human capital and vulnerability approaches, the policy document referred to two ways in which the state ought to help growth to reach the poor: On the one hand, interventions aimed at creating jobs and, on the other, income support schemes which target the extremely poor with the purposes of maintaining and developing human capital in time of crisis, and assisting the poor to acquire capabilities to deal with recessions and other types of risks. FA was now claimed to be the means to achieve the latter goal (CONPES, 2001).

The merging of *FA* with the System of Social Protection created by the 2002 Law 789 made more explicit the introduction of the vulnerability approach into the discursive operation of the scheme. The system was explicitly grounded on the social protection paradigm promoted by the World Bank above mentioned. Hence, for instance, the system was claimed to be designed to provide tools to the population to cope with the new conditions of the labour market in the context of a changing and interconnected world (Congreso de la República de Colombia, 2002). To put it simply, to teach people how to deal with labour flexibility and precarisation. The CCT were defined as promotion measures which seek to develop capabilities and the expansion of liberties by means of incentivising particular types of behaviour through conditionalities (Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, 2010). The capabilities which the programme endeavours to develop, continued the argument, were those necessary to cope with the growing dangers of our uncertain world.

Vulnerability theory also emerged in Uribe's 2006 national development plan. According to the document, besides lack of human capital, poverty originates in a myriad of factors outside state control, such as class, possibilities of education, health conditions and calamities. "Factors like these ones... which are not under the control of society or people, are the basis for arguing that the state ought to fulfil only a compensatory function; therefore, its actions and policies must focus on the people" (Departamento Nacional de Planeación, 2007, p. 34) rather than on institutions or structures. It means that given the impossibility of regulating or controlling those factors, social intervention must concentrate on helping people to cope with the consequences of those unavoidable risks.

The 2002 and 2006 regulations, by constructing poverty as the consequence of ill-managed risk, make the poor responsible for their own fate through another discursive route. In this case, the poor are depicted as people who lack the abilities and lifestyles necessary to adapt to the types of risks our contemporary world, in particular the current global economy, brings about. To end poverty then means to inculcate lifestyles suitable for modern risky times, as well as responsible behaviour aimed at minimising and preventing risks such as poverty, for instance, strategies such as savings, insurance, income diversification and investments in human capital. As with human capital approaches, the nation-state appears

as solely responsible for assisting people in developing adaptive skills. Economic crises, climate change, unemployment, all these phenomena are depicted as highly possible calamities which state institution barely can prevent or mitigate. This engenders the naturalisation of poverty as it is represented as unavoidable, a reality which we all have to accept and be prepared to face.

The vulnerability approach as embraced by *FA* also resonates with Chandler's critique of how this discourse is reformulating notions of national security. As mentioned in the previous sections, the Colombian CCT have a counterinsurgent inspiration. The idea of constituting responsible resilient subjects who are aware not only of the danger of falling into poverty but also of civil conflict-associated risks, matches Alvaro Uribe's utopia of a "communitarian state" where individuals take responsibility for security as a means to create competitiveness and, therefore, growth. *FA* through the constitution of responsible subjects and grateful poor (as the subsidies are portrayed as grants distributed by pro-poor presidents) serve the purpose of creating a loyal base aligned with the security goal of defeating guerrilla groups. It is difficult to map out this rationality in *fa* official documents; however, there are some traces like the mention in the 2006 CONPES document 102 of the military as an ally of *Red Juntos* and as a potential provider of social services to the poor (CONPES, 2006). Santos' attempt to link "equity" and peace is also entrenched in this logic. This can be also perceived in the introduction during his administrations of civil education as a theme to be addressed through *FA* and *Red Juntos* re-branded as *Red Unidos*. The objective of civic education is to teach people to solve their conflicts without resorting to violence; in other words, it is a way of turning them into peaceful subjects in line with the demands of peace as the new national project.

2.3. Poverty as Backwardness

The third conceptualisation of poverty appeared explicitly in Uribe's second development plan as it expressed concerns about welfare dependency and attempted to align *fa* with them. These concerns are premised upon the assumption that poor people live in poverty because they are comfortable receiving welfare subsidies and, therefore do not have reasons to make efforts to overcome poverty. This viewpoint resonates with theories that portray poverty as the result of inner cultural and moral

factors such as laziness, immoral behaviour and dysfunctional families, which impairs people's willingness and ability for social and economic mobility (Katz, 2015). It is claimed that these features can be transformed through modernisation, education, training, therapy and (economically coercive) incentives against welfare dependency (Ross, 1990-1991). Given the inevitability of poverty, in this case the solution focuses on "containing and managing dependence at the least possible cost." (Katz, 2015)

Sonia Alvarez draws attention to the function that these types of explanations play in times like ours when inequality has increased exponentially: they help to naturalise poverty and justify exclusion. They assume that the culture of poverty is produced and reproduced in the world of the poor. This world is represented as a different and inferior world, which explains its separation but also its delineation as a site of intervention. Therefore, the culture of poverty emerges as a natural and catastrophic phenomenon to be changed through cultural upgrading (Alvarez Leguizamón, 2005).

These concerns made their appearance in 2006. Drawing on what Uribe's government called "the new universal principles" of social inclusion, the 2006 development plan restated that any effort to fight poverty must be targeted at the extremely poor and avoid interfering with market incentives (Departamento Nacional de Planeación, 2007). A corollary of this is that subsidies must be kept to the minimum, but also that besides supporting competitiveness via human capital development, they must avoid dependency. In another section, the plan indicated that a successful social inclusion scheme is the one that, among other factors, "generates the correct incentives, that is to say, generates incentives to move out of poverty rather than to remain within it." (Departamento Nacional de Planeación, 2007, p. 32) Attached to the concept of dependency appeared the language of "co-responsibilities" which, as I will explain in the next paragraphs, has since then governed *Red Juntos* and, therefore *FA* as part of its network. The rationality is that a framework of co-responsibilities, in which the poor are not just incentivised but led to commit themselves through contractual mechanism to overcome poverty, is most effective in bringing about behavioural changes.

The 2006 CONPES document 102 introduced *Red Juntos* as a network of supporting programmes and incentives aimed at helping poor families to build up the human capital and capabilities required for ending the

‘intergenerational transmission of poverty’, achieving self-determination and improving life plans. The families are treated as parties to a contract in which they commit themselves to comply with a set of requirements in order to move out of poverty. The contractual form is the main manifestation of the principle of “co-responsibility” explicitly introduced in a 2009 operation manual. It is premised upon “the supposition that families, with support and companionship from the state, must make efforts to enhance their capacities, strengthen their assets, and acquire skills and tools to overcome their situation of extreme poverty.” (Departamento Nacional de Planeación et al., 2009, p. 16) Families’ participation in the network is guided by social workers whose role is to provide psychosocial support and motivation to the beneficiaries in order to help them to recognise their strengths and weaknesses, develop strategies adapted to their situation and, in this way, improve their life plans (CONPES, 2006). Families are granted five years to achieve the goals. Throughout this time, life advisers evaluate their progress and if a lack of commitment is observed, families are expelled from the scheme. The temporal character of the assistance is also reinforced by the introduction of indicators of when households have been successful in defeating extreme poverty. It has been claimed that the main objective of this criteria is to prevent dependency (Departamento Nacional de Planeación et al., 2009). Two assumptions emerge clearly here: *Red Juntos* and FA are since 2006 premised upon the idea that poverty is the result of bad life decisions which can be improved through psychosocial companionship and behavioural techniques. Additionally, it is believed that the poor do not necessarily desire to move out of poverty, suggesting a sort of cultural acceptance and prizing of poverty.

Dependency was a marginal subject during Uribe’s administration, but became a central theme in Santos’ development plans. It is expressed in the concern that his plans share about designing exit criteria and transition mechanisms towards market-generated income. The 2010 plan problematises the performance of the programme during Uribe’s Presidency by claiming that it did not promote independent sources of income and made families dependent upon subsidies. Hence, the plan stressed the importance of introducing exit criteria as a means to incentivise families to “self-manage” their own development. Better targeting mechanisms were also planned to be implemented as complement to the exit criteria in order to expel families who were not in need of help and therefore

deceiving the programme. Here the cultural dimension of the dependency approach became clearer as the Santos' government discussed the importance of information sharing and double checks to detect households who were "cheating" on the scheme. The premise is that the beneficiaries of social assistance are prone to lie in order to keep the aid; therefore, selection mechanisms are essential for targeting the right population.

2.4 Poverty as a Lack of Power & Agency

Lack of power is the last explanation of poverty that underpins FA. This perspective claims that poverty is caused by people's lack of agency, that is, of knowledge, abilities and skills to organise, raise their voice, participate in political processes and ignite change. This leads to programmes which seek to empower the poor and give them a voice in decision-making processes, for instance through participatory mechanisms and representative schemes. From a more critical angle, this explanation of poverty encourages organisation and mobilisation of the poor and on behalf of the poor (Katz, 2015).

According to Barbara Chuikshank the initial manifestations of this approach were the Community Action Programs introduced in the 1960s by the US President Lyndon Baines Johnson in the context of his "War on Poverty". Adapted from techniques used by left and feminist movements, they attempted to transform the subjectivity of the poor from powerless to active citizens (Dean, 2010). In particular, this technology was claimed to fight welfare dependency. The notion survived but was recalibrated by right-wing governments and connected to entrepreneurial schemes. This perspective, Chuikshank argues, is premised upon a particular conception of power relations according to which there is a dichotomy between power and powerlessness. Power appears as a zero-sum game in which some actors have power at the expense of others. Empowerment is seen as outside power relations, as a facilitator of active participation. This ignores that power is an element of the particular power relations in which the targeted populations are involved. Furthermore, technologies of empowerment are presented as aiming at a "quantitative increase in capacity", while what they really do is to effect a "qualitative transformation of forms of subjectivity": "It tries to act upon disparate groups so that they come to recognize their common being within a unified

administrative category, thereby assuming the identity of active citizens and participants in social reform.” (Dean, 2010, p. 86)

Sonia Alvarez, on the other hand, alerts us to the manner in which participatory mechanisms oriented towards “community management” or “self-sustainability” constitute technologies of government based on self-vigilance. The idea is that communities by themselves make sure that their members engage in responsible behaviour, such as human capital development and entrepreneurial efforts, while at the same time promote integration and prevent conflict and violence. It is a mechanism through which states devolve this disciplinary exercise to communities. Moreover, it is evidence of how the control of populations works under neoliberal rationality: instead of vigilance of the whole population through universal welfare policies, vigilance now focuses only on specific populations considered dangerous – e.g. the extremely poor and minorities – and draws upon their own energies. Targeting and community management are helpful for purposes of insulating, territorialising and neutralising these communities by creating boundaries between them, delivering subsidies on a territorial base and inculcating systems self-vigilance (Alvarez Leguizamón, 2008).

