DISSÊRTUM

La expresión de lo justo

EDICIÓN VIRTUAL • No. 23 • ENERO-NOVIEMBRE • 2022

Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana

Universidad de La Sabana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD DE LA SABANA

DISSÊRTUM

Comité Editorial

Editora en Jefe

María Gabriela Tovar Garrido
Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana

Editores

Juanita Cortés Moreno
Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana

Gabriela González Niño
Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana

Alfredo Taboada
Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana

Ana María Ortiz
Politóloga y estudiante de Derecho de la Universidad Militar de Nueva Granada

Suana Montaño
Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana

Comité Académico

Dr. Andrés Felipe López Latorre
José Manuel Guanipa Villalobos
Vicente Fabián Benitez Rojas
Con acompañamiento especial de Andrea Catalina Suárez Jiménez

Edición Virtual Enero 2021 - Noviembre 2022
ISSN: 2344-8180

CONTENIDO

Entre la pena aleccionadora y la perversa impunidad: ¿es la transición una justificación para la concesión de amnistías? Una liberación trastornada 5

Regina Angarita

1. Introducción 7
2. Reflexiones y consideraciones 7
3. Cierre y conclusiones 12

Proceso ejecutivo arbitral en colombia y su viabilidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional 23

José Felipe Acosta Niebles

Introducción 25

1. Generalidades del arbitraje en Colombia 27
2. Viabilidad del proceso ejecutivo arbitral 31
3. Arbitraje y el derecho de acceso a la administración de justicia 35
4. Arbitraje y medidas cautelares 36
5. Conclusión 39

Bibliografía 40

El uso conceptual comparado de *propaganda y manipulación* entre Huxley y Orwell 43

Luis Enrique Santesteban Llano

1. Introducción 45
2. ¿Por qué hacer literatura como ejercicio político contemporáneo? 46
3. Medios de comunicación, poder político y distopias literarias: manipulación de masas, propaganda, transparencia y estrategias de dominación 48
4. Paralelismos cortos entre el pensamiento de Byung-Chul Han, *1984* y *Un Mundo Feliz*: ¿Quién vigila a la masa? 49
5. Conclusiones 51
6. Bibliografía 51

Factores institucionales: una mirada al sistema nacional ambiental (SINA) 53
Sandra Daniela Aguilar Alarcón

Introducción 55
1. La constitución politica de 1991, tambíen llamada constitución ecológica y la ley 99 de 1993 58
2. Factores institucionales que afectan negativamente la gestión ambiental por parte del Sistema Nacional Ambiental (SINA) en Colombia 60
3. Conclusiones..... 66

Referencias..... 68

Derecho comparado: deporte en estados unidos, sistema cerrado *vs* sistema de ascensos y descensos 71
Luis Alejandro Buitrago Londoño

1. Sistema cerrado 73
2. Sistema de ascensos y descensos..... 87
3. Conclusión 92

Bibliografía 94

El animal: un sujeto de derechos no humanos 97
Solunmty Campos Calderón

Introducción..... 99
1. La evolución jurídica de los animales no humanos 99
2. ¿Cómo es la relación del humano con el animal? 105
3. ¿Animales como sujetos de derechos no humanos? 108

Conclusiones 109

Bibliografía 110

ENTRE LA PENA ALECCIONADORA Y LA PERVERSA IMPUNIDAD:

¿ES LA TRANSICIÓN UNA JUSTIFICACIÓN PARA LA CONCESIÓN DE AMNISTÍAS? UNA LIBERACIÓN TRASTORNADA

Regina Angarita
Abogada de la Universidad de los Andes.
Especialista en DD.HH y D.I.H.
angaritaregina@gmail.com

RESUMEN

La concesión de amnistías como forma de impunidad ha puesto en riesgo la real y efectiva *justiciabilidad* de los derechos de las víctimas. En algunas ocasiones, se trata de una impunidad que se deriva de la no posibilidad de caracterizar puntualmente el daño en las víctimas y de la no simplificación en ciertos procesos que termina ralentizando el acceso a la justicia. Sin embargo, esto no debería ser óbice para justificar el círculo de impunidad continuo. De esta forma, se ha hecho necesario cuestionarse hasta qué punto los diseños institucionales de los Estados demarcan ciertas prácticas y patrones para, por un lado, garantizar la protección de las víctimas y, por otro lado, entender el ejercicio legítimo del castigo desde una función social. Esto, entendiendo la función social de la pena como un modelo legitimo para sancionar respecto de la metodología empleada para la prevención del delito y la participación ciudadana en la forma de entender las dinámicas sociales. Es decir, la función social entendida desde la prevención y readaptación y no tanto desde la sanción *per se*.

Así, se generan dinámicas particulares en torno a **(i)** la competencia punitiva de los Estados en el marco de una democracia, **(ii)** las distintas formas de garantizar una real *justiciabilidad* de los derechos de las víctimas y **(iii)** las cortinas de humo de "reconciliación" generadas ante la comunidad internacional en períodos de transición política. En este sentido, los argumentos de misericordia o piedad frente a quienes han cometido gravísimas violaciones de DD.HH no tendrían por qué tener cabida en un contexto en el que es evidente que las transiciones políticas terminan estimulando aún más la impunidad tan incesante que aqueja a diferentes Estados.

Palabras clave: Amnistía, impunidad, víctimas, transición política, democracia, derechos humanos.

1. Introducción

Los debates sobre acceso a la justicia, lucha contra la impunidad y justicia transicional en el Sistema Interamericano son cada vez más candentes y están atravesados por variables, contingencias y matices que pueden llegar a complejizarse aún más. En esta línea, las democracias versus los diseños institucionales de los Estados entran en el juego para demarcar la concentración de patrones, políticas y prácticas en casos particulares. Sin embargo, en algunas ocasiones, la garantía en la justiciabilidad de los derechos de las víctimas[1] queda rezagada a la concesión de amnistías en un marco de transición, lo que supone un desafío avasallante respecto de los intereses políticos, así como de las nociones democráticas propiamente consideradas.

De este modo, se busca reflexionar sobre ¿Por qué la amnistía termina constituyéndose como una forma de impunidad? ¿Cuáles son las causas de esta impunidad? ¿De qué forma la amnistía afecta el acceso a la justicia? ¿Cuál sería la forma más adecuada de reparar a las víctimas para que haya más impunidad?

Así, la hipótesis sobre la que se basa este texto es que la amnistía puede constituirse como una forma de impunidad que vuelve ilusoria la garantía en el acceso a la justicia[2] para las víctimas en periodos de transición y que termina lesionando el ejercicio legítimo de la pena. No obstante, cabe anotar que si bien, para algunos, las amnistías pueden estar acompañadas de verdad y en sí mismas ser una expresión de la justicia en un sistema transicional, no dejan de envolver un halo de impunidad respecto de las víctimas: ¿De qué manera extinguir la responsabilidad de un victimario es una forma de garantizar justicia para las víctimas? ¿Como puede el olvido resarcir a una víctima? ¿Puede el perdón de los delitos asegurar la no repetición de los mismos? ¿Puede el olvido dejar sin efecto las consecuencias jurídicas de las conductas reprochables?

La inmediata pregunta que surge mientras se aborda la hipótesis de este texto es la siguiente: ¿De qué manera ponderar la garantía en la justiciabilidad de los derechos de las víctimas para evitar la impunidad, el ejercicio de la piedad[3] enmarcados en un Estado de Derecho frente a las violaciones graves y sistemáticas de los DD. HH y la competencia punitiva de un Estado en el marco de una democracia? Y es a partir de esta pregunta que surgen diversas consideraciones.

2. Reflexiones y consideraciones

(A) ***Amnistía como forma de impunidad***. En primer lugar, la amnistía, en el fondo, ter-

1 La Corte Constitucional en sentencia C 579 de 2013 señaló que **"La protección de los derechos de las víctimas se ha reconocido a nivel internacional a través de múltiples convenciones y declaraciones,** tales como: la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de las Naciones Unidas; los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre 19 Derechos Humanos; el literal a) del numeral 3º del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; la Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el Estatuto de la Corte Penal Internacional". (subrayas y negrilla fuera del texto)

2 Se ha entendido que parte de los fines de la justicia transicional es garantizar la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas. De esta forma, la concesión de amnistías termina obstaculizando esa plena garantía en el acceso a la justicia.

3 Contrario al ideal punitivo de cero tolerancias planteadas por David Garland.

mina siendo una forma de impunidad que lo que hace es darle un velo de legitimidad a situaciones que son a todas luces arbitrarias y violatorias de derechos humanos independientemente de su intensidad. Teniendo en cuenta esto, resulta necesario analizar cuáles son las causas principales de dicha impunidad. En este contexto, a partir de la observación y el estudio de casos que se ha hecho de casos interamericanos, pueden dividirse en 3 las causas principales de la impunidad: (i) Económicas, (ii) sociales y (iii) culturales. Económicas, pues en muchos casos los Estados no cuentan con la suficiente cobertura para cubrir los gastos que hay detrás de el resarcimiento a las víctimas , sociales dadas las dinámicas de poder que se generan y los conflictos de intereses detrás , y culturales entendiendo la forma de naturalizar y asimilar el comportamiento y las conductas punibles de los victimarios: En algunos casos se constituye como un catalizador negativo respecto de la manera de entender el castigo y la conducta punible.

Dicho esto, puede analizarse el paradigma de la justicia restaurativa *versus* la justicia retributiva para determinar si realmente se están teniendo en cuenta los derechos de las víctimas aunado con los desafíos de la transición a la paz, de tal forma que el diseño institucional no llegue a justificar el no juzgamiento de la responsabilidad en ciertos casos bajo pretextos de misericordia, piedad y/o la construcción de una transición política, estimulando aún más esa impunidad y, por consiguiente, afectando el acceso a la justicia. Así, cabe anotar que, paradójicamente, "se están firmando acuerdos de paz sin haber resuelto los conflictos" (Ben-Ami Shlomo 2020, comunicación virtual)[4] y esto es muy perjudicial para la protección misma de las víctimas. Es decir: ¿Justifican las negociaciones de una amnistía la consolidación de una transición? ¿Cómo ponderar una transición frente a los derechos de las víctimas? ¿Justifica una transición una desprotección de los derechos de las víctimas bajo la idea de la función política de la clemencia y la legitimidad en la apariencia de una paz?

(B) ¿Impunidad *disfrazada de transición*? En segundo lugar, y como quiera que las transiciones implican desafíos, los mismos no tendrían porqué rezagar la protección de los derechos de las víctimas bajo la idea de dar la apariencia de verdadera transformación o liberalización política. Esto, pues, en el fondo, las heridas de las víctimas continúan abiertas y no están completamente cicatrizadas hasta que se consiga garantiazar plenamente un acceso a la justicia. Basta con analizar las noticias de violaciones de DD.HH y revisar casos emblemáticos de la Corte Interamericana de DD.HH para darse cuenta de que no en todos los casos la concesión de amnistías garantiza una justicia real frente a las víctimas . De esta forma, en muchas ocasiones, la comunidad internacional llega a ejercer una forma de presión en pro de ciertos intereses para favorecer cortinas de humo de reconciliación victimarios/victimas.

Entonces ¿De qué sirve dar la apariencia de transformación política en un contexto de transición, cuando las víctimas continúan desangrándose a costa de beneficiar unos in-

4 Ben-Ami, Shlomo. (8 de diciembre de 2020) Amnistías e impunidad. Comunicación virtual-zoom. (Por: Regina Angarita) Tel Aviv.

tereses políticos de "reconciliación" ante la comunidad internacional? Es decir, ¿No es la amnistía una clara evidencia de politización? ¿Prevalecería el carácter politizado de la amnistía frente a la propia integridad de los derechos de las víctimas por el mero hecho de ser humano? Considerando esto, cabe aclarar que no se está hablando de castigo como venganza en este caso, sino de castigo como forma de garantizar la justiciabilidad de los derechos afectados de las víctimas, y que deriva de la legitimidad propia de las sociedades que han establecido un contrato social particular a partir de la definición de ciertas políticas.

Esto, pues, en el fondo, "la política es una fotocopia del caleidoscopio social" (Ben-Ami Shlomo, 2020, comunicación virtual) y, de esta forma, la misma noción del castigo se enmarca en ella. Es decir, el castigo también resulta siendo un espejo de las dinámicas sociales enraizadas y de la manera como se establecen unas relaciones de poder entre la sociedad. De este modo, el castigo resulta siendo una fotocopia de las dinámicas políticas encuadradas desde las propias naturalizaciones sociales culturalmente asimiladas.

Sin embargo, no podría caerse en la trampa de la dualidad de un "nosotros, los buenos" *versus* "los perpetradores, los malos", porque hacerlo sería una forma de caer en un determinismo lingüístico que termina generando más prejuicios y estereotipos frente al castigo propiamente considerado. No en vano, frente a la propia retórica del castigo se ha planteado:

> **"una teoría comunicativa sobre la pena, la cual se instala como un proceso bidireccional, en un entramado compuesto por los ciudadanos y su relación con el derecho.** Tal vínculo le permite replantear las consecuencias colaterales del castigo penal, cuando el proceso de juicio, juzgamiento y deliberación de la condena o absolución de una persona, se vuelve un cultivo de prejuicios y estimaciones sociales que desdibujan toda teoría de la responsabilidad penal." (Duff[5] 2015, p.49)[6]

Como se observa, se trata de una teoría comunicativa que está muy vinculada al contrato social al que se hizo alusión, pues desde esta teoría la construcción de las normas penales parte de una participación de los miembros de una comunidad lo que refuerza el argumento de la legitimidad punitiva de una sociedad en un Estado de Derecho participativo. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que se ha sostenido que hay una relación entre la amnistía y la transformación liberalizadora. Empero, la pregunta en este caso es: ¿Qué tan liberalizadora resulta una transformación en la que a costa de beneficiar una negociación se termina lesionando aún más la garantía en el acceso a la justicia de las víctimas[7]? ¿Sería esta una verdadera reconciliación? ¿Qué hay de la función social de la pena? Así, cabe tener en cuenta que:

> "una firme manifestación del argumento fundacional a favor de la pena en la transición **sostiene que las buenas revoluciones no terminan en amnistías**, **porque en la medida en que una sociedad falla a la hora de llevar a los perpetradores de delitos pasados a juicios, continúan las prácticas**

5 Este autor distingue entre delitos *mala in se* y los delitos *mala prohibita*.

6 Duff, A. (2015) *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad.*Buenos Aires: Siglo XXI

7 El acceso a la justicia ha sido entendido , puntualmente, como la forma de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de acuerdo al SIDH.

> **de impunidad de los regímenes pasados, trastornando sus procesos de liberación.**" (subrayas y negrillas fuera del texto) (Neier 1990, p.32)[8]

(C) ***Castigo como espejo social.*** En tercer lugar, dialogando con autores como David Garland[9] se encuentra que

> "el castigo no puede ser explicado por completo en términos de sus propósitos, pues ningún artefacto social puede ser explicado de esta manera. Como la arquitectura, los hábitos alimenticios, las formas de vestir o los modales a la mesa, **el castigo tiene un propósito instrumental, pero también un estilo cultural y una tradición histórica.**" (Garland 2007, p. 54)[10] (subrayas y negrilla fuera del texto)

De esta manera, se observa cómo la misma configuración de las sociedades desde su conciencia colectiva va moldeando una forma de concebir cada sociedad a partir del establecimiento de nociones que distinguen entre las dualidades que derivan del mismo comportamiento humano y que enmarcan, a su vez, ciertas caracterizaciones culturales e históricas. Así,

> "**como institución social, el castigo contribuye a definir los rasgos de una sociedad, los tipos de relaciones que la componen y los estilos de vida que es posible y deseable llevar en ella.** El castigo define lo que es normal y aceptable dentro de una sociedad, a la vez que señala y excluye todo aquello que la sociedad considera anormal, extraño, desviado. Al hacerlo, no sólo refleja la cultura de dicha sociedad, también la refuerza, pues el castigo es uno de los medios sociales más expresivos, que genera mayor impacto en la imaginación de las personas, para transmitir ideas y formas de ver el mundo." (Garland 2007, p. 58)

Con base en esto, es posible observar lo que se ha analizado en este texto a partir de casos de la Corte Interamericana tales como: el *caso Barrios Altos vs Perú* (14 de Marzo de 2001) , el caso Goiburú vs Paraguay (22 de Septiembre de 2006), el caso *Almonacid*[11] *vs Chile* (26 de Septiembre de 2006), el caso de la *Masacre de La Rochela Vs. Colombia* (11 de Mayo de 2007), el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia* (26 de Mayo de 2010), el caso *Gómez Lund vs Brasil* (24 de Noviembre de 2010), el caso *Gelman vs Uruguay* (24 de Febrero de 2011) y el caso Masacres del *Mozote vs. El Salvador* (25 de octubre de 2012), entre otros. Así, la importancia del caso *Barrios Altos vs Perú* radica en que se dio un paso en la declaración de inconvencionalidad de las auto amnistías. Así mismo, es una sentencia en la que se sostiene que las auto amnistías[12] conducen a la indefensión de las víctimas y no permiten la identificación de los responsables de violaciones a DD.HH pues termina obstaculizando la investigación y acceso a la justicia a las víctimas. Por su parte, el caso *Goiburú vs Paraguay* es un caso en el que Pa-

8 Neier, A. (1990) *What should be done about the guilty?* New York.

9 Para este autor la cultura de una sociedad vincula el castigo con el orden moral y, en este sentido, "el castigo es una representación simbólica de patrones culturales más amplios". Así, el autor parte de la base de que " las políticas, instituciones y prácticas relacionadas con el castigo contribuyen a la reproducción y transformación de los patrones del orden moral del cual surgen. Por ello, los debates sobre la justicia penal no se reducen a discutir cuáles son los mecanismos más eficaces para combatir el crimen y proteger a la sociedad, sino que entrañan conflictos sociales más amplios."

10 Garland, D. (1991) *Crimen y castigo en la modernidad tardía.* Bogotá: Siglo del Hombre editores.

11 *Almonacid Arellano v Chile* . Es un caso en el que se sostiene que la adopción de leyes de amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento de ciertas obligaciones.

12 Incluso, llega a definirse las amnistías como "meros subterfugios para encubrir violaciones graves de DD.HH, impedir el conocimiento a la verdad y obstaculizar el propio acceso a la justicia." Así mismo, se define las amnistías como "una aberración y una afrenta inadmisible a la conciencia jurídica de la humanidad y fuentes de actos ilícitos internacionales." La afrenta de una amnistía es tal que se sostiene que las leyes de amnistía carecen de efectos jurídicos.

raguay parte de que nunca aprobó leyes de amnistía y, así mismo, reconoce la no aplicabilidad de la prescripción a las violaciones graves de DD.HH. Sin embargo, es un caso en el que surge la duda de si un proceso de transición influye realmente frente al juzgamiento y sanción de los perpetradores. Ahora, el caso *Almonacid vs Chile* es un caso en el que las amnistías no tienen valor ético ni jurídico, pues son contrarias a las normas de derecho internacional de DD.HH y no se entiende realmente cómo se abordó la obligación imperativa de enjuiciar crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad en contextos transicionales.

Por su parte, en el caso de la *Masacre de la Rochela vs Colombia,* la Corte Interamericana se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para insistir en los lineamientos que deben cumplir las regulaciones de justicia transicional y la debida diligencia que deben tener las autoridades encargadas de su aplicación, tal y como también lo hizo en el caso *Cepeda Vargas vs Colombia*. Ahora bien, en el caso Gómez Lund vs Brasil*:*

> "se hizo una defensa de la "transición sin justicia transicional" que había ocurrido en dicho país, así como de las discusiones a nivel político que precedieron a la amnistía. Asimismo, el Tribunal Supremo Federal, pocos meses antes de la decisión interamericana, había declarado constitucional dicha amnistía, entre otras razones, por el "momento histórico" en el que fue creada para fundamentar la transición política." (Parra 2019, p.7)[13]

Esto, teniendo en cuenta que la Ley de Amnistía fue "una ley medida", no una regla para el futuro. Así, y de acuerdo al concepto del ministro relator de la sentencia debía, "interpretarse, en conjunto con su texto, la realidad en y del momento histórico en que fue creada y no la realidad actual". En este sentido,

> "la Ley implementó "una decisión política del momento de transición conciliada de 1979", puesto que "fueron todos absueltos, unos absolviéndose a sí mismos". La ley efectivamente incluyó en la amnistía a los "agentes políticos quienes practicaron crímenes comunes contra opositores políticos, detenidos o no, durante el régimen militar." (Caso Gomes Lund, 2010, p.51)[14]

De igual modo, es un caso en el que el propio relator especial de las Naciones Unidas al hacer referencia a la impunidad sostiene que: "Los **autores de violaciones no podrán beneficiarse de la amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia mediante un recurso efectivo.** Jurídicamente, carecerá de efecto con respecto a las acciones de las víctimas vinculadas al derecho a reparación." (Caso Gómez Lund, 2010, p.57) [15] Ahora bien, en el caso *Gelman vs Uruguay* se planteó la prohibición absoluta de amnistías respecto a graves violaciones de derechos humanos. De igual modo, se aborda el falso dilema entre paz o reconciliación y justicia sosteniendo que las amnistías que exoneran de sanción penal a los responsables de crímenes atroces con la idea de garantizar la paz lo que hacen es todo lo contrario: Estimular

13 Parra, O. (2019) *Notas sobre la jurisprudencia interamericana y la construcción de estándares en materia de justicia transicional. Algunos debates y desafíos a 50 años de la Convención Americana.* En: Beyond the Binary. Securing Peace and Promoting Justice after Conflict., pp. 154-173. Bogotá: Dejusticia.

14 CORTE IDH. *Caso Gómez Lund vs Brasil.* Sentencia del 24 de noviembre de 2010.

15 CORTE IDH. *Caso Gómez Lund vs Brasil.* Sentencia del 24 de noviembre de 2010.

el cometimiento de nuevos crímenes y la generación de más impunidad. Por su parte, el caso *Masacres de El Mozote vs. El Salvador* diferencia respecto a las auto amnistías y las amnistías otorgadas con posterioridad a procesos de paz que cierran conflictos armados. Así mismo, plantea una línea similar a las anteriores sentencias que se han venido analizando en el sentido en que la Ley de Amnistía general para la consolidación de la paz ha tenido como consecuencia "la instauración y la perpetuación de una situación de impunidad debido a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos incumpliendo los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana". (Caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador, 2012, p. 117)[16]

Lo que se analiza en estas sentencias así como en sentencias como las del propio caso *Velasquez Rodríguez vs Honduras*, el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, el caso *La Cantuta vs. Perú*, el caso *García Prieto vs El Salvador*, el caso *Chitay Nech*, el caso *Radilla Pacheco,* el caso *Gbao*, el caso *Abdulsamet Yaman vs Turquía*, el caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, el caso *Claudio Abdón* ,el *caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, el caso *Campo Algodonero*,el *caso Bulacio vs. Argentina*, el caso *Tiu Tojín Vs. Guatemala* ,el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, el caso *Vera Vera y otra vs. Ecuador* , así como el caso *Roche Azaña y otros vs. Nicaragua* , entre otros, comparten un mismo patrón: En estas sentencias[17] se parte de la base de que las amnistías son incompatibles con la Convención Americana (artículos 1.1. y 2) pues impiden la investigación y correspondiente sanción de los responsables de violaciones graves de DD.HH, lo que se constituye como una perpetuación del círculo de impunidad que hace tanto daño a una democracia[18] y un Estado de Derecho. Complementariamente, cabe anotar que el mencionado círculo de impunidad se acentúa, en el fondo, porque las estrategias de los Estados tienden a prevalecer la generación de una cortina de humo que, en apariencia, perpetúa discursos de paz en contextos de transición, pero, en esencia, termina asfixiándose en su propia mentira. No en vano, en estudios serios y profundos se ha sostenido que:

> "actualmente hay una creciente demanda de iniciativas de construcción de paz en el postconflicto, en parte por razones humanitarias **y en parte por motivos estratégicos derivados de la conceptualización de los estados fallidos en conflicto como un asunto propio de la seguridad global.** Al mismo tiempo, el crecimiento de las prácticas de justicia transicional puede estar creando una **"cascada de justicia",** una nueva norma global de responsabilidad que contribuye a que año tras año haya nuevos juicios y comisiones de la verdad." (Sharp 2019, p.100)[19] (subrayas y negrilla fuera del texto)

3. Cierre y conclusiones

Con todo lo anterior, se observa de qué manera la concesión de amnistías puede confi-

16 CORTE IDH. *Caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador.* Sentencia del 25 de octubre de 2012.

17 Si bien en cada uno de estos casos se analizan las particularidades correspondientes, la generalidad es que se aborda la amnistía como una forma de impunidad.

18 Como lo sostuvo el Dr. Shlomo Ben - Ami en la comunicación virtual del 8 de diciembre de 2020: "No en vano se establecen reglas de juego en las sociedades, son necesarias y es importante definirlas." Esto haciendo el énfasis en que la impunidad no debe permitirse y que el castigo hace parte del legítimo poder del Estado para sancionar a los perpetradores y violadores de DD.HH, pues como se señaló con anterioridad en el texto, no en vano se creó un contrato social particular.

19 Sharp, D., Arbour, L., Waldorf, L., & Penagos, F. (2019). *Más allá de las listas de requisitos del postconflicto: Conectar la construcción de paz y la justicia transicional desde una lente crítica*. En Justicia transicional y posconflicto (pp. 97-166). Bogotá, D. C.: Siglo del Hombre Editores. Disponible en http://www.jstor.org/stable/j.ctvkjb32m.5

gurarse como una forma de impunidad que llega a lesionar la propia protección de los derechos de las víctimas, reforzando la hipótesis de la que partió este texto. De esta forma, si bien el poder punitivo del Estado se ha mantenido vigente a lo largo de los años, esto no implica *per se* que no deba reconsiderarse la forma como se aplica el castigo. Esto, pues si bien es cierto que la responsabilidad de los perpetradores debe hacerse efectiva, el castigo puede tener una función social de manera que tanto las víctimas reciban reparación, como los perpetradores paguen su condena.

Así, se observa que los periodos de transición de ninguna manera tendrían que justificar la concesión de amnistías, ni siquiera bajo el velo de apariencia de no conflicto, porque de nada serviría maquillar la herida de las víctimas por fuera si por dentro todavía está sufriendo las consecuencias de la extinción de responsabilidad de los victimarios. De este modo, el diseño institucional de cada Estado debería atender el hecho de que debe prevalecer la protección de los derechos de las víctimas sobre la impunidad que sólo beneficia a los perpetradores. De esta manera, analizar la manera más adecuada de reparar a las víctimas resulta de gran importancia en miras a estimular un acceso a la justicia que garantice realmente sus derechos y desestimule la impunidad incesante que aún persiste. En este sentido, resulta evidente que las actuales formas de reparación a las víctimas no resultan siendo suficientes (i) dadas las secuelas con las que tienen que convivir, (ii) el hecho de que las reparaciones económicas no logran aliviar del todo el daño psicológico y el sufrimiento causado a las víctimas y (iii) por el mismo engranaje y diseño institucional que llega a ver a las víctimas como números.

Es decir, cuantificar a las víctimas es el clarísimo ejemplo de un sistema basado en politizaciones e intereses políticos detrás de cortinas de humo que realmente no logran resarcir completamente a las víctimas, dejándolas rezagadas al mismo limbo interminable de impunidad.

Así, los debates sobre el acceso a la justicia, la lucha contra la impunidad y la justicia transicional no se terminan supeditando a politizaciones o negociaciones de intereses políticos, sino a verdaderas y reales transformaciones en pro de las perspectivas más democráticas, de modo que la justicia no termine vendiéndose a intereses políticos transitorios ni orquestándose a partir de gestos simbólicos que, en el fondo, obedecen a dichos intereses políticos. Ejemplo de esto, la manera como en Colombia se someten las conductas punibles a negociaciones a partir de la firma de acuerdos. Hay que tener en cuenta que el riesgo de politización de la justicia transicional siempre ha estado presente y es un tema que puede verse evidenciado en los mismos informes de la verdad transicional. Así,

> "cuando los acuerdos de paz se comprometen previamente a que se hará una investigación conjunta de la violencia del Estado, un acuerdo de la comisión para llevar a cabo una solución particular parece implicar el riesgo de convertirse en la versión histórica de un juicio tipo *show*." (Teitel, 2017, p.223)

Finalmente, es menester tener en cuenta como lo plantea Jhon Rawls que, "(...) incluso en una sociedad bien ordenada, **los poderes**

coercitivos del gobierno son, de algún modo, necesarios para mantener la estabilidad de la cooperación social" (Rawls 2012, p. 226)[20]. En este sentido, para lograr una transición realmente efectiva que garantice una lucha frontal contra la impunidad, se debería partir de la base de que la consecución de una paz verdadera, una democracia estable y un respeto real por los derechos humanos no se logra cuando se encubren violaciones a través de amnistías, sino cuando en el propio diseño institucional de los Estados, se entiende que su poder coercitivo puede analizarse desde una función social, y que no necesariamente se aborda el castigo como una forma de venganza frente a los perpetradores sino como una forma de garantizar la justiciabilidad de los derechos de las víctimas, de manera que su acceso a la justicia no se torne ilusoria o como un espejismo, y de tal forma que se garantice el ejercicio legítimo del castigo, pues, no en vano, existe un contrato social previamente establecido, independientemente de si se está o no en un periodo de transición. Porque ¿Qué sería de una democracia trastornada por la impunidad incesante y permanente? ¿No son las víctimas merecedoras de un acceso a la justicia sin obstáculos? ¿Puede una sociedad realmente progresar cuando se está desangrando por dentro?

ANEXO

Tabla 1. Casos de la Corte Interamericana en los que se aborda la amnistía como forma de impunidad y la impunidad como obstáculo al acceso a la justicia.

CASO CORTE INTERAMERICANA	IMPUNIDAD
Caso Velasquez Rodríguez vs Honduras (29 de Julio de 1988)	La Corte señaló que "el deber de proteger a los ciudadanos de la persecución podría en todo caso satisfacerse después de los hechos mediante una serie de medidas alternativas de corrección, tales como las **investigaciones y las reparaciones.**"
Caso Barrios Altos[21] vs Perú (14 de marzo de 2001)	Las leyes de amnistía impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas fueran oídas por un juez (art 8.1 Convención Americana). Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la **perpetuación de la impunidad** por lo que son incompatibles con el espíritu de la Convención Americana. Las leyes de autoamnistía impiden la identificación de los responsables a DD.HH, pues se **obstaculiza la investigación y acceso a la justicia** , e impide a las víctimas conocer la verdad y recibir la correspondiente reparación. Se define la **amnistía como un mero subterfugio para encubrir violaciones graves de DD. HH** y obstaculizar el propio acceso a la justicia. También se le define como "una **aberración, una afrenta inadmisible a la conciencia jurídica de la humanidad**."

20 Rawls, J. (2012) *Teoría de la justicia.* México: Fondo de cultura económica

21 Es un caso en el que el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, "las cuales no generarán efectos en el futuro, ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para

CASO CORTE INTERAMERICANA	IMPUNIDAD
Caso Bulacio Vs. Argentina (18 de Septiembre de 2003)	La Corte entiende como impunidad: "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derecho protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que **la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos** y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares." Se habla de impunidad perpetuada. Se sostiene, además, que "la impunidad no sólo alienta la repetición futura de los mismos hechos, sino que **impide el efecto reparador que tiene para la víctima la sanción penal**".
Caso Abdulsamet Yaman vs Turquía (2 de Noviembre de 2004)	Se señala que "**no debe existir prescripción ni debe permitirse la amnistía o el perdón.**"
Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia (15 de septiembre de 2005)	En particular, "son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad **que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables** de las violaciones graves de los derechos humanos."
Caso Goiburú vs Paraguay (22 de septiembre de 2006)	Paraguay nunca aprobó leyes de amnistía y reconoce la no aplicabilidad de la prescripción a las violaciones graves de DD.HH..
Caso Almonacid vs Chile (26 de septiembre de 2006)	**Las amnistías no tienen valor ético ni jurídico y carecen de efectos jurídicos.** La adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad **impiden el cumplimiento de ciertas obligaciones.** Frente a los crímenes de lesa humanidad no se puede conceder amnistía. Las leyes de amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los DD.HH.
Caso La Cantuta Vs. Perú (29 de Noviembre de 2006)	Se aborda la amnistía como una **amenaza permanente.** La amnistía continúa representando un obstáculo. Se habla del criterio interamericano sobre las auto amnistías señalando que las mismas "no pueden tener efectos jurídicos ni en el momento en que fueron expedidas, ni en el presente ni en el futuro, **en tanto contrarían, desde el instante de su emisión, los compromisos internacionales del Estado estatuidos en la CADH**." Decisiva contribución hacia el fin de las auto amnistías, tal y como también ocurre con el caso Barrios Altos vs Perú.
Masacre de La Rochela Vs. Colombia (11 de mayo de 2007)	La Corte recuerda la inadmisibilidad de las disposiciones sobre amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad.

excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables."

