

SUMARIO

ENSAYO	4	Perfilación criminal en el crimen de guerra <i>LUIS ANDRÉS JIMÉNEZ P.</i>
INVESTIGACIÓN	13	Acuerdos de niveles deservicio como instrumento de gestión en el contrato estatal <i>JAIME CHAVES V.</i>
INVESTIGACIÓN	25	El agresor sexual adolescente en el sistema penal para adolescentes (Ley 1098 de 2006), ¿quiénes son?, ¿cómo estamos?, ¿hacia dónde ir? <i>MIGUEL ÁLVAREZ - CORREA G.</i>
INVESTIGACIÓN	35	Factores de innovación que impactan en la competitividad global de la infraestructura en latinoamérica <i>GONZALO ARAYA U.</i> <i>GABRIEL SILVA A.</i> <i>RODOLFO MARTÍNEZ G.</i>
ENSAYO	45	Ciudadanía activa, espacios para la articulación <i>ANDRÉS GÓMEZ R.</i>
ENSAYO	57	En defensa de la cultura literaria, a propósito de "lecturas anglosajonas del quijote" <i>IVÁN MAURICIO LOMBANA VILLALBAL.</i>

ROSTROS & RASTROS



ROS TROS



Justicia, comunidad y responsabilidad social

&RAS TROS



Dr. Fernando Carrillo Flórez
Procurador General de la Nación

Dr. Juan Carlos Cortés González
Viceprocurador General de la Nación

Dr. Carlos Mario Molina Betancur
Director Instituto de Estudios del Ministerio Público



ROSTROS & RASTROS
Justicia, comunidad y responsabilidad social

Revista del Observatorio de DD. HH. del
instituto de Estudios del Ministerio Público

Año 9 / N° 19 / Julio - Diciembre de 2017
Publicación semestral

Director
Miguel Álvarez-Correa Guyader-Cohen

Editor
Instituto de Estudios del Ministerio Público
Carrera 5 N° 15 -80 P 16
Bogotá, D. C., Colombia
PBX (l) 587 87 50 Exts. 11621

Coordinación Editorial
Gary Hernández Guerrero

Diseño de portada y diagramación
Natalia del Pilar Cerón Franco

Impresión
Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia, Diciembre de 2017

Escríbenos sus comentarios a:
rostrosyrastros@procuraduria.gov.co

Los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad
de sus autores y no comprometen al instituto de
Estudios del Ministerio Público

ISSN: 2027-3029

ROSTROS & RASTROS

Comité editorial

Neill Felipe Cubides Ariza
(Colombia) Ingeniero Financiero
Especialista en Diseño de Soluciones
Financieras Magíster en Administración
Dirección Nacional de Investigaciones
Especiales Procuraduría General de la Nación.
ncubides@procuraduria.gov.co

E. Miguel Álvarez-Correa Guyader-Cohen
(Colombia) Antropólogo con formación
en Derecho, Minor's en Economía,
Especialización en Derecho de Menores,
Maestría en Psicología, Coordinador
Observatorio de OSPA y del SRPA del
Instituto de Estudios del Ministerio Público,
Procuraduría General de la Nación.
c.miguel.a@gmail.com

Luis Enrique Martínez Ballén
(Colombia) Sociólogo Especialista
en Derecho del Potencial Humano
Jefe de División de Investigaciones
Socioeconómicas y Asuntos Sociopolíticos
del Instituto de Estudios del Ministerio
Público, Procuraduría General de la Nación.
lmartinezb@procuraduria.gov.co

Arturo Ronderos Salgado
(Colombia) Abogado Especializado
en Derecho Público y en Derecho
Disciplinario Jefe de División de
Capacitación Instituto de Estudios del
Ministerio Público, Procuraduría General
de la Nación.
aronderos@procuraduria.gov.co

Omar Vivas Cortés
(Colombia) Administrador Público
Magíster en Estudios Políticos.
Investigador División de Investigaciones
Socioeconómicas y Asuntos Sociopolíticos
del Instituto de Estudios del Ministerio
Público, Procuraduría General de la Nación.
oavivasc@procuraduria.gov.co

Rafael de Jesús Bautista Mena
(República Dominicana) Físico, Doctorado
en Física, Doctorado en Administración
Pública Universidad de los Andes.
rbautist@uniandes.edu.co

Wálter Rafael Azula Trajano
(Colombia) Sociólogo Magíster en
Sociología de la Educación. Universidad
Distrital. Investigación IEMP.
walter.azula@gmail.com

Hernán Gell Huertas Olaya
(Colombia) Diseñador gráfico Master en
edición de la VOC, Barcelona, España.
hern3h@hotmail.com

Comité de Árbitros

E. Miguel Álvarez-Correa Guyader-Cohen
(Colombia) Antropólogo con formación
en Derecho, Minor's en Economía,
Especialización en Derecho de Menores,
Maestría en Psicología, Coordinador
Observatorio de SPA y del SRPA del
Instituto de Estudios del Ministerio Público,
Procuraduría General de la Nación.
c.miguel.a@gmail.com

Darío Castillo Sandoval
(Colombia) Economista, Magíster en
Desarrollo Rural Docente e investigador
Universidad Javeriana, Facultades de Estudios
Ambientales y Rurales
dariocastillo@gmail.com

César Sánchez Álvarez
(España) Trabajador Social, Economista,
Magíster en Cooperación al Desarrollo y
Doctorado en Economía Social. Universidad
de Castilla y Universidad de Valencia
csa.puj@gmail.com

Humberto José Silva Nigrinis
(Colombia) Abogado Master of Public
Management.
hjsilvaluaniza@hotmail.com

Mónica Vega Solano
(Colombia) Comunicadora Social- Periodista.
Especialista en televisión con énfasis en
documentales. Asesora Instituto de Estudios
del Ministerio Público, Procuraduría General
de la Nación.
movega@procuraduria.gov.co

Gabriel Mora Restrepo
(Colombia) Abogado, Doctorado por la
Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.
Estudios avanzados en Filosofía Jurídica:
University of Notre Dame, Indiana, USA
Director Maestría Derecho Constitucional
Universidad de la Sabana
gabriel.mora@unisabana.edu.co

Adriana Otálora Buitrago
(Colombia) Economista y politóloga,
Magíster en Educación y Desarrollo Humano,
Doctorado en Estudios Políticos. Docente
Universidad de la Salle y Colegio Mayor
de Nuestra Señora del Rosario. Editora de
la Revista Equidad y Desarrollo Indexada
Categoría Colciencias.
adrianaotalora@gmail.com

En esta edición

ENSAYO

- 4 *Perfilación criminal en el crimen de guerra*
LUIS ANDRÉS JIMÉNEZ P.

INVESTIGACIÓN

- 13 *Acuerdos de niveles de servicio como instrumento de gestión en el contrato estatal*
JAIME CHAVES V.

INVESTIGACIÓN

- 25 *El agresor sexual adolescente en el sistema penal para adolescentes (Ley 1098 de 2006), ¿quiénes son?, ¿cómo estamos?, ¿hacia dónde ir?*
MIGUEL ÁLVAREZ -CORREA G.

INVESTIGACIÓN

- 35 *Factores de innovación que impactan en la competitividad global de la infraestructura en latinoamérica*
GONZALO ARAYA U.,
GABRIEL SILVA A.
Y RODOLFO MARTÍNEZ G.

ENSAYO

- 48 *Ciudadanía activa, espacios para la articulación*
ANDRÉS GÓMEZ R.

ENSAYO

- 60 *En defensa de la cultura literaria, a propósito de "lecturas anglosajonas del Quijote"*
IVÁN MAURICIO LOMBANA V.

Presentación

*“Existen dos maneras de difundir la luz: ser la vela o ser el espejo que la refleja”
(Edith Wharton)¹.*

Al finalizar el primer semestre del 2018, es decir, en un poco más de seis meses, la revista Rostros & Rastros cumplirá diez años de vida. No se trata aquí de realizar una celebración anticipada de la misma, sino de recalcar la importancia de generar procesos, y no solamente limitarse a lograr la continuidad de un producto.

En otras palabras, deberíamos hacernos la pregunta de qué tanto le hemos colaborado al país, a la institución y, sobre todo, al conocimiento, ya que en últimas a lo que le apuntamos es a ser mejor, “sabiendo más”, “conociendo mejor”, agrandando nuestras proyecciones hacia nuestro prójimo. Para ello es relevante ser abierto a la crítica constructiva, a los aportes genuinos, a las evaluaciones sostenidas en el tiempo.

Debo decir que el reto ha sido de consideración, no solamente por las múltiples aristas que conlleva la sostenibilidad de una empresa de esta naturaleza, sino, en particular, por el afán de no defraudar, de aportar. Hoy día, múltiples de los aspectos de la vida laboral, y de los productos que impulsa, se relacionan con convalidaciones, certificaciones y reconocimientos.

En el presente caso, nos quedamos con estar colaborando en el crecimiento de todos, meta que en un principio creíamos lejana.

Ahora se trata de perdurar, alcanzando otro peldaño, y otro, y otro.

Bienvenidos.

Miguel Álvarez-Correa G.

Director revista Rostros & Rastros

¹ Su nombre de soltera fue Edith Newbold Jones, escritora y diseñadora estadounidense (1862-1937).

Perfilación criminal en el crimen de guerra

ENSAYO

Recibido: 31 X 2017; Aceptado: 21 XI 2017.

AUTOR: LUIS ANDRÉS JIMÉNEZ P.¹

4 :

I. Introducción

La gran responsabilidad que tenemos los hombres y mujeres del hoy es explicarles a las próximas generaciones las razones por las cuales sucedieron y suceden las atrocidades de las cuales somos testigos y, en algunos casos cómplices, para que no vuelvan a repetirse nunca más. Muchas de las explicaciones que tendremos que dar giran alrededor de cómo permitimos que la barbarie estuviera de forma cotidiana en nuestras vidas y cómo hombres y mujeres del común se arrojaron a participar en los peores crímenes en contra de la humanidad. Algunos de estos hombres y mujeres actuaron bajo su formación y experiencia en la guerra, lo cual explica su participación y conducta, pero hay otros que, teniendo una vida común y corriente, en el fragor de la guerra tomaron decisiones que los convirtieron de un momento a otro en los peores criminales.

Bajo este panorama, uno de los retos que trae consigo la negociación de los conflictos armados es el de la materialización de la justicia cuando se está frente a los casos en el uno a uno, y en donde las diferencias en la participación y en la conducta recaerá no solo en los hechos de los cuales tendrán que dar cuenta, sino de su conocimiento e intención de cometerla. En principio, el diseño de justicia bajo los métodos y principios de transición flexibiliza el proceso penal nacional ordinario para que los actores del conflicto puedan transitar de la guerra a la paz bajo los presupuestos de verdad, justicia y reparación. No obstante, en desarrollo de dicho proceso, gran parte del debate jurídico y probatorio versará sobre la responsabilidad que cada cual tuvo dentro de la organización²

Resumen.

El presente artículo pretende aportar desde la perfilación criminal al desarrollo del elemento subjetivo del crimen de guerra. Para ello, se hace necesario una justificación del ejercicio en el marco de los procesos de transición y negociación de los conflictos armados, la descripción del crimen de guerra, el desarrollo dogmático del elemento subjetivo del crimen y el aporte que desde la psicología criminal busca nutrir la explicación de dicho elemento cuando recae en los responsables superiores, tanto militares como no militares. Por último, se presenta una propuesta de perfilación criminal para la perfilación de víctimas y perpetradores de violación de derechos humanos, aplicable al crimen de guerra.

Palabras clave.

Perfilación criminal, crimen de guerra, responsables superiores, elemento subjetivo, intención, conocimiento, criminalidad organizada.

¹ Psicólogo egresado de la Fundación Universitaria Konrad Lorenz, Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Especialista en Psicología Forense de la Fundación Universitaria Konrad Lorenz y candidato a Magíster en Defensa de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Santo Tomás. Consultor de Agencias de Cooperación Internacional en Derechos Humanos y docente universitario. Correo electrónico: ljimenezp25@yahoo.es

² En adelante se utilizará el término organización para hacer referencia a aquella organización militar o no militar, del Estado o particular que de una u otra manera participó en el conflicto armado.

(estatal y no estatal) y el dominio que tuvo frente a sus propios actos y frente a los actos de los demás de cara a cumplir con los mencionados presupuestos.

Lo anterior tiene dos puntos de discusión dada la importancia que reviste en la práctica: por un lado, desde la óptica de los perpetradores, se está frente a la posibilidad de dejar el pasado criminal en “limpio” con un mínimo penal, con muy poca verdad y con una sanción, en teoría, restauradora y reparadora; por el otro lado, desde la óptica de las víctimas, se está frente a la única posibilidad de tener al menos un poco de justicia con la expectativa de saber la verdad. Así, en este contexto de guerra, muchos serán los crímenes pero pocos serán los criminales, pues el pretexto de la obediencia, de la disciplina y del fragor de los combates servirá de excusa para explicar la poca o nula responsabilidad de mando dentro de la organización, por supuesto, con muy poca verdad sobre lo acontecido.

Este documento es una aproximación al crimen de guerra desde la estructura propia del crimen y desde el desarrollo psicológico del elemento subjetivo que este comporta. El propósito de este trabajo es aportar a la explicación criminológica y dogmática del Derecho Penal Internacional desde la óptica de la perfilación criminal para una comprensión práctica en desarrollo de la aplicación de justicia.

II. El crimen de guerra en el derecho penal internacional

La historia conflictiva de la humanidad tuvo la necesidad de definir el crimen de guerra como instrumento para la persecución penal de sus responsables. Las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial en la que murieron cerca de 60 millones de personas entre combatientes y población civil marcó el hito de lo que se definió como la violación a los usos y costumbres de la guerra. Después vino Ruanda y Yugoslavia cuyo nivel de violencia ejercido contra la población, sobre todo civil, le demostró al mundo la imperiosa tarea que se requería para el juzgamiento de los responsables de la violación masiva, selectiva, sistemática y generalizada de los derechos fundamentales. Es por ello que se recoge el intento de Tribunal Internacional de posguerra en el Estatuto de Roma e incorpora los cuatro crímenes que lo componen: Genocidio, Crimen de Lesa Humanidad, Crimen de Guerra y Crimen de Agresión.

Después de la Primera y Segunda Guerra Mundial se sentaron las bases principales del Crimen de Guerra. El artículo 6b del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1945) definió el Crimen de Guerra como “A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a pri-

INVESTIGACIÓN

Résumé.

Cet article vise à contribuer du profilage criminel au développement de l'élément subjectif du crime de guerre. Pour cela, il est nécessaire de justifier l'exercice dans le cadre des processus de transition et de négociation des conflits armés, la description du crime de guerre, le développement dogmatique de l'élément subjectif du crime et la contribution que la psychologie criminelle cherche à faire quand il incombe aux gestionnaires supérieurs, militaires et non militaires. Enfin, une proposition de profilage criminel est présentée pour le profilage des victimes et des auteurs de violations des droits de l'homme, applicable au crime de guerre.

Mots clés.

Profilage criminel, crime de guerre, supérieurs hiérarchiques, élément subjectif, intention, connaissance, crime organisé.

sioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes” (Tribunal Militar de Núremberg, 1945).

Importante mención requiere el crimen de lesa humanidad para diferenciarlo del crimen de guerra, ya que este no se reconoce como un “concepto de crimen por derecho propio, sino, más bien, como una extensión de los crímenes de guerra en tiempos de paz” (Ambos, 2012). De cara a la delimitación con el Crimen de Guerra, refiere el mencionado autor que “mientras que el término puede ser definido formalmente en relación con un conflicto armado (internacional) en un sentido negativo, referido a aquellas personas que no son miembros de organizaciones militares o grupos tal como se define en el art. 4 A III CG (Art. 50 PA I), en tiempos de paz el recurso a esta definición no es posible, ya que el Derecho Internacional Humanitario no es aplicable en este tipo de momentos. De hecho, en tiempos de paz todas las personas son civiles (es decir, los no combatientes), es precisamente durante este transcurso cuando los Crímenes de Lesa Humanidad deben cumplir la función de llenar el vacío dejado por los crímenes de los conflictos armados. Por lo tanto, la protección debe extenderse a todas las personas, incluidos los soldados” (Ambos, 2012).