This perspective emerged in 2006 when *Red Juntos* absorbed *FA*. According to the 2006 CONPES document 102, families must join the network voluntarily. In order to ensure voluntary participation, municipalities are made responsible for organising open calls, providing detailed information about what participation in the scheme entitles and raising awareness about the benefits that participation can bring about. Targeted families must decide whether they want to participate or not, knowing that if they join the network, they have to sign written contracts where their responsibilities are defined as well as sanctions for breaching the agreement. The policy document conceives the agreement as a self-targeting mechanism which reveals people’s willingness to improve their life conditions. Voluntary participation is then conceived as a means to empower and, therefore, to trigger behavioural change.

Soon after, in 2007, *FA*’s operation manual was redesigned to include participation and social control as central characteristics of the programme. It was claimed that the programme “promotes the creation of spaces where the beneficiary families can strengthen their social fabric and cultural integration” along with interaction with public authorities

with the objective of “building up mechanisms of participation and social control.” (Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, 2007, p. 10) In a similar vein, in a 2009 operation manual, participation was explicitly included among *Red Juntos*’ objectives and principles. Besides incentivising human capital development, the manual stated that enhancing communities’ self-organising and participatory capacities was central to turning them into active subjects of their own development (Departamento Nacional de Planeación et al., 2009). The manual proclaimed participation and social control as guiding principles of the network. It was argued that participation as the key to good governance should be translated into participatory management. It means that instead of management from above, the scheme should rely upon agreements and consensus. Citizens are then called to share responsibility for ending poverty, which involves awareness raising regarding their rights and duties.

3. Conclusion

This paper looked at *Familias en Acción*, a conditional cash transfers scheme created in Colombia in 2000 as a temporal strategy to mitigate the social effects of the late 1990s economic crisis, but which also formed a part of the broader anti-guerrilla and anti-narco-trafficking ‘*Plan Colombia*’ and of counterinsurgency national tactics. By investigating its origins and paying attention to the manners poverty is depicted by the programme, this paper revealed four conceptualisations of poverty which form the basis of FA: poverty as deficit of human capital, poverty as the consequence of higher vulnerability due to individual difficulties to cope with risk, poverty as a problem of cultural and moral backwardness and, finally, poverty as lack of agency and powerlessness. In conjunction, these viewpoints envision the poor as responsible individuals who commit themselves to cultivate their abilities and skills, to work hard to change their current socioeconomic status, and to reform their inner dimensions such as culture and psyche, all this in order to be able to provide for themselves, participate in the market and fulfil their civic responsibilities.

This definition of the poor goes hand in hand with a new way of understanding society. As Dean claims, instead of a site of conflict and contradictions to be regulated or “a source of needs that are individually distributed and collectively bore,” society is conceived as “a source

of energies contained within individual's exercise of freedom and self-responsibility." (Dean, 2010, p. 179) The inherent energies of society should then be facilitated and cultivated. Against this backdrop, instead of promoting unity and containing contradictions, alongside keeping the poor alive, social policy ought to foster the energies of individuals and collectives, while instilling responsibility. This is done through the displacement of welfare policy by cultural and behavioural transformation.

The understandings of poverty FA is premised upon constitute a way of depoliticising poverty. The programme shifts the responsibility of poverty onto the shoulders of poor subjects by constructing poverty as a problem of bad investments in human capital, lack of capabilities to deal with risk, lack of agency and dependency. These ways of looking at poverty individualise its causes and move attention from the structures and processes of impoverishment. The depolitication of poverty is also effected by FA's attempt to represent poverty as a technical problem in need of technical solutions rather than political solutions. In sum, by constructing poverty as an issue of individual responsibility and also of measurement, evaluations and behavioural design, *Familias en Acción* precludes deliberation on the political causes of poverty.

Bibliography

- Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. (2007). *Manual operativo programa Familias en Acción*. Bogotá
- Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. (2010). *El camino recorrido. Diez años Familias en Acción*.
- Álvarez Leguizamón, S. (2005). Los discursos minimalistas sobre necesidades básicas y los umbrales de ciudadanía como reproductores de la pobreza. In S. Álvarez Leguizamón (Ed.), *Trabajo y producción de la pobreza en Latinoamérica y el Caribe: estructuras, discursos y actores* (pp. 239-273). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales clacso.
- Álvarez Leguizamón, S. (2008). *Biopolíticas neoliberales y focopolítica en América Latina, los programas de transferencias condicionadas*. Paper presented at the alacip, San José de Costa Rica.
- Ballard, R. (2012). Geographies of Development II: Cash Transfers and the Re-invention of Development for the Poor. *Progress in Human Geography*, 37 (6), 811-821.
- Barrientos, A., & Hulme, D. (2008). Social Protection for the Poor and Poorest in Developing Countries: Reflections on a Quiet Revolution. *Brooks World Poverty Institute Working Paper 30*.

- Becker, G. S. (1962). Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis. *The Journal of Political Economy*, 70(5), 9-49.
- Brown, W. (2015). *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution* (First ed.). United States of America: Zone Books.
- Calkin, S. (2018). *Human Capital in Gender and Development* (First ed.). Abingdon and New York: Routledge.
- Chandler, D. (2016). Debating Neoliberalism. The Exhaustion of the Liberal Problematic. In D. Chandler & J. Reid (Eds.), *The Neoliberal Subject. Resilience, Adaptation and Vulnerability* (pp. 9-23). London: Rowman & Littlefield International Ltd.
- Chandler, D., & Reid, J. (2016). Introduction. The Neoliberal Subject. In D. Chandler & J. Reid (Eds.), *The Neoliberal Subject. Resilience, Adaptation and Vulnerability* (pp. 1-7). London: Rowman & Littlefield International Ltd.
- Colombia. Ley 789 de 2002. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.
- Colombia. Ley 1532 de 2012. Por medio de la cual se adoptan medidas de política y se regula el funcionamiento del Programa Familias en Acción.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (1994). *Documento Conpes 022 de 1994. Focalización del gasto social en las entidades territoriales*. Bogotá, Colombia
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2000). *Documento Conpes 3081 de 2000. Plan Colombia. Red de Apoyo Social: Programas de subsidios condicionados y capacitación laboral de jóvenes desempleados de bajos recursos*. Bogotá, Colombia
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2001). *Documento Conpes 3144 de 2001. Creación del Sistema Social del Riesgo y Fondo de Protección Social*.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2005). *Documento Conpes 3359 de 2005. Autorización a la Nación para contratar un empréstito externo con la banca multilateral hasta por US \$86,4 millones, con el fin de financiar parcialmente el programa Familias en Acción y el fortalecimiento de la información y del sistema de monitoreo y evaluación del sector de la protección social*.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2006). *Documento Conpes 102 de 2006 "Red de protección social contra la extrema pobreza"*.
- Cooney, K., & Shanks, T. R. W. (2010). New Approaches to Old Problems: Market-Based Strategies for Poverty Alleviation. *Social Service Review*, 84(1), 29-55.

- Dean, M. (2010). *Governmentality. Power and Rule in Modern Society* (Second ed.). London: Sage.
- Departamento Nacional de Planeación. (2007). *Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. "Estado comunitario: desarrollo para todos"*. Bogotá
- Departamento Nacional de Planeación. (2008). *Diseño del índice Sisben en su tercera versión. Sisben III. Resumen ejecutivo*. Bogotá, Colombia
- Departamento Nacional de Planeación. (2010). *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos. Más empleo, menos pobreza y más seguridad*. Bogotá, Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Todos por un nuevo país. Paz, equidad, educación*.
- Departamento Nacional de Planeación, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social, & Social, M. d. I. P. (2009). *Red de Protección Social para la Superación de la Extrema Pobreza - Juntos. Manual de operaciones*. Bogotá
- Feher, M. (2009). Self-Appreciation; or The Aspirations of Human Capital. *Public Culture*, 21(1), 21-41.
- Foucault, M. (2008). *The Birth of Biopolitics* (M. Senellart Ed. First ed.). Great Britain: Palgrave Macmillan.
- García Trujillo, A. (2009). *Los programas de transferencias condicionadas: mecanismos de legitimidad política en América Latina*. (Maestría en Política Social), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Gupta, A. (2015). Is Poverty a Global Security Threat? In A. Roy & E. Shaw Crane (Eds.), *Territories of Poverty. Rethinking North and South* (First ed., pp. 84-102). United States of America: The University of Georgia Press.
- Holzmann, R., & Jørgensen, S. (2000). Social Risk Management: A New Conceptual Framework for Social Protection, and Beyond. *Social Protection Discussion Paper*.
- Katz, M. B. (2015). What Kind of Problem is Poverty? The Archeology of an Idea. In A. Roy & E. Shaw Crane (Eds.), *Territories of Poverty. Rethinking North and South* (First ed., pp. 39-78). United States of America: The University of Georgia Press.
- Lewis, O. (2015). A Study of Slum Culture: Backgrounds for La Vida. In J. T. Roberts, A. B. Hite, & N. Chorev (Eds.), *The Globalization and Development Reader. Perspectives on Development and Global Change* (Second Edition ed., pp. 79-87): Willey Blackwell.
- Lozano, J. (2011). Proyecto de ley número 220 de 2011 Senado "por medio del cual se regula el funcionamiento del Programa Familias en Acción". In. Bogotá: Gaceta del Congreso No. 46.

- Mkandawire, T. (2005). Targeting and Universalism in Poverty Reduction. *United Nations Research Institute for Social Development. Social Policy and Development Programme Paper No. 23.*
- Nussbaum, M. (2003). Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice. *Feminist Economics*, 9(2-3), 33-59.
- Peck, J., & Theodore, N. (2015). Paying for Good Behavior: Cash Transfers Policies in the Wild. In A. Roy & E. S. Crane (Eds.), *Territories of Poverty. Rethinking North and South* (pp. 103-125). United States of America: The University of Georgia Press.
- Prahalad, C. K. (2005). *The Fortune at the Bottom of the Pyramid: Eradicating Poverty through Profits*. The United States of America: Wharton School Publishing.
- Pulido Buitrago, C. (2013). *Los programas de transferencias monetarias condicionadas en América Latina*. El caso de Familias en Acción. (Maestría en Estudios Políticos Latinoamericanos), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Ross, T. (1990-1991). The Rhetoric of Poverty: Their Immorality, Our Helplessness. *The Georgetown Law Journal*, 79, 1499-1547.
- Ruckert, A. (2010). The Forgotten Dimension of Social Reproduction: The World Bank and the Poverty Reduction Strategy Paradigm. *Review of International Political Economy*, 17(5), 816-839.
- Schultz, T. W. (1961). Investment in Human Capital. *The American Economic Review*, 51(1), 1-17.
- Sen, A. (1999). *Development as Freedom*. United States of America: Oxford University Press.
- Stiglitz, J. E. (1998). *More Instruments and Broader Goals: Moving Towards the Post-Washington Consensus*. Paper presented at the wider Annual Lectures 2, Helsinki.
- World Bank. (1990). World Development Report 1990 "Poverty". In. Washington D.C.: World Bank.