CASO CORTE INTERAMERICANA	IMPUNIDAD
Caso Bueno Alves vs. Argentina (11 de Mayo de 2007)	Con respecto a la impunidad se señala que "el deber de **investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional** y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido."
Caso García Prieto vs El Salvador (20 de Noviembre de 2007)	Se trata de un caso en el que hubo varias obstaculizaciones constantes en el acceso a la justicia, paralizaciones en las investigaciones y **falta de voluntad del Estado** para el esclarecimiento de los hechos.
Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador (22 de noviembre de 2007)	Se aborda la impunidad desde un sentido de **"no tener buena fe"** frente a las pretensiones de las víctimas, pues se burló la justicia al haber manipulación de algunas leyes.
Caso Herzog vs Brasil (15 de marzo de 2008)	Se señala que "dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos." Además, se sostiene que la **amnistía no extinguió la punibilidad del crimen cometido.**
Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá (12 de Agosto de 2008)	No se puede aplicar la figura del indulto ni amnistías cuando se trate de una desaparición forzada.
Caso Tiu Tojín[22] Vs. Guatemala (26 de Noviembre de 2008)	La impunidad presentada en este caso contribuyó a la **prolongación del sufrimiento** de los allegados frente a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y la de su hija. Así mismo, es un caso en el que la Comisión señaló que "la subsistencia de altos niveles de impunidad no significa solamente que numerosos crímenes graves queden sin castigo, sino que se convierte en una **situación que afecta la vida misma de la nación y su cultura**." De igual modo, la Corte señaló que "la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables,es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos **y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad."**
Caso Gbao (2 de Marzo de 2009)	Se aborda la **impunidad como una táctica de guerra** para humillar, dominar e instaurar el miedo en las víctimas, sus familias y las comunidades, durante el conflicto armado.
Caso Campo Algodonero (16 de Noviembre de 2009)	Es un caso en el que se recuerda la obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que **la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de DD.HH**.

22 Se sostiene que "la impunidad por graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno en contra del pueblo Maya y sus miembros alcanza niveles de tal magnitud que obligan a concluir que los rezagos de una cultura racista y discriminatoria continúan permeando amplios sectores y ámbitos de la sociedad guatemalteca, reflejándose en forma especial en el sistema de administración de justicia".

CASO CORTE INTERAMERICANA	IMPUNIDAD
Caso Chitay Nech vs Guatemala[23] (25 de Mayo de 2010)	Se habla de **patrón sistemático de impunidad.** Desarrollo de situaciones con **efectos acumulativos y perdurables que llevaron a la población a no reportar las violaciones a los DD.HH** , estimulando la impunidad y favoreciendo las atrocidades.
Cepeda Vargas vs. Colombia (26 de mayo de 2010)	La Corte señala que es un caso en el que "prevalece la impunidad en el presente caso en razón de que los procesos y procedimientos internos **no han sido desarrollados en un plazo razonable, ni han constituido recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia,** investigar y eventualmente sancionar a todos los partícipes en la comisión de las violaciones, incluyendo la posible participación de paramilitares, y reparar integralmente las consecuencias de las violaciones."
Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (1 de Septiembre de 2010)	**Se habla de la importancia de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado** sobre aquellas conductas que deben ser castigadas, para evitar la impunidad.
Caso Gómez Lund vs Brasil (24 de Noviembre de 2010)	Se sostiene que **en el ámbito universal se ha establecido una prohibición de amnistías** que impidan investigación y sanción de quienes cometan graves violaciones a los DD.HH. El relator especial de las NU al referirse sobre la impunidad sostiene que **"los autores de violaciones no podrán beneficiarse de la amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia** mediante un recurso efectivo. Jurídicamente, carecerá de efecto con respecto a las acciones de las víctimas vinculadas al derecho a reparación."
Caso Gelman vs Uruguay (24 de febrero de 2011)	Se sostiene que las amnistías han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y sancionar a responsables de graves y sistemáticas violaciones de DD.HH. De igual modo, se afirma que **hay una incompatibilidad entre las leyes de amnistía y las obligaciones convencionales de los Estados.** Además, se sostiene que las amnistías que exoneran de sanción penal con la esperanza de garantizar la paz no consiguen su objetivo y llegan a **estimular el cometimiento de nuevos crímenes fortaleciendo el círculo vicioso de la impunidad.**
Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador (19 de mayo de 2011)	En una línea muy similar a las sentencias precedentes, se señala que una investigación debe ser capaz de lograr la identificación de los responsables, así como su castigo, so pena de continuar alimentando el perverso círculo de impunidad.
Caso Masacres el Mozote vs El Salvador (25 de Octubre de 2012)	Se sostiene que la Ley de Amnistía General para la consolidación de la paz ha tenido como consecuencia la instauración y la perpetuación de una situación de impunidad, por la **falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos** incumpliendo los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

23 Uno de los peritos del caso manifestó que "Guatemala todavía enfrenta un grave problema de impunidad, la tasa de crimen sin castigo de delitos contra la vida sigue siendo elevadísima, 97% a 98% de impunidad".

CASO CORTE INTERAMERICANA	IMPUNIDAD
Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua. (18 de Noviembre de 2020)	Voto concurrente de Zaffaroni señala que: "La responsabilidad internacional del Estado no surge de la mera producción de resultados, por graves que fuesen, y tampoco necesariamente de la comisión de los delitos, **sino de la impunidad de éstos**, cuando es arbitrariamente selectiva y afectan bienes jurídicos internos pero que también son Derechos Humanos que el Estado está obligado internacionalmente a garantizar." Adicionalmente, se señala que "para responsabilizar al Estado por impunidad, ésta debe ser necesariamente la "impunidad de un delito", que es lo único "punible", y no hay delito que no sea doloso o culposo, no siendo suficiente tener por establecida una pura relación de causalidad con el resultado letal."

Fuente: elaboración propia.

Bibliografía

Doctrina

ARENDT, H. *Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal.* Nueva York: The Viking Press, 1963.

ARENILLA, S., TORRADO, M., ARCIERI C., CASADIEGOS, Y., GUTIERREZ, J., SÁNCHEZ, L., VARGAS, S. Justicia transicional en el sistema interamericano de derechos humanos. En Torrado M. (Ed.), *Justicia: Un enfoque transdisciplinar* Barranquilla (Colombia): Editorial Universidad del Norte. DOI :10.2307/j.ctt1qft19h.15 (2016): 359-398

BEN- AMI, SHLOMO. (8 de Diciembre de 2020) Amnistías e impunidad. Comunicación virtual - zoom . (Por: Regina Angarita) : Tel Aviv.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. (2017) *Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Disponible en https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-04/00_Justicia%20transicional%20y%20CIDH_CRC03%20%28entero%29.pdf

DUFF, A . *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*.Buenos Aires: Siglo XXI, 2015

ERRANDONEA, J., «Justicia transicional, obligación de investigar y leyes de amnistía en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: GONZÁLEZ, D., (coord.), *Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, (2017): pp. 29-130.

FILIPPINI, L. (s.f) *Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman*. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29423.pdf

GARGARELLA, R.. Sin lugar para la democracia. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman», En: AA.VV., *SELA Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*. Buenos Aires: Libraria. (2013) Disponible en https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf

GARLAND, D. *Crimen y castigo en la modernidad tardía.* Bogotá: Siglo del Hombre editores, 1991.

GUARIGLIA, F., Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos", En: *Nueva Doctrina Penal*, (2001): pp. 209-230.

JEP *Justicia transicional: Manual para América Latina.* (2011) . Disponible en https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf

JEP. *La JEP vista por sus jueces.* Disponible en https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf 2020.

MANENTE, R. Poder punitivo y el discurso manifiesto del castigo: Una decisión vertical del poder . En Proner C., Cittadino G., Ricobom G., & Dornelles J. (Eds.), *Comentarios a una sentencia anunciada: El proceso Lula* (2018) :pp. 623-628. Argentina: CLACSO. Recuperado de http://www.jstor.org/stable/j.ctvn96f3z.88

MAULEON, X. En torno a la Legitimidad y el Sentido del Castigo por el Delito. *Revista Portuguesa De Filosofía, 70* (4), (2014). 765-786. Recuperado de http://www.jstor.org/stable/43151573

NASH, C. «El caso Goiburú Vs. Paraguay. La justicia transicional en el banquillo de la Corte Interamericana», en: NASH, C., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción. Aciertos y Desafíos,* Porrúa, Ciudad de México. (2009): pp. 191-210.

NEIER, A. *What should be done about the guilty?* New York, 1990.

NINO, C. *Juicio al mal absoluto ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* Buenos Aires: Siglo XXI Editora Iberoamericana, 2015.

PARRA, O. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates* . Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30797.pdf, 2012.

PARRA, O. *Notas sobre la jurisprudencia interamericana y la construcción de estándares en materia de justicia transicional. Algunos debates y desafíos a 50 años de la Convención Americana.* En : Beyond the Binary. Securing Peace and Promoting Justice after Conflict., (2019) pp. 154-173. Bogotá: Dejusticia.

RAWLS, J. *Teoría de la justicia.* México : Fondo de cultura económica, 2012.

SÁNCHEZ, N. & UPRIMNY, R., "The Challenges of Negotiated Transitions in the Era o fInternational Criminal Law", en: SANCHÉZ, N y UPRIMNY, R., (cords.), Beyond the Binary. Securing Peace and Promoting Justice after Conflict, Dejusticia, Bogotá, (2019), pp. 18-71.

SHARP, D., **ARBOUR, L.**, **WALDORF,L ., & PENAGOS, F.** (2019). Más allá de las listas de requisitos del postconflicto: Conectar la construcción de paz y la justicia transicional desde una lente crítica.En *Justicia transicional y posconflicto* (pp. 97-166). Bogotá, D. C.: Siglo del Hombre Editores. Recuperado de http://www.jstor.org/stable/j.ctvkjb32m.5

TEITEL,R. *Justicia transicional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia,2017.

THE UNITED STATES INSTITUTE OF PEACE. *Víctimas sin mordaza: El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: Los casos de Argentina, Guatemala, el Salvador y Perú.* (2007) Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/1202485080.pdf

UMAÑA,C. & REED, M. *La búsqueda de la verdad: Laberintos, ilusiones y expectativas.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia,2020.

UMAÑA, C. *La justicia al encuentro de la paz en contextos de transición.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

ZALAQUETT, J. *El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad*», En: Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2007.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA

CORTE IDH. *Caso Velasquez Rodríguez vs Honduras* . Sentencia del 29 de Julio de 1988.

CORTE IDH. *Caso Barrios Altos vs Perú* . Sentencia del 14 de Marzo de 2001

CORTE IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003

CORTE IDH. *Caso Abdulsamet Yaman vs Turquía.* Sentencia del 2 de Noviembre de 2004

CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia* . Sentencia del 15 de Septiembre de 2005

CORTE IDH.*Caso Goiburú vs Paraguay* . Sentencia del 22 de Septiembre de 2006.

CORTE IDH.*Caso Almonacid vs Chile* . Sentencia del 26 de Septiembre de 2006.

CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú* . Sentencia del 29 de Noviembre de 2006.

CORTE IDH. *Masacre de La Rochela vs. Colombia.* Sentencia del 11 de Mayo de 2007.

CORTE IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina* . Sentencia del 11 de Mayo de 2007.

CORTE IDH.*Caso García Prieto vs El Salvador.* Sentencia del 20 de Noviembre de 2007.

CORTE IDH. *Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador* . Sentencia del 22 de Noviembre de 2007.

CORTE IDH. *Caso Herzog vs Brasil* . Sentencia del 15 de Marzo de 2008.

CORTE IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Sentencia del 12 de Agosto de 2008.

CORTE IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala.* Sentencia del 26 de Noviembre de 2008.

CORTE IDH. *Caso Gbao* . Sentencia del 2 de Marzo de 2009.

CORTE IDH. *Caso Campo Algodonero.* Sentencia del 16 de Noviembre de 2009.

CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco vs México* . Sentencia del 23 de Noviembre de 2009.

CORTE IDH. *Caso Chitay Nech vs Guatemala.* Sentencia del 25 de Mayo de 2010.

CORTE IDH. *Cepeda Vargas vs. Colombia* . Sentencia del 26 de Mayo de 2010.

CORTE IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia.* Sentencia del 1 de Septiembre de 2010.

CORTE IDH. *Caso Gómez Lund vs Brasil* . Sentencia del 24 de Noviembre de 2010.

CORTE IDH. *Caso Gelman vs Uruguay* . Sentencia del 24 de Febrero de 2011.

CORTE IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador* . Sentencia del 19 de Mayo de 2011

CORTE IDH. *Caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador* . Sentencia del 25 de Octubre de 2012.

CORTE IDH. *Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua*. Sentencia del 18 de Noviembre de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional . (28 de Agosto de 2013) Sentencia C 579 de 2013. [M.P Jorge Pretelt Chaljub]

PROCESO EJECUTIVO ARBITRAL EN COLOMBIA Y SU VIABILIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

José Felipe Acosta Niebles
Abogado de la Universidad de La Sabana
Estudiante Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios, Universidad de La Sabana.
jofeacni@gmail.com;
joseacni@unisabana.edu.co

RESUMEN

En el año 2012 fueron regulados en Colombia los procesos arbitrales declarativos, más hasta el año 2018 se publicó un primer proyecto de ley, Proyecto de Ley 224, que buscaba regular los procesos arbitrales ejecutivos, el cual por incumplimientos de forma terminó siendo archivado. Nuevamente, el 21 de julio de 2021 se radicó en el Congreso de La República el Proyecto de Ley 119/21, con la misma finalidad. Como consecuencia de lo anterior, han surgido diferentes posiciones frente a la viabilidad o no de los procesos arbitrales ejecutivos y su implementación como una de tantas herramientas que puede promover la descongestión del sistema judicial colombiano promoviendo el acercamiento al derecho de acceso a la administración de justicia y generando que Colombia se posicione como un mejor entrono para la inversión extranjera.

Palabras clave: Proceso ejecutivo, proceso arbitral, proceso ejecutivo arbitral, arbitraje, derecho de acceso a la administración de justicia, capacidad de coacción.

Introducción

El presente ensayo busca analizar las normas vigentes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para describir su posición acerca de la constitucionalidad y viabilidad de los procesos arbitrales ejecutivos en Colombia.

El arbitraje cuenta con una naturaleza jurídica mixta. De esta forma cuenta con un origen contractual, el cual es ejercido por las partes a través la suscripción del pacto arbitral o de la cláusula compromisoria. El arbitraje también constituye un proceso, el cual en palabras de la Dra. Liliana Otero comprende *"un conjunto de actos coordinados y sucesivos destinados a la aplicación de la ley sustancial en un caso determinado"* (2019, 441) consagrado como ley procesal de acuerdo con la Constitución Política de Colombia de 1991 (en adelante CP).

El arbitraje tiene un procedimiento especial, por el cual las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada pueden: 1) Celebrar un contrato accesorio, denominado pacto arbitral (Artículo 3 2012), o; 2) Incluir dentro del contrato principal suscrito, una cláusula compromisoria. A través de este ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las partes acuerdan someter los posibles conflictos derivados del contrato u obligación principal ante un tribunal de arbitraje, ante quien que de acuerdo con el Dr. Jorge Hernán Gil Echeverry resolverán conflictos que son transigibles (1999), ante un árbitro único o varios árbitros quienes serán terceros imparciales integrantes de tribunal de arbitraje y que ejercerán una verdadera función jurisdiccional operando bajo el margen de la ley. Como se mencionó anteriormente, mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada de las partes, los árbitros, quedan investidos de forma **transitoria** de jurisdicción, para proferir una decisión denominada laudo arbitral, que por mandato legal contará con los mismos efectos de una sentencia judicial y prestará mérito ejecutivo.

Por su parte, el artículo 116 de la CP, indicó en su inciso 4º que los árbitros son particulares que administran justicia, al establecer que:

> *"**Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de** jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de **árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley**"*[1] *(negrita fuera del texto original).*

Por lo tanto, la CP permite a los árbitros ejercer de forma ***transitoria*** la función pública de administrar justicia siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1) contar con la habilitación previa de las partes, que se puede materializar mediante un pacto arbitral o una cláusula compromisoria; 2) proferir el fallo, también denominado laudo arbitral, ya sea en derecho, en equidad, o técnico, y; 3) mantenerse en los términos regulados por la ley, disponiendo el quehacer de los árbitros a las leyes proferidas para su regulación.

1 República de Colombia, Constitución Política de Colombia, Art 11, 1991. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=-Constitucion/1687988

La CP impuso sobre el legislador la obligación de proferir ley (especial) que regulara el arbitraje y su procedimiento en el marco jurídico nacional. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que se le ha atribuido obligación y competencia al legislador para que regule las formas de composición de los conflictos judiciales o MASC (Mesa 1996), función que obedece al principio de reserva legal el cual implica que en el Estado democrático de derecho, identificado por el principio de división de poderes, la única rama de poder público a la que se faculta para legislar es la rama legislativa, puesto que en ella radica la representación popular (M.P. Dr. Fabio Moron Diaz. 2000).

En el año 2012 fue expedida la Ley 1563 de 2012, *"por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones"*, en donde se define en el artículo 1º que *"el arbitraje es un mecanismo alterno de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros* ***la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*** *(…)"*(negrita fuera del texto original). A través de la presente Ley, el legislador indicó en su artículo 119 que esta ley regula de forma íntegra la materia de arbitraje, más como lo menciona la Dra. Liliana Otero, *"tal conclusión no es del todo pacífica y la situación no es del todo simplista como se creería, por cuanto encontramos casos de remisión expresa y otros de aplicación analógica de normas procesales ordinarias"* (2019, 436). En adición, encontramos casos como el del proceso ejecutivo arbitral sobre el cual existe un vacío normativo en la legislación colombiana, debido a que la Ley 1563 de 2012 solo reguló el arbitraje sobre procesos declarativos, sin hacer mención alguna respecto de los procesos de ejecución.

En el año 2018, la senadora Esperanza Andrade Serrano radico el Proyecto de Ley 224 de 2018[2] que fue archivado tras no cumplir a cabalidad formalidades del trámite legislativo establecido en el artículo 162 de la CP; El 21 de Julio de 2021 el Proyecto de Ley 119 de 2021[3] fue radicado por la misma senadora Esperanza Andrade Serrano, proyecto de ley que actualmente se encuentra en trámite legislativo, el cual como lo mencionó el Dr. Ulises Canosa en el año 2020, era un proyecto de ley que empezó a ser corregido y preparado como una alternativa de oferta de justicia que es compartido por autorizados tratadistas, reconocidos doctrinantes Click or tap here to enter text.y destacados profesores universitarios Click or tap here to enter text. (2020,14).

Es importante aclarar que el presente ensayo no busca hacer comentarios al Proyecto de Ley 224 de 2018, ni al actual Proyecto de Ley en trámite 119 de 2021. En cambio, se pretende analizar la constitucionalidad del proceso ejecutivo arbitral y las diferentes posturas que han sido puestas en discusión, frente a la viabilidad de la regulación y existencia del proceso ejecutivo arbitral en el ordenamiento jurídico colombiano.

---

2 Proyecto de Ley 224 de 2018. *"Por medio de la cual se crea en nuestra legislación el* ***PACTO ARBITRAL EJECUTIVO,*** *su procedimiento especial y otras disposiciones relacionadas con el Estatuto Arbitral y la Conciliación".*

3 Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 119 de 2021: Por medio del cual se crea el arbitraje para procedimientos ejecutivos, su pacto especial y procedimiento arbitral (2021). http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2021-2022/2341-proyecto-de-ley-119-de-2021

Por lo tanto, mediante la aplicación del método dogmático con orientación descriptiva (Courtis 2006,114 y 122–25), se buscará identificar si en Colombia es constitucional y viable promover la promulgación de una ley que regule y avale el proceso ejecutivo arbitral, y; finalmente, se buscará señalar soluciones, dando de esta forma resolución al problema objeto del presente ensayo jurídico.

1. Generalidades del arbitraje en Colombia

La Corte Constitucional ha señalado que el arbitraje es una institución sólidamente instituida en el derecho, al ser considerada como un mecanismo alterno de solución de conflictos (en adelante MASC) eficaz, y también un instrumento que cuenta con ventajas evidentes y prácticas para quienes lo emplean y para el orden social general (CABALLERO 1993, 8). Adicionalmente, ha definido al arbitraje como un MASC heterocompositivo, por el cual un tercero (particular) que ha sido investido de jurisdicción denominado árbitro que "*puede suponer un órgano público o privado, nacional o internacional*" (Vescovi 1984, 7), soluciona un conflicto entre dos o más partes, previa habilitación de las mismas; atendiendo a las disposiciones legales y convencionales (Corte Constitucional de Colombia 2014).

La doctrina constitucional ha definido el arbitraje como "*aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del estado, en ejercicio de una competencia atribuida por este y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada*" (Vergara 1995, 1997). Finalmente, se indica que el arbitraje es un mecanismo que debe promulgar con rigor la aplicación de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la CP (Díaz 2000).

1.1. Naturaleza jurídica

Frente a la naturaleza jurídica del arbitraje, actualmente sobresalen tres importantes posturas que son: 1) la contractualista; 2) la jurisdiccional, y; 3) la mixta.

La postura contractualista, considerada como una teoría extrema al igual que la jurisdiccional (Corte Constitucional de Colombia 2014), encuentra como fundamento la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes otorgada a los particulares para dirimir su conflicto materializado en el contrato o negocio jurídico. Así mismo, encuentra el origen de la competencia del árbitro "*en un acuerdo privado y no en las autoridades del Estado*" (Rey Vallejo 2013, 205).

La postura jurisdiccional "*ubica el arbitraje en el terreno de lo procesal (…). El estudio de la naturaleza del arbitraje no debe tomar como punto de partida la relación o el contrato existente entre las partes y los árbitros designados, sino más bien la función misma que estos desarrollan*" (Rey Vallejo 2013,199–237); proyectándose de esta forma como una teoría antagónica respecto de la contractualista, al sugerir que "*la forma en que los árbitros resuelven la controversia reviste las características de la función desarro-*

llada por un juez, su decisión hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos de ejecutoriedad" (Rey Vallejo 2013, 204).

La teoría mixta o ecléctica atiende a un postulado intermedio, sugiriendo que al arbitraje *"tiene un fuerte componente contractual, derivado de su origen o negocio jurídico como lo es el pacto arbitral, pero igualmente, la potestad de los árbitros al dirimir conflictos de manera vinculante, va más allá de una simple facultad de derecho privado y consulta los rasgos de una verdadera función jurisdiccional"* (Otero Álvarez 2019, 437).

El sistema jurídico colombiano tal como el constituyente lo determinó en el artículo 116 CP, se inclina, por adoptar la teoría mixta, puesto que *"los árbitros administran justicia y, por otro lado, al pacto arbitral se aplican las reglas propias de los negocios jurídicos"* (Otero Álvarez 2019, 438). Adicionalmente, la Corte Constitucional en sus interpretaciones ha afirmado el acogimiento de la postura mixta al exhortar en su jurisprudencia: *"la doctrina constitucional nacional se inclina hacia la posición mixta o ecléctica"* (Corte Constitucional de Colombia 2014, 48). El apadrinamiento de la postura mixta acarrea como consecuencia, de acuerdo con la Dra. Liliana Otero, el **respeto por la autonomía de la voluntad de las partes** materializado en el contrato o negocio jurídico y así mismo **el sometimiento al debido proceso** expresado por el legislador (2019, 439).

1.2. Características del arbitraje

La Corte Constitucional ha informado que son las siguientes: 1) **voluntariedad**; 2) **temporalidad**; 3) **excepcionalidad**, y; 4) que comprende una figura de **carácter procesal** (Díaz 2000).

La **voluntariedad** hace referencia al acuerdo previo y expreso de las partes en conflicto, denominado pacto arbitral o cláusula compromisoria, por el cual estas partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada deciden someter determinadas controversias a la decisión de un tribunal de arbitramento.

La **temporalidad** implica que *"el ejercicio de la función judicial atribuida a los particulares en calidad de árbitros es transitoria y se limita a la cuestión propuesta por las partes en conflicto"* (Díaz 2000). Adicionalmente, indica que el proceso arbitral debe tramitarse dentro de un plazo delimitado por la ley o por las partes, el cual a nuestro parecer se encuentra relacionado con la investidura transitoria que es dada a los árbitros para tener jurisdicción en determinado proceso. La característica de la temporalidad, a su vez ha sido uno de los fundamentos sobre los cuales ciertos doctrinantes han apoyado su tesis, sobre la cual mencionan que el proceso ejecutivo no puede llegar a tramitarse a través del proceso arbitral, al señalar que la etapa procesal de la ejecución puede llegar a tardar demasiado tiempo generando como consecuencia la indeterminación para la resolución del conflicto determinado, siendo la ejecución en el proceso ejecutivo arbitral posiblemente contraria y transgresora de esta especial característica del arbitraje (Martínez 2020, 85–87). Sin embargo, a nuestro parecer, los procesos ejecutivos que sean dirimidos mediante un proceso arbitral cumplirían con esta característica de la temporalidad,

en tanto: 1) el legislador indique de forma certera y expresa un término máximo legal en el cual deban solucionarse las controversias con pretensión de carácter ejecutivo, tal como el mismo legislador lo ha hecho anteriormente para los procesos arbitrales de naturaleza declarativa y que indique, tal como la ley 1563 de 2012 lo ha fijado para los procesos declarativos, que una vez finiquitado este plazo determinado, el caso en concreto deberá ser delegado a la justicia ordinaria, y; 2) que las partes en el pacto arbitral o en la cláusula compromisoria pacten un término máximo convencional que no contraríe ni supere al máximo legal para la resolución de la controversia y promuevan de forma activa la célere resolución del conflicto en el término convencionalmente establecido.

Por su parte, la **excepcionalidad** limita la jurisdicción que le es atribuida a los árbitros al excluir toda controversia o asunto que trate sobre: 1) la garantía de bienes jurídicos tutelados específicos, como los que versen sobre derechos fundamentales entre otros determinados por la ley, ya que son labores que se encuentran especialmente delegadas en los jueces (Muñoz 1995).

Finalmente, la **naturaleza procesal** del arbitraje implica que el ejercicio del arbitraje necesita efectuarse en obediencia a la Constitución y la ley. Por lo tanto, el arbitraje se ha identificado como un proceso acorde con los principios constitucionales del derecho procesal (Corte Constitucional de Colombia 2014).

Por consiguiente, el planteamiento de la viabilidad de los procesos arbitrales con pretensiones ejecutivas, los cuales hasta el momento han intentado ser regulados en el fallido Proyecto de Ley 224 de 2018 y en el Proyecto de Ley 119 de 2021 en trámite, no se oponen a los elementos característicos determinados por la CP ni por la Corte Constitucional sobre el arbitraje[4].

1.3. Autonomía de la voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad privada, que ha sido objeto de mención en este escrito, y que comprende el fundamento de todo el régimen de contratación nacional público y privado, ha sido definido por el Dr. Álvaro Mendoza Ramírez como *"nuestra capacidad de comprometernos, por que decidimos de manera libre y consciente, adquirir los vínculos respectivos, en tanto entendemos que estos corresponden a nuestros intereses y necesidades"* (2020, 81), adicionalmente, Emilio Betti *"entiende el ejercicio de la autonomía de la voluntad como la posibilidad de dar vida a situaciones aptas para generar vínculos jurídicos entre particulares"* (Mendoza Ramírez 2020, 82), por lo tanto, esta autonomía comprende la posibilidad de que las partes en su obrar y en la vida social se obliguen o vinculen de múltiples maneras, en tanto no se traspasen los límites fijados por el régimen jurídico.

De esta forma, la autonomía de la voluntad privada es a su vez un elemento a nuestra manera de ver esencial para que logre operar el arbitraje en el caso en concreto y sin el cual no podría llegar a hacerse el uso del proceso arbitral (declarativo o ejecutivo). Puesto que,

4 Corte Constitucional de Colombia. 2014. Sentencia C-947-14. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-947-14.htm

la habilitación es realizada por las partes mediante la suscripción del contrato principal que contenga la cláusula compromisoria o de la suscripción del pacto arbitral, lo cual constituye la manifestación expresa de las partes o autonomía de la voluntad privada de las partes exenta de vicios, a través de la cual estas partes habilitan al árbitro u árbitros para que configuren el tribunal de arbitraje correspondiente, conozcan y se pronuncien frente al conflicto determinado, con la finalidad de acceder a la administración de justicia y dirimir el conflicto.

La Corte Constitucional[5] se ha pronunciado en relación con el principio de la autonomía de la voluntad en el siguiente sentido:

> *"tiene que ver con la posibilidad de que sean los propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no solo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia"* (DIAZ 2001, 1).

La Corte indica que el adecuado y libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes operará como garante para que las partes en ese conflicto o conflictos específicos puedan contar con la posibilidad de que el Estado Colombiano le garantice que podrá ejercer su derecho constitucional **de acceso a la administración de justicia**, sobre el cual ahondaremos más adelante. Consideramos que el arbitraje es una MASC a través del cual el Estado colombiano garantiza el acceso a la administración de justicia a las personas que en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada deciden acudir ante un árbitro para resolver sus conflictos, puesto que, las mismas partes contarán con uno o varios árbitros que darán resolución al conflicto en justicia o en equidad (como se indica más adelante, la CP les ha conferido los mismos deberes y poderes que a los jueces) y en el caso específico de los procesos ejecutivos arbitrales, la ejecución de la obligación se realizará a través del mecanismo que las partes escogieron en virtud de esa autonomía de la voluntad, y no el que les tocó soportar o el que les fue impuesto, hablando específicamente de la justicia ordinaria, en la cual se evidencia una congestión judicial y falta de celeridad en la resolución de los conflictos, situación que a nuestro parecer, es contraria a un adecuado acceso a la administración de justicia.

1.4. Los árbitros y el alcance de sus funciones

Tal como lo dictamina la Corte Constitucional en Sentencia C-226-93, tanto los árbitros como los conciliadores obtienen la calificación de jurados de derecho que verdaderamente administran justicia al ser particulares que transitoriamente obtienen investidura para ejercer funciones públicas como lo es la de administrar justicia (CABALLERO 1993, 10). Adicionalmente, el árbitro cuenta con *"los mismos poderes de ordenación, coerción, e instrucción que el juez"* (Otero Álvarez 2019, 454), razón por la cual le aplican los artículos 42, 43 y 44 del CGP, confiriéndole de esta forma los mismo deberes y poderes de los jueces.

5 Corte Constitucional Colombia, 2001, *Sentencia C-060-01. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-060-01.htm*

1.4.1. Alcance de las funciones de los árbitros

Por regla general se ha indicado en la doctrina que pueden ser sometidos a arbitraje todo tipo de controversias que sean transigibles. Sin embargo, en Sentencia C-226-93 M.P Alejandro Martínez Caballero, menciona la Corte Constitucional que *"el fallo arbitral no puede ser cumplido por los mismos árbitros en razón de que proferida la sentencia cesan en las funciones, que no comprenden cosas ni personas distintas de las señaladas limitadamente en la cláusula compromisoria o en el compromiso que los enviste de autoridad pública, con autorización de la ley."* (1993, 9), imponiendo un límite adicional al arbitraje.

Al respecto se han manifestado doctrinantes, que no consideran viable que mediante arbitraje se tramiten disputas con pretensiones ejecutivas afirmando que como lo mencionó la Corte Constitucional en sentencia C-226-93, las funciones de los árbitros cuentan con la limitación de no poder por si mismos ejecutar el fallo arbitral, y por consiguiente han afirmado que sí los árbitros no cuentan siquiera con habilitación para ejecutar sus laudos, mucho menos les será viable ser habilitados para operar en la resolución de conflictos cuya pretensión sea de carácter ejecutiva (procesos ejecutivos arbitrales).

Sobre este aspecto del alcance de las funciones de los árbitros encontramos que, más allá de la prohibición tácita de la Corte Constitucional, no existe en la sentencia C-226-93 una justificación razonable dada por la Corte Constitucional en sus consideraciones frente a esta imposibilidad. Y de hecho, al realizar un análisis de lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia C-226-93 encontramos que esta posición va en contravía de lo estipulado por la misma CP en su artículo 116, al imponer un límite adicional al arbitraje que no se encuentra contemplado en la CP ni en la Ley.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha reiterado que sobre el alcance de las funciones de los árbitros *"en el proceso arbitral, el árbitro está investido del poder de administrar justicia, habilitado para ello por las partes, en forma transitoria, en el negocio sub-lite, sustrayéndolo de la competencia de la jurisdicción ordinaria, por voluntad de las mismas partes: son ellas quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Además, los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley", lo cual permite al legislador, v.gr., Establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral*" (DIAZ 2001, 8).

2. Viabilidad del proceso ejecutivo arbitral

Tras realizar un breve acercamiento a las generalidades del arbitraje, procedemos a evaluar si la naturaleza jurídica, demás generalidades del arbitraje y la regulación colombiana excluyen la posibilidad de que a través del proceso arbitral sean dirimidos conflictos cuya pretensión sea de carácter ejecutivo.

Para lo anterior, procederemos a analizar sí: 1) el ordenamiento jurídico vigente habilita el uso del proceso arbitral para resolver pretensiones ejecutivas, y; 2) verificar si el ordenamiento jurídico colombiano ha

dispuesto algún tipo de limitación para que mediante el proceso arbitral se puedan resolver pretensiones de carácter ejecutivo.