Ahora bien, el Estatuto de Roma desarrolla el Crimen de Guerra y aclara la competencia de la Corte Penal Internacional bajo el principio de complementariedad al amparo del

artículo 8. El Crimen de Guerra, ligado dogmática y normativamente con el Derecho Internacional Humanitario, comprende dos elementos esenciales para su estructuración: i) que se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes; ii) la comprensión de crimen de guerra bajo la grave infracción a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente; otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido del derecho internacional, en caso de conflicto armado que no son de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los actos cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa; y otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no son de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional (Corte Penal Internacional, 1998).

De los ítems anteriores se extraen los elementos del crimen que lo estructuran. En primer lugar, la existencia de un conflicto armado sea este de carácter internacional como de carácter interno; en segundo lugar, debe existir un nexo entre el conflicto y los crímenes que se alegan; en tercer lugar, la persona o bien en cuestión debe ser protegida (Human Rights Watch, 2010).

En virtud del primer elemento, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha realizado la distinción entre los dos tipos de conflicto:

- Conflictos armados internacionales, en que se enfrentan dos o más Estados.
- Conflictos armados no internacionales, entre fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o entre esos grupos únicamente. El derecho de los tratados de DIH también hace una distinción entre conflictos armados no internacionales en el sentido del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y conflictos armados no internacionales según la definición contenida en el artículo I del Protocolo adicional II.

En relación con el segundo elemento, uno de los análisis que hará la Corte Penal Internacional en caso de hacer uso del Principio de Complementariedad para adquirir competencia, es si entre los crímenes alegados y el conflicto existe un nexo causal que explique la ocurrencia de los primeros. Los crímenes de guerra no se pueden explicar por sí solos, requieren que se prueben las circunstancias objetivas, normativas y de contexto que den cuenta que en el marco de estas se cometieron las infracciones al DIH por cuenta de los miembros de las organizaciones. Y en cuanto al tercer elemento, corresponde a las personas o bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario por las disposiciones del Convenio de Ginebra correspondiente, sea este en virtud de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional.

Hasta aquí se ha hecho alusión a los elementos objetivos del crimen de guerra o lo que se denomina *actus*

reus no sin antes aclarar que cada uno de ellos implica un análisis diferente como por ejemplo el Crimen de Homicidio o el de Tortura y cuyo esfuerzo probatorio exige la configuración de los anteriores elementos junto al del elemento subjetivo. Así pues, a continuación se realizará un abordaje al elemento subjetivo del crimen o lo que se denomina mens rea.

III. El elemento subjetivo en el crimen de guerra

En virtud de la expresión latina “*actus non facit reum, nisi mens sit rea*”, es decir, “*la realización de un hecho no hace a una persona culpable a menos que la mente también lo sea*”, se observa la razón histórica por la cual se requiere acreditar el estado mental de una persona para hacerla responsable de la autoría de un crimen. Y no es por menos, ya que determinar la voluntad que tiene alguien de cometer un crimen tiene por objeto no solo saber si se actuó de forma libre y autónoma, sino también saber si se es consecuente con el juicio de reproche ante la condición mental del procesado (Oxman, 2013).

En este sentido, el Estatuto de Roma consigna en el artículo 30 dentro del elemento de intencionalidad lo siguiente:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
2. Según los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

- a. En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
- b. En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido (Corte Penal Internacional, 1998).

Así, para que una persona sea encontrada culpable de un crimen de guerra, se deben cumplir requisitos de carácter subjetivo para que así sea. Desde el punto de vista procesal implica no solo saber el grado de intencionalidad y conocimiento que se tiene en el momento de la comisión por acción u omisión del hecho criminal, sino también el grado de participación en el mismo, lo que en el derecho penal alemán se denomina autoría o participación, ya que en el marco de los conflictos de orden internacional o no internacional recae también en la responsabilidad del mando o en la doctrina de la empresa criminal conjunta (Ambos, 2005).

En consecuencia, el elemento subjetivo se satisface en virtud a que el mayor reproche de culpabilidad propio del crimen de guerra se justifica “sólo si el autor también era consciente de haber actuado en el marco de un conflicto armado y, por ello, de haber cometido un crimen de guerra” (Ambos, 2005).

No obstante, el mismo autor plantea la dificultad para la determinación del elemento subjetivo en cuanto a que no existe un elemento per se asociado al contexto. Ahora bien, acogiéndose al planteamiento inicial y de cara a empezar a vislumbrar lo que sería necesario desde la perfilación criminal, para poder hacer el respectivo juicio de reproche individual, se deben tener en cuenta dos aspectos fundamentales: 1) el autor actúa con conciencia de que está teniendo lugar un conflicto armado, aprovechándose posiblemente de este, esta conciencia construye la relación entre su conducta y el conflicto armado. La relación con el conflicto armado se construye por tanto por medio de la representación del autor y no, sin embargo, con base en meras realidades objetivas. Es suficiente al respecto con que el autor sea consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado; 2) En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional (Ambos, 2005).

Es por ello que el artículo 8 de los elementos del crimen comprende que con respecto a los dos últimos elementos enumerados para cada crimen se tiene que:

No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional;

En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional;

Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de y que haya estado relacionada con él”.

IV. Perfilación criminal de criminales de guerra

Entendiendo que la perfilación criminal son todas aquellas acciones que permiten explicar la conducta criminal de un individuo o de un grupo de individuos con fundamento en su forma de operar, el lugar donde lo hace, las víctimas a quienes afecta y el significado social que tiene la conducta criminal, para comprender de mejor forma el actuar de los criminales de guerra se abordarán los siguientes puntos: 1) el concepto de criminalidad organizada; 2) la distinción de los actores comunes en la guerra, a saber: a. Responsable superior militar; b. Responsable superior no militar; c. Autor directo; d. Tercero responsable. Se aclara que se desarrollará solo el del responsable superior militar y no militar.

Criminalidad organizada³

En desarrollo o al final de los conflictos armados, el juzgamiento de los responsables de los crímenes cometidos en el transcurso de estos, usualmente se hace con base en la explicación del contexto que favoreció la presentación de las conductas violatorias de derechos humanos. En esta explicación, uno de los retos que tiene el aparato judicial frente al “Crimen de guerra” es poder probar que las conductas cometidas por

todos los criminales sucedieron de forma causal con ocasión del conflicto armado. En este sentido, parte del accionar es definir si el grupo actuó de manera organizada y al amparo de un propósito común.

Así, un grupo armado se caracteriza en cuanto a su funcionamiento por el nivel de organización y planificación de sus conductas. En general “Las principales señas de identidad de la criminalidad organizada son las siguientes:

- a. La existencia de una organización o acción colectiva concertada de un número indeterminado de sujetos tendente al desarrollo de una actividad ilegal.
- b. La actividad ilegal desarrollada se planifica y organiza en torno al suministro de los bienes ilegales o mercado ilegal y tiene como objetivo final la obtención de beneficios económicos o de poder.
- c. Para llevar a cabo la actividad se cometen múltiples actos ilegales instrumentales y necesarios para el desarrollo de la empresa criminal cuya finalidad es proteger y asegurar la viabilidad de la organización y el negocio interna o externamente. Así, la violencia ejercida hacia el interior y el exterior de la organización, la corrupción de autoridades públicas a pequeña o gran escala, y el blanqueo de capitales serán actividades asociadas a las conductas principales tendentes a reducir el riesgo de detección y a asegurar la viabilidad y proyección del grupo criminal” (Gimenez, Requena & De la Corte, 2011).

En el escenario del conflicto armado, ante el juzgamiento a las organizaciones por sus crímenes, con toda segu-

ridad se debatirá el accionar frente al reconocimiento de lo que cada una determina como legítimo e ilegal. En el juicio a los jueces de Nüremberg uno de los argumentos versó precisamente en que las actuaciones de persecución judía obedecía a una razón legítima, legal y, en últimas, moral, razón por la cual no podían contemplar un accionar diferente a la protección de los derechos humanos de esta población (término ausente en desarrollo de la Segunda Guerra Mundial). No obstante, al final se pudo demostrar que a pesar del imperativo moral vigente en la Alemania nazi, se estaba frente a otro imperativo moral por encima del anterior el cual fue violentado de manera masiva e indiscriminada: La vida y la dignidad humana.

Responsable superior militar y no militar

La doctrina ya ha hecho mención al responsable superior, de forma genérica e independientemente si es militar o no, con fundamento en que cualquier persona lo puede ser y cuya característica principal es que tenga precisamente el rol de superioridad en el mando (Ambos, La Parte General del Derecho Penal Internacional, 2005). En esta dirección, se “es responsable en primer lugar por la ausencia de control y sólo secundariamente (en cierto modo como una consecuencia) por los propios crímenes base. Aunque el superior tiene un deber de evitar el resultado, en tanto que el tipo de la responsabilidad del superior se encamina a impedir los resultados causados por los crímenes base —y en este sentido el resultado le puede ser imputado a él sólo, le puede ser exigido; sin embargo, un debido control de sus subordinados mediante la ejecución de las acciones establecidas en el artículo 28 del Estatuto

³ Es de anotar que tratándose de crímenes de guerra, la criminalidad organizada recae tanto en las organizaciones que operan por fuera de la ley como de aquellas que a pesar de ser legitimadas por el Estado actúan de forma criminal directamente o a través de terceros.

de Roma, pero no el impedimento directo del resultado.

El superior no “comete” en ese sentido un delito de omisión “impropia” de los crímenes base “por omisión” de su deber de vigilancia, sino que omite —en el sentido de un delito de omisión “propia” “solamente” la realización de determinados comportamientos debidos—, con la consecuencia de que no se impide el resultado delictivo causado por el o los subordinados. De este modo, resulta claro que el quebrantamiento de la norma por el superior tiene otra cualidad que la del autor de un delito de omisión “impropia”. Pero esto no solo porque en un delito de omisión “impropia” junto con la lesión del bien jurídico —que también ocurre en un delito de omisión “propia”— tiene lugar la “responsabilidad especial del destinatario de la norma” (Ambos, La Parte General del Derecho Penal Internacional, 2005).

Desde el punto de vista de la perfilación y en virtud de su rol en la organización, el superior responsable se caracteriza por las siguientes categorías:

a. Ideológico: Se caracteriza porque sus actuaciones se “justifican” en posiciones de carácter ideológico. Un elemento importante es que tales posiciones son compartidas por otro grupo de personas que respaldan y alimentan la postura ideológica la cual se ve representada por temas, actitudes, fundamentos y símbolos comunes. Otro elemento importante gira alrededor de la noción de poder. Dentro de la explicación del crimen de genocidio, Mann (2009) explica la interrelación del poder implicadas. En estas el poder ideológico se refiere a la movili-

ción de valores, normas y rituales en las sociedades humanas con un fin determinado. Es por esto que para la configuración del elemento subjetivo en el crimen de guerra, esta movilización en el contexto del conflicto armado tiene el propósito táctico y estratégico para vencer al enemigo y obtener mayor control y poder.

b. Personal: De manera inevitable, el responsable superior en el marco de un conflicto armado tiene un rol de liderazgo. Este rol, lo adjudica cognitivamente del dominio de la información para orientar un plan y unas acciones definidas para alcanzarlo. Requiere el paso a paso, al menos, de la siguiente estructura y procesamiento de información:

- La financiación estratégica y operativa
- El diseño de un plan
- La aprobación de un plan
- La construcción de objetivos
- La organización de grupos
- Las rutas geográficas de operación
- El armamento necesario para los ataques y para la defensa
- El diseño de operaciones tácticas
- El alcance del ataque
- La oportunidad del ataque
- La previsión de daños
- El impacto social y el propósito político.

Estas acciones, entre otras más, realizadas por el que se supone el responsable superior implica todo un proceso de planeación, organización y preparación que cognitivamente exige el conocimiento sobre el contexto del conflicto armado y las consecuencias de la conducta. Definir cada una de ellas reconoce la asociación de esquemas asociados a

la jerarquía de valores y propósitos conjuntos.

Por su parte, desde el punto de vista emocional se requieren dos situaciones en particular: Control y aceptación del riesgo. En relación con la primera, el responsable superior toma decisiones con base en las consecuencias tácticas y estratégicas asociadas al fin de la organización. En la derrota del enemigo es donde se deposita el esfuerzo emocional asociado a la ira y a la negación de la culpa; de forma intencional se dirigen las emociones y las motivaciones con acciones de guerra. Desde la óptica castrense, el superior militar controla no solo sus acciones, sino también las decisiones que por acción u omisión realizan quienes están a su mando. Esto contempla lo relacionado con la aceptación del riesgo en la medida en que en el fragor de la guerra son muchas las situaciones que pueden suceder, pero que como son ejecutadas por los combatientes no hay sensación del daño.

c. Victimológico: Este aspecto de la perfilación nos informa sobre la violación causada, los daños generados en las personas y la forma en que se presentaron los hechos. Ya se sabe que el escenario del conflicto armado determina el crimen de guerra, pero muchas violaciones a los Derechos Humanos no necesariamente se dan en forma causal. Por esta razón, hacer la perfilación de los hechos dan cuenta de si se trata de una operación para obtener ventaja militar o corresponde al accionar aislado de un combatiente. En virtud de ello, es imprescindible para el perfilador contemplar los siguientes aspectos que den cuenta de la responsabilidad del

superior a partir de los hechos criminales. Así, es necesario tener en cuenta las siguientes situaciones: i) la magnitud del daño relacionado con el crimen de guerra; ii) la población afectada por el accionar militar; iii) la calidad de las víctimas; iv) la relación de las víctimas con algún propósito militar; v) la forma de operación o de ejecución del crimen; vi) el tipo de armamento utilizado; vii) los efectos personales, familiares, organizativos y territoriales del crimen de guerra y viii) la organización y planificación operativa del crimen. Identificados los elementos anteriores, si se observa que tienen relación con los propósitos de alguna de las organizaciones en conflicto, se explica la conducta criminal a partir de las manifestaciones victimológicas.

Ahora bien, uno de los interrogantes que se plantea en el ejercicio de la perfilación criminal gira alrededor de las causas de la conducta. En el marco de la guerra, se pueden atribuir situaciones de carácter individual como las anteriores que lo explican. No obstante, dado que la guerra se presenta en un continuo temporal y situacional de agresión, varios son los elementos que favorecen que cualquier persona, con mando o sin él, pueda tener una política de acción criminal como la del superior o pueden con un solo acto convertirse en criminales como el mero combatiente. A lo anterior se llamará la configuración de la personalidad criminal de guerra, la cual se nutre no solo de las condiciones particulares de quienes intervienen en el conflicto, sino que también se deben presentar aspectos de carácter político, social, económico y cultural que la determinan. Es probable que Adolf Hitler no hubiera

sido el máximo responsable del genocidio judío si Alemania no tuviera toda la historia de guerra y poder en su interior y con sus vecinos, si Alemania no tuviera a cuestas la derrota de la Primera Guerra Mundial, si la situación económica y social de preguerra realmente fuera la de un Estado de bienestar, si en últimas la Alemania de posguerra no tuviera un sentimiento colectivo de humillación y de venganza y si, finalmente, la nación entera no hubiera visto en la figura de Hitler la voz moral de la reivindicación.

En resumen, frente a los crímenes de guerra, la perfilación criminal de criminales de guerra de cara a la explicación del elemento subjetivo, se proponen dos tipos de análisis: Por un lado, el relacionado con la existencia y funcionamiento de una organización armada y, por el otro, la existencia y presencia de aspectos ideológicos, personales, victimológicos y contextuales asociados a la configuración de la personalidad criminal de los responsables superiores, sean estos militares o no militares.

V. Propuesta metodológica para la perfilación de víctimas y perpetradores de violación de derechos humanos

La siguiente propuesta metodológica consta de tres aspectos que en conjunto permitirán realizar los perfiles victimológicos y criminales en el contexto de la violación de Derechos Humanos: i) Variables de análisis; ii) Recolección de información; iii) Análisis de información.

Las variables de análisis son el conjunto de información que, de manera focalizada y categorizada, permite

obtener datos específicos sobre el proceso victimológico y criminal en tiempo, modo, lugar y personas determinadas. La recolección de información es el conjunto de acciones a realizar para recabar la información definida dentro de las variables de análisis y el análisis de información (análisis mixto de información cuantitativa y cualitativa) es la sistematización, organización y procesamiento de esta para la elaboración de los perfiles.