Apuntes sobre la Política y las Políticas Públicas en la era de la Cuarta Revolución Industrial¹

Jonathan Alejandro Murcia*

En la Asamblea Departamental de Antioquia cursa actualmente el Proyecto de Ordenanza 17 de 2019 por medio del cual el gobernador de este Departamento busca crear la “Política de Antienvejecimiento en Antioquia: Vivir más y mejor”. Esta polémica propuesta de política pública tendría algo de sentido y hasta de novedosa, si no existiese ya en Colombia desde el año 2007 una Política Nacional de Envejecimiento Humano y Vejez, basada en estudios y proyecciones demográficas de organismos internacionales y nacionales, que tiene un enfoque de hábitos y estilos de vida saludables, pero reconociendo que el envejecimiento es un proceso natural en todos los seres vivos² y no algo que se deba erradicar o evitar.

Ahora bien, más allá de lo descabellados que puedan parecer los considerandos de ese proyecto de ordenanza, que combinan referencias bíblicas, alusiones a Google e invocaciones a la ciencia contra la muerte, el trasfondo de todo esto se encuentra en una aspiración de vieja data: *la prolongación de la vida*, que pareciera ser hoy una realidad evidenciada en las transformaciones demográficas y sociales en el ámbito mundial, que vienen de la mano de desarrollos científicos y tecnológicos en el área de la salud, y que en el último siglo han aumentado la expectativa de vida y cada vez más transforman las maneras en la que vivimos.

* Estudiante del doctorado en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia, mayo de 2019.

¹ Presentado al profesor Luis Fernando Sánchez Huertas, en el marco del curso: Las formas de la política en la cuarta revolución. Una reconceptualización de la política en la cibercultura.

² Esta política nacional ha sido territorializada en la mayor parte de departamentos y municipios del país, incluso en Antioquia a través de la Ordenanza 48 de 2014.

Pero ¿son los desarrollos científicos y tecnológicos por sí solos los que nos permiten hoy vivir más y mejor? o ¿hay otros factores que considerar? Desde mi punto de vista no son los progresos tecnológicos *per se* los que mejoran las condiciones de vida de la humanidad, sino las decisiones políticas que llevan a que esos descubrimientos de la ciencia se conviertan en derechos para la humanidad. En ese sentido, resulta muy pertinente la recomendación que nos hace Pierre Lévy (2007) de evitar separar la técnica de la sociedad y la cultura. Los desarrollos tecnológicos hacen parte de un sistema social y cultural que los desarrolla, les dan sentido y conducen a formas de socialización muy diferentes, en las que el uso de la técnica puede llevar a escenarios muy disímiles, ya sea el bienestar o la explotación del hombre. Sin embargo, a la hora de la verdad no es la tecnología la que subordina al hombre, sino el mismo hombre. Por esta razón se sostiene en este ensayo que el uso de los descubrimientos científicos y los desarrollos tecnológicos para el bienestar de la humanidad, más que una consecuencia de la ciencia y la tecnología, son producto de la política, y esto lo debemos tener muy presente en este momento de entusiasmo colectivo por la Cuarta Revolución.

Bernard Crick (2001) define la política como “una manera de gobernar comunidades plurales sin violencia innecesaria [y agrega] la actividad política es un tipo de actividad moral; es una actividad libre, creativa, flexible, agradable y humana” (p. 158). Para Crick: “La política, lejos de ser un mal necesario, es un bien práctico” (p. 158). No obstante, el gobierno de las sociedades requiere de ética. En el Libro III de la “Política”, Aristóteles deja muy claro cómo un gobierno puede ser recto cuando atiende al interés general, mientras otro puede desviarse cuando responde solo al interés particular del gobernante. Ahora bien, la política toma forma dependiendo de aquello que los miembros de una colectividad hagan con ella.

Cuando una sociedad decide democratizar sus desarrollos científicos y tecnológicos para el goce de la humanidad, es porque la cultura política que ha desarrollado esa sociedad así lo ha decidido, eso es lo que demanda a sus gobernantes y establece como institución. Pero cuando una sociedad representa culturalmente a la tecnología y a la ciencia como agentes externos, y a los desarrollos técnicos como objetos ajenos pertenecientes a un mercado también concebido como externo, con carácter propio y una dinámica propia, es porque esa sociedad ha desarrollado un sistema de

valores que los representa así. Por esa razón, el hecho de que la ciencia, la tecnología y todo el bienestar que se pueda derivar de ellas, sean consideradas parte de esa misma sociedad, es producto de cómo las representa y las regula políticamente.

Justamente, una de las herramientas para dirimir estos asuntos son las políticas públicas. Estas se pueden definir en términos generales como conjuntos de acciones, decisiones, instrumentos y objetivos colectivos, llevados a cabo principalmente por autoridades públicas, y encaminados a dar tratamiento a asuntos que se han considerado políticamente como de interés público (Roth, 2014; Cuervo, 2015).

En el siglo xx, la intervención del Estado en la pobreza, la desigualdad y otros problemas que entraron a hacer parte de la agenda pública, fueron tratados a través de políticas fiscales y sociales, mejorando sustancialmente las condiciones de vida de grandes sectores de la población (Piketty, 2015). En el caso del envejecimiento humano, la política de salud y otras políticas públicas auxiliares (deporte, recreación, etc.) han contribuido a disminuir la tasa de mortalidad por razones de salubridad. Las políticas laborales han introducido controles en los puestos de trabajo generando sistemas de riesgos laborales y de salud ocupacional beneficiosos para los trabajadores. Todas estas políticas han originado instrumentos y canales para que el desarrollo tecnológico y científico ayude a mejorar las condiciones de salud y trabajo de las personas. Pero no han sido la tecnología y la ciencia por sí solas las que han conducido a esta transformación social. Ha sido la sociedad que ha conducido mediante la política a la obtención de bienestar, a través de políticas públicas que aprovechan esos avances técnicos.

En cierto sentido, las políticas públicas en sistemas políticos democráticos son grandes acuerdos sobre los temas esenciales de una sociedad y sobre cómo el Estado debe garantizar su tratamiento. Son la materialización de la política como forma de orientación de la sociedad. Pero a su vez, son las sociedades quienes definen el papel de estas políticas públicas en los asuntos de interés general. Para algunos, las políticas pueden ser medios para lograr alcanzar aspiraciones cada vez más ambiciosas de desarrollo humano, como las que proponen Castells & Himanen (2016) para una era global en la cual la información se convierte en un indicador de desarrollo. Para otros, deben limitarse a garantizar a los individuos el

acceso al mercado, la libre competencia y la protección de la propiedad privada, bajo las premisas del capitalismo de mercado autorregulado.

En no pocas ocasiones ha sido el discurso científico y técnico el que se impone en las políticas públicas, como el “gran Otro” señalado por Žižek (2005) de pretender imponer un saber “real científico” sobre el sentido común. Hoy se le rinde culto a los datos, a los algoritmos y a las inteligencias artificiales que saben más de nosotros que nosotros mismos (Harari, 2016); el programador resulta ser más importante, incluso que el mismo experto, por lo cual no es tan descabellado que un gobernador de una provincia de un país suramericano cite a Google en los considerandos de su propuesta de política pública de antienvejecimiento

En ese orden de ideas, las discusiones sobre las políticas públicas en la Cuarta Revolución Industrial tendrán sin duda algunos aspectos novedosos, pero muchos debates serán los mismos de siempre. En el caso que he tomado como ejemplo de las políticas de envejecimiento —o antienvejecimiento según sea la preferencia—, la agenda pública en la Cuarta Revolución Industrial versará sobre las nuevas tecnologías de apoyo médico y cuidado a los adultos mayores, los robots auxiliares que permitirán ampliar la edad productiva del individuo, las transformaciones de los sistemas de pensiones, el envejecimiento activo y saludable, las prácticas de consumo y la ampliación de la gama de servicios para un mercado de personas mayores cada vez más grande, incluso, también tendrán lugar los debates sobre el desarrollo de *órganos biónicos*, *partes mecatrónicas* y *células madre* para la prolongación de la vida, que para el gobernador de Antioquia llevarán a la “cura del envejecimiento” y a la “muerte como algo opcional” para el ser humano. Sin embargo, la discusión de fondo será la misma: ¿Cómo queremos vivir?

Por esta razón, coincido con Pierre Lévy en que los debates importantes no se pueden trasladar solamente al campo del desarrollo tecnológico y científico, desligándolo de la sociedad y la cultura. El papel de la técnica en la vida de los seres humanos depende de cómo vivimos en sociedad y cuáles son los sistemas de valores que nos orientan en la vida colectiva. Más allá de si queremos vivir más, debemos cuestionarnos ¿para qué queremos vivir más? Si los datos demográficos nos dicen que cada vez aumenta más la esperanza de vida, y que el desarrollo científico y tecnológico aportan a este deseo de muchos, pero a la vez nos indican que esta realidad hace inviable los sistemas de pensiones por reposición y

que el bienestar debe ser una responsabilidad individual³, ¿qué pasará con los valores que nos han permitido vivir en sociedad a partir de la solidaridad intergeneracional?, ¿cuál será el papel del Estado y las políticas públicas en sociedades que parecen más conglomerados de individuos que estructuras con instituciones colectivas?, ¿cuáles son los valores que orientarán esas sociedades?, ¿cómo podremos vivir en sociedad o cuáles serán los fundamentos de un nuevo pacto social si es que tal cosa existe?