2.1. Proceso ejecutivo arbitral en el ordenamiento jurídico colombiano

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como en la de otras altas cortes, se han presentado dos posturas contrarias sobre de la viabilidad del proceso ejecutivo arbitral en Colombia.

En primer lugar, **la postura que afirma la viabilidad del proceso ejecutivo arbitral** ha argumentado que, el inciso 4º del artículo 116 de la CP no indica que los procesos arbitrales en Colombia deban ser declarativos o ejecutivos, únicamente indica que el arbitraje **debe atenerse a lo dispuesto en la ley colombiana**. En consecuencia, la Corte Constitucional en sentencia C-294-95, por la cual se declaró exequible el artículo 2º del Decreto 2651 de 1991 (el cual actualmente no se encuentra vigente), afirmó la posibilidad de que las partes acudieran a la justicia arbitral para dirimir conflictos de carácter ejecutivo, ya que este artículo indicaba que las partes podrían acudir al proceso arbitral para atender pretensiones ejecutivas. Por consiguiente, evidenciamos que después de una revisión de la legislación colombiana, encontramos que la misma no contiene ninguna norma que excluya la posibilidad de que a través del proceso arbitral se diriman pretensiones de carácter ejecutivo. Más, aclaramos que únicamente han sido regulados por el legislador los procesos arbitrales declarativos. La Corte Constitucional dejó como precedente vinculante que "*los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley,* ***pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente****, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún*" (1995, 12) (negrita fuera del texto original) indicando que así ha sido previsto de forma inequívoca en el inciso 4º del artículo 116 de la CP.

Por el contrario, quienes defienden la posición que considera inviable que en Colombia se promuevan los procesos ejecutivos arbitrales fundamenta su posición en ciertos argumentos expuestos en la sentencia T-057 de 1995 de la Corte Constitucional con magistrado ponente Eduardo Cifuentes, quien en la sentencia C-294-95 mantuvo su posición expuesta en la sentencia T-057 de 1995, al hacer un salvamento de voto, en donde afirmó que "*no todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral.* ***Entre las materias vedadas a los árbitros y conciliadores, por las razones anotadas, se encuentra el conocimiento de las pretensiones ejecutivas****.*" (1995) (negrita fuera del texto original). Adicionalmente señala que "*la ejecución está íntimamente ligada al uso de la fuerza pública que, (…) ni la ley ni el pacto pueden transferir a los árbitros o conciliadores.*" (1995).

Nosotros apoyamos **la postura que afirma la viabilidad del proceso ejecutivo arbitral** expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-294-95, que indica la viabilidad del proceso ejecutivo arbitral y no estamos de acuerdo con la postura contraria

que encuentra su fundamento en la postura de un Magistrado de la Corte Constitucional contenida en una sentencia de tutela y en un salvamento de voto de la sentencia C-294-95. Al respecto, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 (el cual se encuentra vigente) establece que, "*las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto (…)*". Por consiguiente, los fallos proferidos en sentencias de tutela por la misma Corte Constitucional que contrarían la posición de la misma Corte expuesta en la sentencia C-294-95 en donde se promueve la viabilidad de adelantar pretensiones ejecutivas por medio del proceso arbitral, sólo han de ser vinculantes para quienes fueron partes en el mismo proceso objeto de tutela.

Finalmente indicamos que, las consideraciones expuestas en la sentencia de constitucionalidad (C-294-95) como lo asevera la misma Corte "*tiene efectos* ***erga omnes"*** (Mejía 1995, 14) y ha de ser tenida en cuenta como criterio de interpretación constitucional, al ser evaluada la constitucionalidad y viabilidad del actual proyecto de ley en trámite o de futuros proyectos de ley por los cuales se busque regular el proceso ejecutivo arbitral.

2.2. Límites al proceso ejecutivo arbitral

La CP en su artículo 116, inciso 4º y la jurisprudencia constitucional vigente, solo han establecido como límites al arbitraje los siguientes: primero, que los particulares exclusivamente podrán ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o de árbitros, pero de forma **transitoria;** segundo, **son las partes quienes habilitan por mandato constitucional a los árbitros para fallar,** en derecho o en conciencia y; tercero, que los árbitros deben administrar justicia en los términos que determine la ley (Mejía 1995, 10).

También, la Corte Constitucional ha afirmado de forma expresa e inequívoca **que no existen otras limitaciones al proceso arbitral** y consecuentemente no es admisible afirmar que "*los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral.*" (1995). Así mismo, como se mencionó anteriormente, hablando del alcance de las funciones de los árbitros, no se encuentra determinado dentro de estos límites, la exclusión o limitación hecha por la Corte Constitucional a los árbitros y al arbitraje mismo, al impedir que los árbitros puedan ejecutar sus propios laudos arbitrales; puesto que, consideramos que esta disposición es contraria a la esencia misma prevista por el constituyente en el inciso 4º del artículo 116 CP.

2.3. Imperio o coercibilidad

Otro punto en cuestión al evaluar la viabilidad de los procesos ejecutivos arbitrales en Colombia ha sido el del imperio o coercibilidad.

Quienes mantienen la postura de la inviabilidad del proceso ejecutivo arbitral afirman que "*hay numerosas providencias de la justicia civil y contencioso administrativa que señalan la imposibilidad de hacerlo, principalmente en razón a la falta de poder coactivo de los árbitros, el carácter temporal del*

arbitraje y su naturaleza declarativa" (2020, 80). Esta afirmación ha sido el fundamento empleado en varias sentencias de la Corte Constitucional, a través de las cuales se ha impedido que los mismos tribunales de arbitraje puedan ejecutar sus propios laudos arbitrales (2014, 47).

Al hablar de coercibilidad, hacemos referencia a uno de los elementos esenciales de cualquier Estado, que es el del poder público soberano o elemento formal del Estado, entendido como la soberanía del Estado, que es ejercida por sus gobernantes. De acuerdo con el Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, esta soberanía le otorga al Estado un monopolio sobre: el uso de la fuerza armada, la capacidad de legislar, las relaciones internacionales del Estado y la administración de justicia (2010, 129–44).

La administración de justicia, tal como se indicó anteriormente, se encuentra bajo el monopolio soberano del Estado, más, de acuerdo con el artículo 228 de la CP, es una función pública que a su vez ha sido delegada constitucionalmente para que sea ejercida por los órganos y particulares que han sido autorizados para administrar justicia, de acuerdo con el artículo 116 CP.

Como se ha mencionado con anterioridad, la CP es clara al manifestar que los árbitros administran verdaderamente justicia de forma transitoria, previa habilitación de las partes y en los términos en que determine la ley. De esta forma, si el legislador no ha determinado que los árbitros no cuentan con capacidad de coacción y que por lo tanto no se encuentran habilitados para administrar justicia, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano hasta el momento una razón de peso o fundamento, a través de la cual se disponga que los árbitros carecen de coercibilidad. A nuestros ojos, ha sido el celo de los jueces el cual se ha manifestado en una interpretación desmedida de la ley, el factor que ha obstruido la posibilidad de que los árbitros puedan administrar justicia en procesos ejecutivos, impidiendo de esta forma, que las personas que optan por resolver sus conflictos a través de este MASC, logren acceder al derecho al acceso a la administración de justicia.

Esta posición de la justicia civil y contencioso administrativa ha obstruido a los árbitros para ejecutar primeramente sus propios laudos y en segundo lugar conocer de procesos de ejecución, a pesar de que las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada y conforme a lo dispuesto en el artículo 116 CP, han investido de autoridad al árbitro para que administre justicia en los casos en concreto.

En adición, frente a la afirmación de la postura que considera inviables los procesos ejecutivos arbitrales, tomando como fundamento "*la naturaleza declarativa del arbitraje*" (2020, 80), indicamos que es una afirmación que excede lo previsto en el artículo 116 de la CP y por consiguiente, no lo concebimos como un argumento certero, ya que, tal como se mencionó al inicio del presente escrito, al hablar de la naturaleza jurídica del arbitraje, el arbitraje en Colombia cuenta con una naturaleza mixta, y no declarativa, en concordancia con la CP, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la misma ley y los doctrinantes.

3. Arbitraje y el derecho de acceso a la administración de justicia

El derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, ha sido definido por la Corte Constitucional en sentencia C-279-2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub[6] en los siguientes términos:

> *"la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes"* (2013, 1). Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso".

Adicionalmente, *"el acceso a la administración de justicia es un derecho de configuración legal, sometido a las consideraciones del legislador en torno a su regulación y ejecución material. Si bien la tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental de aplicación inmediata, esta última característica es predicable básicamente de su contenido o núcleo esencial, ya que el diseño de las condiciones de acceso y la fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde establecerlos al legislador"* (PRETELT CHALJUB 2013, 24)

Doctrinantes como la Dra. Adriana López Martínez, entre otros, han considerado inviable el proceso ejecutivo arbitral en Colombia, señalando que *"más allá de los aspectos de constitucionalidad y conveniencia, tiene un importante impacto en el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, pues no son pocas las veces en las cuales existiendo obligaciones ejecutables en virtud de contratos o documentos anexos que contenga cláusula compromisoria, y propuesta la excepción previa correspondiente, los jueces la aceptan; pero iniciado el trámite arbitral, los árbitros señalan no ser competentes para tramitar pretensiones ejecutivas, generándose para el demandante la imposibilidad de acceso a la administración de justicia en la forma como quiere plantear sus pretensiones"* (2020, 77). Lo expuesto anteriormente, efectivamente genera un detrimento al derecho de acceso a la administración de justicia, el cual opinamos, sobreviene como consecuencia del vacío legal existente en la legislación colombiana, sumado de las diferentes posturas que se han evidenciado en las Altas Cortes, generando que los árbitros no tengan certeza para argumentar y expresar el fundamento de su competencia en los procesos ejecutivos arbitrales.

El derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la CP el cual de acuerdo con la Corte Constitucional "*es función pública y, en tal calidad, debe ser ejecutada con primacía del derecho sustancial, sin dilaciones injustificadas y a través de un funcionamiento desconcentrado y autónomo*" (2004); busca promover que quienes se encuentran habilitados para ejercer y promover el acceso a la administra-

6 Corte Constitucional Colombia, 2013, Sentencia C-279-2013. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-279-13.htm

ción de justicia no impidan que las personas puedan dirimir conflictos bajo el marco de la CP y la Ley.

Uno de los puntos de discusión que rodean la posibilidad de procesos arbitrales ejecutivos indica que puede llegar a ser un mecanismo que ayude a promover la descongestión de los despachos judiciales, debido a que la mayoría de los procesos que concurren dichos despachos atienden a la categoría de procesos ejecutivos. Es claro que el proceso ejecutivo arbitral no es la solución mágica al grave problema de congestión judicial y justicia tardía que existe en nuestro país, el cual efectivamente consideramos vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia; más, consideramos acertado el planteamiento del Dr. Ulises Canosa Suarez, en donde indica que los procesos ejecutivos arbitrales pueden llegar a ser mecanismos que promuevan el derecho de acceso a la administración de justicia y de paso sean un pequeño eslabón que ayude a que en Colombia se puedan ir descongestionando los despachos judiciales, para que de esta forma en Colombia en algún momento, con la implementación de este y otros mecanismos, podamos llegar a hablar de la existencia de una justicia acorde con el principio del derecho procesal de la economía procesal o celeridad (López Blanco 2019, 109). De esta forma y más al hablar de procesos ejecutivos, desde nuestro punto de vista es imperativo al hablar del derecho de acceso a la administración de justicia, puesto que en este tipo de procesos, de acuerdo con el artículo 422 del CGP, un acreedor o demandante busca hacer efectiva una obligación que es expresa, clara y exigible, el cual, con mayor razón debe serle garantizado a las personas el acceso a un proceso célere.

Para finalizar, creemos valioso afirmar que la Corte Constitucional ha indicado que el arbitraje como MASC guarda una íntima relación con el derecho de acceso a la administración de justicia, el debido proceso, la igualdad de oportunidades para las partes y la seguridad jurídica, entre otros derechos. Adicionalmente, ha afirmado que *"(…) esta proscrito constitucionalmente, cualquier acuerdo privado que menoscabe estos intereses superiores"* (Corte Constitucional de Colombia 2014, 51), al referirse a los derechos que el arbitraje busca promover y guardar.

4. Arbitraje y medidas cautelares

Las medidas cautelares son *"aquellas providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que resulten afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada"* (López Blanco 2018, 752).

El objetivo de toda medida cautelar, en el proceso en el cual se busque decretar y practicar, consiste como lo indica el Dr. Hernán Fabio López Blanco en asegurar que el fin o los fines del proceso puedan cumplirse a cabalidad y de igual forma se eviten daños o perjuicios personales o económicos (2018, 752). Las medidas cautelares, como se evidencia, *"tienen un amplio alcance, pues pueden*

recaer sobre bines y también sobre personas (…), o también pueden estar orientadas a que se suspenda un acto que ha sido impugnado" (Forero Silva 2020, 1) . Por otra parte, respecto de la finalidad de las medidas cautelares, de acuerdo con Calamandrei, en el proceso *"las medidas cautelares surgen de la necesidad de relacionar un hacer "pronto" con un hacer bien y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que le ponga fin al mismo"* (1976, 229); por consiguiente, buscan *"evitar los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos civiles"* (López Blanco 2018, 753), para que no suceda lo que indica Redenti *"de poco servirían las decisiones judiciales si entre tanto … se han escapado los bueyes"*, al hacer mención respecto de la aplicación de providencias judiciales que llegan demasiado tarde, en tanto dejan de poder hacerse efectivas las obligaciones al no encontrarse o existir los bienes dados en garantía, entre otros casos.

El Dr. Hernán Fabio López Blanco indica que al ser reguladas adecuadamente las medidas cautelares, respecto de cada proceso en específico, se puede evitar que durante el curso del proceso sobre el cual se buscan decretar y practicar las mismas, se lleguen a ejecutar actos contrarios a la buena fe tendientes a insolventarse para hacer ilusorios los efectos del fallo (2018, 751).

Cabe aclarar que "*durante largo tiempo la doctrina nacional sostuvo que las medidas cautelares eran incompatibles con el proceso arbitral. Sin embargo, el artículo 31 del Decreto 2279 de 1989, que corresponde al artículo 152 del Decreto 1818, tomó dicha institución de la doctrina extranjera y las consagró expresamente*", (Gil Echeverry 1999, 303). Posteriormente, el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 lo derogo, más en el artículo 32 de la misma Ley 1563 de 2012, se indicó que:

> *"A petición de cualquiera de las partes,* ***el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria*** *o la contencioso administrativa,* ***cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil****, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes.* ***El tribunal podrá comisionar al juez*** *civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. (…)"*

En el anterior proyecto de ley 224/18 que buscaba regular los procesos ejecutivos arbitrales se indicó que el decreto y practica de medidas cautelares se adelantaría de igual forma como se adelanta en la ley 1563 de 2012. Al respecto, la Dra. Adriana López Martínez, quien respetablemente ha sido una de las representantes de la posición que considera inviable y no conveniente la promulgación de un proyecto de ley que regule los procesos ejecutivos arbitrales, indicó respecto del anterior proyecto de ley que *"en lo que se refiere a la práctica de medidas cautelares, específicamente frente al secuestro de bienes, tal y como se ha planteado en el inicial proyecto de ley,* ***su materialización se haría a través de comisión a los jueces ordinarios****, teniendo en cuenta el tiempo, los costos y el imperio requerido para la práctica de este tipo de medida cautelar.* ***Esto afectaría claramente los propósitos y finalidad para la que se concibe el proceso ejecutivo arbitral, cual es la descongestión y eficiencia del pro-***

ceso ejecutivo**, máxime si el juez no va a ser el responsable de los tiempos de su trámite.*" (negrita fuera del texto original) (2020, 86). Por consiguiente, consideramos acertada la afirmación realizada por el Dr. Ulises Canosa Suárez, en donde indicó que otro tema importante al hablar de procesos ejecutivos arbitrales, consiste en "la plena facultad del árbitro para decretar medidas cautelares de cualquier tipo**, nominadas o innominadas, **incluso, para que este las practique directamente***" (2020, 15). De acuerdo a lo anterior, consideramos que lo mencionado por la Dra. Adriana López Martínez y por el Dr. Ulises Canosa anteriormente debe ser tenido en cuenta, para una eficaz del actual o de futuros proyectos de ley que busquen regular los procesos ejecutivo arbitrales, ya que en caso de que el futuro proyecto de ley no contenga un artículo en el que expresamente se otorgue la facultad a los árbitros de decretar y practicar medidas cautelares de cualquier tipo, primeramente, los árbitros se encontrarán sujetos a la interpretación dada por los jueces y esto llegaría a generar cierta indeterminación respecto de al alcance de sus funciones, derechos y obligaciones respecto de los procesos ejecutivos arbitrales, y; en segundo lugar, en caso de que no se cuente con la facultad expresa de practicar y decretar medidas cautelares de cualquier tipo, en el futuro proyecto de ley, se podría entrar en debates conceptuales que llegarían a frenar la utilidad del proceso ejecutivo arbitral y desincentivarían su uso.

Consecuentemente, respecto de la práctica de las medidas cautelares, cabe mencionar que es considerada como una de las "*diligencias de mayor importancia para asegurar la efectividad de un proceso ejecutivo*" (Martínez 2020, 86), por lo tanto, aceptamos lo indicado por la Dra. Adriana López Martínez, quien menciona que si se busca en el proyecto de ley por el cual se regulen los procesos ejecutivos arbitrales promover procesos más eficientes, y céleres, la práctica de las medidas cautelares no debería ser realizada por el juez ordinario, sino que más bien debería centralizarse este proceso en una sola autoridad (Martínez 2020, 86). A nuestro parecer, teniendo en cuenta que no son contrarios ni inviables los procesos ejecutivos arbitrales, debe ser el árbitro quien decrete y practique las medidas cautelares dentro del proceso ejecutivo arbitral para el cual se le ha concedido competencia.

En adición, el Dr. Ulises Canosa ha indicado que en el futuro proyecto de ley debería incluirse de forma expresa "*la obligación de las autoridades (Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, Policía Nacional, etc.) y particulares (entidades financieras) de atender los requerimientos y órdenes impartidas por el árbitro*" (2020, 15), lo anterior con la finalidad de que dichas autoridades o particulares proporcionen la información relevante y correspondiente a los árbitros y atiendan la medida cautelar decretada y practicada por el árbitro en el uso de sus funciones, para de esta forma salvaguardar los intereses del demandante y de esta misma forma evitando que en mala fe, el demandado disponga del bien o bienes sobre los cuales se busca decretar dicha medida cautelar con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación.

Por lo tanto, insistimos en que el futuro proyecto de ley que buscará reglamentar

los procesos ejecutivos arbitrales requiere indicar clara y expresamente que los árbitros contarán con las plenas facultades para decretar y practicar las medidas cautelares necesarias, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y que constituyan plena prueba contra él y que cumplan con los requisitos del título ejecutivo mencionados en el artículo 422 del CGP. Adicionalmente, consideramos sabio del legislador atender a la indicación del Dr. Ulises Canosa de igualmente indicar en el futuro proyecto de ley se incluya un artículo, por el cual se obligue a las autoridades (Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, Policía Nacional, etc.) y a los particulares (entidades financieras) de atender a los requerimientos y las órdenes que imparta el árbitro, para de esta misma forma poder decretar y practicar las medidas cautelares necesarias en el caso en concreto.

5. Conclusión

Primeramente, de acuerdo con la naturaleza jurídica y generalidades contenidas en la normatividad colombiana y la jurisprudencia constitucional sobre el arbitraje, consideramos que no existe ningún impedimento constitucional o legal que excluya la posibilidad o declare inconstitucional promover el arbitraje en procesos de naturaleza ejecutiva.

En segundo lugar, es deber constitucional del legislador, en obediencial principio de reserva legal, regular el proceso arbitral para procesos con pretensiones ejecutivas, para de esta forma establecer la línea de ruta en que este MASC puede operar para dirimir conflictos con pretensiones de carácter ejecutivo, y así mismo promover el derecho de acceso a la administración de justicia.

En tercer lugar, al hablar del poder de coerción de los árbitros, encontramos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en varias ocasiones la misma Corte indicó sin algún fundamento de peso que los árbitros no tienen poder de coacción. Más consideramos que la afirmación de la Corte Constitucional ha sido desproporcionada y que a su vez ha sobrepasado su capacidad constitucional interpretativa al contrariar la misma CP en su artículo 116, numeral 4º, imponiendo un límite que no está dispuesto en la CP, al impedir que los árbitros ejecuten laudos arbitrales. Por lo tanto, consideramos que la solución a este inconveniente radica en que el legislador promueva el futuro proyecto de ley a través del cual se buscará regular el proceso ejecutivo arbitral y que indique de forma expresa que a los árbitros, de forma transitoria, al ejercer la función pública de administrar justicia se le otorga capacidad de coacción, en los términos que determine la ley y frente al caso en concreto sobre el cual cuenta con jurisdicción.

Finalmente, con la finalidad de garantizar un eficaz trámite dado al proceso ejecutivo arbitral, consideramos pertinente que en el actual proyecto de Ley 119/21 o en futuros proyectos de ley que busquen reglamentar los procesos ejecutivos arbitrales, se debe dedicar un capítulo bien estructurado en el que se regulen las medidas cautelares que puedan ser utilizadas en este proceso y también debe indicar clara y expresamente

que los árbitros contarán con las plenas facultades para decretar y practicar las medidas cautelares necesarias, para garantizar el cumplimiento de la obligación clara, expresa y exigible contenida en el título ejecutivo.

En adición, examinamos sensato que el legislador atienda a la indicación del Dr. Ulises Canosa de igualmente indicar expresamente en el futuro proyecto de ley que se incluya un artículo, en el que se obligue a las autoridades (Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, Policía Nacional, etc.) y a los particulares (entidades financieras) que deben atender a los requerimientos y las órdenes que imparta el árbitro.

Bibliografía

Brito Nieto, Luisa María. 2020. "La Viabilidad Del Proceso Ejecutivo Arbitral En Colombia". *Vniversitas* 69 (0 SE-). https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.vpea.

CABALLERO, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ. 1993. Sentencia C-226-93.

Calamandrei, Piero. 1976. *Derecho Procesal Civil*. Editado por Artes Gráficas Editores. Madrid, España.

Canosa Suárez, Ulises. 2020. "ASPECTOS PROCESALES PARA EL PROCESO EJECUTIVO ARBITRAL". *Arbitrio - Revista de Derecho Arbitral Del Centro De Arbitraje y Conciliación* No 4.

Congreso de la República de Colombia. 2012. *Ley 1563*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. 2014. Sentencia C-947-14.

Courtis, Christian. 2006. *Observar La Ley. Ensayos Sobre Metodología de La Investigación Jurídica*.

Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 119 de 2021: Por medio del cual se crea el arbitraje para procedimientos ejecutivos, su pacto especial y procedimiento arbitral (2021). http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2021-2022/2341-proyecto-de-ley-119-de-2021

Díaz, M.P. Carlos Gaviria. 2000. Sentencia C–330-00.

DIAZ, M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA. 2001. Sentencia C-060-01.

Forero Silva, Jorge. 2020. *Medidas Cautelares En El Código General Del Proceso*. Editado por Editorial Temis S.A. Tercera Ed. Bogotá D.C., Colombia.

Gil Echeverry, Jorge Hernán. 1999. *Nuevo Régimen de Arbitramento: Manual Práctico*. Editado por Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá D.C., Colombia.: Cámara de Comercio de Bogotá.

López Blanco, Hernán Fabio. 2018. *Código General Del Proceso - Parte Especial*. Editado por Dupré Editores Ltda. Impresión. Bogotá D.C., Colombia.

———. 2019. *Código General Del Proceso-Parte General*. Editado por DUPRÉ Editores Ltda. Impresión. Bogotá D.C., Colombia.

Martínez, Adriana López. 2020. "EL PROCESO EJECUTIVO ARBITRAL". *XLI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 77–91.

Mejía, M.P. Dr. Jorge Arango. 1995. Sentencia C-294-95.

Mendoza Ramírez, Alvaro. 2020. *Obligaciones*. Editado por Editorial Temis S.A. y Universidad de La Sabana. Novena edi. Bogotá D.C., Colombia. https://doi.org/https://doi.org/10.5294/978-958-35-1243-8.

Mesa, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo. 1996. SentenciaC-037-96.

M.P. Dr. Fabio Moron Diaz. 2000. Sentencia C-739-00.

Muñoz, M.P. Eduardo Cifuentes. 1995. Sentencia T-057-95.

Otero Álvarez, Liliana. 2019. "El Arbitraje Como Trámite Especial y Sus Implicaciones Procesales". *Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 435–67.

PRETELT CHALJUB, M.P. JORGE IGNACIO. 2013. Sentencia C-279.

Rey Vallejo, Pablo. 2013. "El Arbitraje y Los Ordenamientos Jurídicos En Latinoamérica: Un Estudio Sobre Formalización y Judicialización". *Vniversitas* 62 (126).

República de Colombia, Constitución Política de Colombia, 1991. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988

Sistac, Juan Carlos Naizir. 2019. "Arbitrabilidad Objetiva:¿ Qué Se Puede y Qué No Se Puede Someter a Arbitraje Nacional Según Las Fuentes Colombianas de Derecho?" *Vniversitas* 68 (139).

TRIVIÑO, Dr. Dr. JAIME CÓRDOBA. 2004. Sentencia T-134-04.

Vergara, M.P. Dr. Hernando Herrera. 1995. Sentencia C-431-95.

———. 1997. Sentencia C–242-1997.

Vescovi, Enrique. 1984. *Teoría General Del Proceso*. Editado por Editorial Temis S.A. Bogotá D.C., Colombia.

Vladimiro, Naranjo Mesa. 2010. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Editado por Editorial Temis S.A. Undécima E. Bogotá D.C., Colombia.

EL USO CONCEPTUAL COMPARADO DE *PROPAGANDA Y MANIPULACIÓN* ENTRE HUXLEY Y ORWELL

Luis Enrique Santesteban Llano.
Politólogo con estudios en economía y fotografía de la Universidad de La Sabana. Estudiante de Maestría en Educación de la Universidad de La Sabana.
luissant@unisabana.edu.co

RESUMEN

En la literatura distópica es común ver como se esbozan o manifiestan cuestiones políticas, económicas y sociales, reconociendo la noción de definición de Hannah Arendt en cuanto a política, ideología y propaganda. El ensayo reconoce que Aldous Huxley y George Orwell, presentan dos mundos distintos en cuanto a su orden político y económico, pero en el que coinciden estrategias de comunicación y gestión pública en los que la libertad es ilusoria e incluso inexistente. De ahí que el ensayo es una reflexión, basada en la lectura crítica de fuentes secundarias, sobre cómo se utiliza la persuasión, manipulación y propaganda, en las obras de los autores mencionados, puntualmente en *1984* y *Un Mundo Feliz*, contrastandolos a una propuesta del filósofo surcoreano Byung-Chul Han.

Palabras clave: Política, distopia, persuasión, manipulación y propaganda.

1. Introducción

En el presente artículo al hablar de política, en especial de política contemporánea se hace referencia a la interpretación de Hannah Arendt, reconociendo el *Zoon Politikon*, cuando establece que la política es una organización plural de hombres diversos que viven libremente y se organizan en representación colectiva (Arendt y Birulés, 2016). A pesar de que la política contemporánea reconoce al hombre como un ser libre, esto no implica que sea susceptible a los efectos de la comunicación política que se manifiesta en conflicto intra-elite en donde la opinión pública juega un rol clave ante la legitimidad de la organización social (Ariel Cabas, 2011).

Con fines prácticos, el presente ensayo comprenderá que "la utopía es el resultado de una mirada positiva, de una necesidad de un lugar en donde todo vaya bien" (Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020)[1]; en contraposición la dispotipia, consiste en una mirada negativa. Basado en la precisión conceptual para el desarrollo del ensayo, se establece a su vez que el Ser Humano, en torno a su realidad social inmediata, siempre va a imaginar una realidad distinta a la que vive, en donde se contemple una vida sencilla y libre de todo contaminante a dicha sencillez.

A lo largo del presente ensayo se evidenciará como los autores Aldous Huxley y George Orwell, quienes presentan dos mundos en los que la libertad es inexistente y los dirigentes desean el bien propio (Trujillo González, 2008-2009), exponen una narrativa distópica de manera distinta, pero utilizando la propaganda política y el lenguaje. La propaganda política busca la existencia de un deseo o intensión de influir mediante el cultivo de creencias y nociones de la realidad, al igual que la aceptación e interiorización de dicho deseo u opinión.

Lo anterior se desarrollará a partir de una reflexión basada en el análisis comparado de fuentes secundarias y a figuras literarias planteadas tanto por Aldous Huxley como por George Orwell. Se reconoce que para la finalidad del artículo que la persuasión, mediante la propaganda política, implica un cambio de naturaleza cognitiva en los procesos de influencia social como la sumisión, la coherción o la conformidad dada a nivel político.

El análisis de las obras literarias en el presente artículo puede llegar a ser de interes y pertinencia académica en temas literarios. Se deja en evidencia a lo largo del análisis presentado, una influencia sociopolítica de la propaganda política, motivo por el cual el análisis presentado puede entenderse como el inicio de la problematización sobre el uso de toda forma de comunicación entre las figuras estatales y la población en el estudio de las ciencias políticas al acercarse intelectualmente a la comunicación política. Ampliando lo anterior en cuanto a la problematización del concepto de la propaganda y cualquier forma de comunicación política, el lector podrá reflexionar de manera general

1 Se debe dejar en claro que la lectura referenciada hace una conceptualización que no se ondeará en el presente texto para desarrollarla mediante el uso comparado de distintas fuentes. Sin embargo, es pertinente aclarar que la diferencia entre distopia y entropía (ambas distintas a la utopía) radica en que la distopia busca narrar o criticar el mundo desde la ironía.

sobre la libertad individual frente a la existencia de la figura del Estado o de las manifestaciones del poder dentro del interes de estudio de la filosofía política.

2. ¿Por qué hacer literatura como ejercicio político contemporáneo?

Es pertinente señalar de primera mano que, al hablar de distopia en la literatura, inevitablemente se habla de las utopías dentro de la divulgación literaria. La literatura utópica, desde Platón hasta el siglo XX[2], utiliza distintos subgéneros literarios siendo la ciencia ficción el más adecuado para manifestar problemáticas de la modernidad. Lo anterior, toda vez que responde a la realidad de un determinado momento histórico manifestando su capacidad crítica ante la misma (Casado Díaz, 2008, y Trujillo González, 2008-2009), ya que este genero es "la antítesis de las utopías, aquellas ideologías y proyectos que aparecen como prometedores, pero irrealizables" (López Londoño, 2013, p. 32).

Una característica relevante de la literatura distópica es "la posibilidad de que la sociedad en la que viven se transforme en la nefasta sociedad que nos describen en sus obras" (Trujillo González, 2008-2009). Sin embargo, la evolución social radica en que es el lenguaje el que conforma la perspectiva de mundo y de la realidad percibida por otros, motivo por el cual las estructuras de poder político, económico y/o militar crean una realidad ilusoria mediante la propaganda (Baquerizo Castillo, 2016-2017), creando narraciones que proyectan una visión pesimista de un futuro totalitario y deshumanizado (López Londoño, 2013).

George Orwell y Aldeus Huxley son dos autores que motivan a observar detalladamente y cuestionar el orden establecido. De manera puntual, *Un mundo feliz* y *1984* de Aldous Huxley y George Orwell respectivamente, exponen de manera única las distopias literarias como una manera creativa de denunciar problemáticas sociales vigentes en las primeras décadas del siglo XX (Casado Díaz, 2008). Dichas problemáticas, de acuerdo con las fechas de publicación[3] de estas obras, son las guerras mundiales, la Gran Depresión de 1929 y las dictaduras de Benito Mussolini (1922-1945) hasta el gobierno se Yosef Stalin (1922-1952)[4].

En base a lo anterior, se manifiesta un escepticismo hacia a las autoridades del poder político y económico, tanto del capitalismo en Huxley como del comunismo en Orwell. Tal como lo señalan Arbeláez Echeverri, González Castaño, y Vélez Peláez (2020) en Huxley se muestra el miedo manifestado a través de manipulación genética y condicionamiento conductual, mientras que en Orwell se presenta una constante vigilancia

2 Además del filosofó clásico griego (quien aborda la concepción ideal del Estado perfecto junto una organización), se nombran a Luciano Samósata, San Agustín de Hipona, Tommaso Campanella, Tomás Moro, Francis Bacon, William Morris, Samuel Butler, Edward Bellamy y H.G. Wells como autores útopicos.

3 El libro *Un Mundo Feliz* fue publicado en 1932, mientras que *1984* fue publicado en 1949.

4 Cronológicamente, y importancia histórica también coinciden Adolf Hitler (1933-1945) y en menos medida Francisco Franco (1936-1975); la relevancia de Franco es de importancia dado que Orwell combatió en la Guerra Civil Española en el bando republicano entre 1936 y 1937, herido en combate fue corresponsal de guerra hasta 1945 y abiertamente opositor a las dictaduras capitalistas y al régimen soviético.

y manipulación por parte de quien ejerza el poder político y mediático. Ahora bien, dentro del proceso de observación, el escepticismo hacia a las autoridades y el cuestionamiento del orden, se expone como elemento en común que

> junto a la imaginación, son una amenaza, y son vistas como enfermedad y factor de desorientación del sujeto; a este último, a su vez, le ha sido aniquilada su individualidad en beneficio del sistema, le ha sido desconectada su condición de humano, y no es más que una cifra, un instrumento y una materia de solo impulsos biológicos (López Londoño, 2013, p. 32).