Variables de análisis

a. Variable contexto: Significa toda la información relacionada con la historia y dinámica de violencia en un territorio determinado. Ello implica identificar las actividades ilegales pasadas y actuales en el lugar, los grupos al margen de la ley y dentro de la ley con información asociada a la violación de Derechos Humanos en el territorio, georreferenciación del comportamiento criminal en el territorio y los vasos comunicantes con otros, las estructuras políticas en la región, entre otras.

b. Variable violación de Derechos Humanos: Es la información relacionada con la violación de Derechos Humanos. Ello implica identificar la clasificación de los Derechos Humanos violados o amenazados, la forma actual e histórica en que se han violado, el significado de tal violación o amenaza en la población y en los diferentes grupos sociales, las cifras de violación de Derechos Humanos, el impacto que genera esa violación o amenaza de ese o esos Derechos Humanos e identificar los principales beneficiarios con la violación de Derechos Humanos y la relación de esta con la actividad o actividades ilegales en la región.

c. Variable comisión del crimen: Significa la información relacionada con la forma en que se cometió el crimen, se amenazó o puso en riesgo algún derecho humano. Además implica identificar el modus operandi o la forma, los resultados criminalísticos de los hallazgos del lugar de los hechos, el lugar y tiempo en que sucedieron, el análisis de las capturas —si las hubo—, de las judicializaciones previas, de las investigaciones pasadas o en curso por hechos similares, etc.

d. Variable víctima: Significa toda la información relacionada con el perfil psicosocial de la víctima. Además identificar los siguientes aspectos:

- Aspectos personales: Edad, género, ocupación, nivel socioeducativo, características morfológicas, patrón de personalidad, estructura familiar, principales intereses, principales motivaciones, principales creencias, principales temores, etc. Si la persona es víctima de homicidio se tienen en cuenta los aspectos metodológicos usados en autopsia psicológica para determinar su perfil.
- Aspectos sociales: Identificación diferencial de los grupos a los que se les violaron los Derechos Humanos, actividades del o los grupos que frecuenta o frecuentaba la víctima, inclinación política o ideológica del grupo, forma organizativa del grupo, principales efectos en el grupo por la violación o amenaza del Derechos Humanos, historia de violencia hacia el grupo, forma de resistencia o cambios en el

grupo para continuar ejerciendo su labor social, etc.

- Variable criminal: Es toda la información relacionada con los presuntos perpetradores de la violación de los Derechos Humanos, su amenaza o puesta en riesgo y la que permita hacer el perfil de estos. Ello implica identificar el mapa cognitivo de los agresores, es decir, identificar rutas, entorno y lugares que conforman la cotidianidad de los sujetos; en segundo lugar establecer y caracterizar las llamadas zonas de confort, es decir, en donde se cometen los hechos y las razones por las cuales es ese lugar y no otro y, por último, la zona de seguridad o su lugar de residencia para establecer qué tan amplia es la distancia entre la zona de confort y la seguridad. También implica identificar en las historias de desmovilizados y capturados en la región por violación de Derechos Humanos los aspectos psicosociales (personales y sociales) mencionados en el literal “Variable víctimas”.

Recolección de información

Información documental: Consiste en la recolección de información que proviene de las siguientes fuentes:

- a) Información judicial contenida en denuncias, expedientes de casos en curso o ya cerrados y/o sentencias judiciales.
- b) Información contenida en fuentes institucionales, agencias de cooperación internacional y/u organizaciones no gubernamentales o de la sociedad civil.

c) Información periodística contenida en noticias locales y/o regionales.

d) Información contenida en Informes de la Verdad de Comisiones de la Verdad.

Información referencial: Consiste en la recolección de información proveniente de entrevistas a personas determinadas.

- a) A las víctimas directas o a sus familiares.
- b) A la policía judicial.
- c) A los fiscales o a fiscales anteriores con casos similares.
- d) A jueces de conocimiento y de ejecución de penas.
- e) A funcionarios de instituciones con funciones de protección de los Derechos Humanos.
- f) A personas desmovilizadas o en proceso de reintegración.

Información adicional: Toda aquella información que, por distintas fuentes y previa validación, permita obtener la perfilación tanto de las víctimas de Derechos Humanos como de sus perpetradores. En esta categoría se encuentra la información conceptual o en la web que contextualice o reafirme su análisis.

Análisis de información

Consiste en la sistematización, organización y clasificación de la información de manera cuantitativa y cualitativa por matrices para la posterior elaboración de informes de perfilación. Estos, en general, podrán tener las siguientes salidas:

- a) Crimen – Derecho o derechos humanos violados, amenazados o puestos en riesgo.

- b) Perfil victimológico (énfasis en enfoque diferencial y enfoque de género) y perfil criminal.
- c) Relación de la violación de Derechos Humanos bajo el enfoque diferencial y de género.
- d) Relación con el proceso de negociación de la paz.

Conclusiones

La mirada retrospectiva de los procesos de justicia transicional en diferentes países del mundo no solo ha servido para la adaptación del modelo a las necesidades particulares de los conflictos, sino también para hacer una evaluación a largo plazo de lo que fue favorable y de lo que no. Tratándose de la aplicación de la persecución penal varias son las lecciones que ha dejado para el estudio dogmático de la criminología. Es que si bien en el terreno transicional, es inevitable hacer sacrificios jurídicos en virtud de la paz, la justicia justa es exigida por las víctimas como un mecanismo de reparación por encima de cualquier indemnización. Nótese como en el caso del llamado Caracazo versus Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó en 1999 al Estado venezolano no solo por los hechos acontecidos durante febrero y marzo de 1989 en el que fallecieron alrededor de 276 personas, sino también por la demora y casi inexistente aplicación de justicia.

Es por ello que, a la luz del proceso penal en masa que se aplicaría en el marco del modelo de justicia transicional, es inevitable no pensar que muchos protagonistas de la guerra argumentarán que sus actuaciones obedecieron a órdenes de superiores y que su responsabilidad se limita a la

de un llano combatiente. Los desafíos del operador de justicia consistirán en identificar si los graves crímenes cometidos en el marco del conflicto son atribuibles a quienes se acojan al modelo de justicia transicional y así escapar a la competencia de la Corte Penal Internacional. En esa medida, el ejercicio judicial requiere no solo contemplar los elementos objetivos del crimen (los cuales, de contera ya se dan por hecho) sino sus elementos subjetivos. Ahora bien, el tener la intención y el conocimiento del contexto, de la conducta y de las consecuencias no basta imputar el crimen, ya que desde la óptica de la responsabilidad de mando muchos excusarán su actuación basados en órdenes operacionales o de guerra.

La perfilación criminal ha sido desarrollada y utilizada en el contexto de la criminalidad o delincuencia común para la explicación y aporte a la investigación en delitos de alto impacto relacionados usualmente con abusadores, homicidas, homicidas seriales, entre otros. Esto ha dado para un amplio desarrollo literario y cinematográfico en donde la atracción por la mente criminal ha configurado criminales estereotipados como Hannibal Lecter en el "Silencio de los inocentes". Incluso varios documentos han hecho aproximación sociológica de la personalidad de figuras criminales de guerra como Klaus Barbie o Joseph Mengele, sin que ello comporte una explicación criminológica o psicológica de la conducta de este tipo de criminales o de aquellos que sin ser tan sonados hicieron su aporte fundamental en el calor de la guerra.

Por esta razón, en el contexto de la guerra, esta imagen estereotipada del gran criminal se desdibuja con

la cotidianidad de la barbarie y de las dinámicas políticas, económicas y sociales de los conflictos en los territorios. Por lo anterior, bajo la perspectiva de futuras imputaciones en el escenario transicional, tanto de los investigadores judiciales como los jueces y, en general, del sistema penal, podrá utilizar la técnica para nutrir el desarrollo de los casos, sin perjuicio de ser complementada cada día.

Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (2005). Derecho Penal Internacional. Parte General. Montevideo: Konrad Adenauer.
- Ambos, K. (2012). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. Revista General de Derecho Penal, 1-30.
- Corte Penal Internacional (1998). Estatuto de Roma. Roma: CPI.
- Gimenez, A., Requena, L. & De la Corte, L. (2011). ¿Existe un perfil de delincuente organizado? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 1-32.
- Human Rights Watch (2010). Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana.
- Mann, M. (2009). El lado oscuro de la democracia. Valencia: Cambridge.
- Oxman, N. (2013). Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón. *Ius et Praxis*, 139-194.
- Tribunal Militar de Nüremberg (1945). Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Berlín.

Acuerdos de niveles de servicio como instrumento de gestión en el contrato estatal

Recibido: 19 X 2016; Aceptado: 21 X 2017.

AUTOR: JAIME CHAVES V.¹

Introducción

En diferentes contratos que celebra el Estado, principalmente, en aquellos donde se ejecutan actividades de tracto sucesivo, como en la prestación de servicios, se ha generado una práctica comercial encaminada a medir la calidad del servicio prestado y con ello la posibilidad de mejora en las metas trazadas por los contratantes.

Esta forma de medir la prestación del servicio y de permitir la mejora en las metas de actividades es lo que conocemos como Acuerdos de Niveles de Servicios (ANS). Estos acuerdos permiten a las partes realizar un cálculo periódico de las metas inicialmente acordadas en el negocio jurídico, pero que en caso de no cumplirse, a sabiendas de no poner en riesgo la ejecución contractual, el contratista se obliga a realizar un descuento en la facturación del servicio, puesto que se entenderá cumplido el objetivo, pero no con las expectativas inicialmente concebidas.

Claramente, la aplicación de ANS se convierte en una figura muy sensible desde los puntos de vista financiero, técnico y jurídico, puesto que son muchos los elementos que rodean la composición de la medición de un cálculo frente a las actividades desarrolladas por los prestadores del servicio. Necesariamente desde el punto de vista financiero deberá considerarse la afectación presupuestal que mide el ANS, partiendo de la base de un cumplimiento real y efectivo del servicio, en el que no será posible cerrar la oportunidad de mejora al contratista. En este punto fácilmente se crea la tentación de disminuir considerablemente la facturación de un proveedor sin tener en cuenta sus implicaciones presupuestales.

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional. Ha realizado estudios de Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Javeriana. Profesor de la cátedra de Derecho Administrativo, Contratación Estatal y Derecho Constitucional en la Universidad Javeriana, Universidad de la Sabana y Universidad Sergio Arboleda. Conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, abogado asesor en Contratación Estatal y Derecho Administrativo de entidades públicas y privadas. Actualmente, en ejercicio de la profesión, es socio de la firma Consultoría Jurídica de Colombia, S.A.S.

INVESTIGACIÓN

Resumen.

El presente documento tiene como fin describir los Acuerdos de Niveles de Servicios (ANS), que usualmente se pactan en los contratos de prestación de servicios. Para estos efectos presentamos un documento que abarca el tema desde el punto de vista jurídico y que se enfoca en algunos elementos de consideración aplicables a los contratos estatales. Es por ello que el estudio de esta materia, si bien lo apreciaremos como un instrumento comercial aplicable a obligaciones de tracto sucesivo, requiere un fundamento jurídico que describa su naturaleza, puesto que no podrían entenderse dichas disminuciones de valores pagados, sustentados en descuentos comerciales como una sanción de incumplimiento al contratista o prestador de servicios. Aunado a lo anterior es importante resaltar que el acuerdo de ANS se convierte en una gestión de gerencia pública para que las entidades busquen con ello lograr los mejores estándares de calidad en los contratos que celebran; por ello, sin lugar a dudas, los gerentes de contratos públicos tienen en estos acuerdos un gran instrumento de ejecución contractual que debe ser regulado, en aras de proteger el principio de autonomía de voluntad de las partes de donde emanan.

Palabras clave.

Acuerdos de niveles de servicio, descuentos, contratación estatal, principio de autonomía de la voluntad, multas.

Por nuestra parte, creemos que desde el punto de vista financiero deberán medirse los ANS, siempre y cuando la afectación pecuniaria no sobrepase el valor correspondiente a la utilidad, el cual debe ser claramente detallado en la propuesta presentada, puesto que de ser una afectación diferente ya implicaría unos efectos que eventualmente afecten el equilibrio económico del contrato.

Desde el punto de vista técnico, será absolutamente necesario contar con expertos que conozcan muy bien la actividad por desarrollar, de tal forma que los ANS se conviertan, efectivamente, en una herramienta para medir el servicio y permitir su mejora. No tendría sentido pactar acuerdos de niveles de servicios con el fin de imponer metas sobre porcentajes irreales que en la práctica conlleven una imposición de descuentos permanentes. Sobre el particular, debe advertirse que los ANS, por su propia naturaleza, deben buscar la satisfacción total en la prestación del servicio, no la disminución permanente en la facturación de un proveedor.

Para los efectos de este documento que ponemos a disposición del público, abordaremos el estudio de esta materia desde el punto de vista jurídico, ya que haremos una mención al marco normativo sobre el cual se desarrolla el pacto de los ANS en los contratos estatales, principalmente, en los contratos de prestación de servicios, en los cuales las obligaciones contractuales se desarrollan con tiempos previamente definidos por las partes ya que su mayor complejidad residirá en limitar el ejercicio de autotutela, que les es propio a las entidades del Estado con el acuerdo de voluntades encaminado a la mejora del servicio.

Por lo anterior, nuestro principal objetivo será diferenciar la aplicación de los ANS del derecho administrativo sancionador a las actuaciones administrativas enfocadas desde el *ius puniendi* del Estado a los particulares para lograr proteger la prevalencia del interés general. En otras palabras, el presente documento busca diferenciar la aplicación de multas, cláusula penal pecuniaria, declaratoria de incumplimiento u otra manifestación de *ius puniendi*, de la aplicación de un acuerdo de voluntad generado entre las partes para lograr una mejor satisfacción en el servicio prestado, pero que en manera alguna ponga en peligro su prestación.

Los acuerdos de niveles de servicio en contratos estatales

Aspectos generales

Los ANS son una útil herramienta contractual que permite establecer una “*medida de calidad*” con la cual se facilita a las partes de un contrato determinar el grado de satisfacción en el cumplimiento de las prestaciones contratadas. Aun cuando la figura en la práctica suele ser muy común en los contratos de *outsourcing* o, en gene-

INVESTIGACIÓN

Résumé.

Le but de ce document est de décrire les Accords de Niveau de Service (SLA), qui sont généralement convenus dans les contrats pour la fourniture de services. À ces fins, nous présentons un document qui couvre le sujet du point de vue juridique et qui met l'accent sur certains éléments de considération applicables aux contrats d'État. Voilà pourquoi l'étude de cette question, bien que l'apprécie comme un instrument commercial applicable aux obligations successives, elle exige une base juridique qui décrit leur nature, car ils ne pouvaient pas comprendre les montants des réductions soutenues des escomptes payés commerciaux comme sanction de non-conformité à l'entrepreneur ou au fournisseur de services. En plus de cela, il est important de noter que l'accord du SNA devient une gestion publique pour que les institutions puissent ainsi obtenir des meilleures normes de qualité dans les contrats; c'est pour cette raison que les gestionnaires de marchés publics trouvent dans ces accords un instrument d'exécution des contrats, qui doit être réglementé afin de protéger le principe de l'autonomie de la volonté des parties d'auxquelles ils émanent.

Mots-clés.

Accords de niveaux de service, remises, contrats gouvernementaux, principe d'autonomie de la volonté, amendes.

ral, de prestación de servicios², es importante resaltar que no se limita al área contractual (González, 2015). En esa medida, los niveles de servicio pueden ser también un medio para evaluar el desempeño de un área empresarial y así implantar objetivos internos que, independientemente del efecto que pueda tener su no cumplimiento, es fundamental para la gestión de un área de servicio (Croxatto, 2005).

En este sentido, los acuerdos de niveles de servicio pueden definirse de muchas maneras, entre ellas, como “el conjunto de acciones necesarias que establecen los parámetros de operación para que el servicio que se oferta cumpla con los criterios de calidad establecidos en su definición” (Pérez, 2012). Sin embargo, el concepto per se da lugar a considerar:

I. Características técnicas claras en la prestación del servicio

En primer lugar, para establecer un ANS e iniciar un proceso de negocio se deben tener en cuenta las necesidades que los interesados en el servicio demandan, el alcance del servicio, a qué se compromete el proveedor, especificaciones de tiempo y porcentaje de descuento por no cumplimiento. Esto necesariamente implica un conocimiento técnico suficiente en el servicio por contratar, lo cual se convierte en una carga del contratante en la conformación de las metas que busca alcanzar.

² De acuerdo con Rafael D. Natera Hidalgo, en su libro *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles* podemos entender por un contrato de prestación de servicios “Aquel contrato en que una de las partes se obliga a una prestación de servicios, es decir, a realizar una actividad, esfuerzo o trabajo, sin consideración a su resultado, y la otra a remunerar dicha prestación”. Se caracteriza además por ser un contrato consensual, bilateral, oneroso y temporal.