Dicho de otro modo, no es que se desestime el papel de la ciencia y la tecnología en el desarrollo de la sociedad, estas sin duda son extremadamente importantes. Sin embargo, las múltiples expectativas que puedan generarnos la era digital, la Cuarta Revolución Industrial, la robótica, el internet de las cosas, no pueden deslumbrarnos y enceguecernos frente a las cuestiones elementales que nos permiten vivir, no solo biológicamente, sino también y, sobre todo, socialmente. Por esta razón, la gran discusión es cómo la política y las políticas públicas permitirán que la técnica y la ciencia no se desarticulen de la sociedad, y que esta reflexione mucho más sobre el papel que tienen las dos primeras. En ese sentido, es que concluyo que la discusión sobre la Cuarta Revolución, más que técnica, es ética, política y filosófica.

Referencias

- Castells, M. & Himanen, P. (Eds.) (2016). *Reconceptualización del desarrollo en la era de global de la información*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Cuervo, J. I. (2015). La indeterminación conceptual de la política pública. Un problema normativo y metodológico. [Introducción]. En *Ensayos de políticas públicas II*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Crick, B. (2001). *En defensa de la política*. Barcelona, España: Kriterion Tusquets Editores.
- Harari, Y. N. (2016). *Homo Deus*. Bogotá, Colombia: Debate.
- Lévy, P. (2007). *Cibercultura*. México: Anthropos.
- Piketty, T. (2015). *El capital en el siglo XXI*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Roth Deubel, A. N. (2014). *Políticas públicas: Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá, Colombia: Ediciones Aurora.
- Žižek, S. (2005). *La suspensión política de la ética*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Žižek, S. (2016). *Problemas en el paraíso*. Bogotá, Colombia: Anagrama.

³ Como el "Yo empresario" de Žižek (2016) en *Problemas en el paraíso*.

El Derecho del Trabajo en la representación cinematográfica comercial norteamericana (2005 – 2019): Un derecho ignorado

Kevin Camilo Hartmann Cortés^{*}
Iván Daniel Jaramillo Jassir^{**}
Pedro Javier López Cuéllar^{***}

Introducción

El presente escrito tiene por objeto analizar en forma crítico-descriptiva la situación actual del trabajo en el cine comercial norteamericano (2005 –2019). Allí, se evidencia el (des) valor social del trabajo como pasaporte de ciudadanía social¹ y al mismo tiempo, el retroceso y la invisibilización de las garantías laborales, así como sus mecanismos de defensa.

En tiempos de contracción económica y financiarización de las relaciones laborales (Alonso, 2012) —que ha privilegiado un enfoque de emprendimiento en sustitución del enfoque de derechos del que emana

^{*} Abogado de la Universidad del Rosario. MA en Ciencia Política, Université Libre de Bruxelles y MA en Labour Policies and Globalisation, Universität Kassel & Hochschule für Wirtschaft und Recht en Berlín. Ha sido catedrático en la Universidad del Rosario en Bogotá. Actualmente es candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica.

^{**} Abogado de la Universidad del Rosario. Profesor asociado de carrera académica de la misma Universidad. Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Exbecario del Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Problemas del Trabajo y Relaciones Laborales de la OIT, magister en Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia (Italia) y doctor cum laude en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Consultor externo OIT. Conjuez Sala de Descongestión Laboral Corte Suprema de Justicia.

^{***} Abogado de la Universidad del Rosario. MA en Sociología Jurídica, IISJ Oñati. Ha sido catedrático en las universidades El Bosque y del Rosario. Actualmente es profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué.

¹ Por lo anterior, entendemos el trabajo en su dimensión de fuente de acceso a ingresos vitales a través de la energía laborativa bajo el esquema clásico de órdenes del empleador que remunera el compromiso de libertad personal en los espacios de la relación de trabajo.

la construcción del derecho del trabajo originaria del siglo xx (Barassi, 1901)— la depreciación de los valores básicos sobre los que se funda la disciplina laboral: (i) seguridad en el ingreso, y (ii) estabilidad en el trabajo (Baylos y Pérez Rey, 2009), ha sido progresivamente sustituida por modelos extra-laborales que invierten el principio de ajenidad de los riesgos (Plá Rodríguez, 1998), para exaltar el trabajo por cuenta propia y la deconstrucción del sistema de relaciones laborales basado en el trabajo por cuenta ajena, que se deteriora en su contenido como elemento esencial de ciudadanía.

En el mismo sentido, los límites al poder privado patronal se desvanecen en las expresiones audiovisuales en el período analizado. De esta manera, se empiezan a normalizar las situaciones de acoso laboral y, por tanto, a invertirse la lógica del principio protector del trabajador como parte débil de la ecuación capital-trabajo, trasladándose a la tutela de la empresa y los poderes subordinantes que el ordenamiento concede a la calidad de empleador. La superación de los límites legales sobre respeto del ámbito reputacional del trabajador y la proscripción legal de las *listas negras* se refleja como negación del disfrute del derecho fundamental al trabajo en la narrativa de las películas analizadas. Lo anterior también demuestra el ascenso del poder patronal, que en todo caso excede la órbita del despido y excluye al trabajador del contexto de acceso al trabajo en condiciones dignas y justas.

Al tiempo, la exclusión del sindicato y los mecanismos de representación en la narrativa cinematográfica demuestran el deterioro del acceso a los canales de concertación social, diálogo social y negociación colectiva. Ese fenómeno determina una constante expropiación de los derechos en el trabajo, eliminando de sus narrativas —y por tanto del imaginario colectivo— las palabras sindicato, negociación colectiva y huelga², sobre las que descansa el arquetipo de libertad sindical como derecho humano universal (Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, 1998). En este mismo sentido, el acceso a derechos a través de

² Es importante resaltar las reflexiones del profesor Umberto Romagnoli (2005) respecto a la naturaleza y relevancia política y social de los sindicatos: “No me parece que hasta ahora se haya subrayado adecuadamente cómo la palabra *sindicato* ha comenzado a dar señales de malestar justo cuando ha obtenido el permiso para circular libremente en el lenguaje común. Es decir cuando, aun siendo una palabra de la izquierda, ha dejado de ser percibida como una palabra amenazadora para *el establishment* político-cultural de los países más avanzados del capitalismo occidental; exactamente como la palabra *huelga*, a la cual de hecho acompañaba en el imaginario colectivo”. (Romagnoli, 2005, p.1).

reclamaciones judiciales y administrativas se desvanece en el relato cinematográfico que privilegia el auge de la renuncia o el proyecto individual de autoempleo sobre el reconocimiento de derechos y su eficacia en el ámbito de la relación de trabajo.

El enfoque jurídico coincide con las expresiones artísticas visuales en el cine, que valorizan el despido y la salida del mundo laboral como llave de éxito personal y social, los cuales se muestran como irrealizables en los entornos del contrato de trabajo.

1. Marco teórico

En épocas de supuesta asepsia ideológica o *post-ideología* (Žižek, 2011, p.29), en las que se ha decretado el fin de la historia (Fukuyama, 1992) y, por tanto, el triunfo hegemónico de una ideología particular —la democracia liberal y las instituciones de mercado—, el presente artículo apunta a analizar un agente narrativo expandido y consumido masivamente que refleja, construye, transmite y reproduce argumentos jurídico-laborales funcionales a esa ideología: el material filmico (Silvestre Rodríguez & Serrano Asenjo, 2012, p. 93-94)³.

Es urgente analizar con atención —y desde la óptica de los derechos— las expresiones del cine, considerando que estas y los medios comerciales de comunicación son el principal canal de información frente a los temas de derechos (Nelken, Ericson (1996), Halton & McCan (2004) o Greer (2010). Además de esto, y desde el punto de vista cultural, las ficciones presentadas por el cine pueden ser percibidas como los escenarios “reales” o “posibles” (Zizek, 2011). En esa medida, si la ficción presenta como imposible la defensa de los derechos laborales, o como imposible la

³ Siguiendo al profesor De Lucas (2013), como se verá a lo largo del presente escrito, rescatamos la importancia del cine como mecanismo pedagógico y de transmisión de ideas y conceptos: “Parecería una evidencia afirmar la utilidad o incluso la necesidad que tenemos hoy del cine como herramienta para la transmisión del conocimiento, por tanto, para la docencia y la investigación en la Universidad. Sin embargo todavía no es así, probablemente porque, como se ha insistido, antes de enseñar con el cine hay que enseñar en el cine. Es decir, porque no se puede recurrir al cine como herramienta didáctica si antes no hemos aprendido la historia y la técnica de un instrumento multidimensional. Por supuesto, esa es la primera exigencia para quienes tratan de integrar el cine entre los recursos de la docencia. Comprender el hecho de que el cine es, a la vez, entretenimiento/ocio, industria/ negocio, además de uno de los caminos para conocer, para conocernos. No se trata solo de una de las artes, ni solo de un negocio en la industria del *entertainment*. Es eso y mucho más: un medio, pero no un medio auxiliar, sino una herramienta imprescindible del saber, aunque no es menos cierto que constituye asimismo un gigantesco recurso para la propaganda y la manipulación. Sobre esa base se explica el gran poder del cine, como ha escrito Juan Miguel Company” (p.40).

realización personal dentro del esquema laboral, la posibilidad de imaginarlo y posteriormente exigirlo o buscarlo, se desvanece.

La narrativa cinematográfica ha estado ligada directamente con el Derecho en la medida en que, como indica Rivaya (2005) “resulta casi imposible relatar una historia humana sin que aparezcan los omnipresentes datos jurídicos” (p.136). El derecho del trabajo en particular ha hecho un importante aporte argumental⁴ a la narrativa cinematográfica: desde una representación directa del conflicto capital-trabajo (*Modern Times* de Charles Chaplin, 1935), hasta la incorporación sutil de escenas que apelan a ese conflicto sin que necesariamente sea el principio inspirador de la narración.

La inclusión de estas escenas en diversas películas permite encontrar un patrón narrativo que se inspira en la supuesta percepción del trabajo en un momento o contexto social. Se entiende que el material cinematográfico a analizar, describe las relaciones jurídico-laborales contemporáneas. Como lo indica Silvestre Rodríguez y Serrano Asenjo (2012), citando a José María Caparrós, las películas “sirven para explicar la sociedad, pues retratan más el contexto en que han sido realizadas que el referente histórico que intentan constatar” (p.93). En tal medida, más allá de que se examine un *western* o una comedia romántica, si aquello que analizamos es una película reciente, lo que se estará presentando será un reflejo de nuestro contexto y nuestro momento⁵. No obstante, desde la perspectiva de Narboni y Comolli, citados por Roselló y Doménech (2007), la concepción del cine parte de un “sistema de representación que reproduce el mundo no en su realidad concreta sino aberrado y puntuado por la ideología”. En otras palabras: “se trata de hablar de películas sin negar la existencia del aparato que las produce” (p.386).