Teniendo en cuenta que, dentro de las obras literarias presentadas, se manifestaron distintas estrategias de difusión propagandística, con lo cual cobra importancia la hipótesis del presente artículo la cual radica en que la propaganda, presente en *Un Mundo Feliz* y *1984*, expone una manipulación de la población mediante estrategias comunicativas. Ondeando en los puntos en común entre las obras mencionadas, se destaca como objetivo alterno de las obras el anticipo y el cuestionamiento de la realidad ética y política (Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020).

Al plantearse el porqué hacer literatura es un acto político, como se busca resaltar en el presente ensayo, la respuesta radica en que la divergencia evidente entre las novelas[5] se produce en el carácter sociopolítico que se imprimen en las sociedades que representan mediante las realidades que confluyen en un férreo control estatal donde predomina la ausencia de libertades. De ahí que la literatura de Orwel y Huxley sean caracterizadas por una visión negativa del mundo futuro, siendo así una feroz voz critica de las sociedades y gobiernos del mundo moderno (Casado Díaz, 2008).

La crítica sociopolítica realizada en la literatura, es un acto político ajeno al pensamiento que evidencian las autoridades estatales. En el ámbito literario, como se expone en los textos bajo análisis, estos reflejan cómo los abusos de poder no son exclusivos de una ideología política en particular, sino de circunstancias histórico-sociales que permean la realidad política.

En base a lo anterior, las figuras literarias creadas como el *Gran Hermano* y el *doblepiensa*[6], expresan el temor ante las posibilidades del control total de la vida cotidianda por parte del Estado, en contraposición de la idea de libertad contemporánea[7] (Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020). De ahí la importancia de identificar como se manifiesta el concepto de propaganda en Huxley y Orwell, reconociendo que ambas obras muestran características distópicas similares en modelos sociopolíticos distintos.

5 El ensayo habla puntualmente de cuatro novelas con características sociopolíticas distintas entre sí. Dichas novelas son: *Nosotros* (1924), de Yevgueni Zamiatin, al igual que Huxley expone una crítica al modelo marxista; *Un mundo feliz* (1932), de Aldous Huxley exponiendo los riesgos de la tecnocracia; *1984* (1949), de George Orwell; y *Fahrenheit 451* (1953), de Ray Bradbury cuestionando el modelo capitalista.

6 Concepto desarrollado en *1984* refiriéndose a una técnica de aceptación de cualquier información, por absurda que sea, si viene del *Gran Hermano*.

7 La libertad contemporanea de la que se hace referencia establece que los ciudadanos tienen el poder para generar un verdadero cambio social mediante reflexiones que buscan visibilizar el dominio del consenso y el dominio mediático.

3. Medios de comunicación, poder político y distopias literarias: manipulación de masas, propaganda, transparencia y estrategias de dominación

Cuando se relacionan las entidades políticas y los medios de comunicación en una democracia liberal, se espera que exista una independencia entre las instituciones de poder; ya bien, la independencia manifestada es entendida en la separación de poderes de las instituciones estatales, pero también se debe manifestar en relación entre el Estado y los medios de comunicación. Sin embargo, como se puede rescatar de la literatura distópica, existen discrepancias a lo inicialmente planteado, por consiguiente

> En la sociedad actual es difícil encontrar acciones que expresen el disenso de modo racional y pacífico (…) el disenso social a gran escala se encuentra dominado por los temas, los motivos y las estrategias de la política (…) El sistema político define las reglas del disenso social, político, económico, cultural, social, científico (Elizalde, 2011).

A pesar de que el disenso social es un aspecto característico de la política liberal contemporánea, existen una variedad de opiniones dominadas por estrategias de las grandes elites sociopolítica, pero que no se anulan por las propias elites; ahora bien, en un régimen dictatorial los problemas sociales consisten en la anulación de lo que no se apega a la norma establecida (Arendt y Birulés (2016) y Arbeláez Echeverri, González Castaño, y Vélez Peláez (2020)).

Lo particular de las distopias literarias del siglo XX radica en la forma en como se muestra la manipulación de la población mediante estrategias comunicativas y de censura, manifestando las prácticas sociopolíticas dictatoriales. En cuanto a la relación entre las obras *Un Mundo Feliz* y *1984*, la pseudemocracia o dulce muerte del primero y la dictadura ejemplificada en la difusión del terror del segundo, quedan en el punto de mira a lo que libertad del individuo se refiere; independientemente si se enmarcan en la dulce muerte o en la difusión del terror, ambos autores exponen los tres pilares de la propaganda política: el poder, la ideología y la persuasión (Fernández Alonso, 2012).

Profundizar en la definición de los tres pilares de la propaganda política es material intelectual para futuras investigaciones académicas, pero para efectos de este artículo, vale la pena señalar la participación de los medios controlados por el Estado. Precisamente Madly (2017) señala que estos medios gozan de acceso privilegiado a fondos públicos, publicidad oficial, imprentas y redes de distribución; por las ventajas antes mencionadas, sumando el alcance nacional, los medios estatales se consolidan como medios populares entre anunciantes y consumidores.

Las prácticas de comunicación, propaganda y persuasión, además de la existencia de medios de comunicación estatales, se ejemplifican cuando en *1984* se establece que "Oceanía es el mundo entero", manifiesta el discurso contemporáneo de la *globalización* cuando se reconoce que los "países occidentales ondean (…) sonriendo ante la idea de que el mundo es toda la misma tierra, que,

en definitiva, pertenecemos todos al mismo planeta, que somos todos lo mismo e iguales (Baquerizo Castillo, C., 2016-2017, p. 36). Cabe resaltar que esta estrategia se legitima mediante la tecnología y la integración social a través del comercio internacional, además de estrategias culturales contemporaneas como las redes sociales.

Las obras de Huxley y Orwell muestran un profundo escepticismo hacia la tecnología de comunicación mediática y a su relación con los gobiernos totalitarios (Casado Díaz, 2008; Baquerizo Castillo, C., 2016-2017 & Trujillo González, 2008-2009). Pero más allá del esceptisismo, las obras referenciadas son una crítica a los modelos políticos dictatoriales, sobre todo a la política estalinista y al fascismo; dicha critica radica en que la propaganda política justifica a los mecanismos de control que refuerzan a los movimientos políticos partidarios de una mayor intervención del Estado. Ante el clamor de la propaganda política, las entidades estatales mantienen cierta continuidad mientras que el periodismo, y los medios de comunicación en general, replantean su función pública a tal punto de haber " (…) dejado de estar supeditada a la realidad, pasando ésta a servir al mecanismo comunicativo y no al revés, y considerándose la comunicación un elemento en beneficio del progreso económico" (Baquerizo Castillo, 2016-2017, p. 10).

En el contexto planteado los medios de comunicación, durante todos los sistemas dictatoriales legitiman su existencia mediante un conflicto que mantiene controlada a la masa que alega una transparencia del mismo. Precisamente es en el predominio de la transparencia, como causa del allanamiento a la diferencia, lo que genera la idea de que es mediante la expulsión de lo distinto donde se resuelven los problemas sociales (Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020).

4. Paralelismos cortos entre el pensamiento de Byung-Chul Han, *1984* y *Un Mundo Feliz:* ¿Quién vigila a la masa?

Hasta ahora se ha dejado en claro como la distopia literaria en Orwell y Huxley manifiesta la relación entre la propagada del poder político e instituciones de divulgación comunicativa. Dicha relación se permite al reconocer la "relación jerárquica como la que se establece entre un emisor poderoso (político) y un receptor débil (pueblo) en la situación de comunicación propagandística" (Fernández Alonso, P., 2012, p. 14). La relación jerarquica es la que permite generar dinámicas de vigilancia, censura social y manipulación mediante el lenguaje o el cambio cognitivo.

En *1984* se presenta una constante vigilancia y manipulación del lenguaje para controlar el pensamiento, en donde las autoridades de poder ejercen una vigilancia microscópica que actuando por el efecto de la visibilidad general busca llegar a los dominios más amplios registrando la mínima partícula de vida (Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020 & López Londoño, 2013). Precisamente es Byung-Chul Han quien relaciona la constante vigilancia y manipulación del lenguaje de Orwell en el *Panóptico Digital* de una

sociedad como técnica de disciplina (Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020 & Baquerizo Castillo, C., 2016-2017). De la técnica de disciplina , es que se configura la distopia orwelliana y el miedo a la permanente vigilancia del *Gran Hermano*.

La existencia de un *Panóptico Digital*, estipula la necesidad de buscar socialmente la transparencia, motivo por el cual la concepción de libertad se ve comprometida. Dicha necesidad se estipula en la ficción de Huxley en cuanto

> *Un Mundo Feliz* la libertad no se cohíbe de una manera directa, sino a través de lo que podríamos llamar técnicas del poder inteligente, propias de la sociedad de la transparencia y del rendimiento. Dentro de estos métodos están la eugenesia, el condicionamiento neopavloviano, la hipnopedia y la administración del soma (Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020, p. 12).

Las técnicas del poder inteligente se pueden evidenciar a la repetición del mensaje en la propaganda política manifestada en estrategias mediáticas como la televisión, la radio o, actualmente, las redes sociales. Recordando que, tanto Huxley como Orwell criticaban en sus obras las estructuras sociopolíticas de las dictaduras y guerras de la primera mitad del siglo XX, cabe resaltar el pensamiento de Hannah Arendt cuando,

> la propaganda no lo inventa todo. Su triunfo radica en la ideología, aquel 'terreno que había sido trabajado previamente' y es la ideología la que (…) prepara el camino de la 'falsa conciencia' (…) la distorsión de la realidad de Arendt coincide con la que ya hemos visto en Un Mundo Feliz, donde una ideología basada en la diversión sin límite queda difundida en la sociedad por el sistema mientras que éste trama cómo controlar y manipular el pueblo (Fernández Alonso, P., 2012, p. 25).

Dicha noción de ideología en la filosofía política de Arendt coincide con la consolidación del *Panóptico Digital*. Ampliando el concepto en relación a la transparencia, se estipula que no existe un ojo que todo lo ve sino una noción de libertad y creación de patrones que se configuran en el *Big Data*, la existencia de los algoritmos presentes en redes y la elusión de una identidad propia. La noción actual de libertad está fuertemente ligada a la actividad que cada individuo desempeñe en sus redes sociales, su actividad digital y su consumo de editoriales, ya sean de manera virtual o física, la concepción individual está basada en una interacción con la información que ya ha sido utilizada desde una organización.

La confianza en los datos y la transparencia que se relacionan con el *Panóptico Digital*, llegando a configurar "una nueva manera de entender la estratificación social basada en la posibilidad que tienen las personas de actuar de acuerdo con la información que arrojan los datos" (Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020, p. 14), en referencia a la obra de Huxley se demuestran "diversos comportamientos de censura social que hacen que la libertad individual sea cada vez más reducida" (p. 15). Es, basada en la estratificación social y la sobreexposición de información y datos, que la población se autocensura manifestado en que la elite sobrecarga a la población, desinteresándolos de cuestionar su propia realidad.

En cuanto al pensamiento orwelliano en *1984*, se demuestra ampliamente la "técnica de la *nuevalengua* consistía en librar el lenguaje de ambigüedades, con lo que se trans-

formó en un sistema de simples dicotomías (…) se utiliza únicamente una palabra base y, a partir de ella, se expresa el significado deseado" Arbeláez Echeverri, González Castaño, & Vélez Peláez, 2020, p. 18).

5. Conclusiones

Se establece como idea central del ensayo que, Aldous Huxley y George Orwell, presentan dos mundos distintos en cuanto a su orden político y económico, pero en el que coinciden estrategias de comunicación y gestión pública en los que la libertad es inexistente. De ahí que se establece una crítica sociopolítica realizada desde literatura, como muestra de los abusos de poder ajenos a la de una ideología, ya que la manipulación depende de circunstancias histórico-sociales que permean la realidad política.

La literatura distópica deja en evidencia como el disenso social está dominado por estrategias de las grandes elites sociopolíticas es característico de los regímenes dictatoriales que buscan silenciar al que piensa y actúa distinto. Las obras estudiadas muestran un profundo escepticismo hacia la tecnología de comunicación mediática, la vigilancia y a su relación con los gobiernos totalitarios al ser mecanismo que legitiman los conflictos para mantener controlada a la masa que no contempla el fenómeno o alega una transparencia del mismo.

La distopia literaria en Orwell y Huxley manifiesta la relación entre la propagada del poder político e instituciones de divulgación comunicativa representada en una relación jerarquica genera dinámicas de vigilancia, censura social y manipulación mediante el lenguaje. Al existir figuras como el *Gran Hermano*, se introducen en tiempos contemporaneos la practica del *Panóptico Digital*, comprometiendo la concepción de libertad al crear patrones que se configuran en el *Big Data* eludiendo una identidad propia dado que está basada en una interacción con la información (su actividad digital y su consumo de editoriales, ya sean de manera virtual o física) que ya ha sido utilizada desde una organización.

6. Bibliografía

Arbeláez Echeverri, D. C., González Castaño, J. A. Vélez Peláez, C. A. (2020). La distopía como anticipación de la realidad. Análisis de las resonancias de las distopías literarias en la filosofía de Byung-Chul Han. *Revista Stultifera, 3*(2), 35-62.

Arendt, H., y Birulés, F. (2016). *¿Qué es la política?* (Vol. 12). Barcelona, Buenos Aires & Mexico D.F.: Paidós.

Ariel Cabas, P. (2011). Comunicar valores durante los disensos público-políticos: entre el escándalo y la polémica. En L. Elizalde, D. Fernández Pedemonte, & M. Riorda, *La gestión del disenso. La comunicación gubernamental en problemas* (págs. 187-228). Buenos Aires, Argentina: LA CRUJÍA.

Baquerizo Castillo, C. (2016-2017). LAS TEORÍAS DE LA COMUNICACIÓN SEGÚN GEORGE ORWELL Y ALDOUS HUXLEY. *Universidad de Sevilla*.

Casado Díaz, Ó. (junio de 2008). LA FUNCIÓN DE LA LITERATURA EN LAS NOVELAS UTÓPICAS: DE LA AMENAZA A LA DISIDENCIA. *TONOS: REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS FILOLÓGICOS*(15), ISSN 1577-6921.

Elizalde, L. H. (2011). Confusión y enfrentamiento. La comunicación en el orden del disenso. En L. Elizalde, D. Fernández Pedemonte, & M. Riorda, *La gestión del disenso La comunicación gubernamental en problemas.* (págs. 45-104). Buenos, Aires: LA CRUJÍA.

Fernández Alonso, P. (2012). Propaganda en los totalitarismos: el control de las masas en "1984" y "Un mundo feliz". *Universitat Abat Oliba CEU*, Online.

López Londoño, L. M. (15 de octubre de 2013). La novela distópica. Aproximaciones desde el lenguaje y la comunicación. *escribanía, 11*(2), 31-38.

Madly, M. J. (2017). The state, the military, and the market: Capture in the new Burmese media landscape. En A. Schiffrin, *In the Service of Power: Media Capture and the Threat to Democracy* (págs. 59-82). The National Endowment for Democracy.

Trujillo González, V.C. (2009-2009). DOS MUNDOS PARALELOS, DOS VISIONES SIMILARES: UN MUNDO FELIZ Y 1984. *PHILOLOGICA CANARIENSIA, 14(15), 313-324.*

FACTORES INSTITUCIONALES: UNA MIRADA AL SISTEMA NACIONAL AMBIENTAL (SINA)

Sandra Daniela Aguilar Alarcón.
Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana.
sandraagal@unisabana.edu.co

RESUMEN

Es un deber constitucional del Estado la protección, conservación y buen manejo del medioambiente. Por esta razón, y para lograr el cumplimiento de dichos fines constitucionales, se creó la ley 99 de 1993 la cual abrió paso a la consolidación del Ministerio de Ambiente como órgano superior encargado de la protección del sector medioambiental y del Sistema Nacional Ambiental (SINA) a través del cual se permite la materialización de los principios generales ambientales orientados a un desarrollo sostenible. Con el paso del tiempo y a pesar de la existencia de dichas instituciones se observa en la actualidad un aumento desmedido de los abusos a los recursos naturales, un control vago por parte de las entidades encargadas para la protección de este sector, una gestión ambiental mal orientada y una desorganización a la hora de aplicar las políticas públicas que buscan la protección de los ecosistemas nacionales entre las diferentes instituciones que hacen parte del Sistema Nacional Ambiental (SINA). Por lo anterior, cobra especial importancia preguntarse ¿cuáles son los factores institucionales que afectan negativamente la gestión ambiental en Colombia por parte del Sistema Nacional Ambiental (SINA)? Para llegar a una respuesta, este texto analizará la normatividad jurídica y su trayectoria en cuanto a la creación y reorganización de las instituciones en materia ambiental existentes en Colombia, para así poder establecer los factores Institucionales que no permiten que el mismo Sistema Nacional Ambiental (SINA) pueda llevar a cabo una gestión ambiental efectiva para la protección de los recursos naturales en Colombia.

Palabras clave: Medio ambiente, Gestión Ambiental, Instituciones, Sistema Nacional Ambiental (SINA), Corporación Autónoma Regional (CAR), Recursos Naturales.

Introducción

Colombia se ha catalogado como uno de los países con mayor biodiversidad y recursos naturales a su disposición en todo el mundo, contando con diferentes tipos de animales, plantas, climas, pisos térmicos y multitud de especies, que hacen de este país un lugar muy agradable y con una riqueza natural invaluable para el ser humano; lo que conlleva a plantear que es de vital importancia velar por su cuidado, protección y debida utilización. Por ello a partir de la Constitución Política de 1991 se estableció como deber del Estado la protección, conservación y buen manejo del medio ambiente, así como el garantizar a las personas los derechos a gozar de un ambiente sano y prevenir el deterioro ambiental causado por las diferentes actividades desarrolladas por la sociedad.

Para lograr llevar a cabo estas disposiciones constitucionales, el Estado como máxima autoridad dentro del sistema, se enfocó en la creación de diferentes instituciones cuyo propósito fuera ejecutar los controles, políticas y gestiones necesarias dentro del territorio para evitar la vulneración y afectación del medio ambiente colombiano. En consecuencia, el legislador en uso de sus facultades constitucionales le dio vida al Sistema Nacional Ambiental (SINA) por medio de la Ley 99 de 1993, sistema que está conformado por diferentes instituciones a nivel nacional y territorial pero que, desafortunadamente, no ha logrado un óptimo cumplimiento en cuanto a la gestión ambiental, cosa que se puede ver reflejada en las muchas situaciones de las cuales ha sido víctima la propia naturaleza, la fauna, la flora, la vegetación, el suelo, etc. Situaciones como lo son la destrucción medioambiental, la deforestación, la contaminación, entre muchas otras que cada día destruyen más y más los ecosistemas del país y muy pocos parecieran darse cuenta.

Para que quede claro y poder ahondar un poco más en toda esta gran problemática, a continuación, se expondrán algunos pocos ejemplos, de los muchos que existen, que han afectado y marcado negativamente y a gran escala los ecosistemas colombianos.

> Un primer ejemplo claro de estos atentados en contra del medioambiente, es la gran tala de árboles que se dio en el Municipio de Floridablanca para la construcción de una obra vial en donde el periódico EL TIEMPO, luego de realizar un recorrido por el Cerro La Judía del mismo municipio pudo constatar que la vía 'Conectante C1-C2' de la concesión Autovía Bucaramanga-Pamplona de 13,5 km que incluía 22 viaductos dejo un panorama desolador en dicho cerro cuando se puso en marcha su construcción, viéndose como consecuencia la tala de decenas de árboles, afectaciones a fuentes hídricas que corrían por el lugar, migración de especies de fauna y sustracción de vegetación, situación que además desencadenó varios cambios climáticos en la misma zona. (Cárdenas Mateus 2019).

Frente a este panorama se refleja entonces la falta de presencia y buena dirección por parte de las entidades públicas encargadas de la protección de estos ecosistemas, en este caso, la falta de presencia de la Corporación Autónoma Regional para la defensa de la meseta de Bucaramanga (CDMB) la cual es la encargada de la conservación del medioambiente y los recursos naturales renovables como autoridad ambiental en el

área de su jurisdicción. Por otro lado, la falta de consciencia y buena determinacion por parte de la ANLA (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales) a la hora de conceder una licencia para dicha construcción, que claramente iba a afectar a gran escala un ecosistema como lo es El Cerro La Judía, donde se ubican 554 especies de flora, 96 especies de aves que habitan en este lugar, junto con muchos otros tipos de animales silvestres como primates, hurones, pumas, martuchas, ardillas, ranas y serpientes de los cuales este Cerro era su hogar. (Pineda Arenas 2019).

Un segundo ejemplo fue el gran escándalo de Hidroituango que trajo consigo fuertes afectaciones a fuentes hídricas con gran importancia para el país como el rio Cauca, en el cual hubo una disminución garrafal de su caudal afectando así la fauna que habitaba en este rio y desencadenando que los peces que allí habitaban quedaran atrapados en las orillas y fueran muriendo lentamente. Para ser más concretos como consecuencia de este desastre fueron encontrados cerca de 34.291 peces muertos; y esto pasó también con las nutrias y muchas otras especies que habitaban en este lugar, pero de las cuales misteriosamente nunca se dieron cifras concretas. (Paz Cardona 2019). Y ante este gran desastre, vale preguntarse qué paso o donde estaba la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia (CORANTIOQUIA) a la hora de impedir y gestionar las acciones necesarias para evitar que este gran daño se generara, porque bien se sabe que como autoridad ambiental del lugar le fue adjudicada por la misma Ley la función de velar por la protección del medioambiente, pero situaciones como estas reflejan que la ejecución y el buen desarrollo de las funciones que estas instituciones deben realizar, muchas veces no se cumplen como bien lo establece la norma, dejando así graves vacíos y permitiendo entonces afectaciones tan graves como la que se puso en evidencia anteriormente.

Un tercer ejemplo se trata acerca de la existencia en Colombia de por lo menos 2.312 puntos y 245 áreas de extracción no autorizada de minerales como oro, diamantes y coltán en la Amazonia; los diferentes casos de derramamientos de petróleo en ríos como el Guisa y Mira situados en el Pacifico Colombiano en los cuales se derramaron 410 mil galones de petróleo provenientes del oleoducto Transandino en 2015, la gran mancha de petróleo de 30 km en la quebrada Lizama y el Caño La Muerte en el municipio de Barrancabermeja en 2018, caso con el cual además del daño ambiental causado, se pudo evidenciar el abandono y la falta de actuación por parte de las entidades del Estado pertenecientes al SINA, como lo dejó ver el periódico EL TIEMPO en su artículo titulado *"Hay negligencia de agencias del Estado por emergencia en La Lizama: Procurador"*, artículo del cual cito a continuación lo siguiente: *"Aquí hay indiscutiblemente negligencia muy grande de varias agencias del Estado. Aquí hay responsabilidad de Ecopetrol, de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) y una gran responsabilidad de la Corporación Autónoma Regional (CAR) de Santander"*. (Judicial 2018).

Como último ejemplo y en la misma línea, se puede destacar la difícil situación vivida en Córdoba, en donde la CAR fue denunciada como consecuencia de un pro-

yecto del que se hizo cargo la misma entidad y que desencadeno multiplicidad de denuncias de los habitantes de la zona debido a la gran preocupación por el daño que se generó al medio ambiente. Dichas denuncias fueron realizadas de la siguiente manera, reflejando claramente las malas gestiones por parte de la Corporación Regional (CAR):

> *"El contrato tenía como objeto realizar obras de control de inundaciones y erosión para prevenir desastres. Lo que a las comunidades no les contaron es que la sofisticada tecnología que se iba a usar para detener taludes estaba basada en el uso de llantas de carro unidas con alambre y hasta con cabuya aseguradas por troncos de madera cimentados en la orilla de estos ríos.*
>
> *"Empezamos a denunciar la tala de árboles naturales y nativos de la ribera del río Sinú para meter 250 mil llantas. (..)".* (La W 2012).

Es por esto que dichas situaciones y muchas de las otras existentes llevan al planteamiento de la siguiente cuestión: ¿Cuáles pueden ser los factores institucionales que están afectando negativamente el cumplimiento de la gestión ambiental por parte del Sistema Nacional Ambiental (SINA) en Colombia? Esto, ya que no puede ser ajeno el hecho de que aunque Colombia cuente con las leyes e instituciones, que fueron creadas con el único fin de procurar la protección de algo tan importante como lo es el medio ambiente, estas últimas no estén cumpliendo del todo, ni cómo debería ser con la tarea encomendada, dejando como consecuencia de dichas fallas institucionales que día a día se estén incrementando los daños y abusos en contra los recursos naturales y de la biodiversidad del país por parte del ser humano y la sociedad a la que este pertenece. Cabe aclarar que si bien pueden existir otros factores bien sea políticos, económicos, temas de corrupción, de planeación, etc., que afecten en algún punto el cumplimiento por parte de las entidades ambientales, estos no serán objeto de estudio en esta investigación, ya que solo estará centrada en estudiar como bien se dijo anteriormente aquellos factores institucionales, que puedan estar derivados del diseño normativo existente en la materia, que podrían estar afectando negativamente el cumplimiento de una buena gestión ambiental.

Teniendo en cuenta lo anterior, para poder dar respuesta a la cuestión inicial planteada, este texto se centrará en dilucidar las posibles falencias del Sistema Nacional Ambiental (SINA) a la luz de la Constitución Política de 1991 y de la ley 99 de 1993. Asimismo, analizará los diferentes y posibles factores institucionales que podrían figurar como aquellos que no permiten la materialización de una buena gestión ambiental por parte de las Instituciones del SINA, explicando cada uno de ellos en pequeños capítulos que expondrán las razones por las cuales se considera que dicho factor afecta negativamente el buen desarrollo ambiental por parte de las entidades del SINA. Finalmente el texto presentara las debidas conclusiones y buscará proponer soluciones iniciales que lleven a subsanar las falencias del SINA y, que permitan atacar aquellos factores negativos encontrados; teniendo siempre en mente que lo que se quiere lograr es un fortalecimiento del Sistema Nacional Ambiental a través de sus instituciones para así poder lograr la tan anhelada protección que el medio ambiente colombiano necesita.

1. La constitución politica de 1991, tambíen llamada constitución ecológica y la ley 99 de 1993

A partir de la Constitución Política de 1991 se introdujeron varios conceptos y disposiciones que pretendían de una manera más expresa e indispensable una protección amplia y eficaz del medio ambiente y de los recursos naturales existentes en Colombia, así como la idea de que la sociedad en conjunto pudiera tener un derecho en el cual existiera un goce efectivo de un medio ambiente sano. Así, se puede ver que:

> *La Constitución, desde el Título I, establece como uno de los principios que orientan la acción del Estado la protección de las riquezas naturales y de la Nación. En el capítulo de los derechos y garantías eleva a la categoría de servicio público el saneamiento básico, asigna a la propiedad privada, además de la función social, una función ecológica, estipula el derecho a la educación y a que esta tenga una orientación, entre otras, ambiental.* (Gaviria s.f).

También, esta Constitución involucró y desarrolló en conjunto el derecho a la vida y el derecho a un medio ambiente sano, planteando que el medio ambiente sano constituye para el ser humano en la sociedad y en un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, uno de los fundamentos para el goce efectivo y seguro del derecho a la vida. Para lograr este goce y disfrute de derechos se le asignó al Estado, como autoridad máxima gubernamental, por medio de los artículos 79 y 80 de la misma Constitución Política, el deber de planificación, protección, organización y preservación de los recursos naturales y la biodiversidad presente en los diferentes ecosistemas colombianos; estas funciones asignadas al gobierno nacional, deberían entonces ser desarrolladas por medio de: instituciones especializadas que tuvieran pleno conocimiento en materia ambiental, planes e informes periódicos de las actividades de dichas instituciones, instituciones de control y vigilancia, planes de desarrollo por parte de la Nación, pero también por parte de los entes territoriales y algunos otros métodos que asegurarían un ambiente sano para la sociedad tal como lo plantean los artículos 268 numeral 7, 277 numeral 4, 289 y 300 numeral 2 de la Constitución Política.

Pero no solo estaría en cabeza de dichas instituciones este deber de protección y preservación del medio ambiente. En cabeza de los ciudadanos, por medio del artículo 95 numeral 8 de la Carta Política *(...) Son deberes de la persona y del ciudadano: 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano(...)* también se generó el deber de cuidado de los recursos naturales, al ser el derecho al medio ambiente sano un derecho colectivo, es decir, que protege los intereses de todos.

Así, se estableció igualmente en el artículo 88 de la Constitución Política Colombiana, que la ley regularía las acciones populares por medio de las cuales la misma ciudadanía podría ejercer cierto poder para que las disposiciones y el buen trámite por parte de las instituciones en materia ambiental se cumpliera de acuerdo con lo establecido.

Cabe aclarar que, aunque ya existían instituciones creadas para la protección del me-

dio ambiente en Colombia antes de la Carta de 1991, como lo eran algunas Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) o el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables (INDERENA), creado por la ley 3 de 1961; estas instituciones no contaban con la suficiente organización para el desarrollo de una buena gestión a nivel ambiental en el país, además de no dar abasto con las actuaciones necesarias para la protección ambiental que un país como Colombia, con toda su biodiversidad ecológica necesitaba.

Por esta razón, con base a las nuevas disposiciones contenidas en la Constitución Política de 1991, también llamada por la misma razón, la Constitución Ecológica, el legislador tomó la decisión de expedir la Ley 99 de 1993 con miras a modificar y reorganizar las entidades existentes encargadas en el ámbito medioambiental, teniendo en cuenta las nuevas necesidades planteadas en la misma constitución.

Fue así, como el 22 de diciembre de 1993 se expidió la Ley 99 de 1993, con la necesidad imperante de velar por la protección de los recursos naturales y de la biodiversidad del país. Esta Ley tenía el objetivo de darle a la gestión ambiental un nuevo rumbo, más que todo a nivel institucional ya que era bastante ilógico que existieran entes como el Inderena, que en ese entonces era el órgano principal en esta materia, y su jurisdicción estuviera reducida a pequeñas porciones dejando en cabeza de otras entidades la función que este mismo ente debía cumplir. Tampoco era razonable que, en cabeza de entes como el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Salud, el Departamento Nacional de Planeación, entre otras, estuvieran radicadas competencias de carácter ambiental. (López Dávila 2000, 27)

Es por esta razón que, por medio de la creación y reorganización de distintas instituciones gubernamentales, tanto nacionales como territoriales, cuya función fuera especialmente la protección, la reconstrucción y la restauración de los ecosistemas y el medio ambiente colombiano, esta nueva Ley reorganizó el sistema ambiental en Colombia y creo entonces el Sistema Nacional Ambiental (SINA). Dicho sistema quedó integrado por el Ministerio de Medio Ambiente como cabeza del sistema, las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), las entidades territoriales y las instituciones científicas y tecnológicas. Además, este Sistema no solo quedó integrado por instituciones, sino que también por:

> *Los principios y orientaciones generales; por la normatividad, por las organizaciones comunitarias y no gubernamentales relacionadas con la problemática ambiental; por las fuentes y recursos económicos para el manejo y la recuperación del medio ambiente; por las entidades públicas, privadas o mixtas que realizan actividades de producción de información, investigación científica y desarrollo tecnológico en el campo ambiental y por las entidades del Estado responsables de la política y de la acción regulatoria ambiental.* (Molina Triana 2014, 25-26)

Teniendo en cuenta todo esto, se puede evidenciar que esta ley asignó funciones específicas a cada una de las entidades pertenecientes al Sistema Nacional Ambiental (SINA) y les encargó la ejecución de actividades que debían desarrollarse para frenar

la destrucción del medio ambiente. Pero desafortunadamente en la realidad lo que se ha logrado observar es todo lo contrario.

2. Factores institucionales que afectan negativamente la gestión ambiental por parte del Sistema Nacional Ambiental (SINA) en Colombia

En primera medida, es importante para la comprensión de este texto el concepto de factores institucionales que se define en este texto como aquellos elementos que, dentro de un órgano del Estado, logran influenciar o contribuir a la obtención de un resultado.

Así, esta parte del contenido estará centrada en exponer cuáles pueden ser esos posibles factores institucionales que no permiten que la gestión ambiental en Colombia hasta ahora se haya visto beneficiada con los esfuerzos que se han hecho para fortalecerla; esto después de haber hecho una investigación y estudio de diferentes textos relacionados con la institucionalidad en materia medioambiental y haber profundizado en la principal fuente legislativa que existe en la materia, la Ley 99 de 1993.

2.1. Paralelismo institucional

El primer factor a plantear es el llamado Paralelismo Institucional, el cual se enfoca en establecer si las funciones asignadas por la normatividad a las diferentes instituciones creadas bajo el marco del Sistema Nacional Ambiental (SINA) son similares y en algunos casos radican en el mismo objeto.