Dentro de un lenguaje jurídico, precisamos la necesidad de contar con unos acuerdos de niveles de servicios debidamente tipificados en los que con claridad se demuestre cuál es la conducta o actividad por evaluar y con ello el tiempo de medición, los documentos con los cuales se valida la información y la forma de medir la actividad. Con estos elementos se configuran unas fórmulas objetivas, transparentes y en condiciones de equidad, para alcanzar los fines propios de una actividad comercial onerosa, facilitando así el acuerdo de voluntades legítimo y natural de la relación mercantil.

2. Niveles de calidad

En segundo lugar, para determinar el nivel del servicio, es necesario conocer las responsabilidades de ambas partes y la capacidad del proveedor para responder a las necesidades del contratante. Esto es así porque dependiendo de las necesidades por satisfacer, el contratante puede diferenciar unas de otras, permitiendo con ello que el cumplimiento del servicio se dé en diferentes niveles, quizás unos más exigentes que otros, lo cual permite que tanto la aplicación de descuentos como los esfuerzos por cumplir las metas sean verdaderamente estimulantes en la prestación del servicio.

Vale resaltar que la implementación de los ANS puede estar correlativamente acompañada de planes de mejora continua que garanticen la viabilidad de soluciones encaminadas a corregir, mejorar y evitar la ocurrencia de falencias en el futuro.

3. Satisfacción del servicio

La conformación de un ANS incluye la formulación de metas que de no ser cumplidas disminuyen la facturación

del servicio. Esto implica la creación de un elemento fundamental en la estructuración del ANS que podemos señalar como la responsabilidad del contratista, por el cual se debe garantizar que los hechos por los que se presenta el no cumplimiento de las metas del servicio obedecen a razones imputables al prestador del servicio, ya que por ende se eximirá de responsabilidad en aquellos casos en que haya una justa causa para ello.

El anterior elemento buscará el cumplimiento de los objetivos claros que pretende un acuerdo de niveles de servicios, esto es, según Navarro (2003):

- a) Establecer criterios de cómo realizar el servicio.
- b) Fijar unos criterios de validación.
- c) Posibilitar la realización de un análisis de rentabilidad del servicio.
- d) Facilitar el seguimiento y control del servicio.

De tal manera se estipulan en pro de permitir al contratante identificar las fallas en la ejecución del servicio y con ello la posibilidad de disminuir el valor pagado al contratista, todo esto bajo una regulación técnica de las actividades para desarrollar. Por su parte, para el contratista, si bien los ANS pueden traducirse en afectaciones financieras por no cumplimiento, estos a su vez se presentan como una herramienta que permite medir su gestión, implementar los mejores estándares de calidad, buscar una mejora continua en el servicio, por ende, lograr la integridad de sus fines económicos.

A) Ámbito jurídico de los ANS

Ahora bien, desde el punto de vista contractual y en lo referente a los descuentos por incumplimientos, los

valores disminuidos, por parte del contratante, tienen el tratamiento de descuentos en la facturación previamente conciliada por las partes, concibiendo así un procedimiento que necesariamente garantice el derecho de audiencia y de defensa para el contratista, quien deberá justificar, de forma motivada, las fallas existentes en sus servicios y, en los casos que sea procedente, la justificación para lograr una exoneración en la responsabilidad.

Lo anterior, sin perder de vista los efectos tributarios que generan los ANS, puesto que en ningún caso se podrán entender como sanción, sino, como lo hemos mencionado, como descuentos comerciales en la facturación, lo cual encuentra sustento jurídico en la regulación contemplada por el artículo 454 del Estatuto Tributario bajo los siguientes términos:

“Artículo 454. Los descuentos efectivos no integran la base gravable. No forman parte de la base gravable los descuentos efectivos que consten en la factura o documento equivalente, siempre y cuando no estén sujetos a ninguna condición y resulten normales según la costumbre comercial...”.

En conclusión, se pueden considerar los ANS como el mecanismo que facilita tanto al contratante como al prestador del servicio (contratista) una satisfacción en las prestaciones contratadas y correlativamente una oportunidad de mejora para el servicio prestado, generando para el primero la posibilidad de realizar descuentos en la facturación en los casos que se genere una transgresión a las fórmulas técnicas pactadas, mientras que para el segundo se traducen en una medición objetiva de su servicio que, correlativamente, abre la oportunidad para mejorarlo

y corregir las fallas imputables a su actividad.

Esto, en la medida que si bien a través del contrato en términos generales se establece cuál es el servicio que se requiere, por medio de los acuerdos de niveles de servicio se determina de manera detallada cómo se quiere la ejecución de la actividad, precisando posibles afectaciones económicas en caso de no satisfacer lo acordado en los niveles propuestos (Navarro, 2003).

Bajo este entendido, desarrollaremos el estudio de los ANS a continuación desde la perspectiva jurídica de los contratos estatales para identificar el marco normativo.

I. Régimen jurídico de la contratación estatal

Por fundamento normativo contemplado en los artículos 133 y 404 de la Ley 80 de 1993, en los contratos estatales serán aplicables para la ejecución de las obligaciones contractuales las normas civiles y comerciales que regulen la actividad contratada. Esto es ampliamente reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que en varias oportunidades se hace referencia a la naturaleza jurídica que actualmente orientan los

³ “Artículo 13. De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)”.

⁴ “Artículo 40. Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales (...)”.

⁵ Colombia, Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Diario Oficial 41094, 28 de octubre de 1993. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=304>.

contratos estatales de Colombia, con lo cual se integra un derecho privado y un derecho público para conformar el ordenamiento normativo que orienta el contrato estatal. En jurisprudencia del 20 de agosto de 1998 con número de radicado 142026, el alto tribunal ha manifestado que el Estatuto de Contratación reconoce regímenes diferentes al público y por ende la contratación estatal goza de un régimen propiamente mixto. Así lo argumentó:

“Como ya lo ha expresado la Corporación mediante la Ley 80 de 1993, la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado. En efecto, el precitado art. 32 prescribe que los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto se encuentran ‘previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad’, así como los que, a título enunciativo, allí se establecen.”

Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra ley o derecho ajeno”.

De otro lado, en sentencia del 30 de enero de 2008 con número de

⁶ M. P.: Juan de Dios Montes Hernández.

radicado 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867)7 indicó:

“También importa destacar que la clasificación de estatal, respecto de un determinado contrato, no determina, per se, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a la cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar —como ocurre—, que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado”.

En lo que tiene que ver con la Corte Constitucional, a propósito del régimen general de los contratos estatales, la jurisprudencia también ha guardado una gran uniformidad de conceptos, ratificando que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la incorporación del principio de autonomía de voluntad de las partes hace presencia en el desarrollo de los negocios que lleva a cabo el Estado; en este sentido, manifestó la Corte:

“En consonancia con el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, el primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 establece un orden de precedencia normativo para la celebración de los contratos por parte de las entidades estatales, fijando al efecto la regla general según la cual los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo

en las materias particularmente reguladas en esa ley. De lo cual se sigue que en cada hipótesis contractual el ordenador del gasto deberá indagar primero sobre la eventual existencia de reglas especialmente previstas en el Estatuto de Contratación Pública para el mejor desarrollo de su gestión, para luego sí, en caso positivo, aplicar los respectivos dispositivos de este Estatuto, y solo de manera subsidiaria y residual, las normas comerciales y civiles.

De este modo el Legislador estableció un Estatuto mixto que a un tiempo les da cabida tanto a principios y reglas protectoras de la gestión estatal como a dispositivos abiertos a la iniciativa privada y la libre empresa. Así, nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico provee a un mismo tiempo disposiciones de derecho público y de derecho privado a la contratación estatal, a cuyos efectos deben articularse adecuadamente los respectivos contenidos normativos, en la perspectiva de la legalidad, oportunidad y conveniencia del gasto”⁸.

Lo anterior ha sido reafirmado en el mismo sentido, al establecer en sentencia C-499-15⁹ que el régimen dual de nuestro Estatuto General de Contratación está conformado por disposiciones de orden público y privado:

“La particular finalidad del contrato estatal no solo afecta los derechos y las obligaciones de las partes, que son diferentes, sino que también incide en la normatividad aplicable

al mismo. Conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, las normas aplicables al contrato estatal son las comerciales y civiles, salvo en las materias reguladas de manera especial por la ley. Entre las materias que tienen una regulación especial, que difieren con claridad de lo que suele ocurrir en las normas comerciales y civiles, se encuentran las denominadas potestades excepcionales de las entidades estatales, que son aplicables y se entienden pactadas incluso si no se consignan de manera expresa en el contrato. Estas potestades excepcionales no se reconocen a los contratistas”.

Por lo anterior, es preciso advertir que la contratación estatal no se circunscribe a un régimen jurídico únicamente administrativo o público, sino que, por el contrario, goza de un régimen jurídico mixto que contempla incluso disposiciones de derecho privado. Luego identificar la contratación exclusivamente con lo público, excluyendo lo privado, resulta realmente desafortunado, tal como lo explica Dávila¹⁰, pues en su sentir

“La integración de lo público y privado con la connotación hecha integra el régimen jurídico de la contratación estatal, mirado este como un todo.

(...)

La falta de comprensión del régimen mixto de nuestra contratación y por ende la ilusoria creencia de un régimen totalmente público han llevado a que se expidan normas

⁸ Así lo señaló en sentencia C-249-04. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-249-04.htm>

⁹ C-499-15 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-499-15.htm>.

¹⁰ Para el autor, la idea de separar el derecho privado de la contratación estatal resulta inaudito, puesto que la misma Ley 80 de 1993 nos ha remitido por regla general a lo privado. Régimen jurídico de la contratación estatal.

⁷ M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

*especiales generales que han con-
ducido a un verdadero caos”.*

(...)

Es tan claro que la exclusividad de lo privado en donde exista Estado es impensable y que las excepciones al estatuto no son a todo su cuerpo, sino que se concentran básicamente respecto de los procesos de selección y de las denominadas cláusulas excepcionales” (Dávila, 2016).

De igual manera, para Marín (2008) es claro que los artículos 13 y 40 vinculan en los contratos que celebran las entidades estatales el principio de autonomía de voluntad de las partes, principio propio de la actividad privada de los contratos que se involucra en la contratación estatal, dejando a un lado la teoría de los contratos estatales propiamente dichos y fusionando en nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones civiles y comerciales tanto para la actividad privada como también para la pública. En palabras del autor:

“En relación con el régimen jurídico del contrato estatal, según el artículo 13 del Estatuto, los contratos que celebren las entidades estatales se rigen por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por la Ley 80. Vale decir: tales acuerdos se someten al régimen especial previsto por el estatuto contractual y en ausencia de las normas de derecho privado. El artículo 40 del Estatuto, al regular el contenido del contrato estatal, preceptúa que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles y comerciales y las previstas en la ley correspondan a su esencia y naturaleza” (Marín, 2008).

Lo anterior guarda total coherencia con los fundamentos teleológicos de la Ley 80 de 1993, en su exposición de motivos se sustentó lo siguiente ante el Congreso de la República:

“I. Universalidad del Estatuto Contractual

La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística, lo cual entraba la actividad estatal, como lo ha demostrado la experiencia. Solo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal”.

Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.

La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos en nombre del Estado.

Así pues, esta ley pretende convertirse en la general y única para el Estado en todo el territorio nacional. Para los efectos de la ley se denominan entidades estatales la nación, el Distrito Capital, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta con participación estatal mayoritaria, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, las áreas metropolitanas y las asociaciones de municipios. Además, el artículo segundo del proyecto extiende el ámbito de aplicación a las nuevas instituciones previstas en la Carta Política de 1991 como las regiones, las provincias, los distritos especiales y los territorios indígenas, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación. De igual modo se establece que para los efectos de este proyecto se consideran como entidades estatales, “las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que el Estado tenga participación

mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles” (art. 20).

En esa medida el principio de autonomía de voluntad de las partes se convierte en un pilar fundamental de las relaciones contractuales que dirige el actuar de las entidades públicas en esta materia, abriendo paso a las posibilidades de realizar acuerdos o cláusulas propias del derecho privado en el contrato con una entidad pública, pero con los límites propios del principio de legalidad, pues en ningún caso habrá de suplantarse por vía de acuerdo de voluntades esta garantía constitucional. Ahora bien, es preciso detenernos a considerar el alcance del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

I. Autonomía de la voluntad de las partes

Para el tema que nos ocupa, el profesor argentino Miguel Marienhoff afirma que el principio de autonomía de voluntad de las partes presente en los contratos estatales estará sometido a los intereses generales del Estado (1965), lo cual nos lleva a un escenario en el que el interés público va a marcar una diferencia entre los contratos públicos y los privados al ser una limitante de la autonomía de la voluntad, donde por ejemplo esta debe ser reemplazada por criterios objetivos para la selección de la oferta más favorable a través de procesos de licitación o concurso y adicionalmente requiere un procedimiento presupuestal para la disposición del gasto público (Cuenca, 2010).

Por su parte, “El principio de la autonomía de la voluntad en la Administración es aquel que se traduce en la posibilidad concreta de celebrar los contratos que sean convenientes

para la comunidad, por ello no se puede hablar de tener en cuenta los intereses del contratista sino el interés general a partir del cual se celebra un contrato estatal” (Escobar, 1999).

De igual manera, la Corte Constitucional reafirma lo que la doctrina plantea en la sentencia C-713/2009, estipulando que

“El fin de la contratación pública en el Estado social de derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas’ (...).”

En una de sus providencias más claras sobre la materia, el Consejo de Estado interpretó la aplicación del principio de autonomía de voluntad de las partes en los contratos estatales, pero bajo la limitación propia del principio de legalidad; así lo expresó el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo:

En aras de dar una respuesta al cargo formulado, es necesario precisar que en la contratación realizada por las entidades estatales rige el principio de la autonomía de la voluntad; ello significa que el ordenamiento jurídico otorga verdadera libertad para especificar el contenido y determinar las estipulaciones del negocio jurídico, las cuales deben enmarcarse dentro de las normas civiles y comerciales y aquellas previstas en el Estatuto

de Contratación estatal. Por tanto, existe libertad en la determinación de la tipología contractual, porque como dispone el inciso 4 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las partes pueden incluir “...las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”. Por lo tanto, como señala la jurisprudencia, “las actuaciones contractuales de la Administración y las obligaciones surgidas de las estipulaciones del contrato están definidas por los términos pactados, los cuales constituyen ley para las partes”¹⁰⁰.

Así, el principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios. Es necesario hacer una salvedad: Los intereses de los que aquí se habla tienen el alcance que el ordenamiento jurídico les permita, comoquiera que la actividad de la Administración debe siempre estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad. “En ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas cuál es el ámbito propio de disponibilidad de los intereses objeto de regulación por la vía del negocio jurídico”¹⁰¹.

De lo dicho hasta el momento se puede inferir:

- a) El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación estatal; en virtud de este, los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes.
- b) Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal no se circunscriben a las consignadas en el Estatuto de Contratación Estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes.
- c) Aun cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, estos siempre deben responder a la satisfacción de intereses generales, respetar el patrimonio público y ser acordes con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Esta circunstancia pone de presente que la libertad negocial reconocida a las autoridades administrativas no es equivalente a aquella reconocida a los particulares y por ello siempre está sometida a principios de derecho público¹⁰².
- d) El Estatuto General de Contratación Estatal reconoce el poder a las partes de estipular obligaciones que den contenido a negocios jurídicos que no son nominados o típicos, posibilidad enmarcada obviamente dentro de las necesidades del servicio, sin que ello implique un desconocimiento de las limitaciones que puedan llegar a desprenderse del ordenamiento jurídico. Por ello en el artículo 32 se señala que *“son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que*

celebren las entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”

- e) En ejercicio de la autonomía de la voluntad, nada impide en el ordenamiento jurídico que, como lo señaló el Ministerio Público, se puedan celebrar contratos cuyo objeto sea el diseño para posteriormente contratar una obra o que para la realización de esta se deba contar con un diseño propio. En el segundo evento, de hecho, la entidad puede considerar que así se generan menores costos y que esta es la mejor manera de viabilizar el principio de economía¹¹.

Esta postura fue reiterada en sentencia del 31 de agosto de 2011 con radicación 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), en la que se estableció:

“El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la Administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente 36054 B del 14 de abril de 2010.

el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la Administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y, de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad”¹².

Lo anterior nos permite afirmar que la contratación estatal no es más que un medio por el cual el Estado satisface sus necesidades y busca el cumplimiento de sus fines estatales, siempre bajo la premisa de la protección al interés general, como ahora veremos.