En ese sentido, la representación cinematográfica termina siendo un valioso objeto de estudio en sí mismo para entender la canalización de ciertas concepciones y reflejos sociales en un momento determinado. No es fortuito que el cine se enmarque dentro de lo denominado por

⁴ Rivaya (2005) muestra cómo a través del siglo xx, el Derecho Laboral aportaba argumentos a las narrativas más militantes soviéticas o, más recientemente, a los análisis de las consecuencias psicológicas del desempleo.

⁵ Es importante aclarar que el presente artículo escapa de las discusiones relativas a la concepción esencial del cine, idealismo vs. materialismo, discusión explicada al detalle en el artículo de Roselló y Doménech (2007) citando las discusiones entre Leblanc y Fargier durante la década del 60 en el siglo pasado.

Horkeimer y Adorno (1971) como las *industrias culturales* que, como indica López et al. (2007) “definen buena parte del significado colectivo y pueden entenderse como las máquinas ideológicas encargadas de ‘producir’ deseos acordes con el espacio significativo de valorización del capital” (p.10). Como lo reseña Manrique (2007):

Las industrias culturales son el resultado —al mismo tiempo que un componente fundamental— del desarrollo de un orden social orgánico: la sociedad industrial. Más precisamente, son un fenómeno específico del siglo xx, la expresión de una fase específica del desarrollo de este proceso histórico: la emergencia de la sociedad industrial de masas. (Manrique, 2007, p. 209).

Es decir, hay una ineluctable relación orgánica entre el desarrollo económico del modelo fordista del trabajo (que lleva consigo un desarrollo jurídico paralelo que regula dichas relaciones industriales) y el surgimiento de las industrias culturales tales como el cine.

Con el advenimiento de los cambios en las relaciones sociales de producción, la matriz reguladora útil al esquema de producción fordista ha llevado a una serie de transformaciones en la era de la globalización que implica, como lo indica Jaramillo (2015):

La existencia de mercados cada vez más interdependientes que, gracias a los avances en materia tecnológica y de comunicaciones, generan el contexto de un mercado de carácter global. Se trata de una realidad del sistema económico nacida en las últimas décadas del siglo xx y consolidada en los primeros años del siglo xxi, que ha reformulado el esquema de producción y evidencia la deslocalización de empresas. (Jaramillo, 2015, p.28-29).

Es claro que esta reorganización y flexibilización del sistema de producción que desata la reproducción del *homo-consumens* (Saad, 2007) o el individuo ‘hiper-moderno’ (Lipovetsky, 1983; 2006) también ha universalizado una tipología de hombre universal y homogéneo “en torno al modelo de la sociedad moderna occidental —el *american way of life*—, el mercado y la cultura de masas” (Manrique, 2007, p. 213).

De acuerdo con Mazierska (2012), citando a Goddard y Halligan (2012), “Hollywood, en las películas de los 70 y 80, captura de forma precisa el cambio del paradigma fordista al posfordismo presente y futuro, con ambigüedad y a veces con optimismo” (p.152). La tesis de Goddard

& Halligan (2012) parte de un concepto: “Trabajo inmaterial”. Según los autores, esta idea:

Rompe con este paradigma [el del modelo fordista clásico de trabajadores presos de sus fábricas (p.173-174)] y presenta una nueva vista de posibilidades para el nuevo trabajador autónomo posfordista, quien ha salido de la fábrica y utiliza habilidades suaves (creativas, comunicativas, sociales y sexuales) como trabajo afectivo, en vez de ofrecer su fuerza física. (Mazierska, 2012, p.178-179).

Desde la aceptación de la narrativa fílmica como posible instrumento de transmisión⁶, el presente artículo analiza cómo las relaciones de trabajo han sido reflejadas en el cine comercial durante un lapso determinado y la manera en que ello ha influido en las percepciones sociales. En otras palabras:

Hablar de lenguaje e ideología en el film es reconocer que las películas no son solo el lugar de expresión de un lenguaje que se autoafirma, sino el espacio en el cual ese lenguaje es atravesado por toda una diversidad de contradicciones en las que se concreta la dimensión ideológica —dialéctica, como hemos visto— de toda obra artística. (Arnau Roselló & Doménech Fabregat, 2007, p. 384).

Por otro lado, y a pesar de la optimista visión que tenía Walter Benjamin⁷ respecto a las películas como “órganos de progreso social” que permitirían cultivar individuos críticos respecto a su medio y contexto social; es decir, como medio de ilustración y discusión de asuntos públicos y no como mero entretenimiento (Durham & Kellner, 2006, p.4), el presente escrito adopta la perspectiva althusseriana al entender al cine como parte de las instituciones que conforman los aparatos ideológicos de Estado (Althusser, 1971).

Ahora bien, el análisis de las construcciones ideológicas en el cine es relevante en cuanto este último es un eje vertebral de la cultura de masas. Como dice Mario Vargas Llosa (2011):

⁶ No es posible ignorar que el enfoque del consumidor pasivo implica omitir el potencial aporte que este realiza desde su idiosincrasia al momento de enfrentarse con un material de la industria cultural. Esta crítica especialmente dirigida a la escuela de Fráncfort es realizada de forma detallada por Martín-Barbero (1987).

⁷ No obstante, según lo analizado por Przywara (2018:1-2), la escuela de Fráncfort condujo a deducir, justamente por los trabajos de Benjamin y Habermas que “en contextos de modernidad, la historia social del arte sugiere que la experiencia de la autonomía de un objeto estético se ha convertido en una condición necesaria para la dominación cultural burguesa”.

Esta cultura de masas, según los autores, nace con el predominio de la imagen y el sonido sobre la palabra, es decir, con la pantalla. [Lo que es más:] La industria del cine, sobre todo desde Hollywood, *mundializa* las películas llevándolas a todos los países y, en cada país, a todas las capas sociales, pues como los discos y la televisión, las películas son accesibles a todos y no requieren para gozar de ellas una formación intelectual especializada de ningún tipo. (Vargas Llosa, 2011, p.28).

En relación con esto, resulta evidente una contradicción entre el alto número de películas recientemente creadas y el “descuido” que se ha tenido frente a su “estudio crítico” (Mazierska, 2012). Como lo reseñan Lipovetsky & Serroy (2011): “En 1976 Hollywood produjo solamente 138 películas y en el período 1988-1999 el número medio de largometrajes se elevó a 385” (p.51). De igual manera, desde el año 2000 hasta el 2018, se han producido en promedio 648 películas anuales en Norteamérica (Statista, 2019). A pesar de la importancia del trabajo en el mundo moderno, su cobertura a través de un análisis crítico cinematográfico ha sido relativamente magra, como lo explica Mazierska (2012): “El trabajo ha sido descuidado de los estudios críticos de cine porque, de cierta manera, está presente en prácticamente todas las películas [...] afecta la construcción de los personajes... (p.150)”.

Así pues, consideramos que las producciones cinematográficas analizadas contribuyen a la producción de realidades contextuales respecto al trabajo y las relaciones sociales contemporáneas que lo dominan. En particular, nuestra investigación busca analizar los fenómenos de invisibilización de los mecanismos de defensa que pudiese llegar a tener un trabajador en el marco de una relación individual de trabajo (recursos jurídicos o de asociación) e incluso como lo dice Przywara (2018): “La invisibilización de la clase trabajadora”. De la misma forma, no son constantes las expresiones cinematográficas con otras formas de trabajo no enmarcados en los conceptos clásicos, o que evidencien las problemáticas laborales como las actividades relacionadas con la economía del cuidado (remunerada y no remunerada), inclusión de trabajadores con discapacidad o el respeto de garantías para trabajadores migrantes, lo cual no desarrollaremos en el presente escrito, pero que esperamos observar en investigaciones posteriores.

Además, esperamos corroborar si en las películas de Hollywood del período analizado, esa captura del mundo laboral posfordista sigue

realizándose o, por el contrario, más bien resalta (u omite) conceptos antiguos del modelo industrial fordista en las narrativas propuestas por las películas objeto de análisis. Presuponemos que en el periodo escogido para el análisis de la presencia o ausencia del trabajo en la expresión cinematográfica (2005-2019) encontraremos las particularidades del denominado *posfordismo* caracterizado, como hemos mencionado, por la progresiva erosión de las características típicas de la relación de trabajo. El cine, cada vez más, refleja relaciones atípicas que se adscriben a este nuevo modelo que representa esencialmente un patrón de inestabilidad, inseguridad en el ingreso e inexistencia de diálogo social y la organización y representación colectiva para la defensa y reivindicación de derechos laborales (Ver al respecto: Jaramillo, 2015).

2. El trabajo en la representación cinematográfica

Vale la pena señalar que en las películas escogidas queda en evidencia la idea central de nuestro escrito: en la narrativa cinematográfica escogida, pareciera que las situaciones laborales más extremas (malos pagos, falta de certeza en los horarios, constantes abusos del poder patronal de subordinación, inestabilidad y acoso laboral) no logran encontrar una solución a partir de las respuestas típicas del Derecho Laboral Individual o Colectivo. En otras palabras, frente al abuso, no existe la representación del litigio laboral, o el respaldo sindical; ni siquiera es claro si existe una situación clara de regulación laboral⁸.

Empezaremos presentando algunas de las descripciones que se hacen en las películas acerca de estas malas condiciones:

⁸ Al respecto vale la pena mencionar que las películas consultadas hacen parte de un contexto legal diferente al colombiano: el estadounidense. Nuestra intención no es verificar si las situaciones que se presentan en esas películas coinciden o no representan algún tipo de violación a las disposiciones del régimen laboral de ese país. Por el contrario, las examinamos a partir de una perspectiva garantista del Derecho Laboral, es decir, desde los principios que usualmente ha inspirado las regulaciones del trabajo a nivel mundial.

Partimos del hecho de que la información que se presenta en estas películas no se puede tomar con la territorialidad que le corresponde a su derecho (no por ser producciones norteamericanas, solo envían un mensaje para quienes están regidos por el derecho norteamericano). Por el contrario, observaremos estas películas, como se dijo antes, desde la perspectiva colombiana, o en general desde la perspectiva garantista del Derecho Laboral. Pero también somos conscientes de que al tomar estas películas más allá de su territorialidad, aceptamos que el mensaje de ese Derecho Laboral, de esas relaciones laborales como posibles, viaja con ellas y en esa medida viajan con ellas posibles transformaciones y resquebrajamientos del derecho del trabajo.