Para comenzar, un primer pequeño ejemplo de este elemento se puede ver reflejado en el siguiente cuadro, donde se pone de presente que la función asignada a las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) por el artículo 31 numeral 9 en la Ley 99 de 1993 y la función asignada a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) por el artículo 3 numeral 1 del Decreto 3573 de 2011 sobre la concesión y otorgamiento de licencias ambientales radica básicamente en lo mismo:

Tabla 1.

Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) – Articulo 1 numeral 9	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) – Articulo 3 numeral 1
Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva. (Ley 99 de 1993).	Otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos. (Decreto 3573 de 2011).

Realizada por: Sandra Daniela Aguilar Alarcón.

Y es que teniendo en cuenta el anterior ejemplo podría entonces, cualquier persona, plantearse la cuestión de si realmente vale la pena tener dos instituciones que actúan dentro de una misma esfera de protección medioambiental con funciones que radican en lo mismo y de si realmente la asignación de dichas funciones paralelas trae consigo los beneficios buscados a la hora de tener como sujeto principal de protección el medio ambiente, o si por el contrario lo que genera esta reiterativa asignación es una confusión tanto para las mismas instituciones a la hora de ejercer las actuaciones debidas como para las personas a la hora de ejercer sus derechos frente al medio ambiente al no saber con exactitud a que entidad acudir.

Otro ejemplo que se puede apreciar, sobre el inminente Paralelismo Institucional que ostentan las entidades del sector ambiental, se puede ver como lo ha indicado Alfredo Molina, en que:

> *La Ley 768 de 2002, en su artículo 13 facultó a los Concejos Distritales de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta la creación de establecimientos públicos para protección del medio ambiente urbano. Su creación es una facultad de los Concejos Distritales, pero la iniciativa de su creación es potestad exclusiva del respectivo alcalde. En el marco de la definición de su competencia en asuntos de carácter ambiental, estos establecimientos cumplen las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales.* (Molina Triana 2014,46-47)

Sobre este ejemplo, está claro que la ley le confiere a los Distritos la posibilidad de crear entidades que si bien buscan la protección del medio ambiente, terminan cumpliendo las mismas funciones que una Corporación Autónoma Regional (CAR), lo que implica que dos organismos al mismo tiempo están ejerciendo funciones iguales.

Ahora bien, teniendo esto en mente, cuando se mira el objetivo principal que pudo haber tenido el legislador a la hora de establecer un nuevo sistema en materia ambiental y el objetivo que tuvo a la hora de constituir las distintas instituciones y organismos para la protección del medio ambiente, se puede llegar a pensar que en cuanto a la asignación y distribución de funciones, este mismo legislador, pudo haber logrado algo mejor, es decir, pudo haber sido más claro, contundente y preciso a la hora de decidir cuales iban a ser las funciones de cada una de las entidades y así haber evitado a largo plazo el surgimiento del Paralelismo Institucional como uno de los factores que hoy en día está afectando negativamente la gestión ambiental en Colombia.

2.2. Multiplicidad de reformas hechas en las instituciones del sistema nacional ambiental (SINA)

El segundo factor a tratar tiene que ver con la multiplicidad de reformas que se han realizado tanto al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como a las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR).

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como hoy es conocido fue objeto de su primera modificación en el año 1997 por medio del Decreto 1687 de 1997, tan solo tres años después de su creación, la segunda modificación fue hecha en el año 1999 por medio del Decreto 1124 que luego fue complementa-

do por el Decreto 527 del año 2000, la tercera y una de las más trascendentales fue realizada como resultado de la Ley 790 de 2002, la cuarta se realizó en virtud de la Ley 1444 de 2011 y es la que hoy en día le ha dado al Ministerio su denominación actual. En el mismo sentido, la situación de las Corporaciones Autónomas Regionales no ha sido diferente ya que

> *"han intentado reformar las Corporaciones Autónomas Ambientales en su función de ejecutoras de la política ambiental sin mayor éxito. Según un artículo de la revista ambiental Catorce6 (2013) se han dado un total de diecinueve intentos no exitosos entre decretos expedidos y proyectos de ley presentados por el ejecutivo. Es decir, en la práctica un promedio de uno por año".* (Güete Saavedra 2016, 41).

Con todo esto, es posible llegar a afirmar que dichas reformas han generado una gran inestabilidad tanto funcional como estructural de estas instituciones y no han contribuido positivamente al fortalecimiento del Sistema ni a la gestión ambiental en general. En el Ministerio por ejemplo, esto ha generado que al pasar de los años este haya ido perdiendo ciertas competencias y facultades que inicialmente le habían sido conferidas por medio de la Ley 99 de 1993 y que se le fueron dando a otras instituciones; ejemplo de esto es el hecho de que la función sobre concesión de licencias ambientales inicialmente estaba en cabeza del Ministerio y luego pasó a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). También estas reformas han generado una flexibilización de las funciones ejercidas por las instituciones y una desarticulación institucional, esto al tener en el terreno de aplicación varias entidades que han sido reformadas y que como consecuencia de dichos sucesos no han logrado establecer el punto de partida para poder cumplir con su gestión. Todas estas situaciones que claramente no contribuyen positivamente al fortalecimiento del SINA sino por el contrario a su debilitamiento.

2.3. Multiplicidad de ministros dentro del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible Colombiano

El tercer factor que se desarrollará es el relacionado con la pluralidad de ministros que ha tenido el actual Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Desde su creación, y como se puede observar en la tabla dos (2), este Ministerio ha tenido más de trece Ministros. Para ser exactos dieciséis han sido cabeza de dicho ministerio contando al nuevo Ministro Carlos Eduardo Correa quien se posesionó en este cargo el 4 de octubre de 2020. Este número, el cual podría catalogarse como alto dentro de la cartera ministerial del Ministerio de Medio Ambiente teniendo en cuenta su "juventud", representa y deja ver que a lo largo de la vida del Ministerio no se ha ofrecido una estabilidad en cuanto al cuerpo directivo superior de la Institución. Esto debido a que el tiempo promedio de duración por ministro ha sido como bien lo comenta Carlos Saavedra de 1.6 años. (Güete Saavedra 2016, 40).

De la misma manera este cambio constante en los directores y cabezas principales del Ministerio no solo impide, como ya se dijo, la materialización completa y efectiva de las políticas del sector ambiental sino que afecta también la ejecución de los procesos y proyectos que se van poniendo en marcha durante el periodo del Ministro encargado y que en cuanto este cambia, todas las eje-

cuciones que deben realizarse para cumplir con los proyectos y procesos planteados durante dicho periodo de tiempo terminan no llevándose a cabo ya que el Ministro sucesor entra con diferentes y nuevas ideas dejando atrás las puestas en marcha. Y es que con dicho panorama, desde un punto de vista personal, es importante preguntarse lo siguiente: ¿Qué tan alta es la seguridad jurídica ofrecida por tan importante entidad en temas medioambientales, si se tiene en cuenta la remisión tan deliberada y constante de los Ministros de Medio Ambiente y por otro lado si dichos cambios constantes propenden por el objetivo principal para el cual fue creada esta institución principal del sector ambiental o simplemente lo que generan es una barrera para poder cumplir con estos?.

Por último en este capítulo es de resaltar que la situación planteada anteriormente realmente puede estar afectando el cumplimiento de las directrices encargadas a las instituciones ambientales en Colombia, ya que en un año y medio, tiempo promedio de duración de un ministro de medio ambiente que se concluye del análisis de la tabla número 2, llegar a concretar o implementar de manera total las políticas públicas planteadas en la materia con un cambio tan fugaz de uno u otro directivo puede llegar a ser bastante complicado y poco enriquecedor para el sector, dejando así como resultado políticas inconclusas, tareas a medias e inconvenientes que más tarde se van reflejando en la mala gestión de las demás instituciones del SINA y aún peor en los atroces daños al medio ambiente, que no han parado hasta hoy.

Tabla 2.

PERIODO MINISTERIAL	MINISTRO(A) A CARGO
06/10/1993 – 08/01/1996	Manuel Rodríguez Becerra
08/01/1996 – 04/04/1997	Cecilia López Montaño
04/04/1997 – 07/08/1998	Eduardo Verano de la Rosa
07/08/1997 – 07/08/2002	Juan Mayr Maldonado
07/08/2002 – 28/10/2003	Cecilia Rodríguez González
28/10/2003 – 07/08/2007	Sandra Suarez Perez
07/08/2007 – 23/05/2008	Juan Lozano Ramírez
23/05/2008 – 07/08/2010	Carlos Costa Posada
07/08/2010 – 27/09/2011	Beatriz Uribe Botero
27/09/2011 – 21/09/2012	Frank Pearl
21/09/2012 – 11/09/2013	Juan Gabriel Uribe Vegalara
11/09/2013 – 11/08/2014	Luz Helena Sarmiento Villamizar
11/08/2014 – 25/04/2016	Gabriel Vallejo López
25/04/2016 – 07/08/2018	Luis Gilberto Murillo Urrutia
07/08/2018 – 04/10/2020	Ricardo Lozano Picón
04/10/2020 - hoy	Carlos Eduardo Correa

Realizada por: Sandra Daniela Aguilar Alarcón.

2.4. Falta de control por parte de un órgano autónomo e independiente en el sector ambiental

El cuarto factor trata acerca de la falta de control institucional por parte de un órgano autónomo e independiente, que sea exclusivo para el sector ambiente y tenga facultades de control y vigilancia sobre todas las instituciones pertenecientes al Sistema Nacional Ambiental.

Para introducir este sub capitulo es importante mencionar que en Colombia han existido, desde la Constitución Política de 1991, órganos de control como la Procuraduría General de la Nación o la Contraloría General de la República los cuales se han encargado de ejercer control disciplinario sobre los funcionarios públicos en el primer caso o de ejercer un control fiscal en el país en el segundo caso; pero si buscamos dentro del Sistema Nacional Ambiental (SINA) creado desde 1993 para la protección y cuidado del medio ambiente, no se encuentra en ningún momento un órgano autónomo e independiente como los mencionados anteriormente, que cuente con capacidad de control y vigilancia sobre las instituciones que conforman y hacen parte del SINA. Esto claramente por el hecho de que simplemente este órgano no ha existido.

Cabe aclarar que si bien los órganos mencionados al inicio de este sub capítulo pueden ejercer control y vigilancia sobre las instituciones pertenecientes al SINA, su principal interés no es el de controlar y vigilar puntualmente que dichas instituciones ejerzan una buena gestión ambiental y cumplan a cabalidad con las funciones y deberes que en la ley se les han asignado, situación que evidentemente ha generado que las mismas tengan una libertad y determinación bastante amplia, a la hora de ejecutar los planes y políticas a su cargo, así como un poder y autonomía de cierta manera ilimitados que desencadenan desafortunadamente en una falta de coordinación y armonización entre las entidades, aparte de caer en el incumplimiento del objetivo final para el cual fueron creadas el cual radica en la protección de los recursos naturales y del medio ambiente colombiano.

Siguiendo con el desarrollo acerca de este cuarto factor, una situación que refleja claramente el gran problema que se tiene al no contar con un órgano de control y vigilancia independiente y exclusivo de la rama ejecutiva para el sector ambiente tiene que ver con el hecho de que si bien en la actualidad es el Ministerio de Medio Ambiente el que ejerce cierto control sobre las instituciones del SINA, al ser este la cabeza del sistema, instituciones como las Corporaciones Autónomas Regionales que tienen gran importancia e incidencia en cada una de las decisiones que se toman en temáticas sobre protección y cuidado del medio ambiente han sido dotadas por el mismo legislador de una autonomía administrativa y financiera, autonomía que cuando se enfrenta a un control por parte del ministerio de medio ambiente como órgano sujeto al ejecutivo, entra en conflicto. Y es que esto se ha tratado de solucionar vía jurisprudencia, pero

> *"Resulta contradictorio en el ámbito de jurisprudencia de la propia Corte Constitucional y del Consejo de Estado que, por un lado indiquen que la autonomía de las CAR, implica que éstas no se encuentran adscritas ni vinculadas a ningún Ministerio o Departamento Administrativo (C-593, 1995), y*

luego afirme que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, es la entidad encargada de ejercer la inspección y vigilancia sobre las corporaciones autónomas regionales de acuerdo a lo establecido en la ley (C-462, 2008) (C-570, 2012), y cuyo control puede llegar incluso a ordenar 77 correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones (C-570, 2012)". (Parra Sierra 2017, 77)

Por lo que en este sentido hablar de la existencia de un órgano el cual fuera independiente y tuviera facultades de control, vigilancia y estuviera exclusivamente dedicado a prestar atención a las instituciones del SINA incluyendo claramente dentro de estas a las CAR, podría evitarse toda confusión y conflicto que hoy existe respecto al control que ejerce el Ministerio de Medio Ambiente sobre las CAR, ya que estas no se encuentran como tal adscritas al mismo. Asimismo, con este órgano independiente se estaría respetando la autonomía que les fue conferida desde un principio por la ley a estas Corporaciones y a la vez se evitaría que "las Corporaciones Autónomas Regionales en realidad se convirtieran en agentes gubernamentales de ejecución de políticas del gobierno de turno que por ley están obligadas a obedecerlas, lo cual no es garantía de autonomía, ni independencia frente al ejecutivo". (Parra Sierra 2017, 80) Y que, por dichas falacias, terminen las CAR omitiendo sus deberes y poniendo en riesgo al medio ambiente que desde el punto de partida es lo que más debería importar.

Visto lo anterior, es importante traer a colación lo dicho por Andrés Parra en el texto Corporaciones Autónomas Regionales: ¿Un Verdadero Órgano Autónomo E Independiente? acerca de que *"al hacer depender las CAR, al Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible y al pertenecer éste a la Rama Ejecutiva, no se encuentran garantías de independencia y autonomía, en tanto ésta puede plantear una "voluntad" ministerial que no sea acorde con la preservación del medio ambiente, y aun así Las CAR, tendrán que sujetarse".* (Parra Sierra 2017, 80). Razón más de peso para afirmar la necesidad de un órgano de control independiente, alejado de las ramas de poder público que puedan ejercer cualquier influencia bien sea política, económica, o de intereses privados sobre el órgano encargado de vigilar y controlar a las instituciones que están encargadas del cuidado y la protección del medio ambiente.

Para finalizar este punto, algo interesante y a la vez paradójico es el hecho de que la misma ley 99 de 1993 creo el llamado Consejo Nacional Ambiental, un órgano que bien podría estar llamado a ejercer facultades de control y vigilancia en temas de protección y cuidado del medio ambiente teniendo un carácter autónomo e independiente en el sector medioambiental pero que desafortunadamente y a orden del legislador *"Su carácter es el de asesor y consultor de la política ambiental nacional, (...)sus recomendaciones no son obligatorias y por lo tanto, no constituyen pronunciamientos o actos administrativos de los miembros que lo integran"* (López Dávila 2000, 235).

2.5. Inadecuada jurisdicción de las Corporaciones Autonomas Regionales (CAR)

El quinto y último factor a tratar en este texto está relacionado con las fallas de jurisdicción que presentan las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) a nivel del te-

rritorio colombiano. En cuanto a este factor hay que mencionar que cada una de las 33 Corporaciones Autónomas Regionales creadas por la Ley 99 de 1993 tienen a su cargo distintas divisiones del territorio Colombiano sobre el cual ejercen el poder conferido de autoridad ambiental a nivel territorial, pero se ha visto que a pesar de tener delimitada y asignada cierta parte del territorio se han presentado inconvenientes a la hora de actuar y ejecutar la gestión ambiental debida en pro de la protección del medio ambiente, esto por confusiones entre las mismas Corporaciones e incluso por confusiones jurisdiccionales con otras entidades a nivel territorial como los departamentos, municipios y distritos que también tienen poder para actuar en cada uno de sus territorios, tal como sucedió en el caso de la tala masiva de árboles en el Municipio de Floridablanca para la construcción de una obra vial; así lo relató el abogado Alejandro Alvarado al periódico de EL TIEMPO:

> *"No hay custodia de la Corporación para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga (CDMB) a la montaña, no se sabe el manejo que se le están dando a las especies de árboles, a los animales, ni a las aguas. La CDMB no está, la Anla está en Bogotá y el contratista está haciendo lo que se le da la gana con la montaña. Además, no se sabe dónde se hará la compensación ambiental", precisó Alvarado.* (Cárdenas Mateus 2019).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior hay que reafirmar que,

> *"Existe una inadecuada jurisdicción en la mayor parte de las Corporaciones Autónomas Regionales, por no corresponderse con biorregiones o ecosistemas regionales. Aunque el artículo 23 de la ley 99 de 1993 estatuye que las Corporaciones Autónomas Regionales deben estar integradas por entidades territoriales "que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema y conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica…", la realidad demuestra que sólo muy pocas de las 33 corporaciones creadas obedecen a criterios de esa naturaleza. La mayoría de las Corporaciones coincide con limites políticos departamentales, desprovistos de criterios ambientales, es decir, que violan el principio establecido en la propia ley".* (López Dávila 2000, 272).

Esto se puede evidenciar por ejemplo en el hecho de que existen tres CARS en la región del eje cafetero como lo son la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, la Corporación Autónoma Regional de Caldas y la Corporación autónoma regional del Quindío, dedicadas a tratar problemas comunes; también hay tres Corporaciones Autónomas Regionales pendientes de la Sierra Nevada de Santa Marta; asimismo existen dos Corporaciones Autónomas Regionales para la Amazonia, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico. Todo esto denota que efectivamente el no tener una jurisdicción bien definida a lo largo del territorio nacional genera una falta de coordinación y una grave falencia a la hora de definir quién debe actuar en los casos concretos. Por lo que, junto con los demás factores ya mencionados anteriormente, se evidencia la afectación grave y negativa a la gestión ambiental en Colombia. (López Dávila 2000).

3. Conclusiones

Finalmente se puede concluir este texto teniendo claro que, si bien la Constitución Política de 1991 y la Ley 99 de 1993 lo único

que propendían era la protección y cuidado del medio ambiente por medio de la creación del Sistema Nacional Ambiental (SINA) el cual ofreciera un cuidado de la mejor forma posible, así como una gestión ambiental adecuada que fuera desarrollada por distintas instituciones dedicadas a único fin, en la actualidad este fin tanto constitucional como legislativo no se ha visto materializado a cabalidad ya que existen principalmente cinco factores institucionales que están afectando negativamente la gestión ambiental en Colombia por parte de este sistema; a saber, (i) El Paralelismo Institucional; (ii) La multiplicidad de reformas realizadas al actual Ministerio de Medio ambiente y Desarrollo Sostenible; (iii) La Inestabilidad en la cartera Ministerial del mismo Ministerio de Medio Amiente y Desarrollo Sostenible; (iv) La falta de control por parte de un órgano autónomo e independiente y (v) La inadecuada jurisdicción que ostentan las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR).

Por lo anterior y teniendo en cuenta que una de las ideas de esta ponencia también es buscar y proponer algunas soluciones iniciales para poder ayudar a solucionar las falencias identificadas en el SINA y así fortalecer cada vez más este sistema y contribuir a la calidad de gestión en materia ambiental, se presentan principalmente dos soluciones en específico las cuales radican en:

Primero, poder acabar con el Paralelismo Institucional, es decir, reenfocar la ley 99 de 1993 por medio de una reforma legislativa, especialmente en cuanto al tema de funciones asignadas tanto a las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) como a los Distritos, Municipios, grandes centros urbanos e incluso a los territorios indígenas, para que sus funciones no sean en esencia las mismas y haya una mayor diferenciación entre ellas. Asimismo, por medio de esta reforma legislativa pretender una reestructuración de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) en la cual quede en cabeza de esta sola entidad la gestión ambiental territorial y así se evite una delegación de funciones entre las mismas instituciones que al final termina entorpeciendo los procedimientos para la gestión y protección medioambiental.

Segundo, proponer la creación de un órgano autónomo e independiente, exclusivo para el sector medio ambiente, que pueda ejercer funciones de control y vigilancia sobre las instituciones que conforman el Sistema Nacional Ambiental y el cual tenga plena autoridad sobre las mismas. Este debe ser un órgano separado totalmente del poder ejecutivo, esto para evitar que intereses políticos puedan afectar la gestión de este órgano y a la vez debilitarla como bien ya se explicó en el capítulo 2.4; este debe poder brindar las garantías necesarias para que la gestión ambiental y el fin único propendido por la ley 99 de 1993 se lleve a cabo. Por otro lado, se propone igualmente, teniendo en cuenta que ya existe el Consejo Nacional Ambiental, que este sea reformado y que sus funciones ya no sean solo las de proponer y recomendar ciertas actuaciones a las demás instituciones, sino que sea aquel órgano de control y vigilancia con autonomía y poder para hacer cumplir las leyes en materia ambiental por parte de los demás organismos.

Frente a los demás factores institucionales, tercero y quinto, que pueden estar afectando negativamente la gestión ambiental

por parte del Sistema Nacional Ambiental, se propone (i) establecer una regulación para el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible la cual fije un periodo mínimo y máximo de tiempo para que el Ministro ostente su cargo y (ii) plantear una modificación de los límites y las jurisdicciones de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro del territorio Colombiano teniendo en cuenta las necesidades de cada territorio, las fuentes de recursos naturales que se necesitan proteger, la biodiversidad existente en el mismo, etc.

Referencias

Aras Regillo, Ligia Sofia. 2014. "Gestión Ambiental en Colombia bajo el instrumento de la licencia ambiental". TesisMaestria, Pontifica Universidad Javeriana.

Cardenas Mateus, Luis A. 2019. "Denuncian 'arboricidio' en Floridablanca por obra vial". El Tiempo, 13 de diciembre de 2019. https://www.eltiempo.com/colombia/otrasciudades/denuncian-arboricidio-en-floridablanca-por-obra-vial-443168

Constitución Política de Colombia (*Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 N° 85)*

Decreto 3573 de 2011 (Diario Oficial No. 48.205 de 27 de septiembre de 2011)

Gaviria, Escobar. s. f. "Historia de la Legislación Ambiental en Colombia, Transformaciones y Tendencias". Calameo. Consultado el 12 de mayo de 2020. https://es.calameo.com/books/0003665535fdcd838e765.

Guete Saavedra, Carlos III. 2016. "Análisis de la evolución de la Institucionalidad Ambiental. El desarrollo económico de Colombia (1990-2014)". TesisMaestria, Pontifica Universidad Javeriana.

Ghul Nannetti, Ernesto, y Pablo Leyva. La gestión ambiental en Colombia, 1994-2014: ¿un esfuerzo insostenible?. Primera edición. Bogotá, Julio de 2015.

Http://www.foronacionalambiental.org.co/wp-content/uploads/2015/08/LIBRO-LaGestion-Ambiental-en-Colombia.pdf

Judicial. 2018. "Hay negligencia de agencias del Estado por emergencia en La Lizama: Procurador". RCN Radio, 5 de abril de 2018. https://www.rcnradio.com/judicial/haynegligencia-de-agencias-del-estado-por-emergencia-en-la-lizama-procurador

La W. 2012. "En Córdoba la negligencia de la CAR va sobre ruedas". La W, 28 de febrero de 2012. https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/en-cordoba-la-negligencia-de-lacar-va-sobre-ruedas/20120228/nota/1637695.aspx.

López Dávila, Carlos Eduardo. 2000. "Análisis y Propuesta Integral para la Operatividad del Sistema Nacional Ambiental – SINA". Trabajodegrado, Pontifica Universidad Javeriana.

Ley 99 de 1993 (Diario Oficial No. 41.146 de 22 de diciembre de 1993)

Molina Triana, Alfredo. "Las autoridades del Sistema Nacional Ambiental. Un análisis desde la política pública".21. – Bogotá: Universidad Sergio Arboleda,2014. https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/84/Las%20autoridades%20del%20sistema%20%20nacional%20ambiental.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Mercado, Luisa. 2019. "El río Cauca y las tragedias ambientales del país en los últimos años". El Tiempo, 11 de febrero de 2019. https://www.eltiempo.com/colombia/otrasciudades/peores-tragedias-ambientales-en-colombia-en-los-ultimos-anos-2019-325346

Munévar Quintero, Alexandra y Javier Valencia Hernández. 2020. "Los conflictos socioambientales en Colombia en el contexto de las Licencias Ambientales y el acceso a la justicia". Dialnet 17 (1): 42–63.

Pineda Arenas, Jose Luis. 2019. ""Impresionante" tala de árboles en Floridablanca". Vanguardia, 11 de diciembre de 2019. https://www.vanguardia.com/areametropolitana/floridablanca/impresionante-tala-de-arboles-en-floridablanca-nb1762429

Paz Cardona, Antonio José. 2019. "Colombia: Los impactos ambientales que dejan las nuevas decisiones de Hidroituango". MONGABAY, 5 de febrero de 2019. https://es.mongabay.com/2019/02/hidroituango-impactos-ambientales-rio-cauca/

Parra Sierra, Andre Felipe. 2017. "Corporaciones Autónomas Regionales: ¿Un Verdadero Órgano Autónomo e Independiente?" TesisMaestria, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

DERECHO COMPARADO: DEPORTE EN ESTADOS UNIDOS, SISTEMA CERRADO VS SISTEMA DE ASCENSOS Y DESCENSOS

Luis Alejandro Buitrago Londoño
Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana.
luisbulo@unisabana.edu.co

RESUMEN

El modelo de liga cerrada para los deportes profesionales ha sido el sistema competitivo favorito en Estados Unidos, en el que, por tradición de los deportes que ellos mismos crearon, todos los equipos tienen asegurado su puesto en la liga todas las temporadas, sin consecuencias mayores en caso de no haber tenido un buen desempeño durante la campaña. Para el resto del mundo este modelo es poco considerado y se prefiere, especialmente en el fútbol, un sistema de liga abierto que permite que prácticamente cualquier equipo que haga parte del sistema deportivo nacional pueda ascender a ligas más competitivas como recompensa de su buen desempeño, o descender a campeonatos menos competitivos como consecuencia de una mala campaña.

Uno de los objetivos del siguiente artículo es dar explicación a cómo funcionan las principales ligas de deporte profesional en Estados Unidos, iniciando desde el origen de los mismos deportes para entender cómo han evolucionado para adoptar estos modelos deportivos y aclarando cómo funcionan estos sistemas en la actualidad. Como otro objetivo está desarrollar sobre el sistema de ligas abiertos, exponiendo su funcionamiento y comparando distintos modelos de este sistema en cuatro países.

Como conclusión, se buscó resaltar que no se puede hablar de un sistema mejor que otro, en razón a que cada uno tiene sus ventajas y desventajas, y que es básicamente por tradición y por preferencia a ciertos modelos económicos que el deporte profesional en Estados Unidos tiene una estructura diferente a las del resto del mundo.

Palabras clave: Franquicia, división, ascenso, descenso, asociación, federación.

1. Sistema cerrado

El deporte estadounidense es muy distintivo en cuanto a su modelo de ligas deportivas a comparación de otros países, ya que este se caracteriza por su completa privacidad en la que solo participan una lista específica de equipos del país, o en ciertas ocasiones de Canadá. Este sistema es mejor conocido como las *Major Leagues* y también es usado por países como Australia y Canadá. Para hablar de este modelo deportivo, se va a referir a las ligas importantes de los deportes más representativos también conocidos como "*the Big Four*", como lo es el baloncesto con la NBA, el *football* americano (que de ahora en adelante se le referirá solo como *football*) con la NFL, el béisbol con la MLB y finalmente el hockey de hielo con la NHL. Para el caso de la MLS, aunque también clasifique como una liga profesional cerrada, se discute sobre su denominación de *Major League* por razones que se explicarán más adelante.

Lo anteriormente mencionado debido a que también existen las ligas menores en las que participan equipos de menor rendimiento, y que son parcialmente ajenas a las profesionales ya que equipos de estas divisiones no pueden jugar con los de la división superior. También es importante reconocer el deporte universitario el cual es clave para fomentar el deporte profesional del país y principalmente lo refuerza con figuras como el *draft*.

1.1. Deporte universitario

En Estados Unidos es sumamente importante el deporte universitario, ya que el deportista *amateur* es fundamental para las ligas profesionales. Estas competencias universitarias, o colegiales como lo denominan, están reguladas por diferentes asociaciones, aunque solo se mencionará sobre la más importante y poderosa que es la *National Collegiate Athletic Association* (NCAA). Esta organización con gran poder económico creada en 1910 reúne a más de 1.000 universidades de todo Estados Unidos y regula más de 20 deportes (NCAA 2021). Su origen fundamentalmente se debe a que debido a las muchas lesiones y heridos que estaban ocasionando los deportes universitarios en la época, se buscó una manera de organizar estos deportes y hacerlos más seguros como alternativa a su completa cancelación.

Para organizar a ese gran número de universidades y lograr que haya una competencia distribuida y sana, la NCAA distribuye a las distintas instituciones en 3 divisiones diferentes, las divisiones 1, 2 y 3, siendo la 1 la más competitiva y con mayor fuerza económica, y la 3 como la menos competitiva. La primera de estas divisiones cuenta con 350 universidades a nivel nacional, la segunda con 310 y la última con 438. Para esta investigación solo se hablará de la división 1, la cual distribuye a sus más de 300 universidades en 32 conferencias separadas dependiendo de su posición geográfica. (Drafteados – NBA en español 2019).

Esta organización al contar con un gran repertorio de distintos deportes varía la manera en cómo se escogen los mejores equipos de cada torneo. Por ejemplo, en el baloncesto, los mejores equipos de cada conferencia más otros 36 escogidos por su desempeño en la temporada regular clasifican al torneo nacional en el que en enfrentamientos directos, el

equipo que gana la final se lleva el título del mejor equipo. Por otro lado, en el ejemplo del *football*, solo los 4 quipos con el mejor *record* (esto es, partidos más ganados y menos partidos perdidos) se enfrentan directamente y el ganador de la final se corona como el mejor equipo. (Drafteados – NBA en español 2019).

Ahora bien, la importancia del deporte universitario radica en que la manera más fácil y común que un deportista consiga jugar en alguno de los equipos participantes de las ligas mayores es teniendo un excelente rendimiento en su carrera deportiva universitaria, ya que los equipos profesionales prestan mucha atención a la competencia colegial.

Esta subdivisión del deporte norteamericano es también de alguna manera un sistema cerrado, ya que no cualquiera puede participar en competiciones colegiales. Claramente está la razón de que debe ser un deportista que sea estudiante de alguna de las universidades asociadas, pero la finalidad de esto radica en que para la NCAA está la prohibición de compensar económicamente a los deportistas porque buscan mantener el carácter *amateur* de estos. De esta manera, si alguno de estos deportistas, así esté en su primer año universitario, es contratado por algún equipo profesional, pierde la capacidad de poder competir en alguna de las competencias colegiales.

Es así como, por su nivel competitivo, las universidades juegan un papel fundamental en el deporte profesional estadounidense como una de las fuentes principales de futuro talento y representación americana en sus ligas mayores.

1.2. Ligas profesionales (Major Leagues)

Las ligas profesionales en Estados Unidos como lo define Ramón Gómez son asociaciones privadas sin ánimo de lucro que reúnen a diferentes equipos y se encargan de organizar y hacer gestión de la competición correspondiente (Gómez 2009, 287). Aunque cada liga, por razones de la diferencia de su deporte, tenga algunos caracteres o esquemas distintos, comparten cosas en común como por ejemplo la privacidad de la liga, la figura del comisionado y la distribución de las ganancias.

En este tipo de ligas, la competencia es exclusiva para los partidos y para los fanáticos, ya que fuera de estos aspectos, todos los equipos trabajan para un mismo fin que es la industria del entretenimiento. En las ligas cerradas de Estados Unidos los equipos sólo tienen más fuerza en cuanto a la calidad de sus jugadores y cantidad de títulos, pero financieramente todos son iguales. Esto se debe a que todos los equipos están sujetos a unos acuerdos en los que se busca cooperar con respecto a asuntos importantes como la contratación de los jugadores, los distintos enfrentamientos y la promoción de la comercialización de la liga. Con respecto a esto último, las ligas tienen como objetivo que los equipos generen suficiente ganancia para así poder financiar la liga.

La manera cómo funciona la financiación es que la gran parte de las ganancias que generen los equipos ya sea por venta de boletos, por las trasmisiones de los partidos o por la venta de indumentaria va directamente para la liga, para que de esta manera sea distribuido equitativamente entre todos

los equipos de la liga. Esto quiere decir que son las ligas las que están en control de todo, los equipos, las finanzas e inclusive los jugadores. (Lurks Lessons, 2019).

Con respecto a los equipos, estos no son organizaciones independientes, sino más bien franquicias que tienen sus respectivos dueños, pero les pertenecen a las correspondientes ligas (Gómez 2009, 290). Es por esto que es bastante común ver como relocalizan a los equipos a distintas partes del país, por lo general a lugares que representen una ganancia comercial; también al ser los equipos propiedad de la liga, estas mismas son las que se encargan de la comercialización de la indumentaria y son los que contratan con las cadenas de televisión para otorgar los derechos de trasmisión.

Además, las ligas regulan minuciosamente el mercado de los jugadores, ya que técnicamente estos no contratan directamente con el equipo para el que juegan, sino con la liga profesional. Como, por ejemplo, un jugador recién incorporado a una liga (*rookie*) tiene limitaciones en cuanto al salario que puede recibir de un equipo y en ciertas competencias no puede ser transferido a otra franquicia hasta después de cierto tiempo, y esto por el contrato que tiene con la liga.