2. Prevalencia del interés general

Los postulados establecidos en el artículo 1.º de la Constitución Política de Colombia consagran nuestro Estado social de derecho y la filosofía de Estado por la cual las autoridades deben garantizar la *“prevalencia del interés general”*, fin que en materia de contratación administrativa se cumple de forma imperante con la consagración de las potestades excepcionales en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues en ella se otorgan facultades expresas para que la entidad contratante, por encima del principio de autonomía de voluntad de las partes, pueda modificar, interpretar e incluso terminar unilateralmente el contrato con el fin de hacer prevalecer el interés general.

Estas potestades se han reconocido como un instrumento de autotutela administrativa encaminada al cumplimiento de los fines estatales; así lo ha expresado nuestro Consejo de Estado:

22. Ahora, de acuerdo con lo establecido anteriormente, queda

¹² Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

claro que por la naturaleza de la entidad contratante, así como por la fecha en la que ocurrieron los hechos materia de controversia, el régimen jurídico aplicable al acuerdo contractual es el contenido en la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 14 consagró medios con los que cuentan las entidades públicas para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, los cuales, en cuanto ejecutables unilateralmente por parte de la Administración, resultan excepcionales al derecho común. De acuerdo con esta norma, las referidas herramientas son:

Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

11. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las

personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

22. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2.º de este artículo, o

que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

23. Como se puede observar, las materias en las que está permitido a las entidades públicas contratantes decidir de manera unilateral están previstas de manera expresa e incluso consagrada junto a limitaciones en su pacto y uso.

24. Se distinguen de la norma transcrita los poderes de autotutela para la interpretación unilateral del contrato, la modificación unilateral de este, su terminación, su sometimiento a las leyes nacionales y la posibilidad de declarar la caducidad como consecuencia de un grave incumplimiento del desarrollo del objeto contractual.

25. También se indica en ella que estas facultades no pueden pactarse en favor de las entidades estatales en todos los tipos de contratos, sino que existen algunos en los que puede llegarse a este acuerdo por estar autorizado por la ley, otros en los que se encuentra prohibido hacerlo y otros en los que se entienden acordadas estas facultades aun cuando no hayan sido incluidas en el texto del negocio[ix].

26. Así, la inclusión de las potestades extrañas al derecho común será virtual en los contratos relacionados con el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o

concesión de bienes del Estado y en los de obra. Esto quiere decir que aun cuando no aparezcan de manera expresa en el texto del contrato, se entienden acordadas por ministerio de la ley.

27. Por otra parte, pueden pactarse, aunque no es obligatorio sino discrecional, en los contratos de suministro y prestación de servicios; mientras que está proscrito su acuerdo en aquellos contratos que se celebran con personas públicas internacionales, los de cooperación, los de donación, los de arrendamiento, los que comprendan la realización de actividades científicas o tecnológicas, los de seguros tomados por las entidades estatales y aquellos cuyo objeto sea la ejecución de actividades comerciales o industriales de las entidades que no correspondan a las indicadas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

28. La jurisprudencia de esta Sección ha establecido que, en el marco de la Ley 80 de 1993, sin las modificaciones introducidas por la Ley 1150 del 2007, el uso de estas facultades no solo se encuentra limitado por el tipo de contrato y su objeto, sino también de forma temporal, siendo claro que solo pueden hacerse efectivas mediante el ejercicio de la autotutela antes del vencimiento del término que se hubiese establecido para la ejecución del contrato.

29. El ejercicio de estos instrumentos por parte de la Administración después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, incluso alegando que su uso obedece a la protección del

interés general, es ilegal y por lo tanto nulo por falta de competencia para la expedición del acto en el que se tome tal decisión[xi]¹³.

Esta materia ha sido abordada de manera regular por este tribunal, ya que en igual forma había ratificado estos conceptos en la sentencia del 24 de octubre del 2013 con radicación 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), afirmando:

“El fundamento de estos poderes, reservados a la Administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio. (...) las cláusulas exorbitantes son —de acuerdo con la Ley 80 de 1993—: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales. En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo”.

Las potestades o cláusulas excepcionales aparecen entonces en el ordenamiento como una excepción al principio de igualdad entre las partes de un contrato, por cuanto se debe generar una desigualdad positiva a favor de la Administración, ya que es la parte que tiene como objetivo el interés general, a diferencia del contratista, que

busca su propia satisfacción (Lombana, 2016). Estas se caracterizan porque solo rigen para contratos del Estado, cuentan con un carácter excepcional, su aplicación está limitada a las condiciones legales y, por último, no es posible aplicarlas por interpretación analógica (Rodríguez, 2007).

Es importante resaltar de nuevo que esas facultades excepcionales se encuentran expresamente consagradas en la ley, y en desarrollo del principio de legalidad habrán de entenderse como taxativas y de interpretación restringida, de tal manera que su límite se encuentra en la legislación, dado que sus efectos se limitarán solo a lo que esta última haya previsto.

Por su parte, en lo que a estas refieren, la Corte Constitucional justifica estas potestades en la sentencia T-1341/2001 afirmando: *“El establecimiento de esta clase de potestades excepcionales encuentra apoyo constitucional en las reglas que exigen que la función administrativa debe adelantarse en aras de la consecución de los fines estatales y con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C. P., art. 209) (...)”.* Lo anterior nos permite reafirmar que estas cláusulas existen en función de los fines del Estado y de la protección del interés general por encima del particular.

Así las cosas, desde un punto de vista jurídico y exegético, los ANS, por no encontrarse establecidos como potestad excepcional en la ley, no pueden ser entendidos como tales. Por ende, el acuerdo de niveles de servicios responde al principio de autonomía de voluntad de las partes, lejos de las potestades excepcionales o del poder de autotutela, propio de las autoridades administrativas enca-

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas. Expediente 28915 del 28 de septiembre de 2015.

minadas a la búsqueda de satisfacer el interés general.

En esa medida, el principio de autonomía de voluntad de las partes, al concebirlo como una actividad mercantil propia de una relación onerosa creada por el acuerdo de voluntades y regulada por las disposiciones técnicas del pliego de condiciones, ha de establecer unas metas que permitan identificar cuándo se presenta su cumplimiento satisfactorio, calculándolas bajo un ámbito de equidad, debido proceso, oportunidad y eficiencia, sin que en ningún caso se los pueda contemplar como sanción, potestad excepcional u otro diferente que altere su naturaleza.

En nuestro concepto, entre todos los ámbitos mencionados anteriormente, el debido proceso es quizás uno de los elementos más importantes no solo a la hora de aplicar ANS, sino en todos los escenarios en los cuales el Estado tenga participación, en razón de la sensibilidad que implican las relaciones del Estado con los particulares, en las que el primero se debe despojar de su gran fortaleza y mantener una relación jurídicamente estable con sus contratistas, lo que admite el debido proceso como un pilar de la actividad estatal contractual, en la medida que esta envuelve diferentes actuaciones administrativas (Chaves, 2015).

No obstante, se hace absolutamente necesario precisar que al referirnos al debido proceso en el escenario de la contratación estatal, no nos referimos en primera medida al debido proceso judicial con el cual se busca la resolución de conflictos de orden jurídico en pro de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, sino a un debido proceso administrativo que aboga más bien por el cumplimiento de la función

administrativa en beneficio del interés general y que por ende además de brindar seguridad jurídica en los contratos del Estado, va a evitar la afectación a la legitimidad de este último en la ejecución de dichos contratos (Chaves, 2015).

Es claro que a través de los contratos estatales el Estado satisface necesidades para cumplir sus fines, y para ello necesita del ejercicio de la función administrativa; de ahí que los preceptos del debido proceso administrativo sean propios de este escenario contractual.

En este sentido, una manera de evidenciar la observancia del debido proceso en la aplicación de ANS se encuentra en la conciliación que se lleva a cabo entre las partes para que el contratista justifique de manera motivada los hechos generadores de la falencia en el servicio y eventualmente pueda exonerarse de responsabilidad, puesto que no siempre el incumplimiento de metas será sinónimo de afectación económica.

Una vez expuesto lo anterior, se puede concluir que los ANS son una herramienta que también tiene lugar en los contratos estatales; y aunque esté condicionada a preceptos constitucionales tales como el debido proceso y el principio de legalidad, su pacto debe garantizar los estándares de desempeño para la ejecución de contratos. Por ejemplo, en el caso de Colombia, el uso de los niveles de servicio es cada vez más habitual. Hoy en día los proyectos en los que el sector privado presta servicios de infraestructura a la Administración Pública se caracterizan por contar con niveles de servicio, tal como se puede evidenciar en cualquiera de las guías de contratación estatal que emite la Alcaldía de Bogotá.

3. Los ANS como fuente de incumplimiento en la contratación estatal

Una situación diferente se contempla en aquellos casos en los cuales el Estado como contratante encuentra una afectación del servicio que incide de forma grave en la ejecución del contrato, caso en el cual deberá garantizar la prevalencia del interés general, pues, de lo contrario, incurriría en un incumplimiento de su deber constitucional.

En ocasiones, la reiteración de descuentos en ANS puede ser la fuente para que el contratante identifique una falla en el servicio contratado, caso en el cual deberá evaluar la situación y los hechos para definir si debe acudir a sus potestades excepcionales con las cuales garantice el cumplimiento y satisfacción de las necesidades del Estado.

En otras palabras, los ANS pueden convertirse en una muestra de falla del servicio si se presenta una afectación grave de este y con ello se fundamentará la necesaria actuación administrativa, basada en el principio de legalidad y en el derecho al debido proceso¹⁴ que anteriormente referíamos, para determinar si el contratista debe ser sometido a la imposición de un descuento. En términos técnico-jurídicos, esto implica el desarrollo de las disposiciones contempladas en el artículo 29 de la Constitución Política¹⁵, artículo 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, artículo 17 de la

¹⁴ La Corte en sentencia C-089-11 establece que el debido proceso constituye una garantía para todo acto mediante el cual se pretenda imponer sanciones, cargas o castigos, en esa medida es un límite al abuso del poder de sancionar de la administración.

¹⁵ Colombia, Constitución Política (1991). Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=4125>.

Ley 1150 de 2007¹⁶ y particularmente en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011¹⁷.

Así las cosas, con certeza podemos manifestar que el acuerdo de ANS se traduce en un incentivo para el contratista, razón por la cual su naturaleza intrínseca es buscar el cumplimiento de la prestación del servicio bajo unos parámetros de calidad previamente definidos por las partes y que correlativamente generarán una continua mejora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

De lo anterior se desprende que los descuentos por incumplimiento de los ANS guarden coherencia con la naturaleza misma de estos, pues perderían sentido si la aplicación del ANS afecta de forma tal la facturación del contratista que termina teniendo efectos propios de una cláusula penal, por ejemplo. En este sentido, los descuentos del ANS deben ser conminatorios y no sancionatorios, pues se parte de la base de que son descuentos comerciales mas no sanciones, por consiguiente, se cuenta con diferencias importantes en todos los sentidos.

¹⁶ Colombia, Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Diario Oficial 46691, 16 de julio de 2007. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>.

¹⁷ Colombia, Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial 48128, 12 de julio de 2011. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>.

Conclusiones

En aras de permitir una acertada conclusión de los temas expuestos, podríamos resaltar las siguientes:

1. El principio de autonomía de la voluntad a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 permite el acuerdo de niveles de servicios por tratarse de un acuerdo comercial propio del derecho privado.

2. Con fundamento en lo anterior, debe distinguirse la naturaleza de este pacto, las potestades excepcionales con que cuenta la entidad pública para desarrollar su poder de autotutela, instrumentos y mecanismos encaminados a buscar la prevalencia del interés general.

3. Los ANS responden a una necesidad comercial para medir el servicio eficiente y satisfactoriamente prestado. Ello permite que los contratantes y contratistas determinen previamente las condiciones de niveles, fórmulas y tipos que lleven a una aplicación clara y honesta en la disminución de facturación.

4. Desde el punto de vista jurídico, los ANS requieren la aplicación precisa del derecho al debido proceso, del principio de legalidad y claramente de todas las garantías pertinentes para identificar la responsabilidad del contratista en el cumplimiento de las metas. Ahora bien, esto en nada puede convertir los ANS en sanciones, como sí lo son las multas y la cláusula penal pecuniaria.

5. La aplicación de ANS guarda completa relación con la eficiente y

satisfactoria prestación del servicio, a diferencia de la protección del interés general, el cual se salvaguarda con las potestades excepcionales.

6. Bajo este entendido, los ANS requieren un estudio integral tanto jurídico como financiero y técnico, puesto que no será posible contextualizar su existencia sin contar con parámetros de medición reales en la prestación del servicio y bajo unos elementos presupuestales que permitan su viabilidad.

Referencias bibliográficas

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente 36054 B del 14 de abril de 2010.
- Colombia, Constitución Política (1991), disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.
- Congreso de la República Ley 1150 de 2007, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>.
- Congreso de la República Colombia, Ley 1474 de 2011, Diario Oficial 48128, 12 de julio de 2011. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>.
- Ley 80 de 1993, Diario Oficial 41094, 28 de octubre de 1993. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>.
- Sentencia C-249-04. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-249-04.htm>

El agresor sexual adolescente en el sistema penal para adolescentes (Ley 1098 de 2006), ¿quiénes son?, ¿cómo estamos?, ¿hacia dónde ir?

Recibido: 7 X 2017; Aceptado: 25 X 2017.

“La risa cura, es la obra social más barata y efectiva del mundo”.
Robert Musil.

AUTOR: MIGUEL ÁLVAREZ-CORREA G¹.

Cada vez que se atiende a un joven agresor sexual se incursiona en una burbuja de tiempo en la cual se entrecruzan en el adolescente sentimientos encontrados de negación, temor, incomprensión o desconcierto —ligados en su mayoría a vivencias pasadas— que se movilizan bajo la etiqueta del secreto.

Con cierta frecuencia, tanto el directamente involucrado como su familia pretenden —de puerta para afuera— banalizar los hechos y las circunstancias que rodearon el abuso sexual. Al ser judicializado el adolescente, y una vez cumplido con el trámite de la sanción impuesta por el juez, todo suele naufragar en un convencional, penoso y peligroso olvido: la vida sigue, haya o no recapitado el infractor.

Entre los adolescentes sancionados en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes por la comisión de un delito sexual se encuentra una multiplicidad de perfiles, en los que predominan dos

¹ Antropólogo con estudios en derecho de la Universidad de los Andes minor`s en economía y derecho del mismo ente académico, especializado en derecho de menores de la Universidad Externado de Colombia, master en psicología de la AIU. Actualmente labora en el Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP), donde es coordinador del Observatorio del Sistema Penal Acusatorio y del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, del grupo de investigación Justicia Formal y Justicia Comunitaria, y coordinador y tallerista de la sanción de amonestación (1098/2006: Art. 182). Ha publicado cincuenta libros sobre temáticas de infancia, justicia en equidad, sistema penal acusatorio, justicia transicional, sistema de responsabilidad penal para adolescentes, reubicación rural, minería, delitos ambientales, delitos sexuales, homicidio, tribus urbanas, conflicto armado, sustancias psicoactivas, entre otros, y artículos en revistas científicas. Docente universitario. Correo electrónico: c.miguel.a@gmail.com

* Álvarez-Correa, M., Valencia, L. (2016). El otro invisible. Reparación de las víctimas de los adolescentes infractores de la ley penal, Ley 1098/2006. ¿Dónde estamos? IEMP.

INVESTIGACIÓN

Resumen.

Los adolescentes que infringen la ley penal en una edad comprendida entre los 14 y los 18 años de edad no cumplidos, son procesados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, contemplado en la Ley 1098 de 2006, o código de infancia y adolescencia. En ese marco, los jóvenes judicializados por la comisión de un delito sexual conforman una población de complejas características, cuya atención judicial e institucional resulta en Colombia deficiente a lo largo del territorio nacional. Por dicho motivo, el IEMP, a través del OSRPA, desarrolló la investigación “Yo no fui. Agresores sexuales adolescentes en la Ley 1098/2006” (2016), la cual conforma la fuente principal del presente artículo, en el cual se busca analizar algunos aspectos del proceso judicial y de la atención psicosocial e institucional que se le brinda a este sector de los jóvenes infractores. También se tomaron los resultados de la obra “El otro invisible”. * Reparación de las víctimas de los adolescentes infractores de la ley penal, 1098 de 2006. ¿Dónde estamos? (2016), en cuanto atañen a la reparación del daño.

Palabras claves.