En el caso de la película *Morning Glory* (2010), encontramos como punto de partida una situación de inestabilidad y despido injustificado. En la película, la madre de la protagonista que fue despedida, le pregunta si le suministraron algún tipo de indemnización producto del despido, a lo cual solo acierta a responder: “En el año pasado hubo cortes, así que no me ofrecieron nada. Pero estoy buscando otro empleo, con ganas”.

Posteriormente, cuando Becky (la protagonista) sigue buscando trabajo y es llamada a una entrevista, le afirman sin ningún rubor que en este nuevo trabajo las condiciones salariales serán inferiores (la mitad de lo que recibía en el primer empleo) y el trabajo será mayor, producto de la falta de personal y de recursos. Aun así Becky acepta.

En *Set It Up* (2018), también se presentan condiciones laborales insuficientes: la escena con la que abre la película muestra a una serie de *asistentes personales* cumpliendo una lista de órdenes caprichosas “¡ASAP!”. Después pasan a presentar a los dos personajes: Harper y Charlie, a quienes sus jefes les dan constantes órdenes urgentes en horarios exóticos. Incluso, en el caso de Charlie se presentan constantes escenas en las cuales es insultado por su jefe, le rompe su computadora, y lo pone a hacer las tareas de su hijo. El mismo personaje lo describe afirmando que ha pasado los últimos años “haciendo cuanto encargo de mierda imaginable”. Incluso la jefa de Harper, Kirsten, lo dice cuando admite haber sido molesta, desagradable, e incluso “(...) la peor persona”¹⁰.

Una situación similar se encuentra en el caso de *El diablo viste a la moda* (2006), en la cual además de la evidente y constante agresividad de Miranda —la directora de la revista a quien describen como una persona que “no está contenta a menos que todos quienes estén alrededor estén en pánico, con náuseas y apunto del suicidio”¹¹—, varios de los personajes hablan de las malas condiciones de ese trabajo. En el minuto 21:31 el padre de Andy, personaje principal, le confiesa en una cena en la que le da dinero para pagar su arriendo que “estamos un poco preocupados”: “Recibimos correos electrónicos desde tu oficina a las dos de la mañana. Y la paga es terrible (...)”.

Incluso, el grupo de amigos de Andy, tal vez a modo de consuelo, se reúne a hablar en un bar sobre las malas condiciones de sus trabajos

⁹ “I’ve spent three years doing every shit(y) errand imaginable”.

¹⁰ “I know that I’ve been cunt” “(...) i’m the most awful person ...”

¹¹ “She’s not happy unless everyone around her is panicked, nauseous or suicidal”.

haciendo afirmaciones como: “Mira este basurero en el que trabaja Nate” o “Mi trabajo apesta” y terminan proponiendo unos brindis, resignados: “Quiero proponer un brindis. Salud por los trabajos que pagan el arriendo. ¡Salud!”¹².

Esta misma tendencia se mantiene también en películas como: *En busca de la felicidad* (2006), *Quiero matar a mi jefe* (2011) y *The Boss* (2016). En la primera, que se desarrolla como la aventura de un vendedor de maquinaria médica que difícilmente se puede vender, gran parte de la narrativa gira alrededor de un mes de pasantía, en donde participa con otras 20 personas para un solo puesto de trabajo como corredor de bolsa. Sin embargo, la descripción de este trabajo hecha en la película es como sigue: “Tiempo completo, sin salario y sin promesa de trabajo”.

Chris, el protagonista, lo acepta por necesidad y casi totalmente desamparado. Además de trabajar gratis, recibe y acepta una serie de tareas insignificantes y no relacionadas con su trabajo que lo atrasan y lo ponen detrás del grupo: traer café, traer una dona, cambiar de estacionamiento un carro, prestarle dinero al jefe para el taxi, etcétera.

Por último, y desde la perspectiva de la comedia, encontramos *Quiero matar a mi jefe* (2011) y *The Boss* (2016), en las cuales también las situaciones laborales son similares. En la primera se presentan tres casos: el de Nick, Dale y Kurt. Cada uno de estos casos tiene un ambiente de trabajo difícil. El primero, Nick, presenta a un jefe que lo chantajea constantemente y quien con la promesa incumplida de ascenso lo hace trabajar desde las 6:00 de la mañana hasta la 1:00 de la madrugada. El otro, Dale, describe su ambiente de trabajo como “ambiente hostil de trabajo”¹³ debido al constante acoso de su jefa. Por último, Kurt, quien solía trabajar para un buen jefe, ahora trabaja bajo las órdenes caprichosas del heredero.

En el caso de *The Boss* vemos primero a Michelle, una jefa desconsiderada quien después cae en desgracia. Su asistente y posteriormente su socia, la apoya después de salir de prisión y, sin ahondar mucho, abandona un entorno laboral que presentan como “terrible” y “odiado”¹⁴ para hacer juntas una venta de *brownies*.

¹² “I mean, look at this dump Nate works in...” “Oh, you're right. My job sucks...” “I'd like to propose a toast. To jobs that pay the rent...”

¹³ “Full-on hostile work environment”.

¹⁴ You don't even like your job, Mom (...) You know what, Claire? Keep your terrible job. “I do hate this job. I mean, it's a terrible job. My God. I mean, look at him. He's slumped over, asleep”.

Frente a estas situaciones, las películas presentan explicaciones centradas principalmente en tres razones: 1) soportar las malas situaciones hace parte de la esperanza de un ascenso; 2) este mal ambiente laboral es lo *que debe hacer un jefe*, o incluso se llega a afirmar que estas condiciones de trabajo resultan un buen entrenamiento para los empleados; o que 3) la inestabilidad y el despido son “el empujón que necesita(s), para pasar al siguiente nivel”.

La esperanza de un ascenso es un factor común, del cual presentamos a continuación solo dos ejemplos. En el caso de *Set It Up* (2018) los dos protagonistas trabajan como asistentes personales y resisten estoicamente todos los caprichos de sus jefes, esperando ser recomendados a futuro en trabajos mejores (ser recomendada como escritora en el caso de Harper y ser reconocido como analista en el caso de Charlie). Dentro de esta lógica encontramos en el minuto 1:24:55 las palabras de Charlie, quien afirma: “No necesito ser libre, necesito ser ascendido” y en el minuto 50:42 encontramos una situación similar: Harper le pregunta a Charlie:

— ¿Por qué trabajas para este hombre? ¿Por qué no renuncias?

A lo cual responde:

— ¿Estás loca? Tendría que empezar de nuevo y todo esto sería un desperdicio. Además, Rick es el más respetado vc de todos los tiempos, si me asciende a analista podré obtener un trabajo en cualquier lugar.

Otro caso en el cual es evidente la lejana esperanza de ascenso aparece en *Quiero matar a mi jefe* (2011), en la que a Nick se le insinúa que si cumple con ciertas labores extra, será ascendido a vicepresidente de ventas¹⁵. A la larga, el cargo es absorbido por el jefe, lo cual es tomado por Nick como un engaño, pero para el jefe era solo “motivación”¹⁶ para que trabajara más.

Se supone que estas exigencias son *lo que debe hacer un jefe*, como lo podemos encontrar en un diálogo que sostienen Andrea y Nigel en el *Diablo viste a la moda* —The Devil Wears Prada— (2006). Ella le cuenta como está *matándose* en el trabajo para cumplir las exigencias de su jefa, a lo cual el responde:

¹⁵ “Hey, you want a promotion, you've gotta earn it. Life's a marathon and you can't win a marathon without putting a few Band-Aids on your nipples”.

¹⁶ “Not lying. Motivating”.

— ¿Y qué es lo que quieres que te diga? ¿Pobrecita Andy? ¡Despierta, Talla Seis! Ella —la jefa— solo está haciendo su trabajo.

Esto también sucede en *Morning Glory* (2010), en la que vemos la transformación de Becky, quien para salvar el programa de televisión en el que trabaja se transforma en una jefa sumamente exigente.

Aún más, en ocasiones estas películas presentan estos contextos laborales como positivos. Como si fueran un entrenamiento necesario para los empleados. Por ejemplo, Kirsten, en *Set It Up* (2018), explica que ha sido una *persona terrible* pero lo justifica diciendo:

— Es porque quiero que triunfes (...) Veo tanto potencial en ti. Pero debes tener *cuero duro*. Así (...) si esta industria de mierda es dura contigo, sabré que estás preparada (...) ¹⁷.

Y no es solo la jefa quien lo dice, su asistente también lo afirma mientras recogía sus pertenencias en la oficina después de ser despedida:

— Aprendí tanto de ti. Eres mi héroe ¹⁸.

Encontramos, por último, otra explicación ventajosa de las condiciones negativas y la inestabilidad. Primero, en dos casos encontramos que se presenta el *lado amable* del despido: en *Morning Glory* (2010), justo después de que la actriz principal ha sido despedida a pesar de ser una trabajadora cumplidora. Mientras está empacando en el carro, expresa:

— Hay muchas oportunidades. Mira a Chip, a él le tocó una. Quizá este sea el empujón que necesito para pasar al siguiente nivel ¹⁹. No es que sea toda mi vida. Es solo un trabajo, ¿verdad?

Un segundo ejemplo lo encontramos a Harper en *Set It Up* (2018), después de que es despedida: la escena la muestra en la casa, en pijama, intentando escribir. Llega su compañera de habitación y la encuentra en esta situación:

— Hola ¿Estás bien? ¿Por qué no estás en el trabajo?

— Porque me despidieron.

— ¡¿En serio?! ¡Eso es maravilloso! ¡Felicitaciones! ¿No? ¿Estás bien?

¹⁷ "It's because I want you to succeed. What do you mean? I see so much potential in you. But you have to have tough skin. So, if I'm the most awful person when this shitstorm of an industry is hard on you, I know that you'll be prepared".

¹⁸ "I learned so much from you. You're my hero".

¹⁹ Se repiten escenas en las que el despido se presenta como una *oportunidad*. A esto se suma el hecho de que la narración de la película sugiere que ese despido injustificado efectivamente le resultó beneficioso. Asumimos que se trata de construir un discurso que privilegie socialmente la inestabilidad social mientras se exalta la valentía, la resiliencia y el coraje de *no darse por vencido*.

— Dediqué tanto tiempo a ese trabajo y nunca escribí un artículo. Ahora Kirsten —la jefa— me odia y nunca me ayudará. Soy mala en esto. Llevo intentando escribir el mismo artículo por meses, y soy tan mala que no puedo terminarlo.