1.2.1. MLB (Major League Baseball)

Creada en 1903, la MLB es la *Major League* más antigua en Estados Unidos y al mismo tiempo es su primer deporte profesional. Además de ser denominado como el "pasatiempo nacional" (*national pastime*), es la competencia de béisbol más importante en este país y en el mundo. Este deporte se ha convertido en una de las apropiaciones culturales más importantes para Estado Unidos. (Gómez 2009, 288).

Los orígenes de la formación de esta liga, aunque un poco inciertos, datan desde la primera mitad del Siglo XIX. En 1945, Alexander J. Cartwright, un aficionado al deporte crearía el primer equipo organizado, el *New York Knickerbocker* quienes básicamente establecieron las reglas del béisbol las cuales aún siguen vigentes. No pasó mucho tiempo después hasta que se formó la primera liga en 1958, la *National Association of Base Ball* con un carácter meramente amateur y los equipos sólo jugaban en sus ciudades locales. En 1869, poco después de la Guerra Civil, se fundó el primer equipo profesional, los *Cincinnati Red Stockings,* y se jugó el primer partido con este carácter; desde este momento los equipos comenzarían a contratar jugadores y a pagarles con un salario. (Jamail, y otros 2021).

Desde entonces, se empezaron a crear las primeras ligas profesionales, comenzando por la *National Association of Profesional Base Ball Players* en 1871 conformada por veinte clubes. Luego, en 1876, surgiría la *National League of Professional Baseball Clubs* (NL) la cual sigue vigente hasta el día de hoy y sentó las bases para la MLB. Así, es como empezaría una época en la que se crearían más ligas profesionales para hacerle competencia a la *National League,* pero todas fracasarían, hasta que en 1893 se formó la *Western League* y se convertiría en un fuerte contundente para esta otra liga comprando sus mejores jugadores e instalándose en ciudades importantes. No fue hasta 1900 que la

Western League se convertiría en la actual *American League* (AL) y comenzaría lo que se llamó "La Guerra del Béisbol" (*Baseball War*). En esta guerra ambas ligas luchaban por mantener la hegemonía del béisbol en su propia liga, lo que generó que el mercado profesional del béisbol se viera dividido ya que los equipos buscaban comprar a los mejores jugadores de la liga rival y buscaban asentarse en ciudades en donde creciera la popularidad de su liga. Luego de un periodo de dura competencia entre las ligas, en 1903 decidieron llegar a un acuerdo para compartir el mercado de jugadores, que equipos puedan compartir una misma ciudad y se crearía la *World Series* en donde se enfrentarían los campeones de cada liga. De esta manera es como se creó la liga de béisbol más importante y que se conoce hoy en día como la MLB. (MLB Productions, 1994).

La liga para llegar a ser como es hoy en día ha cambiado bastante, pues como es obvio no es la misma que era hace 140 años desde que se creó la Liga Nacional, pero lo que hace esta liga, como cualquier otra liga, que perdure a lo largo de las décadas son sus equipos, el corazón de la competencia que hace que tenga el carácter profesional y que lo mantiene actualmente. Aun así, estos equipos han ido cambiando a lo largo de la historia, algunos ya dejaron de existir hace mucho tiempo, otros se han mantenido por casi toda la historia y hay algunos que no llevan en la MLB más de 25 años. Comenzando con los primeros 8 equipos profesionales que nacieron con la NL, han existido en total 53 equipos de béisbol profesional, de los cuales casi la mitad de estos ya no existen, y algunos se han mantenido casi desde el principio, como es el caso de los *Chicago Cubs* o los *San Francisco Giants*. La liga desde la fusión entre la NL y la AL ha intentado mantener un límite de equipos participantes, para así mantener un sistema cerrado y reservarse la cantidad de equipos que pueden jugar. Sin embargo, el béisbol como cualquier otro deporte es también un negocio, desde 1961 ha ido expandiendo ese límite poco a poco, añadiendo desde entonces 14 nuevos equipos para completar los 30 que conforman la MLB hoy en día.

En este sistema cerrado también existe un fenómeno en cuanto a los equipos que consiste en cambiar su nombre e inclusive su lugar de origen a uno nuevo. Un ejemplo de esto pueden ser los *New York Yankees*, que comenzaron en Baltimore con el nombre de los *Orioles*, luego fueron trasladados a Nueva York con el nombre de los *Highlanders* y finalmente cambiaron su nombre a los vigentes *Yankees*. Esto se da porque, los equipos en la MLB y en las otras *Major Leagues* son franquicias que tienen como dueño a su respectiva liga, y es esta misma la que decide qué es lo mejor para ella. Por lo general estas decisiones se dan porque cambiar un equipo de una ciudad a otra representa una ganancia financiera, esto pues, se busca que la ciudad a la que van a trasladar un equipo tenga un gran mercado que mejore sus ganancias con respecto a la anterior ciudad. También está el caso en el que sólo se le cambie el nombre y no la ciudad porque una persona le pagó a la liga para dirigir una de sus franquicias.

Con la creación de la primer *Major League* en el país, la popularidad de este deporte continuó creciendo cada vez más y la liga se dio cuenta que es un negocio que genera bastante

ganancia, por lo que junto con las Ligas Mayores existen las denominadas Ligas Menores (*Minor Leagues*), donde la competencia es de menor nivel y los equipos de las grandes ligas aprovechan a crear el *farm system* que funciona como una cantera en la que los equipos de la MLB comparten convenios con algunos de estos equipos pertenecientes a las Ligas Menores para adquirir jugadores prometedores, convirtiéndose en una fuente de provisión de jugadores junto con los jugadores universitarios. Hoy en día existenc15 de estas ligas y alrededor de 200 equipos menores.

Ahora bien, teniendo claro cómo surgió la liga y cómo se organizó desde un comienzo, se procederá a explicar cómo funciona y cómo está compuesta. Para empezar, es importante saber que la MLB es una de las cuantas ligas que cuenta con equipos canadienses, en este caso solo uno que son los *Toronto Blue Jays*. Los 30 equipos están repartidos a lo largo de ambos países y estos mismos están divididos en 2 conferencias de 15 equipos cada una, las ya mencionadas AL y NL, además de esto, cada liga está también dividida en 3 divisiones basada en su posición geográfica (este, oeste y central) y cada una de estas divisiones está compuesta por 5 equipos. (Outta Here Baseball 2019).

Una de las razones por la que la liga está distribuida de esta manera es porque los ganadores de cada división son los que clasifican directamente a la postemporada y tienen la posibilidad de competir por el título en la Serie Mundial. Otra razón para que la liga se organice de esta manera es por simple facilidad al momento de transportar los equipos para jugar contra otros, ya que en una temporada regular los equipos llegan a jugar cada uno 162 partidos, y al estar divididos geográficamente facilita la jugabilidad de la liga, por lo que los partidos se distribuyen de la siguiente manera: 19 partidos contra cada equipo de su división (76 partidos), 6 o 7 partidos contra 10 equipos de la misma liga, pero de una división diferente (66 partidos), y finalmente, 20 partidos interligas. La liga por lo general empieza la primera semana de abril, en la que luego de jugar los 162 partidos de temporada regular los equipos con mejores resultados pasan a la postemporada o *playoffs* y finalizando con la *World Series* en la última semana de octubre en lo que se le conoce como el clásico de otoño.

La postemporada está organizada en cuatro rondas en las que 10 equipos compiten para coronarse campeones. En primer lugar, se debe entender que los resultados de los equipos se miden por la cantidad de partidos ganados contra los partidos, o mejor conocido como sus récords, por lo que para tener mejores probabilidades de clasificar a la postemporada los equipos deben conseguir finalizar la temporada con mayor cantidad de partidos ganados que sus rivales divisionales. Para clasificar directamente a los *playoffs* los equipos deben quedar de primeros en sus divisiones, así los 6 equipos con mejores récords en su división son los primeros en clasificar, los otros 4 equipos son 2 de cada liga con los siguientes mejores récords de la liga pero que no ganaron su división, estos 4 se enfrentan en la ronda comodín a un solo partido contra el equipo de su misma liga y los 2 ganadores de esos partidos avanzan a la siguiente ronda. Luego de la ronda del comodín siguen las series de

división, en donde el equipo ganador de división con mejor récord se enfrenta al equipo que ganó la ronda del comodín y los otros dos ganadores divisionales se enfrentan entre sí en una serie del mejor de 3 de 5 partidos. Los equipos vencedores avanzan a la siguiente ronda que es la serie del campeonato en la que los 2 mejores equipos de cada liga jugarán una serie del mejor de 4 de 7 partidos para jugar la final. Por último, la Serie Mundial se juega también en una serie de 4 de 7 partidos. (Outta Here Baseball 2019).

1.2.2. NFL (National Football League)

El famoso *football* o mejor conocido en el resto del mundo como football americano, es hoy en día el deporte más popular en los Estados Unidos, sin embargo, en el resto del mundo es el deporte estadounidense con menor popularidad (Staff 2021). Esto puede ser debido a que muchas personas consideran sus reglas demasiado complejas o porque simplemente es un deporte muy particular de la cultura americana. Aun así, es evidente que este deporte tiene influencia de dos deportes clásicos europeos, el rugby y el fútbol.

En sus inicios, antes que fuera una liga profesional como la de hoy en día, el *football* lo jugaban los atletas clandestinamente, debido a que no permitían que los que practicaban el deporte de manera casi profesional pudieran estudiar en las universidades más importantes de los Estados Unidos, esto pues esta actividad era mal vista por tanta influencia de las apuestas. Debido a que la mayoría de los jugadores venían de familias de alta clase, era muy importante su ingreso a una buena universidad, por lo que optaron por jugar con seudónimos para ocultar su verdadera identidad. En esos momentos, al aun no ser una liga profesional, a los participantes se les "pagaba" mediante joyas que luego las cambiaban en una casa de empeño para así recibir su dinero. Fue tiempo después, poco antes de los años 20, que las universidades admitieron el deporte y ya se podía jugar profesionalmente para ganar dinero. Esto también condujo que el *football* ganara más popularidad, hasta el punto en el que estadios del deporte más importante de la época, el *baseball*, fueran cedidos para partidos de este nuevo deporte. Aun así, para ese entones, solo se jugaban partidos entre unos cuantos equipos y solo para ganar dinero, no existía una asociación profesional que guiara el deporte.

En el año 1920 nace la liga profesional de football americano con tan solo 14 equipos, y sería dos años después, en 1922, que se le daría el nombre de Liga Nacional de Football (NFL); y aunque sea debatible que sea la única liga profesional de este deporte, sí es cierto que se ha mantenido como la más importante y la de mayor competencia a nivel tanto nacional como mundial. Gran parte de la popularidad y el hecho de que siga siendo un deporte altamente relevante todavía es debido a que los años 20 en los Estados Unidos fue el mejor periodo de tiempo para los deportes, esto pues, las jornadas laborales del momento permitían que hubiese suficiente tiempo para disfrutar del juego. No obstante, la llegada de la Gran Depresión en los años 30 fue un gran golpe para la industria deportiva, afectando gravemente a la liga acabando con algunos clubes, por lo que en la actualidad solo se lograron mantener 2 de los equipos originales, los *Chicago Bears* (en

ese momento los *Chicago Decatur Staleys*) y los *Arizona Cardinals* (en ese momento los *Chicago Cardinals*) (Britannica 2020).

Posteriormente, la liga se logró recuperar de la Gran Depresión luego de la Segunda Guerra Mundial. Esto ocasionó que muchos de los soldados que prestaron su servicio se incorporaran a la liga para jugar como profesionales, creando así una gran oferta de jugadores nuevos que no era suficiente para la poca demanda de equipos. A la Liga Nacional de Football no le gustaba la idea de crear más equipos por lo que decidió cerrarse a cualquier miembro nuevo, lo que generó que muchos empresarios interesados en crear su equipo decidieran comenzar su propia liga que se antepusiera a la original, la Liga Americana de Football (AFL). Lo interesante de esta nueva liga es que juntó a equipos del Oeste de los Estados Unidos, ya que su rival solo conocía a equipos del Este. Esto más que nada significaba una guerra económica, ya que, similar a los orígenes del béisbol, los empresarios de ambas ligas querían que cada una fuera la más popular a diferencia de la otra, por lo que en los años 60 y luego de algunos partidos en los que competían equipos de las dos diferentes competiciones, tomaron la decisión de unir ambas ligas y mantener el nombre de la original *National Football League* (NFL). Al igual que en la MLB, las ligas se convirtieron en conferencias dentro de la liga mayor, y estas son la Conferencia Nacional de Football (NFC) y la Conferencia Americana de Football (AFC) (NFL 2016).

Similar a la MLB, la NFL también ha tenido un gran número de equipos en su historia los cuales o ya no existen, o han estado desde el principio, o son bastante recientes. En su historia, la liga profesional de *football* americano ha tenido un total de 76 equipos creados, (un número bastante alto si se compara con la MLB teniendo en cuenta que la NFL tiene 40 años menos) la mayoría de estos nacieron antes de que se combinaran las 2 ligas rivales. De los equipos nacidos desde la profesionalización del deporte en 1920, solo siguen vigentes 12, lo que quiere decir que desde la fusión de la NFL y la AFL se han añadido 20 equipos más para llegar a los 32 equipos que constituyen la liga hoy en día. En cuanto a la distribución de los equipos, sucede igual que en la MLB y como se verá en la NBA y la NHL, los equipos son franquicias que le pertenecen a las ligas, y que es la NFL la que decide, según su rentabilidad, dónde le conviene más posicionar geográficamente un equipo. Un ejemplo de esto, pero desde una perspectiva diferente son el equipo de los Dallas Cowboys, que en el presente son el equipo más valorado de la NFL debido a su gran popularidad no solo en el sur de los Estados Unidos, sino también en gran parte de México y América Latina, razón por la cual es poco probable que alguna vez este equipo sea relocalizado en otra ciudad o le cambien el nombre.

Es importante resaltar que a lo largo de la historia de la NFL y hasta la actualidad, la práctica del deporte en la universidad ha sido de una gran influencia, hasta el punto en que al comienzo era más popular e importante que las ligas profesionales. Este aspecto de importancia del deporte en la universidad (bastante característico en los Estados Unidos) es lo que alimenta en su mayoría a la liga misma, ya que muchas de

las grandes estrellas en la historia de la liga han venido de estas instituciones, y se sigue manteniendo esa tradición. Estos jóvenes con talento son estudiados por los equipos por dos o tres años de su universidad para así poder reclutarlos en el draft. También está la posibilidad de negociar con otros equipos el reclutamiento de estos mismos.

A continuación, se explicará el funcionamiento y la organización de la NFL. Para empezar, cabe resaltar que la liga de football americano de Estados Unidos es la única que no cuenta con equipos canadienses a diferencia de las otras grandes ligas del país. Ahora, en cuanto organización, la NFL cuenta actualmente con 32 equipos, y estos mismos están separados en 2 conferencias de cada una con 16 equipos, la AFC y la NFC, y a su vez, cada conferencia cuenta con 4 divisiones (norte, sur, este y oeste) con 4 equipos cada una. Igual que en la MLB, estas divisiones sirven para determinar quiénes avanzan a la siguiente ronda luego de una temporada regular, siendo que el ganador de cada división tiene un puesto asegurado a la postemporada, y también los equipos juegan más partidos contra los otros equipos de su división para facilitar la movilidad y la determinación del equipo ganador de cada división.

La NFL se juega durante 18 semanas los días jueves, domingo y lunes; cada equipo juega 17 partidos y tiene una semana de descanso (llamada *bye week*). Los partidos se programan de la siguiente manera: 6 partidos contra los equipos de su misma división, 4 contra los equipos de una división diferente, pero de su misma conferencia, otros 4 partidos contra los equipos de una división de la otra conferencia, 2 partidos contra equipos de las divisiones restantes de su misma conferencia, y finalmente, un partido contra un equipo de otra división de la otra conferencia. La temporada de la NFL inicia con sus partidos regulares el segundo jueves de septiembre, posteriormente pasan a la postemporada que se juega en el mes de enero, y finalmente, el segundo domingo de febrero se juega el último partido llamado *Super Bowl* (Lurks Lessons 2019).

Al igual que en al MLB y como se mencionó anteriormente, el que un equipo clasifique a la postemporada depende de la posición en su división y su récord general, por lo que los 4 ganadores de cada división en las dos conferencias aseguran su lugar en los *playoffs*, pero a los 2 equipos con mejor récord de cada conferencia se les premia eximiéndolos de la ronda de los comodines, mientras que los otros tres ganadores deben jugar dicha ronda contra los tres mejores equipos de cada conferencia que no ganaron su división. Luego de esa ronda siguen las semifinales de conferencia, en la que los ganadores de los partidos del comodín y los equipos que fueron eximidos de estos se enfrentan, y los dos ganadores de ambos partidos se enfrentarán posteriormente en las finales de conferencia, en la que se van a definir los dos capeones de la AFC y la NFC. Finalmente, los campeones de conferencia jugarán el Super Bowl que, al igual que todos los partidos de la postemporada, se juega a partido único (Lurks Lessons 2019).

1.2.3. NBA (National Basketball Association)

El baloncesto, guiada por la NBA, es ranqueado en algunas listas como el tercer de-

porte más popular del mundo, antes del fútbol y el cricket, lo que quiere decir que a nivel global es el deporte americano más seguido (Staff 2021). Este dato no es extraño a lo que el deporte se ha acostumbrado inclusive desde su origen, en el que en su nacimiento en 1891 consiguió tal popularidad que solo le tomó 2 años para constituir su primer equipo profesional universitario. Ha sido desde entonces que este juego ha crecido y ha ido aumentando su influencia (excluyendo unas épocas en las que se vio estancado) que lo ha llevado a constituir una de las ligas más competitivas en todo el mundo.

Al igual que en el football americano, el baloncesto le debe sus inicios a la práctica en la universidad, que rápidamente se fue expandiendo a varias de éstas a lo largo del país. A partir de la creación de la ahora denominada NCAA y su urgencia de organizar el deporte, se fue profesionalizando más el baloncesto hasta que en la década de los años 20 nació el primer equipo profesional, los originales New York Celtics quienes revolucionaron el juego casi por completo. Así mismo, como ya es costumbre en los deportes estadounidenses que generan una gran popularidad, nacen distintas ligas y asociaciones que buscan liderar en el deporte tanto económicamente como en talento. Para el caso del baloncesto, existieron tres ligas previas a la formación de la NBA, la primera de estas fue la *American Basketball League* (ABL), luego llegó como respuesta a la primera la *National Basketball league* (NBL) y finalmente se creó la *Basketball Association of America* (BAA) la cual en 1946 absorbió a varios equipos de la ABL. Finalmente, para darle fin al conflicto entre las dos ligas restantes, la BAA y la NBL se unieron en 1949 para crear la famosa NBA (HBO Sports 1990) (NBA History) (Britannica 2021) (Basketball U 2020).

Como se puede observar, la NBA a diferencia de la MLB y la NFL no adoptaron los equipos provenientes de las otras ligas y los separaron como conferencias, y aunque la liga de baloncesto sí cuente con 2 conferencias, la del Este y la del Oeste, la razón es diferente. Principalmente, la razón de esta división es simplemente geográfica, por lo que cuando estaba comenzando la NBA en los años 50, la movilización a lo largo del país era mucho más complicada de cómo es ahora, es por eso que en un principio la liga se organizó en 3 divisiones: Este, Centro y Oeste. Es así como los equipos de cada división jugaban la mayoría de sus partidos contra sus rivales de su misma división y de vez en cuando juagaban en contra de equipos de las otras 2 divisiones, de esta manera no solo se aliviaban los jugadores de viajes largos, sino que representaba un menor costo. Sin embargo, para 1960, ya se estaba volviendo común que los equipos cambiaran de ciudades forzando que también tuvieran un cambio en su conferencia, razón por la que en 1970 con el inicio de su expansión y añadiendo más equipos a la liga, la NBA decidió simplificarse separando sus equipos en solo dos conferencias: El Este y el Oeste.

Asimismo, que la liga haya optado por separar sus equipos en conferencias que dependen de su posición geográfica, no excluye que los equipos como franquicias no cambien de ciudad y de nombre, pero sí evita que estos cambios no sean tan drásticos. Un ejemplo de esto son los actualmente llamados *Brooklyn*

Nets, que empezaron siendo los *New Jersey Americans*, posteriormente, los *New York Nets*, y finalmente antes de establecerse en Brooklyn, los *New Jersey Nets*. Esto quiere decir que, por lo general se procura que los equipos se mantengan en un mismo lado del país a pesar de sus cambios de localización. Claro está que hay algunas excepciones como los *Philadelphia Warriors* que se trasladaron a San Francisco, pero en estos casos la liga busca reorganizar relocalizando a sus equipos para mantener siempre el equilibrio de equipos en ambas conferencias. Es por esta razón que luego de que la NBA viera nacer y trasladarse 45 equipos a lo largo de su historia, hoy cuenta con que las 2 conferencias estén conformadas cada una con 15 equipos para llegar a los 30 que la conforman.

Como es común en los deportes americanos, la práctica del juego en las universidades es primordial, y el baloncesto no es la excepción. No obstante, hay casos en los que los deportistas deciden saltarse su etapa colegial para irse directo a la NBA, aun así, se les requiere a estos jugadores que tengan al menos 19 años y que haya pasado un año desde que terminaron su *High School*. Es por esto que para algunos pretendientes a la NBA significa entrar un año a la universidad para al siguiente año ser escogidos en el Draft. Sin embargo, anteriormente era bastante común que los jugadores se quedaran en la universidad más de un año, puesto que hubo una época en la NBA, en los años 70, que su popularidad descendió bastante, haciendo que la gente prefiriera ver los partidos universitarios que la misma liga profesional. No fue hasta los finales de los 70 que la liga recuperara su popularidad gracias a que escogieran en el draft a las estrellas más relevantes que había dejado el baloncesto universitario.

Ahora bien, se procederá a explicar lo respectivo a la composición, organización y funcionamiento de la NBA. Como ya se mencionó anteriormente, esta liga está conformada por 30 equipos divididos en 2 conferencias, la del Este y la del Oeste, y a su vez, estas conferencias están dividas en 3 divisiones, cada una con 5 equipos. Por parte del Oeste están las divisiones del pacífico, del noroeste y la del suroeste; mientras que, en el Este se encuentran las divisiones del atlántico, del sureste y la central (NBA Standings 2021). La temporada regular inicia por lo general en la tercera semana de octubre, desde entonces todos los equipos juegan en total 82 partidos y la manera en que estos se organizan para que haya más competitividad entre los equipos de la misma conferencia es de la siguiente manera: Cada equipo debe jugar 4 partidos contra cada equipo de su misma división (16 partidos), también debe jugar contra 6 equipos de las otras dos divisiones 4 veces (24 partidos), 3 partidos contra cada uno de los 4 equipos restantes de las otras dos divisiones (12 partidos), y finalmente, 2 partidos contra cada uno de los 15 equipos de la otra conferencia (30 partidos). Este periodo regular se juega hasta abril, y ese mismo mes comienza la siguiente etapa que son los *Playoffs* para culminar la temporada en el mes de junio con los partidos de las finales (Grosvenor 2021).

La postemporada de la NBA no es muy diferente a la de la NFL y la MLB, a excepción de que la manera de clasificar sí varía. En esta liga las divisiones no cumplen otro

propósito más que no sea distribuir los equipos geográficamente para la facilidad de los juegos entre ellos mismos, ya que para obtener un puesto en los *playoffs* solo basta con posicionarse como uno de los 10 mejores en su respectiva conferencia. Como ya es común en las ligas americanas el rendimiento de los equipos se determina por sus récords (partidos ganados contra partidos perdidos), es por esto que los 6 equipos de cada conferencia con los mejores récords aseguran un puesto en los *playoffs*, mientras que los siguientes 4 de esta deben competir en el recientemente establecido Play-in el cual es un torneo a pequeña escala para establecer los últimos dos cupos o *seeds*, como es llamado, que quedan en los *playoffs*. En este pequeño torneo se enfrentan los equipos que quedaron en las posiciones de la séptima a la décima de la siguiente manera: el séptimo y el octavo, y el noveno y el décimo se enfrentan en un partido único, el ganador entre el primer encuentro clasificará como la *seed* número 7 mientras que el perdedor tendrá una segunda oportunidad de clasificar al enfrentarse contra el ganador del partido entre el noveno y el décimo, el ganador de ese partido se quedará con el octavo puesto. La importancia de establecer los puestos o las *seeds* es que el equipo que haya quedado de primero (es decir el equipo con el mejor récord de su conferencia) se enfrentará contra el clasificado en el octavo puesto, el segundo se enfrentará contra el séptimo y así sucesivamente, de este punto en adelante los partidos se jugarán en series del mejor de 4 de 7 partidos y los ganadores de cada serie se seguirán enfrentando con los demás ganadores hasta llegar a la final de conferencia en la que participan los 2 mejores equipos de cada conferencia y luego los campeones se enfrentan en las finales de la NBA (Grosvenor 2021).

1.2.4. NHL (National Hockey League)

Finalmente, para completar el cuarteto que componen las Ligas Mayores en Estados Unidos está la *National Hockey League*, que, si bien se juega un deporte creado y ampliamente practicado en Canadá, la influencia en los Estados Unidos es igual de importante. Esta liga, aunque no tenga la misma popularidad en el resto del mundo como las otras, debido a ser un deporte nacido por las temporadas de invierno, tiene un importante prestigio para los países norteamericanos y siendo junto al baseball uno de los deportes profesionales más antiguos del continente.

Para entender la creación y la composición de la liga profesional de hockey hay que remontarse a varios años antes de su creación, esto en razón a que este deporte casi desde su creación ha girado en torno a un mismo trofeo, la popular Stanley Cup. Este trofeo es el más antiguo en la historia de los deportes norteamericanos, fue creado por el gobernador de Canadá en 1892 como un premio para el mejor equipo de hockey del momento. Al inicio esta copa se la compartían entre un selectivo número de equipos que lograban ganarse entre sí, hasta que en 1904 se creó con tan solo 8 equipos la primera liga profesional de hockey, la *Internacional Professional Hockey League* (IPHL), aunque no sería mucho tiempo que ésta duraría ya que, en 1907, debido a una recesión económica en Estados Unidos, se acabaría con esta nueva liga. sin embargo, el deporte no murió ahí, debido a que los dueños de los grandes equi-

pos que quedaron formaron una pequeña asociación para seguir compitiendo por el aclamado trofeo y eran estos mismo los que escogían quienes podían o no competir por la copa (Britannica 2021) (CBC 2006).

Luego de que dos jóvenes jugadores con aspiraciones de llevar a sus equipos a participar por la Stanley Cup fueran rechazados por venir de pueblos muy chicos, decidieron crear lo que serían las raíces del hockey profesional, como se conoce hoy en día, crearon en 1909 la segunda liga profesional de hockey la *National Hockey Assosiation* (NHA), así de esta manera profesionalizando sus equipos, lograrían conseguir suficiente dinero para comprar su participación para jugar por la copa. No obstante, en 1917 la asociación se vio obligada a desmantelarse en razón a que muchos de sus jugadores se encontraban prestando servicio militar en la Primera Guerra Mundial. A diferencia de las otras ligas estadounidenses, el hockey no necesitó de una gran guerra económica con otra liga pareja, sino que en 1917 luego que desapareciera la NHA los pocos equipos que lograron mantener suficientes jugadores crearon la conocida NHL, la actual liga de hockey profesional (Britannica 2020).

Ahora bien, la composición y distribución de la liga de hockey no es muy diferente a las otras tres ligas mayores. La NHL comenzará su más reciente temporada (2021-2022) con ahora 32 equipos, debido a que ahora se incorporó un equipo nuevo, los *Seattle Kraken*. Siendo así, esta liga también se divide en 2 conferencias principales, la del Este (*Eastern Conference*) y la del oeste (*Western Conference*), cada una con 16 equipos; y que a su vez cada una de ellas está separada en 2 divisiones, la Western en la división del Pacífico (*Pacific Division*) y en la Central (*Central Division*), y al Eastern en las divisiones del Atlántico (*Atlantic Division*) y la Metropolitana (*Metropolitan Division*), cada una con 8 equipos (NHL 2021). La distribución de sus juegos es bastante sencilla, cada equipo debe jugar un total de 82 partidos por temporada de la siguiente manera: 32 partidos jugando 2 veces contra 16 equipos de la otra conferencia, 24 partidos jugando 3 veces contra los 8 equipos de la otra división de la misma conferencia, y los últimos 26 partidos se juegan contra 5 oponentes de la misma división 4 veces y 3 veces contra los 2 oponentes divisionales restantes. La gran diferencia de la NHL con las otras tres ligas mayores de Estados Unidos es que es la única en seguir un sistema de puntos para definir los contendientes a la postemporada en vez de definirlo por el registro de partidos ganados contra partidos perdidos, esto debido a que el deporte permite que se den más empates por partido. Un equipo de hockey en la NHL gana 2 puntos por ganar un partido y 1 solo en caso de perder un partido en tiempo suplementario o *over time*, de esta manera, los equipos con el mayor acumulado de puntos pasan a la siguiente ronda (Cheap Seat Sports 2021).

Los *playoffs* en la NHL son reconocidos por ser los mejores y más intensos entre las cuatro grandes ligas norteamericanas, a estos clasifican los 3 mejores equipos de cada división más 2 equipos comodines, que similar a las otras ligas son los 2 siguientes equipos de cada conferencia que tuvieron un mejor registro de puntos sin haber estado entre los 3

mejores de su división. De esta manera cada equipo que haya finalizado primero en la división se enfrentará contra un equipo comodín mientras que los equipos con los puestos 2 y 3 se jugarán entre sí. Al igual que en la MLB y en la NBA los partidos de postemporada en la liga de hockey se jugarán en series de 7, siendo que avanza el equipo que logre ganar 4 de los 7 partidos, luego los campeones de cada conferencia se enfrentarán en la final para definir quién es el próximo campeón de la histórica Stanley Cup.

1.2.5. MLS (Major League Soccer)

La MLS es la liga de soccer (fútbol) más importante en Estados Unidos y que en los últimos años no ha dejado de crecer en muchos aspectos como la popularidad con los espectadores, cantidad de equipos y nivel de juego. No obstante, a pesar de ser la tercera liga con mejor promedio de asistencia de fanáticos en el país y la séptima liga de fútbol más popular del mundo no es considerada como una *Major League*. Si bien en su nombre está consagrado el *Major League*, este título va más allá de eso debido a que se deben tomar otros aspectos para adquirir el rango de Gran Liga. Si se mira a comparación con las otras ligas del *"Big Four"*, la MLS sólo lleva vigente 25 años mientras que las otras llegan a tener casi 120, y en esos muchos años de diferencia aquellas ligas ya se han conformado con más de 30 equipos cada una, han casi todas culminado su etapa de expansión, no han sufrido hace mucho tiempo la disolución de un equipo, y generan hasta 15 veces más dinero. Sin embrago, y sin desprestigiar los anteriores aspectos que son fundamentales, posiblemente la mayor razón por la cual no puede ser considerada una Gran Liga se debe al nivel de juego que esta supone con respecto a otras ligas en el deporte. La MLS es una liga que aún se encuentra en desarrollo, y si bien es cierto que su nivel deportivo no es el mismo que cuando empezó, ligas como la Premier League en Inglaterra o La Liga en España, entre otras, tienen una ventaja bastante mayor, situación que no ocurre con las demás ligas, ya que tanto en el baloncesto, el hockey, el baseball y el *football* es indiscutible que las mejores ligas de los respectivos deportes están en Estados Unidos, hasta el punto de que es inconcebible ponerlas a competir con otras ligas de otros países.

El fútbol, aunque su liga sea considerablemente reciente, se lleva practicando desde hace mucho tiempo en los Estados Unidos, solo que con la llegada de la revolución industrial al continente se buscó apoyar a los deportes nacionales como un ejercicio de nacionalismo ya que el fútbol al ser un deporte inglés era mayormente practicado por los inmigrantes. La primera liga profesional que se estableció fue la *American Football Association* (AFA) en 1884 (Murray 1910, 27), y que trajo consigo la creación de la American Cup, la competencia de mayor prestigio del momento y que sigue vigente hasta ahora. En 1911 llegó la primera competencia de la AFA, la *American Amateur Football Association* (AAFA), organización que no se demoró en convertirse en la competencia oficial nacional; muchos equipos de la AFA decidieron traspasarse a la AAFA haciendo que la segunda siguiera ganando más poder, hasta que en 1913 se convirtiera en la *United States Football Association* o USFA (ahora llamada la *United States Soccer Federation* (USSF)). La USFA fue la primera

y única organización que se afilió a la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) como la asociación de fútbol oficial en los Estados Unidos. En 1921 Nace la ASL, una liga profesional independiente de la USFA y que rápidamente ganó mucha popularidad, no obstante, debido a conflictos con la Federación y la FIFA, además de la llegada de la Gran Depresión, esta liga desaparecería pronto. Luego de casi treinta años sin tener una liga nacional profesional, llegan en los años sesenta dos ligas muy importantes, la *United Soccer Association* (USA) y la *National Professional Soccer League* (NPSL), que en 1968 se fusionarían para crear la North American Soccer League, la última liga profesional del fútbol antes de la MLS, ya que en 1985 esta se disolvería, dejando a Estados Unidos sin otra liga profesional por los siguientes once años (Basay FC 2020).