Adolescente, joven infractor, delitos sexuales, reparación, resocialización, institucionalidad.

gruesas líneas causales; en la primera se ubican aquellos jóvenes cuyas actuaciones transgresoras se originan en un vacío educativo o informativo, mientras que en la segunda, se catalogan aquellos que estuvieron impulsados por raíces más profundas, más complejas, que requieren una intervención especializada más puntual, de orden sociocultural, psicológico y/o psiquiátrica, en la que se involucran factores asociados a la dinámica familiar, personal, social y cultural del individuo.

¿Qué futuro real puede auspiciárseles a estas personas, de conformidad con la naturaleza de sus condiciones personales y de la oferta institucional existentes, por la comisión de un delito en contra la libertad, integridad y formación sexuales?

¿Son las sanciones desarrolladas en ese contexto talanqueras suficientes para garantizar la no reincidencia y la restitución de los derechos de los adolescentes?

En ciertos casos la respuesta es afirmativa, en otras no. Lastimosamente, la falta de implementación de un seguimiento sistemático posmedida —a todos aquellos que cumplieron con los programas de resocialización—, y en algunos casos que recibieron atención terapéutica, imposibilita establecer un dato certero y confiable sobre el particular. Por demás, en la eventualidad de haberse brindado una atención oportuna, esta, si bien reduce la opción de la reincidencia, no la elimina.

¿Cuáles son los motivos por los cuales la política criminal juvenil no contempla acciones complementarias, más allá de la observancia de la medida judicial, sin perjuicio de la edad del implicado? En efecto, si bien a quienes hayan sido sancionados por un delito cometido en el marco de la Ley 1098 de 2006, se les puede exigir el cumplimiento de la misma hasta los 25 años de edad, la institucionalidad no ha demostrado un real interés para garantizar la reinserción.

Propósito y metodología

Los adolescentes de este estudio son individuos que cometieron el delito por el cual fueron procesados después de los 14 años cumplidos y antes de los 18 años, aunque en el desarrollo de las respectivas instancias judiciales y en el proceso de ejecución de sus sanciones, superan a menudo esa edad, ubicando los sujetos de nuestro interés, desde una perspectiva psicosocial, entre la preadolescencia y la adolescencia.

Independientemente del estatus judicial del individuo, es común observar en la adolescencia la manifestación de crisis de oposición, desarreglos emotivos, imaginación desbordada, rasgos narcisistas, crisis de originalidad, acompañados de sentimientos de inseguridad y de angustia que pueden verse reflejados por medio de la agre-

INVESTIGACIÓN

Résumé.

Les adolescents qui violent le droit pénal, étant âgés de 14 à 18 ans, sont poursuivis par le système de responsabilité pénale pour adolescents, qui comprend la loi 1098/2006, ou code de l'enfance et de l'adolescence. Dans ce contexte, les mineurs poursuivis pour avoir commis une infraction sexuelle, constituent une population de caractéristiques complexes dont l'attention institutionnelle est clairement insuffisante sur l'ensemble du territoire national. Sur la base de cette prémisse, l'IEMP, par le biais de l'OSRPA, a développé la recherche «Ce n'est pas moi». Les agresseurs sexuels adolescents dans la loi 1098/2006 (2016), qui constitue la principale source de cet article qui cherche à analyser l'attention à ce secteur de jeunes contrevenants. Les résultats du travail "L'autre invisible". Réparation des victimes de mineurs délinquants du droit pénal, Loi 1098/06. Où sommes-nous? (2016), ont également été considérés.

Mots clés.

Adolescent, jeune délinquant, infractions sexuelles, réparation, ré-socialisation, institutionnalité.

sividad, de las malas contestaciones, de la melancolía, de la tristeza, de la euforia, etc.

Desde el análisis de las causas, ¿qué tanta relación puede existir entre la comisión de delitos sexuales por parte de un adolescente y las características de la etapa de crecimiento en la cual se encuentra? Las respuestas se afianzan —entre otros— en la condición sociofamiliar y en las particulares vivencias personales de cada joven.

Impulsado por la trayectoria investigativa sobre delitos sexuales del Observatorio del SRPA del Instituto de Estudios del Ministerio Público, y la limitada información de esa naturaleza a nivel local (Colombia) e internacional, el OSRPA promovió el desarrollo de un diagnóstico poblacional e institucional sobre los adolescentes agresores sexuales en el país.

Partiendo de esta premisa, el presente documento busca precisar algunos aspectos judiciales, institucionales y poblacionales de los adolescentes, que den cuenta del estado real de atención, que se le brinda a esta problemática.

La ausencia de un sistema de información cualitativo y cuantitativo, eficaz y actualizado en el SRPA, tanto en las instancias judiciales, como en el ámbito de la ejecución de las sanciones, obligó a explorar directamente la información de base. De esta manera:

- Se realizó, a modo de muestreo, una revisión del ciento por ciento de los procesos de jóvenes sancionados por delitos sexuales en 2014 (año de control) en Bogotá (D. C.), Manizales (Caldas), Pereira (Risaralda),

Cúcuta (Norte de Santander) y en los municipios de Villeta (circuito), Chocontá (promiscuo de familia) y Zipaquirá (circuito) (Cundinamarca), equivalente a 102 casos, sin establecer ningún tipo de discriminación por el tipo de sanción impuesta; se entrevistó a 35 de los jóvenes involucrados en estos procesos.

- Se generó una sistematización y análisis de una muestra de 492 casos de jóvenes sancionados con amonestación por la comisión de un delito sexual, escogidos aleatoriamente por sexo, edad, región y año, en el periodo marzo 2007-septiembre 2015, en 32 municipios, ubicados en 13 departamentos (de los 32 que tiene el país) y el Distrito Capital. También se implementaron entrevistas semiestructuradas con 393 de estos, y con el 85% de sus respectivos acudientes. La escogencia de dicha medida remite a que es la única que dispone de un registro exhaustivo. Se anota que no se observaron diferencias típicas reveladoras (tipos penales imputados) que originaron las distintas sanciones.
- Se desarrollaron entrevistas con el 90% de los funcionarios profesionales judiciales o administrativos (55) y no judiciales (ejecutores de las sanciones ordenadas por los juzgadores) (25), de las zonas escogidas.
- Se implementaron doce (12) visitas a las instituciones contratadas por el ICBF para garantizar el cumplimiento de las sanciones de su competencia impuestas a los jóvenes en términos generales y a los agresores sexuales en particular. Se revisaron los respectivos

modelos de abordaje empleados, y se realizaron entrevistas semiestructuradas al personal encargado.

- Se llevaron a cabo 20 grupos focales con adolescentes infractores.
- Se revisaron 140 expedientes en el marco del seguimiento a la aplicación del incidente de reparación integral, tomando de igual modo el año 2014 como línea base.

Medidas impuestas a jóvenes infractores

Ahora, ¿qué tan oportuna es la atención que reciben los sancionados en el marco de la ejecución de las medidas legales existentes?, ¿se tienen estudios detallados sobre el alcance y la reinserción cuando se presentan?

La respuesta es ambigua. Se sabe de situaciones exitosas y de otras fallidas en términos generales; se dispone, en particular, de un diagnóstico sobre los jóvenes a quienes se les impuso la sanción de amonestación (Ley 1098/2006: art. 182) (Álvarez-Correa M. et al., 2014), que visualiza un 30% de reincidencia en el delito sexual, en ocasiones, combinado con otras transgresiones, para aquellos casos denunciados, procesados y con medida impuesta.

El acompañamiento posegreso realizado para esta medida contempló un 38% de los ofensores sexuales adolescentes procesados a lo largo del territorio nacional en el período escogido, analizando la posible reincidencia en la comisión de una nueva agresión sexual en un período no superior a un año después del cumplimiento de sus respectivas sanciones.

Sería de esperar que el análisis de la política criminal para los adolescen-

tes debería conducir a determinar si las sanciones que se imponen corresponden a sus necesidades y si, en ese contexto, se alcanza a implementar una adecuada restitución de sus derechos y una oportuna reinserción social.

Los estudios desarrollados en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) con esta perspectiva (Álvarez-Correa M. et al., 2008, 2009, 2010, 2012) demostraron que la corresponsabilidad se ve a menudo rota.

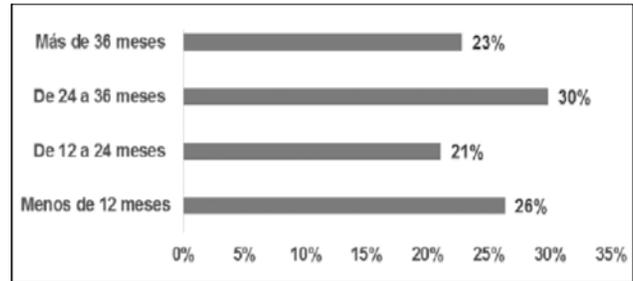
Desde el umbral de la finalidad de la Ley 1098/06, 3.75% de los fallos judiciales se remitieron a delitos sexuales en el período marzo 2007-junio 2017 (Observatorio ICBF 2017), frente al 2.1% promedio que se observada en la normatividad anterior - Decreto Ley 2737/1989 (Código del Menor); en el período 1995-1999 (Álvarez-Correa M., 1999). El análisis del incremento porcentual resulta de complejo análisis, ya que en entran a jugar factores tales como las dinámicas judiciales, las distinciones en los procedimientos de los dos sistemas y el papel de un posible incremento de las denuncias.

Con respecto al Código de Infancia y Adolescencia, las medidas impuestas para los jóvenes judicializados por algún delito sexual, corresponden tentativamente a las siguientes proporciones: Amonestación, 38% de los casos (Ley 1098/2006: art. 182), reglas de conducta, 9% (Ley 1098/2006: art. 183), prestación de servicios sociales a la comunidad, 6% (Ley 1098/2006: art. 184), libertad vigilada, 25% (Ley 1098/2006: art. 185), medio semicerrado, 8% (Ley 1098/2006: art. 186) y privación de la libertad, 14% (Ley 1098/2006: art. 187) (estimativo IEMP 2017).

Varias explicaciones se asoman ante este fenómeno. La primera remite a que el juez de conocimiento tan solo puede sentenciar de conformidad con el delito judicializado o el acervo probatorio existente, mas no por el diagnóstico psicosocial suministrado por el equipo interdisciplinario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) acerca del infractor o del daño causado a las víctimas.

Otra razón es a la flexibilidad de los criterios que la norma le brinda al juzgador para la elección de las medidas pertinentes (Ley 1098/2006: arts. 178 y 179); estas son abiertas, de ahí que el juzgador dispone de un amplio rango de movilidad para tomar sus decisiones.

Tiempo transcurrido en los procesos por delitos sexuales en adolescencia entre la fecha de los hechos y la fecha del fallo



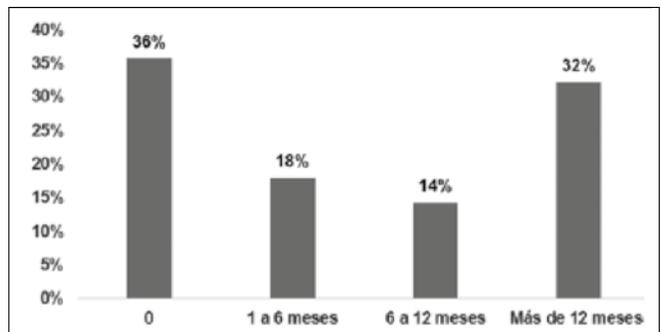
Fuente:Álvarez-Correa M. et al. 2016: 11.

La tercera se relaciona con el tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos y el fallo judicial en firme. Al haber cumplido muchos de los jóvenes la mayoría de edad en ese momento, los jueces suelen sustituir la sanción de privación de la libertad por cualquier otra ambulatoria, partiendo de las premisas legales y de la convicción de que el joven “ya rehízo su vida”, por lo tanto, no resultaría pertinente un mayor escarnio.

En efecto, al emitirse un fallo entre dos y seis años con posterioridad a la denuncia judicial (la cual no siempre corresponde a la fecha de los hechos), el juez se encuentra a menudo con que el joven está casado, divorciado, tiene varios hijos, trabaja, etc., o no conoce su paradero, por ello “no tendría sentido otro tipo de medida en consideración a que el infractor ya rehízo su vida” (juez de conocimiento, 2016).

De tal manera que, debido a la amplitud y a la ausencia de parámetros claros, los jóvenes judicializados por unos mismos delitos y con unas condiciones personales y familiares parecidas son sancionados con medidas disímiles.

Tiempo transcurrido entre la fecha de los hechos y la fecha del denuncia judicial



Fuente:Álvarez-Correa M. et al. 2016: 12.

Ello preocupa en la medida en que se minimiza la gravedad de las agresiones cometidas, la responsabilidad del victimario y se niega la importancia de la atención psicosocial que debería brindarse sistemáticamente.

Desde esta perspectiva, ¿cómo podría asegurarse que los agresores no reincidan ante la carencia de una atención integral y sostenida en el tiempo? ¿Dónde está, en este caso, reflejada la aplicación de los principios de las leyes de Beijing y de los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño?

Una política pública debe erigirse sobre la base del conocimiento profundo de estos temas, de una proyección a corto, mediano y largo plazo en búsqueda de soluciones reales, las cuales asumirá el Estado de forma inmediata.

Algunas características de los Ofensores Sexuales Adolescentes

Redondo (2012) considera que existen dos clases gruesas de agresores sexuales juveniles, a saber:

- *Los abusadores sexuales, quienes tenderían en especializarse en los delitos sexuales, y con poca incidencia en otros delitos. Estos tienden al aislamiento social, a la baja autoestima y a mostrar los problemas de comunicación con sus semejantes.*
- *Los agresores y violadores. Serían más “probablemente generalistas o versátiles, con una conducta antisocial más condicionada por elementos externos, como puede ser la influencia de amigos o la disponibilidad de oportunidades”, con mayores problemas para la comunicación con otras personas que los infractores no sexuales (p. 26).*

¿Qué factores inciden entonces para que un menor cometa un abuso sexual?

Desde el umbral de sus motivaciones, ciertos autores acuden al factor genético (Hunter et al., 2003), estableciendo en 33% su incidencia; otros remiten a la personalidad (Barnaree y Marshall, 2008); a los relativos a la sexualidad (Hart et al., 2009); a familiares (Marshall, 2011), y a socioculturales.

Los delincuentes sexuales, en algunos casos, provienen de familias cuyas características esenciales son la falta de expresión y afecto, así como la carencia de cuidado y protección en su infancia. En este sentido, los adolescentes agresores sexuales muestran necesidades puntuales relacionadas con la seguridad y el afecto, entre otras, por los vacíos emocionales evidenciados ya que su comportamiento tiende a ser hostil y resentido frente a las figuras de autoridad.

Según el tipo de agresión en el acto sexual, Groth, citado por Garrido (2001), establece patrones básicos como:

- *La violación con hostilidad. Es concebida como un acto que implica un mayor grado de violencia. La excitación sexual es producto de la violencia ejercida sobre la víctima. Los sujetos que se ubican en esta categoría suelen ser violentos con la población vulnerable (mujeres y niños) en los contextos familiares, escolares, laborales.*
- *La violación de poder. En esta la satisfacción se centra en la dominación a la víctima, lo que permite afianzar en el agresor su identidad personal y sexual. Este comportamiento suele aparecer como una compensación*

de la vida rutinaria del individuo, ya que le genera frustración y poca adaptación al medio.

La violación sádica. Tiene una marcada diferencia, pues la hostilidad de la agresión sexual produce satisfacción; en este caso, la satisfacción sexual está centrada en la planificación y ejecución de lo planeado para cometer el acto sexual.

De acuerdo con los estudios dirigidos por Álvarez-Correa et al. (2007), el agresor sexual menor de edad posee características que lo distinguen del resto de menores judicializados, pues este no siempre combina la búsqueda de su satisfacción sexual con otros delitos (54%).

Ello implica que sus actos tienden a ser un problema estructural, pues se les conoce como de bajo control de impulsos (94,7%), carencias normativas (67,9%), bajo desarrollo en las áreas emocionales y morales (67,9%), problemas de autoestima (84%), retraso escolar (78,7%) y falta de afecto (81,6%).

Los agresores sexuales poseen características heterogéneas, aunque según los estudios de Ramírez (2008) y de Díaz (2012) presentan algunos factores comunes, estos se clasificaron en tres categorías:

Familiares: en la edad temprana han sido sometidos a algún tipo de maltrato, sea este físico, psicológico, o afectivo, aunque se presenta una correlación más frecuente con la violencia física.