— ¡Aww!

Parecería que la va a abrazar comprensivamente, pero la golpea con una almohada:

— (...) Deja de sentirte mal por ti y solo escribe algo, así sea malo. Sí, Kirsten era malvada, pero aprendiste tantas cosas de ella, solo que no tuviste el tiempo para usarlas. Ahora —que te despidieron— tienes el tiempo, así que ¡levántate y hazlo!²⁰

En general, la inestabilidad, ya sea por despido o por renuncia, se muestra positivamente y como un proceso que efectivamente les permite encontrar algo mejor, ya sea personal o laboralmente. En las películas analizadas, la inestabilidad, la renuncia e incluso el despido, se presentan siempre como un tropiezo con final feliz.

Frente a estas situaciones negativas, las películas también presentan reacciones por parte de los empleados. Y es en este punto en el que queremos hacer énfasis: en cómo las películas analizadas solo presentan como reacciones a estas situaciones laborales negativas la renuncia y eventualmente el *emprendimiento*. Las reacciones nunca incluyen el uso del Derecho Laboral o de la asociación sindical. Por el contrario, entre los empleados en vez de encontrar solidaridad vemos egoísmo.

Empecemos con el ejemplo de *El diablo viste a la moda* (2006). En esta película hay una escena que en nuestra consideración sintetiza la manera en la que se muestran las posibles reacciones que se pueden tener frente al abuso laboral. Después de ser reprochada por no haber conseguido unos tiquetes de avión, imposibles debido al clima, llega llorando a la oficina de su compañero de trabajo, Nigel.

— Me odia, Nigel.

²⁰ “Hey, are you okay? Why are you not at work? Harper. Because I got fired.*Really? That’s amazing. Congratulations. Right? Are you okay? I spent so much time there. And I never wrote a single article. Now Kirsten hates me. And she’ll never help me. I’m bad at this. I’ve been trying to write the same article for months, Becca. And it’s so bad I can’t finish it. [sighs] Ow! Of course your first draft is gonna be bad. It’s gonna be terrible. Then you know what you do, Harper? You go back and you make it better. But you can’t make it better until you actually do it. You’re not a bad writer yet. *Stop feeling sorry for yourself and just write something bad. Yes, Kirsten was mean. But you learned so much from her. You just never had the time to use it. And now, bud, you got the time. So, get off your bony little ass and just do it!”

- ¿Y ese es mi problema por...? Oh, espera. No es mi problema.
- No sé qué más hacer. Si hago algo bien es ignorado, ni siquiera dice gracias. Y si algo sale mal ella es cruel.
- Pues renuncia.
- ¿Qué?
- Sí. Renuncia. En cinco minutos puedo conseguir otra chica que tome tu trabajo, alguien que sí lo quiera.
- No. No quiero renunciar. ¡No sería justo! Solo quiero algo de crédito por el hecho de estar matándome intentando (*killing myself trying*).
- Andy, sé seria. Tú no estás intentando, estás llorando (...) Tu solo te dignas a trabajar, en este lugar donde tantas personas se morirían por trabajar.

En nuestra consideración, esta escena muestra la forma en la cual se enfrenta la explotación en las comedias románticas: ante cualquier abuso o maltrato solo hay dos opciones: o te aguantas o renuncias. Ese abuso “es solo el trabajo” del jefe, “es lo que debe hacer”; el culpable de que las cosas no salgan bien es el empleado y si reacciona se entenderá que “solo se está quejando”. Como dice Nigel, el compañero de trabajo de Andy: “*You are not trying. You are whining*”.

Un último punto frente a esta escena: la solidaridad entre los empleados es inusual y aquello que prima es la competencia. Incluso en este caso, que empieza siendo una escena de falta de solidaridad, la ayuda que después se brinda es una salida curiosa: vestir a la moda a Andy y hacerla trabajar más.

Pero esto no termina acá. Al final de la historia, el final feliz es una renuncia. Se muestra a Andy orgullosa, lanzando su teléfono a una fuente y después, caminando en traje casual para encontrarse sin afán con su expareja después asistir a una entrevista de trabajo. Lo curioso es que esta renuncia se presenta como algo positivo desde el punto de vista personal y laboral, y en esa medida como la solución a la situación.

Algo similar sucede en *Set It Up* (2018) con Charlie, a quien se le muestra en ropa informal en vez de su tradicional vestido de paño con corbata:

- Ya no trabajo más aquí. Renuncié a mi trabajo con Rick. (...) Actualmente soy un trabajador temporal, lo cual técnicamente está más abajo en la pirámide que ser un asistente... y es una patada en

las pelotas. Pero tiene sus ventajas (I´ts kind of cool). Puedo ver muchas otras opciones de trabajo... Averiguar lo que efectivamente quiero.

Otro ejemplo de renuncia aparece en la comedia *The Boss* (2016). En esta encontramos a Claire en lo que se muestra como un mal trabajo, sin especificar muy bien por qué. Entra a la oficina Michelle (su antigua jefa), quien invitó a Claire a hacer con ella una fábrica de *brownies* que se presenta en la película como todo un éxito. Michelle insiste en que Claire renuncie para pasarse a trabajar tiempo completo a su *emprendimiento*:

- Michelle: Te necesito de tiempo completo. No te puedo tener aquí (...)
- Claire: En realidad odio este trabajo. Es decir, es un trabajo terrible. Dios, míralo (señalando a un compañero que parece estar dormido).
- Michelle: Espero que esté dormido... No quieres ser ese hombre ¿cierto?
- Claire: Está bien. I´m all in. Danna, renuncio. Voy a empezar mi propio negocio... aún más, ya tengo mi propio negocio.
- Chicos, fue un gusto estar acá... aunque no en realidad. Pero les deseo un feliz día.

Posteriormente, la película muestra que, a pesar de las dificultades, el negocio de *brownies* florece, volviendo a narrar el cuento de hadas del emprendimiento.

Otra película que hace referencia a la renuncia como posible solución —o quizás la única—, también desde la comedia, es *Horrible Bosses* (2011), que en español se llamó *Quiero matar a mi jefe*.

De esta película queremos resaltar una escena en la cual los tres personajes están conversando en un bar sobre las malas condiciones de sus trabajos. Continuando con la tendencia evidenciada en las películas ya tratadas, solo encuentran como opciones frente a sus malas situaciones la renuncia o ideas cómicas (como emparejar a los jefes o *matarlos*). Pero en este caso de comedia, por más contradictorio que parezca, es en el único en el que se presentan los riesgos de renunciar en un mercado laboral tan competido y con pocas vacantes.

La escena empieza cuando, a pesar de que se le prometió, se le negó un ascenso a Nick para el cual venía trabajando horas extras. Aún más, se le amenazó con que si renunciaba, el jefe iba a hacer una carta de

recomendación negativa afirmando que era un empleado insubordinado, mentiroso y bebedor.

— Nick: He estado detrás de esta posición ya por ocho años. ¿Por qué habría de quedarme después de ser tratado así?

— Harken: Porque me encargaré de que nadie más en la industria te contrate.

— Nick: ¿Qué?

— Harken: Toda persona que te entreviste querrá mi carta de recomendación, y estoy preparado para decirles que eres un deshonesto, e insubordinado borracho.

— Nick: ¡Pero eso no es verdad! ¡No puede hacer eso!

— Harken: Déjame dejarte esto en claro, débil carajo. Soy tu dueño. Eres mi perra. No cometas el error de pensar que tienes libre albedrío, porque puedo aplastarte cuando quiera (...).

Pasa la escena al bar:

— Dale: ¿Por qué no renuncian? No es que ustedes estén en la lista de *sex offenders*.

— Nick: ¡Es cierto! Es decir, soy joven. Podría volver a la escuela y cambiar de campo.

— Kurt: Sí (...) Hay millones de trabajos allá afuera.

Y hasta acá, parecería coincidir con las otras películas en las que se muestra que renunciar es una opción sensata. Pero llega a la mesa un viejo conocido, vestido de saco y corbata.

— Dale: Oí que te habías mudado a Nueva York para trabajar en Lehman Brothers, o algo así.

— Viejo conocido: Así fue. Me contrataron justo cuando salí de Yale.

— Kurt: Entonces ¿Qué haces de vuelta acá?

— Viejo conocido: ¿Acaso no lees los periódicos? Nos cerraron. He estado buscando trabajo los últimos dos años. Es una locura acá afuera. Ni siquiera puedo conseguir trabajo atendiendo mesas (...) Ni siquiera puedo pagarme este trago. En serio, ¿no creen que puedan ayudarme con algo? (...)

Y entonces, si renunciar —la opción por excelencia presentada en las películas analizadas— no es una opción, ¿qué se propone como posibles soluciones?

No se exponen las opciones tradicionales, hoy consagradas legal y constitucionalmente, como la asociación, la huelga y ni siquiera las

acciones legales de defensa de derechos de los trabajadores ante los tribunales. Solo se exteriorizan soluciones fantasiosas como enamorar a sus jefes (*Set It Up*), vestirse a la moda y trabajar más para gustar a la jefa (*El diablo viste a la moda*) o planes descabellados como los de *Horrible Bosses*, *The Boss* o *Morning Glory*. En síntesis, no se presentan opciones:

- Kurt: Parece que seremos miserables por el resto de nuestras vidas.
- Dale: ¿A qué te referes?
- Kurt: ¿Qué opciones tenemos? Podemos renunciar a nuestros trabajos y quedar desempleados como Kenny (el Viejo conocido). O mantener nuestros trabajos y convertirnos en tristes, calvos perdedores, que se pasan los días soñando formas de matar a sus jefes... (*Horrible Bosses*, 2011).

Conclusiones

- En el marco de la automatización y digitalización del trabajo y el debate a propósito del *futuro del trabajo que todos queremos* (OIT, 2019), es necesario rediseñar las ecuaciones de (des)valorización del trabajo en contextos adversos para la realización del proyecto universal de trabajo decente (OIT, 2019). La inserción de formas de vinculación de trabajo de difícil encuadramiento en las categorías jurídico-laborales tradicionales constituyen insumos para representaciones artísticas que reflejan la destrucción del esquema de regulación que procura la reducción de las asimetrías entre empleadores y trabajadores. En ese orden de ideas, encontramos que la representación cinematográfica estudiada no coincide con este proyecto, pues insiste en el emprendimiento en sustitución del esquema de construcción de derechos y defensa del trabajo en condiciones dignas y justas.
- La repetición argumental de las narrativas cinematográficas en el tratamiento de escenas de la vida laboral y la globalización del consumo del séptimo arte nos permite suponer que existe una tendencia de universalización de la narrativa cinematográfica que espera dirigirse a una audiencia cada vez más homogénea. En otras palabras, que la proyección de la película en Colombia, por más de que su origen sea norteamericano, le habla al público colombiano. En ese sentido, hay dos etapas en la recepción del contenido cinematográfico: en la primera etapa, el discurso cinematográfico se refleja periódicamente en cada una de las películas estudiadas con recursos retóricos similares.