En 1988 Los Ángeles fue la sede de los Juegos Olímpicos, ahí se logró evidenciar el apoyo que tenía el fútbol en ese país debido a que los partidos de las medallas de bronce, plata y oro llenaron los estadios demostrando la cantidad de gente aficionada al deporte. Así pues, en 1994 la FIFA selecciona a Estados Unidos como sede del Mundial de Fútbol, pero le pone la condición de que deberá crear una liga profesional de fútbol, y es así como dos años después en 1996 nace la MLS (Augustyn 2021). A pesar de que la liga se haya creado a petición de la FIFA, esta iba a seguir las conductas de sus otras ligas, por lo que se constituiría como una liga cerrada y la entidad que la manejaría sería la misma liga, es decir, que la MLS no está arraigada a la USSF y por ende tampoco a la FIFA. El factor de no estar ligada a la FIFA es lo que le permite establecer su propio reglamento que puede contrariarse con el de la Federación, haciendo posible que no exista un sistema de ascensos y descensos a pesar de tener tres divisiones, tienen también un sistema diferente sobre los derechos deportivos de los jugadores y los equipos, siendo que es la Liga la dueña de estos y la encargada de adquirir jugadores y de traspasarlos de un equipo a otro, además, cuentan con un límite salarial, pero con algunas excepciones. Sobre este último tema, la MLS y la FIFA han llegado a acuerdos y tiene vigentes unos convenios que permiten facilitar el movimiento de jugadores con las ligas profesionales de otros países.

Con respecto al funcionamiento, estructura y organización de la *Major League Soccer*, es diferente a como normalmente se conocen las otras ligas internacionales. En primer lugar, la liga por ahora cuenta con 27 equipos, pero se espera que para el 2023 ésta cuente ya con 30 de estos, esto demuestra que la liga se encuentra en un crecimiento importante y que aún sigue en constante expansión; los equipos están separados en dos conferencias, la conferencia del este *(Eastern Conference*) con 14 equipos y la conferencia de oeste (*Western Conference*) con 13, un esquema más sencillo que las otras *Major Leagues* ya que esta no cuenta con divisiones regionales (MLS 2021). La temporada regular inicia a finales de febrero o a comienzos de marzo y culmina en noviembre, este aspecto contrasta con el calendario normal que tienen las ligas de fútbol internacional ya que estas inician en agosto/septiembre y terminan en mayo. Durante la temporada regular se juegan 35 partidos, aunque debido a la pandemia del COVID-19 y a que cada tem-

porada se suman más equipos el número de partidos, la distribución de los mismos y el calendario en el que juegan se ha ido alterando. En esos 35 partidos los equipos compiten por el trofeo *Supporters´ Shield* y un puesto en los *Playoffs*, el primero se le otorga al mejor equipo de la temporada regular, es decir, al equipo que hizo más puntos sobre cualquier otro en la liga, y este sistema de puntos es el mismo que se utiliza en todas las ligas de fútbol, tres puntos para el ganador del partido y uno solo si se empata, lo que quiere decir que la MLS se parece un poco más a la NHL en cuanto a la determinación de los resultados de los equipos ya que no opta por utilizar el formato del récord.

No obstante, el campeón del torneo se define en la postemporada, a la cual solo clasifican los siete mejores de cada conferencia, siendo que los primeros de cada una reciben una semana *bye* (es decir que son eximidos del partido de primera ronda y pasan directo a semifinales de conferencia), de ahí en adelante los equipos se enfrentan a partido único hasta llegar a la final de conferencia, donde se coronará el campeón de cada una y finalmente ambos campeones disputarán la Final para quedarse con la MLS Cup. Los campeones de la MLS Cup, el *Supporters´ Shield*, el mejor equipo de la conferencia que no ganó el *Supporters´ Shield* y el siguiente mejor equipo de la liga consiguen además un puesto en la Concachampions, el torneo internacional que se juega entre los mejores equipos de las ligas en Estados Unidos, México, Canadá y el Caribe. Por otro lado, al ser un sistema cerrado sin ascensos ni descensos, los equipos que quedaron en los últimos lugares recibirán como consolación un mejor puesto en el orden del draft del siguiente año, siendo que el equipo con peor registro tendrá el primer lugar.

2. Sistema de ascensos y descensos

El sistema de ascensos y descensos es aquel en el que los equipos pueden trasladarse de una liga a otra basándose exclusivamente en su rendimiento, por lo general se da a final de temporada y los equipos que hayan terminado de últimos en la tabla o hayan sumado la menor cantidad de puntos pasarán a jugar la siguiente temporada en una liga de menor nivel, mientras que aquellos equipos que participaron en una liga menor, se les da la posibilidad de ascender a una mejor liga dependiendo de sus resultados en el torneo. Si bien en capítulos anteriores se refirió al sistema de ligas en distintos deportes americanos, en esta sección se hará la comparación con distintas ligas de diferentes países, pero centrándose en el fútbol, en consecuencia, se hará referencia a las ligas de países como: Colombia, Inglaterra, España y Perú.

Aunque el sistema de ascensos y descensos sea considerado como un formato de liga, se debe entender más como un método en el que las ligas se entrelazan con las demás de su mismo país, esto pues en cada nación varía la implementación del sistema. En primer lugar, es importante reconocer que no todas las ligas funcionan igual ni están ligadas siempre a las mismas organizaciones, como por ejemplo, LaLiga Santander, liga profesional de fútbol en España, es una entidad completamente autónoma y separa-

da de la Real Federación Española de Fútbol, mientras que en Perú es la misma federación la encargada de regular y administrar su liga profesional local, siendo que el segundo funciona parecido a Estado Unidos en cuanto a entidad reguladora de los equipos y la liga en general, en el primero la liga es una organización privada que está compuesta por la unión de los distintos clubes que a su vez también son entidades privadas.

Este sistema deportivo trae consigo sus pros y sus contras, siendo que sus desventajas son que por lo general equipos que bajan su rendimiento y descienden pueden llegar a generar un déficit financiero que los puede llevar a la quiebra, además de que se les dificulta mantener a sus jugadores, bien sea porque no tienen los recursos para pagarles o porque estos mismos no quieren jugar en una liga de peor nivel al que están acostumbrados. Sin embargo, el formato también trae aspectos positivos como la emoción que se genera cada temporada sobre los equipos que están luchando para mantenerse en una división o que están haciendo lo posible para subir de categoría, sumado a esto está la amplia posibilidad que se les da a muchos clubes de jugar en mejores ligas como recompensa de su buen rendimiento, por último está la ventaja de que se castiga a los equipos que no mostraron un buen desempeño, haciendo que las ligas mantengan una competitividad que produce un mejor nivel deportivo (American's Guide to Soccer).

A continuación, se explicará el funcionamiento de diferentes ligas en cuatro países, su organización y cómo manejan el sistema de ascensos y descensos.

2.1. Inglaterra

Inglaterra es conocida como la cuna del fútbol, es donde en un principio nació el deporte, y desde entonces ha sido referente para muchos otros países. Inglaterra es otro ejemplo en el que su liga principal, la de mayor rango, es decir, la Premier League es una entidad separada de la federación de futbol inglesa llamada *Football Association* (FA), sin embargo, mediante convenios se permite la supervisión de la segunda hacia la primera.

El fútbol inglés es reconocido por su excelente nivel deportivo, siendo que para muchos la mejor liga de fútbol en el mundo es la de Inglaterra, y también es conocido por contener un número muy grande de ligas y divisiones. En primer lugar, se encuentra la prestigiosa Premier League (PL), liga la cual se encarga ella misma de su administración, comercialización, competición y organización, no obstante, esta liga opera gracias a los clubes que la conforman, los cuales son entidades privadas que comparten acciones con la Premier y que mediante sus representantes componen una junta directiva encargada de tomar las decisiones sobre la liga (Premier League 2021). La Premier lleva siendo la primera división del fútbol inglés desde 1992, ya que previamente se conocía como la *Football League First Division*.

La PL está constituida por 20 diferentes clubes, los cuales se enfrentan en un torneo anual de 38 jornadas, jugando contra todos los equipos dos veces, una vez de local y otra de visitante, se maneja un sistema de puntos en el cual se ganan 3 por cada victoria y 1 solo en caso de empate, al final de la temporada el equipo con mayor cantidad

de puntos es consagrado como campeón, sin embargo, los otros equipos que tuvieron un buen rendimiento pero no ganaron el título, se les da como recompensa un lugar en los torneos de clubes internacionales, de manera que, los que quedaron en los puestos del primero al cuarto juegan la UEFA Champions League, mientras que los puestos del quinto al séptimo tendrán participación en la UEFA Europa League. Además de la liga, juegan dos torneos más que no son relevantes para el ascenso y el descenso, la FA Cup, el torneo de fútbol más antiguo del mundo, y la EFL Cup. Por otro lado, los equipos con el peor rendimiento de la temporada son los que van al descenso, que en el caso de la Premier League son los tres equipos últimos en la tabla de posiciones. (Media, S.S, 2020)

En Inglaterra existen más de 500 ligas de fútbol divididas en 24 niveles, pero la Federación se encarga de supervisar regular o supervisar solamente las de las primeras diez divisiones, esos principales niveles se encuentran estructurados en lo que se conoce como la pirámide divisional. La pirámide la encabeza la Premier League, que como ya se mencionó es administrada por ella misma, debajo de esta se encuentran tres divisiones que se encuentran bajo la administración de la *English Football League* (EFL), que son: la *EFL Championship*, la *EFL League One* y la *EFL League Two*, siendo la primera mejor que la segunda, y la segunda que la tercera. Estas ligas tienen el mismo funcionamiento que la de la primera división, se juega una temporada de todos contra todos ganando puntos para clasificarse en la tabla de posiciones, y así como los últimos tres puestos de la tabla de la Premier descienden a la *EFL Championship*, los dos mejores en la tabla y el ganador de los *playoffs* entre el tercero y el sexto de la tabla ascienden a la primera categoría; la *League One* funciona igual que la *Championship* a excepción que en vez de descender tres equipos descienden cuatro; y en la *League Two* ascienden cuatro clubes y descienden dos (Gerald 2021).

Por debajo de las cuatro divisiones principales de Inglaterra, se encuentran otras seis, es decir de la quinta división a la décima; estos niveles son conocidos como los pertenecientes a la "Non-League" y son ligas directamente ligadas a la FA la cual se encarga de su completa administración. En estas divisiones ya se logra observar que no solo hay una liga por nivel, sino que llega al caso de por ejemplo el noveno nivel el cual cuenta con 14 competencias. De esta manera, equipos que se encuentran en la división más baja pueden ir escalando, ascendiendo de división en división y eventualmente pueden llegar a jugar en la Premier League. Más abajo de estas diez divisiones existen muchas más con más ligas y un sin número de clubes que demuestra lo aficionados al deporte que están los ingleses.

2.2. Perú

El fútbol peruano se diferencia del de otros países ya que hace parte del grupo de naciones en las que es su federación nacional de fútbol la encargada de regular y administrar las ligas del país, tal como no sucede en países como Colombia, Inglaterra o España. Esto quiere decir que las ligas en este país tienen una conexión más directa con la FIFA al ser la Federación Peruana de Fútbol la organizadora oficial de los distintos torneos y por lo tanto están regidas por las normas que la Federación Internacional establece (FPF 2021).

La liga profesional de fútbol en Perú se llama la Liga 1 Betsson (previamente llamada Liga 1 Movistar) y es una liga que está constantemente cambiando sus reglas de juego, no obstante, siempre se ha mantenido un sistema de ascensos y descensos, y son mediante su segunda división, la Liga 2 Betsson y el torneo de copa que definen qué equipos juegan en qué división. La primera división está compuesta por 18 equipos y que para el año 2021 se jugó el torneo en dos fases. En la primera de estas los equipos son separados en dos grupos de nueve y juegan nueve fechas entre los mismos del grupo, a excepción de aquellos equipos que quedarían sin un equipo del mismo grupo con quién jugar, por lo que en ese caso deberán jugar con el equipo del otro grupo que tampoco tiene rival en su grupo, finalmente los ganadores de cada uno de estos se enfrentan en un partido único y definiendo así el ganador de la fase uno. Terminada la primera fase, procede la segunda, la cual es un torneo de todos contra todos durante 17 jornadas donde el equipo con la mayor cantidad de puntos es el ganador de esta fase. Por último, para definir el campeón del torneo, se juegan unos cuadrangulares entre el campeón de la fase uno, el campeón de la fase dos y los dos equipos con los mayores puntos acumulados en ambas fases; en caso de que un mismo equipo gane las dos fases, será coronado automáticamente como campeón. Por el contrario, los dos equipos que tuvieron los peores resultados descienden a la segunda división, y el decimosexto equipo de la tabla (el tercer peor) deberá jugar contra el ganador de los cuadrangulares, es decir, el equipo de la Liga 2 Betsson que haya quedado entre la tercera y sexta posición, jugado el posterior torneo corto que separa a estos 4 equipos en dos grupos, y haber ganado la final entre los dos mejores equipos de cada grupo. (Estación Fútbol, 2021).

Adicionalmente de los dos torneos principales, existe la Copa Perú, el cual es un torneo de fútbol amateur que sirve para ampliar la cantidad de equipos que juegan en las dos divisiones. Esta copa funciona en ocho diferentes fases, de las cuales al final saldrá un campeón y un subcampeón, el primero de estos asciende directamente a la división primera mientras que el segundo adquiere un cupo para jugar en la segunda.

2.3. España

España, al igual que Inglaterra, hace parte del grupo de las mejores ligas de Europa y el mundo en razón a su alto nivel en el deporte y sus grandes resultados en las competencias europeas. Otra semejanza que comparte con el país inglés es la composición de sus ligas, puesto que también tiene un amplio número de estas en una pirámide de diez divisiones, además de que sólo las dos primeras son administradas, reguladas y organizadas por La Liga Nacional De Fútbol Profesional, una entidad privada separada de la Federación y que está compuesta por los distintos clubes que a su vez también son organizaciones privadas que comparten los derechos de las ligas; mientras que de la tercera a la décima división sí son administradas por la federación nacional de fútbol la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) la cual está afiliada a la FIFA (RFEF 2021). La pirámide divisional en España funciona de tal manera que de la primera a la segunda división se le considera como ligas profesionales, la cuarta división está en su

propio rango que es la liga semiprofesional, y por último del quinto al décimo nivel están las ligas amateurs del fútbol español.

Refiriéndose a la primera categoría, LaLiga Santader es un torneo de todos contra todos en el que compiten 20 equipos durante una temporada al año jugando 38 jornadas, en las que cada equipo se enfrenta dos veces contra los demás clubes jugando un partido de local y otro de visitante, finalmente, el equipo que termine la temporada con la mayor cantidad de puntos es el campeón de LaLiga, y los mejores siete equipos de la temporada podrán competir en los torneos internacionales de Europa. Por el otro lado, los tres equipos que hayan dejado los peores resultados serán los que pasarán al descenso jugando la próxima temporada en LaLiga SmartBank (segunda división), dejando así cupo para los 3 mejores equipos de la división inferior para que asciendan a la mayor categoría del fútbol en España. Como ya se mencionó, existen otras ocho divisiones que hacen parte de la RFEF, pero eso no impide que los equipos de la segunda división puedan seguir descendiendo en estas otras ligas. Una característica que tienen las ligas de las bajas divisiones es que mientras más se descienda hay una mayor cantidad de equipos que se trasladan de nivel cada año, en razón a que hay más número de ligas por cada división menor, siendo posible que en el quinto nivel 18 equipos de la Tercera División RFEF asciendan a la Segunda División RFEF (cuarto nivel) y viceversa (Snowman Sports Media 2021).

2.4. Colombia

Por último, el fútbol colombiano puede que no sea el más reconocido a nivel mundial o inclusive suramericano, pero es indiscutible la popularidad y significado que tiene dentro del país. Se cree que el deporte llegó a Colombia a inicios del siglo XX, y no fue hasta casi 50 años después que se vería su primera liga profesional. La Dimayor llegó el 26 de junio de 1948 (Dimayor 2021) gracias a un grupo de empresarios que con su visión lograron que 10 inversionistas de distintas partes del país crearan los primeros equipos y se jugara el primer torneo. no obstante, esta liga al ser creada como un ente privado no estaba afiliada a la FIFA y estaba ganando, lo que provocó un disgusto para la Adefútbol (la asociación de fútbol colombiano de aquel entonces) la cuál sí estaba afiliada y era reconocida por la Federación Internacional, por lo que optó por desconocer a la Dimayor como una liga oficial de fútbol colombiano. A causa de esto, el fútbol nacional sufrió de un bajo reconocimiento internacional ya que no era permitido que los equipos de la liga compitieran en competencias con otros países. En 1964 se crea la Federación Colombiana de Fútbol con el fin de brindarle apoyo a la liga profesional para tomar el poder de Adefútbol como organización única del balompié colombiano, pero sin desconocer que la Federación y la Dimayor son entidades separadas y autónomas; la disputa se llevó ante la FIFA quien reconoció a la Federación como la asociación dominante.

La liga profesional de fútbol en Colombia fue creciendo al pasar de los años, dejando de ser los diez equipos iniciales a 15 para la década de los 90, y no fue hasta 1991 que la administración de la Dimayor decidió crear el campeonato Categoría Primera B implementando así el sistema de ascensos y des-

censos en el fútbol colombiano. En cuanto a la composición de estas ligas, la mayoría de los clubes que lo conforman son Sociedades Anónimas y algunos son Corporaciones Civiles, haciendo que así cada club sea independiente de la liga, pero a su vez comparten entre todos las acciones de esta.

Ahora bien, refiriéndose a las ligas en concreto, en primer lugar, está la Liga BetPlay Dimayor, la actual primera división del fútbol colombiano, esta liga está conformada por 20 equipos que juegan un todos contra todos durante 20 fechas (jugando contra dos equipos dos veces) dos veces al año, es decir que la liga está dividida en dos torneos semestrales, la liga de apertura y la liga de clausura. Durante cada competencia los equipos deben jugar para conseguir puntos y clasificar a la siguiente fase, a la cual pasan los 8 mejores equipos posicionados en la tabla. Para el año 2021 en sus dos torneos, los 8 clasificados pasan a una fase de grupos, donde son separados en dos quedando cada uno con cuatro equipos; cada equipo jugará dos partidos contra los otros tres del grupo y quienes haya quedado con más puntos de cada tabla jugarán una final a ida y vuelta para consagrar el campeón de la liga de un semestre (Dimayor 2021).

En cuanto al descenso, es un sistema un poco más complejo que en otros países, además que cada año la junta directiva de la Dimayor, conformada por los presidentes de los clubes, establece un nuevo reglamento para el ascenso y el descenso de los próximos dos semestres. Para el año 2021 los equipos que descenderían o ascenderían de liga el siguiente año son aquellos que, en caso de los que descienden, los clubes que durante los último tres años (últimos seis semestres) hayan sumado la menor cantidad de puntos, lo que quiere decir, que, por ejemplo, un equipo que haya quedado de último en la tabla en la liga del periodo 2021-II no necesariamente va a descender, a no ser que esté entre los dos clubes con peor puntuación durante los últimos seis torneos. En la segunda división de la Dimayor está el Torneo BetPlay Dimayor, el cual se juega a la par con la Liga, este torneo cuenta con 15 clubes afiliados y comparte el mismo sistema de juego que el de la primera división, de tal manera que juegan los equipos todos contra todos, y los 8 equipos con mejor puntuación pasan a la segunda fase, que consta de igual manera de dos grupos de 4, jugando seis partidos por grupo y dejando dos líderes por cada uno; esos dos equipos líderes de ambos grupos con los que ascenderán a la Liga el siguiente semestre. Ahora bien, como no es justo tomar en cuenta el acumulado de puntos de los últimos tres años a los equipos que acaban de ascender a la primera división, esos equipos empezarán con el acumulado de puntos del equipo que haya terminado en el puesto 19 (el penúltimo) en el torneo (Dimayor 2021).

3. Conclusión

Para concluir, se puede decir que el deporte estadounidense es único en todo el mundo, ya que es evidente que dominan completamente aquellas actividades atléticas que ellos mismos crearon, y sobre las que no, saben administrar para posicionarse bien a comparación del resto de mundo. El sistema de ligas que usa Estados Unidos ya es endémico para ellos, en razón a que es un formato que

les ha funcionado muy bien y ellos mismos lo saben, razón por la cual han sabido gestionarlo y explotarlo de tal manera que sus ligas, aunque de deportes que pocos otros países dominan, se posicionan en las más generadoras de dinero en el planeta.

Es difícil escoger cuál sistema es mejor que otro, por lo que considero que se deben entender como dos formatos diferentes que tienen sus ventajas y desventajas y que administrados de la manera correcta pueden funcionar muy bien y producir mucha ganancia. El sistema cerrado se caracteriza por capitalizar al máximo el deporte y volverlo casi un monopolio, permitiendo que sin importar los resultados que consiga un equipo durante una temporada, siempre va a poder competir en la mejor categoría del deporte. Otro aspecto interesante de las ligas cerradas americanas es el hecho de que comparten casi la misma historia, la de un grupo de equipos que conformaron una liga que consiguió raídamente mucha popularidad, para luego encontrarse con un contrincante económico que motivaba a buscar estrategias para convertir su negocio en el más rentable, para finalmente darse cuenta de que la mejor manera de generar más ganancias es uniéndose como una sola organización. No obstante, son muy orgullosos de lo tradicional, por lo que en general optan por mantener nombres, equipos y divisiones separadas en sus originales competiciones. Finalmente, la importancia que le dan en Estados Unidos al deporte universitario es factor clave para su sostenimiento competitivo, ya que cada vez se le exige más a los jugadores jóvenes para poder cumplir el sueño de jugar en una de las Grandes Ligas en su país.

Por el otro lado, el sistema abierto de ligas, el que permite ascensos y descensos, busca mantener un cierto nivel deportivo, forzando a los equipos a mantenerse en una categoría, y castigándolos en caso de no tener el suficiente nivel. El hecho que este sistema sea tan popular en casi todos los países del mundo demuestra no solo ayuda a nutrir la competencia deportiva, sino que también es muy rentable para las organizaciones. Otro carácter que hace especial a este sistema es que desde un principio siempre se busca organizarse para competir abiertamente y demostrar que el deporte es para todos, en vez de querer institucionalizarlo de tal manera que sea una entidad la controladora de los distintos equipos. El fútbol, como se dice y como lo es con cualquier deporte, es un negocio, en el que constantemente se deben buscar estrategias para dar un mejor espectáculo y que los fanáticos consuman más el producto, y permitirles a pequeños equipos de pequeños lugares y con pocos fanáticos subir para escalar y llegar a la mayor competencia solo produce que la gente desee invertir su tiempo y dinero en un sueño futuro.

Es importante enfatizar que el objetivo principal que comparten ambos sistemas de ligas es que buscan constantemente mantenerse como la principal y más importante competencia deportiva en su área, pero, además, hacer del deporte como la mayor industria del entretenimiento en cada país, razón por la cual internacionalizarse y hacer que conozcan de sus torneos en todo el mundo es vital para su fortalecimiento popular y económico.

Bibliografía

American Soccer League. Wikipedia. 2021. Consultado el 5 de octubre de 2021. https://es.wikipedia.org/wiki/American_Soccer_League

Augustyn, A.. "Major League Soccer." Encyclopedia Britannica, 2021. https://www.britannica.com/topic/Major-League-Soccer

Basay FC. El Origen y Camino de la Major League Soccer (MLS, 1996-2020). Video. 2020. https://www.youtube.com/watch?v=BW_qtzQ7Oc0

Basketball U. The History of Basketball. Video. 2020. https://www.youtube.com/watch?v=-JRSYmQr73g0

Britannica, T. Editors of Encyclopaedia. "National Basketball Association." Encyclopedia Britannica, 2021. https://www.britannica.com/topic/National-Basketball-Association

Britannica, T. Editors of Encyclopaedia. "National Football League." Encyclopedia Britannica. 2020. https://www.britannica.com/topic/National-Football-League

Britannica, T. Editors of Encyclopaedia. "National Hockey League." Encyclopedia Britannica, 2020. https://www.britannica.com/topic/National-Hockey-League

Britannica, T. Editors of Encyclopaedia. "Stanley Cup." Encyclopedia Britannica, 2021. https://www.britannica.com/sports/Stanley-Cup

CBC. Hockey: A People´s History. Documental. (2006; Canadá: CBC Documentary Unit)

Cheap Seats Sports. NHL 101: How Seasons, Standings and Playoffs work in the NHL. Video. 2021. https://www.youtube.com/watch?v=IkQ1L3qVNZo

Conference Standings. MLS. 2021. Consultado el 3 de octubre de 2021. https://www.mlssoccer.com/standings/2021/conference.

Dimayor. Historia de la Dimayor. Dimayor Colombia. 2021. Consultado el 25 de noviembre de 2021. https://dimayor.com.co/la-dimayor/

Dimayor. Reglamento Oficial Liga BetPlay Dimayor II-2021. 2021. Consultado el 25 de noviembre de 2021. https://dimayor.com.co/wp-content/uploads/2021/07/REG-LIGA-II-2021.pdf

Dimayor. Reglamento Oficial Torneo BetPlay Dimayor II-2021. 2021. Consultado el 25 de noviembre de 2021. : https://dimayor.com.co/album/cuadrangulares-semifinales-fecha-4-llaneros-fc-vs-fortaleza-ceif/

Drafteados – NBA en español. ¿qué Es La Ncaa? ¿cómo Funciona El March Madness? Video. 2019. https://www.youtube.com/watch?v=lxnJUrfKe2w&t=297s

Estación Fútbol. Liga 1 Betsson, Explicación del Formato 2021 Fase 1. Video. 2021. https://www.youtube.com/watch?v=2QuOTWKUJkQ

FPF. 2021. Consultado el 20 de noviembre de 2021. https://fpf.org.pe/

Gerald, Paul. Promotions, Relegations, and European Qualifications in English Soccer, 2020-21 Season. Groundhopper Soccer Guides. 2021. Consultado el 18 de noviembre de 2021 https://groundhopperguides.com/promotions-relegations-english-soccer-2020-21/.

Gómez, Ramón Terol. 2009. "El Deporte Profesional En Estados Unidos, Canadá y Australia." En *El Deporte Profesional*, 277–376. Barcelona: Bosch.

HBO Sports. The History of NBA. Documental. (1990; USA: HBO Sports)

Historia del Fútbol Colombiano. Consultado el 25 de noviembre de 2021. http://historiadelfutbolcolombiano.weebly.com/historia-del-futbol-colombiano.html.

Jamail, M. , Rader, . Benjamin G. , Peterson, . Richard Frank , Peterson, . Robert W. , Laue, . Gilbert P. and Holtzman, . Jerome. "baseball." Encyclopedia Britannica. 2021. https://www.britannica.com/sports/baseball

Koster, James. National Hockey Association (1909-1917). Professional Hockey Leagues: exploring the past hockey leagues of north America. Consultado el 3 de octubre de 2021. https://hockeyleaguehistory.com/National_Hockey_Association.htm.

LaLiga. 2021. Consultado el 20 de noviembre de 2021. https://www.laliga.com/laliga-genuine-santander

Lurks Lessons. Sports 101 // Guide to the NFL. Video. 2019. https://www.youtube.com/watch?v=bo1NmuzyYPY

Major League Baseball Productions. The Official History of Baseball. Documental. (1994; USA: MLB Productions)

Rucker, Jael. Major League Soccer History: How MLS Became A Big Business. One37pm. 2021. Consultado el 5 de octubre de 2021. https://www.one37pm.com/sports/major-league-soccer-history

Murray, C.K. 1910. "Spalding's official Soccer Foot Ball Guide" En History and Progress of the American Football Association. New York: American Sports Publishing Co. Consultado el 27 de octubre de 2021. https://archive.org/details/spaldingsofficia00coch/page/26/mode/2up

NBA 2021-22 Regular Season Standings. NBA Standings. 2021. Consultado el 18 de septiembre de 2021. https://www.nba.com/standings.

NBA History. NBA Hoops Online. Consultado el 18 de septiembre de 2021. https://nbahoopsonline.com/History/.

NBA LEAGUE SYSTEM EXPLAINED. Grosvenor Casinos. 2021. Consultado el 21 de septiembre de 2021. https://blog.grosvenorcasinos.com/nba-league-system

NFL. The History of Professional Football in America. Video. 2016. https://www.youtube.com/watch?v=wlIKS8W-BPU

NHL Hockey Standings. NHL. 2021. Consultado el 3 de octubre de 2021. https://www.nhl.com/standings/2021/division.

Outta Here Baseball. How MLB in Organized | Baseball Explained. Video. 2019. https://www.youtube.com/watch?v=3RaArSyRwGc

Outta Here Baseball. How the MLB postseason Works | Baseball Explained. Video. 2019. https://www.youtube.com/watch?v=_fJos-GPZcc

Premier League. Find out more about how the Premier League is organised. About the Premier League. 2021. Consultado el 18 de noviembre de 2021. https://www.premierleague.com/about.

Relegation and Promotion. American's Guide to Soccer. Consultado el 18 de noviembre de 2021. https://sites.google.com/site/americansguidetosoccer/club-soccer/relegation-and-promotion.

RFEF. Liga de Fútbol Profesional. Real Federación Española de Fútbol. 2021. Consultado el 21 de noviembre de 2021. https://www.rfef.es/federacion/ligas-comisiones/liga-futbol-profesional.

Snowman Sports Media. La Liga Explained. Video. 2021. https://www.youtube.com/watch?v=Am8fEsNvLYw&t=276s

Snowman Sports Media. Premier League Explained. Video. 2020. https://www.youtube.com/watch?v=bAG7C969wcA&t=79s

Staff. Top 10 Most Watched Sports in the World Today. BallerStatus. 2021. Consultado el 9 de mayo de 2021. https://www.ballerstatus.com/2021/01/06/top-10-most-watched-sports-in-the-world-today/.

What is the NCAA?. NCAA. Consultado el 23 de mayo de 2021. https://www.ncaa.org/about/resources/media-center/ncaa-101/what-ncaa

EL ANIMAL: UN SUJETO DE DERECHOS NO HUMANOS

Solunmty Campos Calderón.
Abogada de la Universidad de La Sabana.
solunmtycamca@unisabana.edu.co

RESUMEN

En los últimos años, han surgido grandes cambios sobre la construcción del concepto de "animales" dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En este marco, la presente investigación tiene como finalidad analizar la evolución jurídica del concepto de "*animales*". Para el desarrollo de este artículo, primero, se construye el estado del arte basado en una línea de tiempo con las fuentes del Derecho internacionales y nacionales, con el objeto de evidenciar la transformación jurídica en torno a la protección de estos seres sintientes. Luego, se explican los modelos de relación humano-animal con el fin de determinar las posiciones que la doctrina ha diseñado. Por último, se exponen argumentos sobre porqué se debería considerar como sujetos de derechos a los animales. En consecuencia, el resultado que se obtiene es que, a medida que pasa el tiempo, se prorroga la inclinación de considerar a los animales como titulares de derechos, en razón a que la sociedad y las instituciones vienen adoptando modelos de relación humano-animal innovadores dentro de la realidad actual, los cuales niegan que los animales sean clasificados como meros objetos del derecho y, en su lugar, plantean la teoría de estudiar al animal como <sujeto de vida> dentro de un ecosistema y ambiente, generando así, una serie de consecuencias jurídicas particulares.

Palabras clave: sujeto de derecho, protección jurídica a los animales, desarrollo jurisprudencial, modelos de relación humano-animal, transformación jurídica, fuente del Derecho y derechos.

Introducción

La sociedad junto con las distintas fuentes del Derecho han hecho del concepto jurídico de "animales" uno dinámico a través del tiempo. En Colombia, los animales fueron considerados como objetos muebles desde el año 1873 por el Código Civil. Más tarde, la Ley 1774 de 2016 da un giro y clasifica a los animales como seres sintientes, y, simultáneamente, las Altas Cortes fallan diferentes providencias polémicas en torno a la protección del ambiente y de los animales. Lo anterior permite deducir que la categoría jurídica de animales ha sufrido una transformación jurídica, en atención a que la sociedad civil y las instituciones han pretendido darles un valor más amplio dentro del ambiente y la vida colectiva, en lugar de limitarlos a ser vistos desde la cosificación.

De ahí que resulte un debate reciente en el ámbito jurídico sobre considerar a estos seres sintientes como sujetos de derecho o seguir conceptuándolos como objetos de protección constitucional, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, qué inferencias podría acarrear el cambio de figura. Con el propósito de abordar el problema planteado, la pregunta de investigación que este artículo plantea es: ¿Cuál es la transformación jurídica de la connotación de *"animal"* en Colombia? Una cuestión que resulta jurídicamente relevante en el sentido en el que intenta materializar el respeto hacia los animales no humanos a medida que pasa el tiempo, pues se suplen figuras jurídicas insuficientes, por unas que los reconocen de forma casi que completa, debido a que estas últimas satisfacen sus valores intrínsecos reconociéndolos como derechos.

De esta manera, el objetivo general del presente estudio se centra en analizar el cambio de paradigma que ha venido experimentando el ordenamiento jurídico colombiano en relación con la construcción del concepto jurídico de los animales. En vista de lo anterior, la investigación se ejecutará a partir de los siguientes propósitos específicos: i) construir una línea normativa de tiempo como estado de arte, con base en diferentes fuentes del Derecho nacionales e internacionales que evidencien la evolución jurídica de los animales en Colombia y en otros Estados; ii) explicar los modelos de relación humano-animal; y iii) deducir las razones por las que estos seres sintientes deberían ser sujetos de derechos.