Individuales: bajo manejo de habilidades sociales, relaciones inadecuadas con los compañeros (Becker, 1990; Knight y Prentky, 1993, citado por Ramírez, 2002). Miner y Crimmins (1995) encontraron que los jóvenes

que habían cometido un delito sexual sentían muy poca simpatía hacia sus compañeros y poco afecto hacia sus colegas, comparados con otros jóvenes delincuentes y no delincuentes.

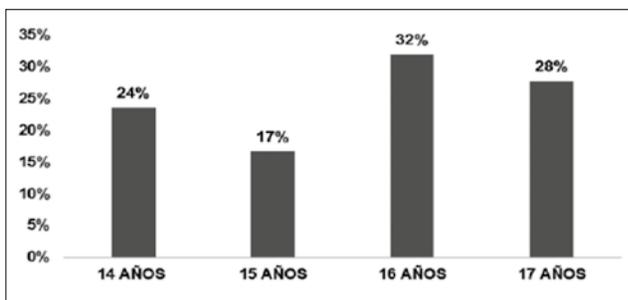
Socioculturales: estos hacen referencia a todos aquellos mensajes que llegan al joven a través de la televisión, el cine, los medios publicitarios, entre otros, que ponen énfasis en el poder y en el control de los hombres. Una manifestación de estos esquemas es frecuente en la pornografía (Marshall W.).

El estudio antropológico realizado por Sanday (1981), citado por Marshall (2001), determinó que las sociedades más proclives a cometer delitos sexuales se caracterizan por tres aspectos: violencia interpersonal, dominio del hombre e imagen negativa de la mujer.

Aspectos locales

En el caso colombiano, dentro del rango de edad analizada (14-18 años no cumplidos, en el momento de la comisión del hecho), llama la atención la repartición porcentual de la autoría observada, ya que si bien los jóvenes de 16 y 17 años son aquellos con más participación, el aporte de los adolescentes de 14 años corresponde casi a la cuarta parte de la muestra.

Repartición porcentual por edades de los jóvenes agresores sexuales



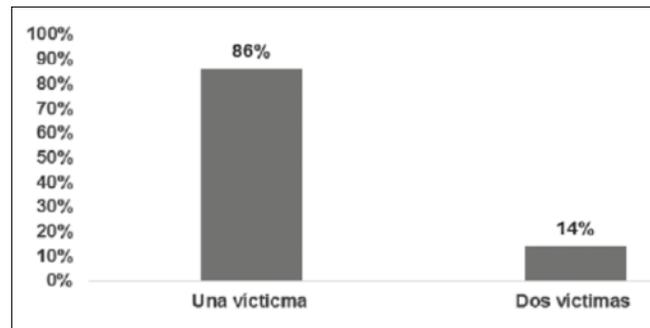
Fuente: Álvarez-Correa M. et al. 2016: 46.

Esta edad remite a la encrucijada entre el final de la etapa de preadolescencia y el inicio de la adolescencia. No obstante, ello no podría asumirse sistemáticamente como un referente explicativo para con la circunstancia motivante de un acto delincencial. Es también de anotar que, en la actualidad, el inicio de la vida sexual de los jóvenes suele presentarse de manera precoz, esta variable también debería tenerse en cuenta.

La presencia de del sexo femenino como agresoras sexuales adolescentes es reducida en el marco judicial de este delito, ya que corresponde a 1%, además dificulta la elaboración de conclusiones exhaustivas. La mayoría de las situaciones halladas se relacionan con agresiones cometidas en contra de niños de baja edad (4-7 años) –50% por acceso y 50% por actos sexuales–, que suelen encontrarse al cuidado de la infractora por ser familiar o conocida; igualmente, se halla vinculación al sistema judicial por participación en pornografía, por venta y manipulación de videos y fotos a través de internet en Facebook, algunos casos son reincidentes. Pese a la evidencia, ello no confirma forzosamente que no exista una mayor participación de adolescentes sexuales agresoras, ya que por motivos culturales le ha faltado una mayor visibilidad al fenómeno, porque aún subsiste que el varón es el mayor ofensor.

En este sentido, se resalta la cantidad de jóvenes (14%) que agredieron simultáneamente a dos víctimas. este situación apunta a un mayor desarrollo de los alcances delincuenciales de los adolescentes, así como de la especialidad que parecen adquirir.

Medida porcentual de víctimas por caso, para cada agresor sexual adolescente



Fuente: Álvarez-Correa M. et al. 2016: 45.

Aclaradas estas premisas preliminares, podemos intentar esquematizar los OSJ, a los llamaremos parámetros de las tres D, las cuales conforman algunas de las conclusiones centrales de los trabajos emprendidos.

- *El agresor por desconocimiento.* Es aquel joven que actúa por error, por carencia de información con respecto a aspectos educativos o sexuales. Por ejemplo el adolescente que elige tener relaciones sexuales con su novia con su consentimiento, a menudo menor de 14 años, luego es denunciado por su familia; esta situación representa un promedio de 10% de las denuncias –esta cifra

no puede menospreciarse—. Si bien el joven suele ser judicializado y sentenciado, su condición se aleja de los demás adolescentes que se encuentran en esta categoría. Su intervención resulta menos compleja, ya que esta problemática remite a causales de fácil abordaje.

“Ella y yo queríamos, pero como no tenía todavía los 14 años cumplidos, pues la mamá pegó el grito al cielo, y me denunció, ¡Ahí no pasa nada! llave” (joven judicializado de 16 años por acceso carnal abusivo – Sanción impuesta: Amonestación. Recibió atención terapéutica parcial).

El agresor por deformación. Es un joven que, como producto de falencias formativas originadas en su educación, decide, con distintos grados de conciencia, agredir sexualmente a terceros. La gama de jóvenes en esta categoría es amplia, en la cual el contexto sociofamiliar y el tiempo incurrido en actos ilegales tiene una fuerte injerencia.

Aquí caben sujetos con carrera delincencial, quienes cometen ocasionalmente abusos sexuales cuando la oportunidad se les presenta; el joven con rasgos sociopáticos conforma uno de estos ejemplos, además de diversos perfiles. Su actuar se origina en deformaciones de la realidad producto de su medio personal, familiar o social, mas no de carencia de información. También Redondo (2012) se refiere al “violador”, es decir, aquel personaje que actúa con sevicia, con perversidad, buscando implícitamente el abuso.

“Yo tomo lo que gusta; si la hembra quiera, y si no, igual, pero en el fondo todas disfrutan, ¿o no

llave?” (Joven judicializado de 16 años por acceso carnal violento <modalidad de asalto sexual> - Sanción impuesta: Privación de la libertad. No recibió atención terapéutica).

El asalto sexual, entendido como la agresión sexual se da entre personas desconocidas, en general, es propio de esta categoría; aunque se consideraba su ocurrencia de poca frecuencia entre adolescentes, el hallazgo de un 7% de agresores con estas características preocupa, si consideramos que en 1999 no superaba el 1% de las situaciones judiciales (Álvarez-Correa M. 1999; Defensoría del Pueblo, 1995) este fenómeno debería ser objeto de futuros estudios.

- *El agresor por defecto.* Es el sujeto, que en ausencia de un referente normativo fortalecido, combinado con la búsqueda de nuevas experiencias propias de la adolescencia, pretende obtener beneficios sexuales de terceros. En esta categoría pueden incorporarse las relaciones incestuosas entre hermanos mayores y menores, de cualquier sexo.

“Yo nunca me quedo en el día en la casa; pero ese día percibí que algo raro pasaba, y encontré a mis dos hermanas menores de nueve y once años teniendo relaciones sexuales con dos hermanos alternadamente. Nosotros vivimos en el campo en un lugar retirado, donde prácticamente nadie va” (Hermana mayor de dos jóvenes judicializados de 14 y 16 años por acceso carnal abusivo - Sanción impuesta: Libertad vigilada. No recibió atención terapéutica).

El Incidente de Reparación Integral (IRI)

La justicia reparadora promueve que el joven infractor debe afrontar su acto, hacerlo consciente y reflexionar sobre el mismo para así “darle la cara” a la víctima y a la sociedad con el fin de solventar el daño causado, porque “La reparación del daño consiste en el resarcimiento que debe realizar quien delinque a la víctima de la comisión del delito” (Vásquez A. 2010: 20).

Esta justicia está fundamentada en las Directrices de Riad para la Prevención de la delincuencia juvenil, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (1985) (Reglas de Beijing), y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (1990) (Reglas de La Habana), por ello, Colombia procura garantizar “la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” (Ley 1098/2006: art. 139), regulando “el mecanismo para la reparación del daño derivado de conductas punibles realizadas por adolescentes (Ley 1098/2006: art. 168) y la solidaridad en la responsabilidad por parte de los padres o representantes legales”.

De igual manera, por medio de la aplicación del principio de oportunidad (Ley 1098/2006: art. 169), se pretende encontrar una herramienta para acortar el proceso, y lograr la reparación de las víctimas.

Partiendo de las existencias de los juzgados, la proporción de noticias criminales que alcanza un fallo condenatorio o absolutorio, es del orden de 65%, mientras que de estos se promueve el incidente de reparación integral en un 9% de los casos.

De los IRI iniciados, se constata que hay un 46% de desistimiento; sobre el 54% restante en proceso, se estima que la proporción de renuncia se mantendrá a futuro en la misma proporción. Ello nos permite concluir que en total el 29.16% de todos los incidentes iniciados se concluyen satisfactoriamente, equivalente al 3% de la totalidad de los casos allegados a los despachos judiciales.

Adicionalmente, más allá de la proporción de incidentes que se logren culminar, también nos debe preocupar la naturaleza de la reparación que se busca, y que se logra obtener en beneficio de las víctimas; el mero desarrollo del procedimiento, no garantiza obtención de un resarcimiento ajustado a las necesidades.

De esta manera, el **92.59%** de los casos se tratan de peticiones de las partes en la búsqueda de una compensación económica, mientras que el **7.41%** le apunta a un **desagravio simbólico, a menudo también combinado con el aspecto monetario.**

Sin importar el daño, su naturaleza por reparar se mantiene la tendencia de una reparación focalizada en lo económico, con las dificultades existentes para tasar los perjuicios. La víctima, quien representa a la sociedad, puede beneficiarse de una forma de restitución o de reparación a cargo del responsable del delito (Álvarez-Correa M., Bocanegra D., Parra S. 2014). Por ello, se busca que la reparación del daño (Zehr 1985) se realice de manera cooperativa, que se involucren las personas que participaron en el hecho, buscando de esta manera resolver de forma colectiva el daño causado y sus implicaciones (Marshall 1986).

Desde esta perspectiva, la mayoría de los resarcimientos dados en el caso de los delitos sexuales no cumplen con ello, de ahí la importancia de revisar si el IRI materializa realmente la esencia de la justicia restaurativa en su parte operacional, porque debería cumplir con cuatro objetivos, a saber:

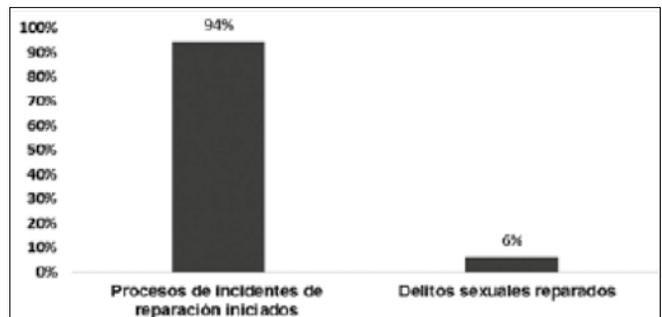
- La recuperación de las víctimas y de los ofensores.
- El acercamiento de las partes, para que la víctima manifieste sus necesidades y las consecuencias del daño.
- Conseguir que el ofensor asuma su responsabilidad, participando en programas que le permitan alcanzar un resultado restaurativo.
- Asignar a la comunidad un papel trascendental para realizar reuniones de restauración y pro-

puestas de solución, en aras de mantener la armonía social.

Con frecuencia las agresiones sexuales cometidas por los adolescentes suceden con familiares o vecinos adolescentes y niños, o que comparten lugares comunes, territorios construidos en historicidad, tales como la casa, la vecindad, el inquilinato, el barrio, el colegio, la escuela, la vereda o la finca.

La naturaleza de esta dinámica conlleva, por ende, a que muchos padres de familia renuncien a pedir una reparación al ser el agresor un pariente cercano a la víctima (sobrino, tío, hermano, primo, etc.). Las situaciones de dolor intrafamiliar resultan de por sí difíciles de manejar, aunque en estas la restauración económica no es determinante.

Proceso de incidentes de reparación iniciados vs. Delitos sexuales reparados en el SRPA



Fuente: Álvarez-Correa M., Valencia L. 2016: 30.

La inexistencia de parámetros claros de compensación, el carácter personalísimo de estos hechos y el insuficiente conocimiento de los actores sobre la materia, generan dos tendencias, una ausencia total de reparación, o un pago por cuantía menor, con un valor promedio de \$850.000 por ofensa sexual.

Proporción porcentual de incidentes de reparación integral iniciados por bienes jurídicamente tutelados en el marco del SRPA



Fuente: Álvarez-Correa M., Valencia L. 2016: 36.

A ello se le suma que se evidencia en esta jurisdicción un desarrollo procesal de baja celeridad por tratarse de menores de edad, con un promedio de 20 meses para alcanzar un fallo condenatorio y un incidente de reparación integral exitoso.

TIEMPO PROCESALES PROMEDIOS DE LOS PROCESOS PENALES CON FALLO CONDENATORIO EN EL SRPA, Y DEL DESARROLLO DE LOS INCIDENTES DE REPARACIÓN INTEGRAL	
Lapsos de tiempo contemplados	Q. (meses)
Tiempo promedio transcurrido entre la fecha del denuncia penal y el fallo condenatorio.	20
Tiempo promedio transcurrido entre el fallo condenatorio del proceso penal y el fallo del incidente de reparación.	10
Tiempo promedio transcurrido entre la fecha del denuncia penal y el fallo del incidente de reparación.	30 (*)

Fuente: Álvarez-Correa M., Valencia L. 2016: 35.

Algunas reflexiones finales

El IEMP, por medio del OSRPA, ha desarrollado una línea investigativa que ha permitido arrojar de forma sostenida en el tiempo la existencia del sistema penal para adolescentes (período marzo 2007-junio 2017), esta información se especializa acerca del abordaje a los adolescentes judicializados –entre los cuales se encuentran las agresiones sexuales–, desde los ámbitos legales, terapéuticos, reparativos e institucionales. Estos se resumen en cuatro aspectos centrales:

- **Escasa intervención psicosocial a los jóvenes sancionados por la comisión de delitos sexuales**, debido a la existencia de un reducido número de instituciones contratadas por parte del ICBF, y de pocos profesionales expertos en el tema. A ello se le suma la ausencia de un estándar de calidad y de impacto para los programas implementados en términos generales.
- **Demoras en la resolución de los procesos judiciales**, lo que ayuda a incrementar la impunidad, y no permite una intervención terapéutica oportuna a los jóvenes. Es de recordar que los rangos de movilidad etarios de esta población requiere dinámicas judiciales, psicosociales e institucionales ágiles.
- **Sanciones en ocasiones inoportunas frente a la gravedad o la naturaleza de los delitos perpetrados**. Puede entenderse de tres maneras: insuficiente apoyo para la resocialización de los jóvenes, relación hecho delictivo-intervención del Estado desarticulada, o un conocimiento deficiente frente al tema, sin que ninguna de las tres alternativas sea excluyente entre sí.
- **Reducido número de víctimas reparadas (8%)**. La interposición del incidente de reparación integral

en el SRPA no es de carácter obligatorio, porque sumado al desgaste de las víctimas en el sistema, y a los pocos recursos económicos de las familias de la mayoría de los jóvenes infractores, tienen como consecuencia la poca voluntad para obtener una reparación. De no cumplirse el fallo reparativo, el juez no cuenta con otras herramientas para presionar el cumplimiento de este. El último recurso de las víctimas consiste en recurrir a la jurisdicción civil, aunque esta situación prácticamente nunca se presenta porque es más gravosa si consideramos que el 80% de las víctimas son menores de 18 años.

Esta complejidad aumenta en la medida que quienes no hayan recibido una atención eficaz y eficiente tienen una razonable posibilidad de reincidir, a menudo en la condición de mayores de 18 años, es decir, son susceptibles de ser procesados por el sistema penal ordinario (Ley 906/2004). Algunos autores como Marshall (2008) estiman que alrededor del 50% de los agresores sexuales adultos cometieron ese mismo delito antes de los 18 años.