En la segunda, se consume esa narrativa desde un contexto local o regional y se percibe como universal. Allí se abre la posibilidad de varias respuestas del público frente a su comportamiento en la vida laboral, entre otras la imitación o el rechazo de lo consumido.

- Las manifestaciones cinematográficas evidencian la destrucción de los pilares e invisibilización del Estado de Bienestar y de sus instituciones relacionadas al Derecho Laboral y de seguridad social, o —peor aún— el elogio de la supervivencia en contextos de ausencia de políticas de intervención y corrección de disfuncionalidades del libre-cambio; supervivencia que es presentada en las películas analizadas como un cuento de hadas, en el cual la resistencia en el desamparo es el paso previo para, mágicamente, salir bien librado y reforzado.
- Así pues, en la narrativa cinematográfica desaparecen las categorías tradicionales del trabajo, y particularmente las formas de reaccionar ante los excesos que se presentan en contextos laborales abusivos, llevando a una descomposición de los recursos legales típicos con los que cuenta cada trabajador en el marco de una relación laboral.
- Ponemos en evidencia que el desarrollo realizado en este trabajo es solamente el inicio de una amplia y urgente búsqueda que abarque de manera más profunda y sistemática la manera en la cual las instituciones del Derecho, y en particular del Derecho Laboral, son presentadas en las películas comerciales norteamericanas. El breve inicio que presentamos en este escrito puede ser tomado como una señal del preocupante mensaje que se envía en el cine con *tendencia mayoritaria (mainstream)* en relación con el Derecho y en particular con su desaparición en los escenarios laborales. Tomamos esto como una razón para continuar el análisis, el cual podrá desarrollarse a futuro en dos sentidos: desde la perspectiva de la metodología podremos complementar esta aproximación cualitativa con una búsqueda cuantitativa que permita formar una descripción más detallada y más amplia de la manera en la que se habla del Derecho Laboral en el cine comercial contemporáneo norteamericano. Además de esto, podremos ampliar el margen estudiado, pensando en incluir películas contemporáneas con orígenes diferentes, e incluso en la posibilidad de analizar programas de televisión o series en las cuales también se describa el escenario laboral.

Referencias

- Abrams, J. & Burk, B. (productores) & Michell, R. (director) (2010). *Morning Glory*. [Película]. Estados Unidos: Bad Robot Productions.
- Alonso, L. E. (2012). *La financiarización de las relaciones salariales*. Madrid, España: Libros de La Catarata.
- Althusser, L. (1971). Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes Towards an Investigation). En Durham, M.G. & Kellner, D.M. 2006. *Media and Cultural Studies: Keywords. Blackwell Publishing* (pp.79-87). Oxford, Reino Unido.
- Arnau Roselló, R. & Doménech Fabregat, H. (2007). El aparato cinematográfico como reproductor de ideología: La paradoja de un debate abierto y olvidado. En: Marzal Felici, J. & Gómez Tarín, F.J. *Metodologías de análisis del film*, (pp.383-388).
- Barassi L. (1901). *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano, Italia: Società Editrice Libreria.
- Baylos Grau, A. & Pérez Rey, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Berman, J. & Nappi, J. (Productores) & Scanlon, C. (Director). (2018). *Set it up*. [Película]. Estados Unidos: Treehouse Pictures.
- Chaplin, C. (Productores). Chaplin, C. (Director). (1935). *Modern Times* [Película]. Estados Unidos: Charles Chaplin Productions.
- De Lucas, J. (2013, julio-diciembre), El Derecho, a través del cine. *Revista de Ciencias de la Educación, Academicus, I* (3), 40-49. Recuperado de <http://www.ice.uabjo.mx/media/15/2017/05/academicus3.pdf>
- Durham, M.G. & Kellner, D.M. (2006). *Media and Cultural Studies: Keywords*. Oxford, Reino Unido: Blackwell Publishing.
- Finerman, W. (Productores) & Frankel, D. (Director). (2006). *The devil wears prada*. [Película]. Estados Unidos: fox 2000 y Dune Entertainment.
- Ericson, R. (1996). Why Law is Like News. En D. Nelken (Ed.). *Law as Communication* (195-230). Aldershot: Dartmouth.
- Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona, España: Editorial Planeta.
- Goddard, M. & Halligan, B. Cinema (2013). The Post-Fordist Worker and Immaterial Labor: From Post-Hollywood to the European Art Film. *Framework: The Journal of Cinema and Media*. 53(1), 172-189.
- Greer, C. (2010). News Media Criminology. En Mclaughlin Eugene & Newburn Tim (Ed). *The SAGE Handbook of Criminological Theory*. London, SAGE Publications.

- Halton, W., & McCann, M. (2004). *Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis*. *Chicago Series in Law and Society*. Bibliovault OAI Repository, The University of Chicago Press.
- Horkeimer, M. & Adorno, T. (1971). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. Madrid, España: Trotta.
- Jaramillo Jassir, I. D. (2015). *Derecho del trabajo en el posfordismo. El proyecto de regulación universal en la globalización económica*. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario. Colección Textos de Jurisprudencia.
- Lipovetsky, G. (1983). *L'ère Du Vide. Essais Sur L'individualisme Contemporain*. Paris, France: Éditions Gallimard.
- Lipovetsky, G. (2006). *Le Bonheur Paradoxal, Essai Sur La Société D'hyperconsommation*. Paris, France: Éditions Gallimard.
- Lipovetsky, G. & Serroy, J. (2011). *L'écran Global: Du Cinéma Au Smartphone*. Paris, France: Points Essais.
- López Gandía, J., (2005, julio-septiembre). La representación del trabajo en el cine. Entre fordismo y postfordismo. *Revista Derecho Social*. (31) 231-256.
- López Maguiña, S.; Portocarrero, G.; Silva Santiesteban, R.; Ubilluz, J.C. & Vich, V. [Eds.] (2007) *Industrias culturales: Máquina de deseos en el mundo contemporáneo*. Lima, Perú: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú. Recuperado de <http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/988/LopezSantiago2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- McCarthy, M., Ferrell, W. & McKay, A. (Productores) & Falcone, B. (Director). (2016). *The Boss*. [Película]. Estados Unidos: Gary Sánchez Productions, On the Day Productions.
- Manrique, N. (2007). Las industrias culturales en la era de la información. En López Maguiña, S.; Portocarrero, G.; Silva Santiesteban, R.; Ubilluz, J.C., & Vich, V. Eds. *Industrias culturales: Máquina de deseos en el mundo contemporáneo* (pp. 209-233). Lima, Perú: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, p.209-234. Recuperado de <http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/988/LopezSantiago2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Martín-Barbero, J. (1987). *De los medios a las mediaciones. Comunicación, cultura y hegemonía*. México: Gustavo Gilimass Media.
- Mazierska, E. (2012). Introduction: Cinema and the Realities of Work. *Framework: The Journal of Cinema and Media*. [Traducción propia] 53(1), 149-154.
- Nelken, Ericson & Halton (Ed). (1996). *Law as Communication*. Aldershot: Dartmouth.

- oit (1998). *Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*. Recuperado de <https://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm>
- oit (2019). *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3.ª Ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Przywara, A. (2018). The Disappearance of the Working Class from the Cinematic Screen. View. *Theories and Practices of Visual Culture*, 21. Institute of Literary Research of the Polish Academy of Sciences.
- Rather, B. & Stern, J. (Productores) & Gordon, S. (Director). (2011). *Horrible Bosses*. [Película]. Estados Unidos: New Line Cinema, Rat Entertainment.
- Rivaya, B. (2005). Derecho y cine todo lo que siempre quiso saber sobre el derecho y nunca se atrevió a preguntar. *Revista Ratio Juris*. 1(3), 135-151.
- Roberts, J. & Stalans, L. J. (1997). Introduction and Overview: Crime in the Public Eye. En Roberts, J. (1997). *Public Opinion, Crime and Criminal Justice* (pp.1-21). New York: Routledge.
- Romagnoli, U. (2005). Renacimiento de una palabra. Separatas. *Revista Derecho Social*. (pp.13-24). Albacete: Ediciones Bomarzo.
- Romagnoli, U. (2015, julio-septiembre). El irresistible ascenso de la licencia para despedir. *Revista Derecho Social*. (71), 13-24.
- Saad, G. (2007). *The Evolutionary Bases of Consumption*. London: Routledge.
- Silvestre Rodríguez, J. & Serrano Asenjo, E. (2012, abril). La representación en el cine de la integración de los inmigrantes rurales en las ciudades: El pesimismo de *Surcos* (1951). *Revista de Estudios sobre Despoblación y Desarrollo Rural. Ager*. 12, 91-116. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AGER/article/view/17266/10527>
- Smith, W., Franklin, D. & Lassiter, J. (Productores) & Muccino, G. (Director). (2006). *The pursuit of happiness*. [Película]. Estados Unidos: Relativity Media, Overbook Entertainment, Escape Artists.
- Statista, (2019). Number of Movies Released in the United States and Canada from 2000 to 2018. *Statista* Available At: <https://www.statista.com/statistics/187122/movie-releases-in-north-america-since-2001/>
- Streek W. (2015). Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism. Londres and Nueva York, *Panoeconomicus*, 62, 123-130. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/3dce/70a334d5568a978ffc0f3db659b756769c09.pdf>
- Streek, W. (2014, julio-agosto) ¿Cómo Terminará el Capitalismo? *New Left Review* (87), 38-68. Recuperado de <https://newleftreview.es/issues/87/articulos/wolfgang-streck-como-terminara-el-capitalismo.pdf>

Vargas Llosa, M. (2012). *La civilización del espectáculo*. México: Editorial Alfaguara. Prisa Ediciones.

Žižek Slavoj (2011). Hollywood hoy: Reporte desde el frente de batalla ideológico [Capítulo V] En *¡Bienvenidos a tiempos interesantes!* (pp. 85-96) La Paz, Bolivia: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. Recuperado de <https://issuu.com/vicepresidenciabolivia/docs/zizek-1-2>