En consonancia con lo previamente descrito, la presentación de resultados de este trabajo se llevará a cabo bajo una metodología de análisis conceptual dado que, se busca, por un lado, evaluar la protección animal actual y, por otra parte, explorar los motivos por los que es posible que los animales sean sujetos de derecho en el Estado colombiano. En definitiva, la presente investigación se cimienta principalmente en el Derecho Privado, Derecho Constitucional, en el Derecho Ambiental y en la Constitucionalización de las distintas ramas del Derecho, en especial la rama del Derecho Privado, a raíz de las exigencias que trae el dinamismo de la sociedad desde el año 1873 hasta el año 2020.

1. La evolución jurídica de los animales no humanos

Para el desarrollo de este acápite, el mismo se subdividirá en dos fracciones. En primer

lugar, se elaborará una línea jurídica de tiempo sobre los cambios que ha experimentado la protección ambiental y animal en el Derecho Internacional. Para ello, se escogerán distintas fuentes del Derecho entre las que se encuentran la Declaración Universal de los Derechos del Animal y las decisiones que han tomado países como Ecuador, Argentina, Suiza y otros. En segundo lugar, se realizará una línea jurídica de tiempo acerca del dinamismo por el que ha transcurrido la connotación de animal y su protección en el Estado colombiano, exponiendo diferentes fuentes de Derecho, comenzando por el Código Civil, la Ley 1774 de 2016 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

1.1. Las especies no humanas en el Derecho extranjero

Como primera medida, en el año 1978 la Liga Internacional de los Derechos del Animal promulgó y adoptó la Declaración Universal de los Derechos del Animal. En este instrumento internacional se declaran universalmente los derechos de los animales a partir de que el "reconocimiento por parte de la especie humana del derecho a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo."[1] En su articulado se pueden observar los derechos, a la igualdad (Art. 1), a la existencia (Art. 1), a ser respetado (Art. 2), a vivir en libertad en su hábitat natural (Art. 4), a una limitación razonable del tiempo e intensidad de trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo (Art. 7), entre otros.

Adicionalmente, esta declaración, en su artículo 14, impone la obligación de que los derechos del animal sean defendidos por ley en condiciones de igualdad a los derechos de los animales humanos[2]. Lo anterior, hace visible la voluntad de diferentes países[3] de darle un giro a la visión antropocéntrica que alguna vez los rigió. Es notorio el cambio que se viene dando en una sociedad que es viviente y continua en el devenir, en cuanto a que se posiciona la idea de que la vida de los animales no humanos y humanos tiene el mismo valor y, por lo tanto, se sustituye la posición de "seres superiores" que se les ha adjudicado a los seres humanos en la historia por la igualdad material entre las dos especies.

Siguiendo con estas cuestiones de tipo filosóficas, la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia surgió desde la realización del estudio de los substratos neurobiológicos de la experiencia consciente y los comportamientos comunes y relacionados en los animales y la especie humana. Este instrumento declaró:

> *"La ausencia de un neocórtex no parece impedir que un organismo pueda experimentar estados afectivos. Hay evidencias convergentes que indican que los animales no humanos poseen los sustratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de los estados de consciencia, junto con la capacidad de mostrar comportamientos intencionales. En consecuencia, el peso de la evidencia indica que los humanos no somos los únicos en poseer la base neurológica que da lugar a la consciencia. Los animales no humanos,*

1 Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales (1977) Declaración de los Derechos del Animal. Preámbulo.

2 Declaración de los Derechos del Animal (1977) Artículo 14.

3 Francia, Holanda, Alemania, Suiza, Bélgica, Austria, Noruega, Reino Unido, Portugal, España, Italia, Canadá, India, Brasil. CAPACETE F. Disponible en: https://revistes.uab.cat/da/article/view/v9-n3-capacete/pdf_14

incluyendo a todos los mamíferos y aves, y otras muchas criaturas, entre las que se encuentran los pulpos, también poseen estos sustratos neurológicos".[4]

Ahora bien, dentro de la regulación de numerosos países, se han ido introduciendo derechos de los ecosistemas y de los animales. Un claro ejemplo ocurre en Estados Unidos, en donde la comunidad de Blaine reconoció los "*derechos de los ecosistemas y de las comunidades naturales*" en 2006, como consecuencia del intento de ejecución de un proyecto minero de carbón que afectaría gravemente el ambiente. La ordenanza municipal establece:

> "Sección 6.5. Las comunidades naturales y los ecosistemas poseen derechos fundamentales e inalienables a existir y prosperar dentro del municipio de Blaine. Los ecosistemas podrán incluir pero no limitarse a humedales, corrientes, ríos, acuíferos y otros sistemas hídricos".[5]

Otro ejemplo se ubica en el Estado ecuatoriano con la Constitución de Ecuador (2008). En su artículo 71 establece que la Tierra tiene derecho a ser respetada integralmente en sus ciclos vitales de existencia. La Corte Constitucional señala sobre este escenario jurídico que:

> "Para Bedón Garzón, el consagrar derechos constitucionales a favor de la naturaleza en el Ecuador tiene tres fundamentos: i) el jurídico, fundamentado en el principio de progresividad al considerar al derecho en constante evolución y mutación, máxime cuando las normas cambian a medida que las relaciones sociales se transforman y la concepción del mundo también; ii) el económico, soportado en la imposición de límites a las actividades del ser humano, en la búsqueda de un nuevo modelo de desarrollo; y iii) el filosófico que exige el abandono de la visión antropocéntrica del mundo y del medio natural para dar paso a una visión ecocéntrica."[6]

En 2016, el Tercer Juzgado de Garantías del Estado argentino de Mendoza concedió el *hábeas corpus* a la chimpancé Cecilia y afirmó que "*resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho.*"[7]

También, en Alemania y Suiza se reconocen expresamente los derechos de los animales dentro de sus cláusulas constitucionales. En Ecuador, Alemania y Suiza el Estado tiene la obligación de salvaguardar los derechos de la naturaleza y de los animales y, en Ecuador cualquier persona tiene la facultad de exigir su garantía[8]. Así, se demuestra que los Estados reconocen al ser humano como parte del cosmos y no como el dominador de él, cimentando instrumentos jurídicos para resguardar los derechos de la Madre Tierra

4 LOW P.; JPANKSEPP J.; REISS D, EDELMAN D.; SWINDEREN B.; KOCH C (2012) Declaración sobre la Conciencia. Disponible en: https://www.animal-ethics.org/declaracion-consciencia-cambridge/

5 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2017. Magistrados Ponentes: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio.

6 Ibídem.

7 GONZÁLEZ C. Eficacia del habeas corpus para liberar a una chimpancé (Cecilia). Comentario a la Sentencia de 3 de noviembre de 2016 del Tercer Juzgado de Garantías del Estado de Mendoza (Argentina) Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2016v7n3/da_a2016v7n3a12.pdf

8 Colombia Corte Constitucional. Sentencia T-095 de 2016. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

y de los animales en razón a la justicia ambiental y la evolución de la comunidad.

1.2. Los seres sintientes en el ordenamiento jurídico nacional

El artículo 655 del Código Civil consideraba a los animales como cosas corporales muebles, en el sentido en el que *"pueden transportarse de un lugar a otro"*[9] moviéndose por sí mismas. Por eso, a los animales se les llamaba semovientes. Posteriormente, la Ley 84 de 1989 se convirtió en el Estatuto Nacional de Protección Animal que tiene como objetivo impedir el maltrato y la afectación de los animales por las actividades humanas, directa o indirectamente, a través de programas educativos y de la ejecución de medidas efectivas[10].

Después, la Constitución del 91 dispuso diferentes artículos que conforman la llamada Constitución Ecológica, que defiende el ambiente como un bien jurídico de triple dimensión, toda vez que es un principio, un derecho constitucional fundamental y colectivo y, una obligación[11], lo cual ha conllevado a obtener una visión progresista y garantista del ecosistema en general. Más tarde, la Ley 1774 de 2016 da un giro a la noción de animal. Esta norma modifica el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y dicta otras disposiciones y, establece que los animales no son cosas, sino que son seres sintientes que merecen una especial protección contra el sufrimiento y el dolor[12], modificando el artículo 655 del Código Civil[13].

Por otra parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la naturaleza, los animales y su protección jurídica mediante el control de constitucionalidad difuso y abstracto. La sentencia C-666 de 2010, la cual, ha sido criticada por sus contradicciones y falacias argumentativas, consideró que la protección de los animales se materializa desde dos perspectivas, a saber:

> *"(…) la de fauna protegida en virtud del mantenimiento de la biodiversidad y el equilibrio natural de las especies; y la de fauna a la cual se debe proteger del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación legítima, protección esta última que refleja un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sintientes*".[14]

Bajo ideas propias de argumentación especísta, esta Corporación avaló límites legítimos al deber constitucional de protección animal, entre los cuales encuentra: a) la libertad religiosa; b) los hábitos alimenticios de los seres humanos; c) la investigación y experimentación médica; y, d) la cultura como bien constitucionalmente protegido y su interpretación en el sistema jurídico colombiano[15]. Además, expuso que la protección animal tiene fundamento en las obligaciones derivadas de la dignidad humana "*la cual impide que dicha protección se desarrolle ignorando las cargas que, en cuanto seres*

9 Colombia Congreso de la República. Código Civil. Artículo 655.

10 Colombia Congreso de la República. Ley 84 de 1989. Artículo 2.

11 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2017. Magistrados Ponentes: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio.

12 Colombia Congreso de la República. Ley 1774 de 2016. Artículo 1.

13 Colombia Congreso de la República. Ley 1774 de 2016. Artículo 2.

14 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-666 de 2010. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

15 Ibídem.

superiores, surgen respecto de las especies inferiores, las cuales constituyen, sin duda, una obligación moral (…)"[16].

Por otro lado, en la sentencia C- 283 de 2014, la Corte tuvo que decidir si los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 1638 de 2013 - ley que prohibió el uso de animales silvestres, nativos o exóticos en circos fijos e itinerantes- eran acordes con la Constitución o no, a raíz de que los demandantes consideraban irracionales las medidas dispuestas porque atentaban contra la expresión cultural y artística. Así las cosas, la Corporación declaró exequible el artículo 1 bajo el argumento de que armoniza plenamente con la Carta:

> "Sin que se muestre la medida adoptada como irrazonable ni desproporcionada. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, está habilitado para prohibir determinadas manifestaciones culturales que impliquen un maltrato animal, lo cual se acompasa además con el carácter dinámico de la Constitución en orden a los cambios que se producen en el seno de la sociedad."[17]

Aquí, la Corte fue enfática en decir que existe relevancia del interés superior del ambiente para ser protegido por sí mismo, teniendo en cuenta que la Carta, también funge como una Constitución ecológica. Agregó que, "*tampoco tiene aceptación válida constitucionalmente el relato consistente en que no se presenta una afectación "significativa" de los animales, porque tal consideración parte en definitiva de la existencia de la misma.*"[18]

Por tal motivo, se demuestra una progresión en la jurisprudencia en cuanto a la protección del animal.

Asimismo, la sentencia C-041 de 2017 realiza un análisis minucioso de las fuentes de Derecho, respecto de la evolución progresiva de la visión sobre la naturaleza, los animales y su resguardo jurídico, a partir de la filosofía y teoría del Derecho. Expone en sus consideraciones la visión ecocéntrica en la que se enfocan las sentencias C-595 de 2010, la C-632 de 2011 y la C-123 de 2014. Estas providencias conciben a la naturaleza como un sujeto de derechos propios, en atención al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación, consagrado en el artículo 7 Superior[19]. La Corte señala:

> *"La preocupación por **salvaguardar los elementos de la naturaleza** -bosques, atmósfera, ríos, montañas, ecosistemas, etc.-, no por el papel que representan para la supervivencia del ser humano, sino **principalmente como sujetos de derechos individualizables al tratarse de seres vivos, constituye un imperativo para los Estados y la comunidad**. Solo a partir de una actitud de profundo respeto con la naturaleza y sus integrantes es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, abandonando todo concepto que se limite a lo utilitario o eficientista."*[20] (negrilla fuera de texto).

Es relevante señalar que, la Sala Plena dispuso que "*los derechos también son aquello que los jueces dicen a través de sus sentencias"*[21]. En este orden de ideas, "*aunque la*

16 Ibídem.

17 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

18 Ibídem.

19 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2017. Magistrados Ponentes: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio.

20 Ibídem.

21 Ibídem.

Constitución no reconozca explícitamente a los animales como titulares de derechos, ello no debe entenderse como su negación, ni menos como una prohibición para su reconocimiento -innominados-."[22] Por consiguiente, declara que existe un dinamismo en la sociedad, que puede conllevar a que la Corte avizore lo que en principio no se observa en la Constitución y en consecuencia, haga exigible el reconocimiento de la titularidad de derechos en los animales.

También indicó la Corte que, ante la imposibilidad que les precede a los animales de reclamar sus derechos, existe una condición de indefensión que hace necesaria la figura de representación o agencia por parte de los humanos, "*pudiendo ser un instrumento efectivo las acciones populares o incluso la acción de tutela, mientras se establece la regulación.*"[23]

Por último, se trae a colación el más reciente caso, el caso del "Oso Chucho", del cual la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional tuvieron que pronunciarse. El primer pronunciamiento de las Altas Cortes fue hecho por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, que le concedió el *hábeas corpus* a Chucho en el año 2017. Aquí se constató el cautiverio permanente en el que se encontraba el oso de anteojos en la Fundación Botánica y Zoológica de Barranquilla -FUNDAZOO- y los efectos nocivos en su salud. Así pues, la Sala argumentó que se debe superar el modelo antropocéntrico que afirma que sólo a los humanos les son adjudicados derechos, en razón a que:

> *"Si bien la acción de hábeas corpus, por tratarse de una herramienta constitucional dirigida para salvaguardar la garantía supralegal de la libertad de las personas, la misma no resulta entonces incompatible para asegurar a los animales como "seres sintientes", y por tal sujetos de derechos, legitimados para exigir por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física, así como su cuidado, mantenimiento o reinserción a su hábitat natural"*[24].

Luego, FUNDAZOO, como demandada interpuso acción de tutela contra la providencia judicial que resolvió el recurso de *habeas corpus* a favor del Oso Andino Chucho. La Corte Constitucional seleccionó la tutela y expidió el Comunicado No. 03 del día 23 de enero de 2020, anticipando la decisión de la futura sentencia SU-016 de 2020, con base en las pruebas recaudadas y en las intervenciones proporcionadas por expertos que formaron parte de la audiencia pública sobre la acción instaurada por FUNDAZOO contra la Corte Suprema. Para la convocatoria de la audiencia, el Tribunal Constitucional realizó las siguientes preguntas para guiar la exposición, que para el presente artículo resultan relevantes:

> "¿Cuáles son los atributos determinantes para definir a un individuo o entidad como titular de derechos? ¿Es posible sostener, desde la teoría constitucional, que los animales, o algunos de ellos, son titulares de uno o varios derechos? Y si ello es así, ¿Cuál sería su contenido y los elementos relevantes para fijarlo? ¿Qué relevancia cumple el concepto de "seres sintientes" dentro de este análisis?
>
> *¿Qué ventajas o desafíos supone encauzar la protección animal -en particular de especies*

22 Ibídem.

23 Ibídem.

24 Colombia Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria. Auto Interlocutorio del 26 de julio de 2017 AHC4806-2017, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

vulnerables como el oso andino- a través de acciones soportadas en la titularidad de derechos (v.gr. acción de tutela, habeas corpus), en lugar de mecanismos de defensa de intereses colectivos (v.gr. acción popular) o de instrumentos generales de política pública (v.gr. planes de conservación)?"[25]

Seguidamente, la Sala Plena Constitucional amparó el derecho fundamental al debido proceso del tutelante, determinando que el recurso de *habeas corpus "no es el mecanismo para resolver la controversia planteada en relación con la permanencia del Oso Andino Chucho en un zoológico, en la medida en que se trata de un instrumento de protección de la libertad de los seres humanos, que es un derecho que no se puede predicar de los animales"*[26]

Por su parte, en su salvamento de voto, la Magistrada Diana Fajardo Rivera destacó que *"el Juez de habeas corpus no incurrió en los defectos que FUNDAZOO esgrimía, dado que hay razones para justificar que Chucho sí es titular de intereses jurídicamente relevantes que pueden denominarse derechos, dentro de estos del derecho a la libertad animal y, por lo tanto, podía ser beneficiario de un recurso como el de habeas corpus."*[27]

Por la misma línea, el Magistrado Alberto Rojas Ríos, en su salvamento de voto parcial, afirmó que:

> "La negativa a la protección constitucional se derivó de una lectura limitada del concepto de persona que se encuentra en el artículo 86 superior. En ese sentido destacó que persona no es un sinónimo de ser humano y que personalidad no es solamente un concepto biológico, al punto que el derecho ha establecido ficciones jurídicas para adjudicar derechos y deberes a entes que ha denominado personas jurídicas en relación con los cuales la jurisprudencia constitucional ha construido una doctrina para establecer qué tipo de garantías ostentan y cuáles son los mecanismos para hacerlas efectivas."[28]

2. ¿Cómo es la relación del humano con el animal?

A continuación, se realizará una descripción sobre los principales dos modelos de relación humano-animal. El primero, que ordena posiciones doctrinales a partir de la *teoría de la justicia*[29] y el segundo modelo, el cual describe las nociones referentes a qué es un animal y cómo es la deferencia de los seres humanos para con su bienestar[30], según cada posición. Este último modelo es en el que el presente artículo se centrará.

El primer modelo de relación-humano animal -desde la *teoría de la justicia*- clasifica posturas doctrinales en seis categorías:

1. *Biocentrismo moderno:* Charles Darwin es su principal expositor y sostiene que, las facultades morales se mejoran mediante los efectos del hábito o las facultades razonadoras[31]. Afirma que no se

25 Colombia Corte Constitucional. Auto 381 de 2019. Magistrada Sustanciadora: Diana Fajardo Rivera.

26 Colombia Corte Constitucional. Comunicado No. 03. 23 de enero de 2020. Expediente T-6480.577 – Sentencia SU – 016 de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

27 Ibídem.

28 Ibídem.

29 KLETT, P; MARTÍNEZ, Pablo. La justicia con la naturaleza. Dykinson. Madrid. 2013. P.45.

30 LÓPEZ, D. El cambio dogmático-jurídico como respuesta al cambio social: la labor del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la reconsideración del estatuto jurídico de los animales en Colombia. En: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. La Constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015. P.541.
LÓPEZ, D, 2015, Óp. Cit., p.551.

31 DARWIN, C. El origen del hombre y la selección en relación al sexo.

puede negar la importancia del intelecto que, en últimas, ha llevado al hombre a dominar al mundo.

2. *Una "ética de la tierra" afianzada en la teoría de Aldo Leopold*[32]*:* Leopold asegura que los instintos del humano lo empujan a completar un lugar en la comunidad y su ética lo estimula a cooperar, en virtud de una comunidad de partes interdependientes del cual el humano es miembro. Es decir, fija un valor moral a la naturaleza.

3. *Biocentrismo débil:* Regan observa el concepto de responsabilidad que deben tener los humanos con los no humanos desde el concepto moral de estos, con el fin de respetar su vida y de que tengan acceso al goce de los derechos. Lo anterior se genera gracias a que Regan determina al animal como sujeto de una vida[33].

4. *Biocentrismo radical:* Con su escrito "La ecología profunda"[34], Ferry niega los derechos del humano por ser humano, puesto que implica una posición de dominio frente a los demás componentes del ecosistema.

5. *Antropocentrismo débil con la "ética de la responsabilidad":* Jonas crea la ética de la responsabilidad del humano sobre el tratamiento de los animales, reconstruyendo el imperativo categórico Kantiano: *"obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal"* [35], cuando lo relaciona con la ética de la responsabilidad animal, a saber: a) Actuar de tal manera que los efectos de su actuación sean compatibles con la permanencia de la futura vida humana; b) Actuar de tal manera que los efectos de su actuación no sean destructivos de la posibilidad futura de la vida y; c) No comprometer las condiciones de una continuación indefinida de la humanidad sobre la tierra[36].

6. *Antropocentrismo radical:* Adela Cortina establece que los animales no tienen dignidad, la cual es tomada como una característica de la autoconciencia y autoestima, aun cuando aquellos tienen un valor interno y los humanos ostentan obligaciones para con ellos. De este modo, los seres humanos disponen de derechos y obligaciones morales sobre los animales. Por tal motivo, la diferencia sustancial entre el humano y el animal radica en la capacidad que tiene el primero de edificar ideas éticas mediante el diálogo interpersonal como miembros de una *"comunidad real de comunicación"* y sólo los integrantes -las personas- de aquella son los miembros de la comunidad moral[37].

Ahora bien, el segundo modelo está conformado por dos posiciones: *las tradicionales y las innovadoras* que tratan de especificar las concepciones sobre el significado

Ediciones Ibéricas. Madrid. 1966.

32 LEOPOLD, A (1989) A sand county almanac and sketches here and there. Oxford University Press. Pp.203ss.

33 REGAN, Tom. (2016) En defensa de los derechos de los animales. Fondo de Cultura Económica. Trad. Ana Tamarit. México D.F.

34 FERRY, Luc. La ecología profunda. Trad. Aurelia Álvarez. Disponible en: http://www.elmayorportaldegerencia.com/Documentos/Ecologia/[PD]%20Documentos%20-%20La%20ecologia%20profunda.pdf.

35 JONAS, Hans. (1995) El principio de responsabilidad: ensayo de una crítica para la civilización tecnológica. Barcelona. Editorial Herder. P. 40.

36 Ibídem.

37 CORTINA, A. (2009) Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos. Madrid. Editorial Taurus. P. 128ss.

que se le atribuye al animal y los niveles de deferencia que la especie humana está obligada a dar a su vida e integridad[38]. A su vez, *la postura tradicional* de modelo de relación humano-animal está compuesta por tres figuras. La primera es la posición de *"soberanía humana sobre el mundo animal"* que ve a los animales desde la cosificación, en el sentido de que los animales son objetos de uso y propiedad de la persona. Según López[39], esta posición conlleva a dos efectos, uno, a la idea más extrema de propiedad, en la que los humanos no adquieren un deber de cuidado y protección, sino que cuidan al animal con el objetivo de mantener indemne su patrimonio. El otro efecto es que implica la justificación de las formas de beneficio personal y, por lo tanto, se justifican las explotaciones artesanales e industriales del animal[40].

La segunda postura tradicional es el *humanismo antropocéntrico* que no apoya la cosificación del animal, sino que, en cambio, impone un límite que elimina las peores formas de maltrato animal, pese a que se sigue permitiendo el uso del animal no humano para beneficio de las personas, incluyendo el beneficio de sacrificar su vida[41]. Lo anterior da visos significativos de que la abolición del maltrato animal se fundamenta en la afectación a la moral del ser humano y no en la vida y protección misma de estos seres sintientes.

La tercera posición tradicional es el *humanismo sentimental,* una posición que tiene gran influencia en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en las decisiones tomadas por las Altas Cortes. Considera a los animales antropomorfizados, lo cual, se refiere a que asumen roles de infantes al cuidado humano y por eso, sus tenedores los tratan como miembros de la familia, sin embargo, también son vistos como parte de su propiedad[42]. Desde esta óptica, se afirma que no existe seguridad jurídica en el estatus animal, pues no existe precisión acerca de apreciarlo como miembro familiar o como objeto y, por otra parte, no existen instituciones confiables en pro de su protección en caso de violación de las obligaciones de cuidado y, de este modo, el maltrato se respalda por la intimidad del hogar[43].

En cuanto a *las posiciones innovadoras* que López sostiene, convergen dos teorías. Por un lado, la postura de *los derechos de los animales*, la cual se desarrolla desde la base de que los animales sean protegidos desde una concepción moral. Como resultado, es necesario el reconocimiento de que los animales tienen un interés autónomo e independiente en su propia vida, es decir, son considerados como sujetos de una vida y no como meros objetos del derecho y la moralidad.

Por otra parte, la postura innovadora del *ambientalismo biocéntrico* comprende a los animales humanos y no humanos como especies que impactan en la vida colectiva dentro del ecosistema. En cuanto a lo jurídicamente relevante, esta posición niega los

38 LÓPEZ, D. (2015) El cambio dogmático-jurídico como respuesta al cambio social: la labor del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la reconsideración del estatuto jurídico de los animales en Colombia. En: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. La Constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. P.541.

39 LÓPEZ, D, 2015, Óp. Cit., p.544.

40 Ibídem.

41 LÓPEZ, D, 2015, Óp. Cit., p.545.

42 LÓPEZ, D, 2015, Óp. Cit., p.546.

43 Ibídem.

derechos particulares, es decir, niega los derechos de los animales y en cambio protege al ecosistema de manera general, desde el punto de vista de la sociedad y la institucionalidad[44].

Por lo anteriormente descrito, se puede deducir que la doctrina ha diseñado una serie de teorías que se han implementado en la práctica, tanto por la sociedad como por las instituciones. Esto permite tener una visión amplia, profunda y filosófica cuando se estudian las decisiones adoptadas por el Estado en favor o en contra de la protección animal y de esta forma, analizar cómo se ha visto envuelta en la evolución, la idea de considerar a los animales como sujetos de derechos, por qué, qué ventajas supone, qué desafíos encauza.

3. ¿Animales como sujetos de derechos no humanos?

Habiendo evaluado la protección animal en el Derecho internacional y nacional, es claro que existe una evolución jurídica significativa en la medida en que la noción de "animal" ha cambiado también. Cada instrumento de Derecho analizado muestra un modelo de relación humano-animal específico aplicado. La tarea del presente es seguir avanzando hasta que los animales sean reconocidos como sujetos de derechos no humanos en Colombia. Para ello, tanto las instituciones, como la sociedad civil deben avanzar en la reconstrucción del concepto de persona y de personalidad jurídica y en la modificación o creación de acciones judiciales para la salvaguarda de los derechos de los animales no humanos.

Para considerar a los animales como sujetos de derechos se debe, en primer lugar, superar los argumentos especístas y antropocéntricos, según los cuales sólo los humanos son titulares de derechos. De este modo, se debe suprimir la idea de que el ser humano domina a la naturaleza y a los animales para que se dé paso al reconocimiento de los valores intrínsecos de los animales *por el hecho de ser* y, por tanto, se le reconozcan sus derechos dentro del concepto de persona en sentido amplio,[45] es decir, más allá del humano como persona.

Así, en Colombia se debe vencer el *humanitarismo sentimental* debido a que las decisiones institucionales resultan insuficientes, pues son meramente asistencialistas, paternalistas y sentimentales, tal y como *bienestarismo,* que se incluye dentro de la postura del *humanitarismo sentimental*, lo denota. Por esa razón, las decisiones no reconocen deberes sujetos a los derechos de los animales propiamente. Entonces, gracias al humanitarismo, se generan nuevos modelos de derechos, en los que los animales no son sujetos de la bondad humana, sino acreedores de las obligaciones que se le adjudican a las personas con ocasión a las normas sociales, morales y jurídicas, como lo es la posición innovadora de los derechos de los animales[46].

A su vez, la Declaración de Cambridge, de naturaleza científica, es imprescindible y pertinente para el debate que gira en torno a considerar a los animales como sujetos de derecho, pues, parte de la evidencia de que

44 LÓPEZ, D, 2015, Óp. Cit., p.550.

45 NUSSBAUM (2015) Animal Rights: Current Debates and New Direction. Oxford University Press. 2004.

46 LÓPEZ, D, Óp. Cit., p.547.

los animales no humanos y humanos comparten ciertos niveles de conciencia, gracias a que las emociones surgen de redes cerebrales subcorticales, que, crean experiencias individuales en cada especie de forma similar. Esto desvirtúa que los animales no humanos no tienen capacidad jurídica en primera medida, y, por tal motivo, les corresponde ser titulares de derechos.

De esta manera, se avanza en la seguridad jurídica en el estatus animal, en la medida en que el animal es considerado sujeto de derechos no humanos, tal y como lo establece el Magistrado Alberto Ríos en su salvamento parcial de voto, con derechos como: *"(i) no tener hambre, sed, ni malnutrición; (ii) no tener miedo ni angustia; (iii) no padecer molestias físicas; (iv) no ser sometido a daños, lesiones o enfermedades; (v) libertad para expresar sus patrones naturales de comportamiento"*[47]. Además, se deben modificar los mecanismos judiciales para propender por la garantía de los seres sintientes. Estos mecanismos tendrían que ser los más ágiles, como el hábeas corpus, la acción de tutela o en su defecto, crear uno parecido.

Conclusiones

Sin lugar a duda, existe el problema de la desprotección animal que busca ser atendido por la justicia con la implementación de las fuentes de derechos. Se ha visto como el Derecho constitucional permeó el derecho civil en el ordenamiento jurídico colombiano, sustituyendo la connotación de animales como bienes muebles por seres sintientes. Lo anterior se dio gracias a la evolución constante de la sociedad civil y la ciencia, lo cual, permite creer que cada vez se está más cerca de avocar a los animales la titularidad de sus derechos, como se evidenció en los salvamentos de voto y el debate en general del caso del Oso Chucho o en el Caso de la chimpancé Cecilia.

Ahora bien, los riesgos de ignorar esta problemática de falta de protección animal, que requiere que el derecho se manifieste para llenar los vacíos legales, trae como efecto la extinción masiva de varias especies animales no humanas en Colombia.[48]. Por lo tanto, las instituciones, en particular la Corte Constitucional, son responsables de atender esta situación, implementando la regulación de mecanismos de protección para los animales, una vez se les conceda el estatus de sujetos de derechos no humanos. Sobre el particular, se presentan varias cuestiones, como cuáles animales son objeto de protección y cuáles no y qué derechos se les reconocería, entre otras. Sin embargo, es menester en el siglo XXI optar por cambiar de paradigma a uno donde la especie animal humana sea consciente del valor intrínseco de cada ser por el hecho de ser.

47 Corte Constitucional. Comunicado No. 03. 23 de enero de 2020. Expediente T-6480.577 – Sentencia SU – 016 de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Salvamento de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

48 VANEGAS. L. (2020) El Ordenamiento Jurídico Colombiano frente al Derecho de los Animales. Pp. 35.

Bibliografía

Colombia Congreso de la República. Código Civil.

Colombia Congreso de la República. Ley 84 de 1989.

Colombia Congreso de la República. Ley 1774 de 2016.

Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-666 de 2010. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Colombia Corte Constitucional. Sentencia T-095 de 2016. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2017. Magistrados Ponentes: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio.

Colombia Corte Constitucional. Auto 381 de 2019. Magistrada Sustanciadora: Diana Fajardo Rivera.

Colombia Corte Constitucional. Comunicado No. 03. 23 de enero de 2020. Expediente T-6480.577 – Sentencia SU – 016 de 2020. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Colombia Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria. Auto interlocutorio del 26 de julio de 2017 AHC4806-2017, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

CORTINA, A. Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos. Madrid. Editorial Taurus. 2009. Pp.240ss.

CAPACETE F. La Declaración Universal de los Derechos del Animal. Disponible en: https://revistes.uab.cat/da/article/view/v9-n3-capacete/pdf_14

DARWIN, C. El origen del hombre y la selección en relación al sexo. Ediciones Ibéricas. Madrid. 1966.

FERRY, L. La ecología profunda. Trad. Aurelia Álvarez. Disponible en: http://www.elmayorportaldegerencia.com/Documentos/Ecologia/[PD]%20Documentos%20-%20La%20ecologia%20profunda.pdf.

GONZÁLEZ C. Eficacia del habeas corpus para liberar a una chimpancé (Cecilia). Comentario a la Sentencia de 3 de noviembre de 2016 del Tercer Juzgado de Garantías del Estado de Mendoza (Argentina) Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2016v7n3/da_a2016v7n3a12.pdf

JONAS, Hans. El principio de responsabilidad: ensayo de una crítica para la civilización tecnológica. Barcelona. Editorial Herder. 1995.

KLETT, Patricia; MARTÍNEZ, Pablo. La justicia con la naturaleza. Dykinson. Madrid. 2013.

LEOPOLD, Aldo. A sand county almanac and sketches here and there. Oxford University Press. 1989.

Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales (1977) Declaración de los Derechos del Animal.

LÓPEZ, Diego. El cambio dogmático-jurídico como respuesta al cambio social: la labor del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la reconsideración del estatuto jurídico de los animales en Colombia. En: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. La Constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015.

LOW P.; JPANKSEPP J.; REISS D, EDELMAN D.; SWINDEREN B.; KOCH C (2012) Declaración sobre la Conciencia. Disponible en: https://www.animal-ethics.org/declaracion-consciencia-cambridge/

NUSSBAUM (2015) Animal Rights: Current Debates and New Direction. Oxford University Press. 2004.

REGAN, Tom. En defensa de los derechos de los animales. Fondo de Cultura Económica. Trad. Ana Tamarit. México D.F. 2016.

VANEGAS. L. (2020) El Ordenamiento Jurídico Colombiano frente al Derecho de los Animales. Pp. 35.

Universidad de
La Sabana