El sistema penal para adolescentes, si bien parte de la premisa de la “responsabilidad”, también lo hace buscando la “restitución de sus derechos”, y la “reinserción social”. Si bien es cierto que el alcance es reducido, al menos está de algún modo presente, cosa que no sucede en el sistema carcelario ordinario.

De ahí la principal inquietud: ¿por qué el Estado no se esmera en brindar una atención excelsa en el SRPA, fortaleciendo el proceso de vida de aquellos jóvenes que por múltiples motivos se ven involucrados en la ley en términos generales, en particular, con los delitos sexuales? Su cabal cumplimiento permitiría reducir la delincuencia en los mayores, y sobre todo “recuperar vidas”, además de incrementar la confianza de la sociedad para con el sector justicia.

Si bien en el presente espacio fue posible discurrir con respecto a aquellos jóvenes delincuentes sexuales, cuyos casos son conocidos por el sistema legal, ¿qué hay de las múltiples situaciones que nunca se conocen, estimadas en al menos el 50% de los casos reportados?

Referencias bibliográficas

- Álvarez-Correa, M. (1999). Vivencias y derechos: El adolescente transgresor de la ley penal. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.

- Álvarez-Correa, M., Bocanegra D. Parra, S. (2014). “¿Por qué yo?”. Víctimas de delito sexuales. IEMP.
- Álvarez-Correa, M., Mendoza, V., González, J. (2010). Pantalones cortos, mochilas rotas, jóvenes infractores, política pública y sistema de responsabilidad penal (Ley 1098/06) - Fase cuatro. IEMP.
- Álvarez-Correa, M., Mendoza, V., Rodríguez, M., Parra, S. & Corzo, L. (2008). Semillas de cristal. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Ley 1098/06 alcances y diagnóstico. IEMP – Fundación Antonio Restrepo Barco.
- Álvarez-Correa, M., Mendoza, V., Rodríguez, M., Parra, S. (2009). Gotas de luz. Jóvenes infractores, política pública y sistema de responsabilidad penal (Ley 1098/06) - Fase tres. IEMP – Fundación Restrepo Barco.
- Álvarez-Correa, M., Parra, S., Valencia, L. (2016). “Yo no fui”. Agresores sexuales adolescentes en la Ley 1098/2006. IEMP.
- Álvarez-Correa, M., Valencia, L. (2016). El otro invisible. Reparación de las víctimas de los adolescentes infractores de la Ley Penal, Ley 1098/2006. IEMP.
- Becker, J. & Hicks, S. (2003). “Juvenile Sex Offenders: Characteristics, Interventions and Policy Issues”. *Annals of New York Academy of Sciences*, 397-410.
- Caldwell, M. F. (2010). “Study characteristics and recidivism base rate in juvenile sex offenders recidivism”. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 54 (2): 197-212.
- Catsicaris, C. (2008). Crisis normal de la adolescencia: una crisis que nos involucra a todos. (Parte I).
- Defensoría del Pueblo. Los derechos de la infancia y lo adolescencia. 1995.
- Departamento de Pediatría – Hospital Italiano de Buenos Aires. Artículos Especiales, vol. I: I, verano.
- Echeburua, E. & Guerrica-Echevarria, C. (2000). Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Barcelona: Ariel.
- Frías-Armenta, M. L.E.M. (2003). Predicadores de la conducta antisocial juvenil: un modelo ecológico. En Scielo. Disponible en <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v8n1/17231.pdf>
- Garrido, V., Stangeland, P. & Redondo, S. (2001). Principios de criminología. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Havighurst, R. (1972). Development through life: a psychosocial approach. Wadsworth.
- Hoghugh, M. (1997). “Sexual abuse by adolescents”. Working with Marshall, W. (2001). Agresores sexuales. Ariel.
- Mercado, G. Z. (2014). Ofensores sexuales juveniles: investigación del perfil psicosocial e intervención judicial en Puerto Rico. *Dereito e Democracia*, v. 15, n° 2 (julio-diciembre).
- Naciones Unidas. 82005. Conceptos. Naciones Unidas.
- Observatorio Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Datos. Junio 2017.
- Sexually Abusive Adolescents. Ed. By Hoghugh, M., Bhate, SR; Graham, F. London, Sage Publications.
- Zehr H. (1985). El pequeño libro de la justicia restaurativa. Librería del Congreso.

Factores de innovación que impactan en la competitividad global de la infraestructura en Latinoamérica

INVESTIGACIÓN

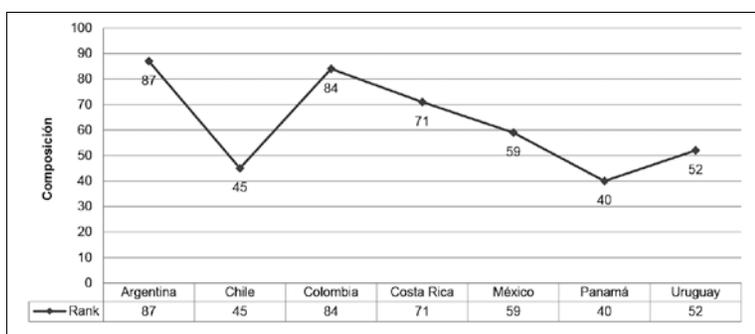
Recibido: 15 X 2017; Aceptado: 21 XI 2017.

AUTORES: GONZALO ARAYA U.¹,
GABRIEL SILVA A.²
Y RODOLFO MARTÍNEZ G.³.

Introducción

Los factores de innovación de la competitividad global que impactan en las infraestructuras de carreteras como un factor clave en el crecimiento y en el bienestar social son uno de los pilares básicos para el desarrollo de un país que permiten identificar la brecha entre países desarrollados y latinoamericanos, creando un aporte para la elaboración de políticas públicas. En el informe del Foro Económico Mundial 2015-2016 se observa en el Índice Global de Competitividad (IGC) a Panamá en la posición 40, Chile 45, Uruguay 52, México 59, Costa Rica 71, Colombia 84 y Argentina 87 con respecto a 140 países estudiados. La situación hace reflexionar que existen factores adicionales para disminuir la brecha en el contexto de competitividad mundial (gráfica 1) (WEF, 2016).

Gráfica 1. Posición del IGC de países en la investigación sobre infraestructura



Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

¹ Investigador del centro de investigación en administración, economía y gestión tecnológica (CIADEG-TEC), Instituto Tecnológico de Costa Rica; correo electrónico: garaya@miasaludproducts.com.

² Investigador del centro de investigación en administración, economía y gestión tecnológica (CIADEG-TEC), Instituto Tecnológico de Costa Rica; correo electrónico: gabriel_silva@yahoo.com.

³ Profesor-Investigador, Universidad Tecnológica de Tijuana, México. Correo electrónico: rodolfo.martinez@uttijuana.edu.mx.

Resumen.

El estudio de investigación comprende una recopilación y revisión de los datos contenidos dentro del informe del Foro Económico Mundial (WEF, 2016) y el Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en donde se realiza un análisis de los factores de innovación de la competitividad global que impactan en la infraestructura de carreteras en países de Latinoamérica que están en la etapa de transferencia de eficiencia a la innovación. La región es heterogénea y la brecha de competitividad entre estos países sigue siendo amplia; se estudiaron veintidós índices entre los doce pilares para identificar el crecimiento de los diferentes países. La investigación metodológica se orientó al análisis de los factores que inciden en el crecimiento de la innovación en un país; se diseñaron matrices de tendencias de los resultados de competencias considerando el uso de variables que inciden favorablemente en la transición de la fase de eficiencia a innovación de los países pioneros en el desarrollo de infraestructura en Latinoamérica, basado en la información contenida en los indicadores económicos seleccionados del Foro Económico Mundial.

Palabras clave.

Infraestructura, innovación, competitividad.

El crecimiento de la productividad es el principal impulsor de los estándares de vida; este ha disminuido desde la década del 2000, incluyendo el efecto de la crisis financiera del 2008, en parte debido a una desaceleración en la difusión de la frontera mundial en innovaciones para otras empresas. Las reformas de políticas pueden ayudar a reavivar la difusión, optimizar el uso de recursos escasos, especialmente habilidades, y despejar el camino para un mayor crecimiento de la productividad (Afonso y Jalles, 2013). Cabe destacar los grandes aportes de referencia que ha generado el Reporte del Foro Económico Mundial, evidenciado las áreas de oportunidad entre las diferencias en las distintas fases de desarrollo de los 12 pilares del Índice Global de Competitividad. En el caso de esta investigación, el enfoque son los distintos subíndices que inciden en el pilar de infraestructura considerando la colaboración público-privada, de tal forma que se presentan los resultados del país que mejor se posiciona, al igual que tiene mayores retos de mejoramiento. Esto representa una oportunidad para los países en desarrollo para comenzar a cerrar la brecha que existe entre los países latinoamericanos descritos y los países desarrollados y ubicados en la fase de innovación de acuerdo al Reporte del IGC (WEF, 2016).

Los retos para los países son buscar una alineación y ordenamiento sistémico de subíndices que inciden en la competitividad global e impactan en el desarrollo de la infraestructura, de tal forma que se haga un análisis, se adopte una visión estratégica para construir el futuro y lograr un desarrollo sostenido (Klaus Esser, 1996/8). Para ello, se debe tener un diálogo estratégico que permita a los planificadores de políticas expresar su visión a largo plazo en infraestructura y desarrollar las ventajas que supondría para la sociedad, y la forma de compartir equitativamente con los inversionistas. Promover el diálogo entre los sectores público y privado sobre cómo deben ser las nuevas políticas de inversión para acelerar el proceso de desarrollo de capital y encontrar las fuentes internacionales de financiamiento. Con ello se podrán realizar megaproyectos que puedan cambiar mercados, sectores y cerrar la brecha de financiamiento en la infraestructura de forma sostenida. De acuerdo al Foro Económico Mundial, todas las economías que ocupan los primeros lugares del índice han desarrollado, accedido y utilizado los talentos de que disponen, y han efectuado inversiones que impulsan la innovación (Sala-I-Martín, Xavier Crotti, Roberto Di Batista, Attilio Hanouz, y Caroline Geiger, 2015).

El Informe del Índice de Competitividad Global (IGC) 2015-2016 señala que Latinoamérica no ha hecho avances suficientes para hacer frente a sus problemas de competitividad. Destaca que para impulsar la resiliencia económica en Latinoamérica será necesario llevar a cabo urgentes reformas estructurales e inversiones productivas en infraestructura, competencias e innovación (entendiendo resiliencia como la capacidad de enfrentar riesgos, adaptarse y

INVESTIGACIÓN

Résumé.

L'étude comprend une compilation et un examen des données contenues dans le rapport du Forum économique mondial (WEF, 2016), et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), où une analyse des facteurs d'innovation est effectuée de la compétitivité mondiale qui a un impact sur les infrastructures routières dans les pays d'Amérique latine, qui sont en train de transférer l'efficacité à l'innovation. La région est hétérogène et l'écart de compétitivité entre ces pays reste important; vingt-deux indices ont été étudiés parmi les douze piliers pour identifier la croissance des différents pays. La recherche méthodologique était orientée vers l'analyse des facteurs qui influencent la croissance de l'innovation dans un pays; on a conçu des matrices de tendances des résultats des compétences, en tenant en compte l'utilisation de variables qui affectent favorablement la transition de la phase d'efficacité à l'innovation des pays pionniers, dans le développement des infrastructures en Amérique latine, sur la base des informations contenues dans les indicateurs économiques sélectionnés du Forum économique mondial.

Mots-clés.

Infraestructura, innovación, competitividad

recuperarse frente a los efectos de la globalización y la competitividad internacional).

Pregunta de investigación

¿Cuáles son los factores de innovación dentro de la competitividad global que impactan el desarrollo del indicador de infraestructura de carreteras en Latinoamérica?

Marco teórico

En el presente estudio de investigación se define el concepto de Competitividad Sistémica para enfatizar los aspectos de la competitividad y su relación con la economía, las políticas públicas, las prácticas de productividad en las organizaciones y el factor de la cultura de una nación. Se basa en medidas engranadas entre sí que apuntan a objetivos concretos desde cuatro niveles del enfoque sistémico (meta, macro, micro y meso). El concepto pluridimensional de Competitividad Sistémica se compone de competencia, diálogo y toma conjunta de decisiones, que incluye a los grupos importantes de actores de la sociedad. La competitividad sistémica constituye un marco de referencia para los países tanto industrializados como en desarrollo (Klaus Esser, 1996/8).

La competitividad en el enfoque sistémico busca una visión, una estrategia y un proceso interactivo continuo entre los distintos actores de la sociedad. De acuerdo con los niveles de competitividad sistémica, un país no puede elaborar cualquier cantidad de políticas o elementos de competitividad a partir del conjunto dado de determinantes de la competitividad sistémica. Los países más competitivos poseen estructuras en el nivel meso que promueven la

competitividad en términos de políticas públicas. En el contexto macro se ejerce una influencia de performance sobre las empresas y un nivel de macro a través de los factores que incentivan la infraestructura. Se fomenta la formación de estructuras y articulación de procesos de aprendizaje a nivel de la sociedad, un gran número de empresas situadas en el nivel micro que buscan simultáneamente la eficiencia, calidad, flexibilidad y rapidez de reacción, estando muchas de ellas articuladas en redes de colaboración mutua.

Hay cuatro niveles analíticos distintos (meta, macro, meso y micro); en el primero se examinan factores tales como la capacidad de una sociedad para la integración y la estrategia, mientras que en el nivel meso se estudia la formación de un entorno capaz de fomentar, complementar y multiplicar los esfuerzos al nivel de la empresa. La competitividad sistémica tiene como premisa la integración social, impulsando no solo reformas económicas, sino también un proyecto de transformación de la sociedad. La formación de estructuras a nivel de sociedad, como complemento de la formación de estructuras a nivel económico, eleva la capacidad de los diferentes grupos de actores para articular sus intereses y satisfacer entre todos los requerimientos tecnológicos, organizativos, sociales, ambientales y los que plantea el mercado mundial. El más importante de los elementos que asegura la coordinación entre los cuatro niveles sistémicos es la disposición al diálogo entre los grupos importantes de actores sociales, esta disposición ayuda a cohesionar esfuerzos y a canalizar conjuntamente el potencial creador de la sociedad.

El contexto macroeconómico, con miras a lograr una asignación efectiva de recursos a los mercados existentes en los factores de bienes y capitales, representa una condición en la cual el concepto de gestión es pluridimensional y apuesta por la competencia, la cooperación y el diálogo social, a fin de canalizar los potenciales nacionales y desarrollar así la capacidad necesaria para operar con éxito en el mercado mundial. Las fuentes más poderosas de inestabilidad macroeconómica son los déficits presupuestarios y de balanza de pagos cuando sus niveles son constantemente elevados. Los fuertes déficits presupuestarios acentúan las tendencias inflacionarias existentes y obstaculizan la actividad inversionista del sector privado, ya que esta ve limitadas sus posibilidades de obtención de créditos. Los déficits en la balanza de pagos, inevitables con un tipo de cambio sobrevaluado, contribuyen a aumentar la deuda externa, lo que debilita en forma persistente la actividad inversionista nacional al tiempo que entorpece la importación de bienes de capital, poniendo en peligro con ello los mismos fundamentos del crecimiento de la economía nacional hacia el aseguramiento del equilibrio económico interno más formación de estructuras y aseguramiento del equilibrio del comercio exterior.

Desde el enfoque sistémico micro, la organización de la producción tiene objetivos que consisten en acortar los tiempos de producción, sustituyendo, por ejemplo, las tradicionales cadenas de ensamblaje y los sistemas de transferencia por celdas e islas de fabricación y ensamblaje para responder así con prontitud a los deseos del cliente de reducir las existencias en depósito y disminuir los costos del capital de giro. La organización del

desarrollo del producto —estricta separación entre desarrollo, producción y comercialización— encarecía en muchos casos los costos que implica el diseño de los productos; en otros, los productos no eran de la preferencia del cliente. La organización paralela de diferentes fases del desarrollo y la reintegración del desarrollo, la producción y la comercialización contribuyen a acortar drásticamente los tiempos de desarrollo, a fabricar productos con mayor eficiencia y a comercializarlos con más facilidad.

En cuanto a la organización y relaciones de suministro, las empresas reducen la profundidad de fabricación para poder concentrarse en la especialidad que asegura su competitividad; reorganizan el suministro introduciendo sobre todo sistemas articulados just-in-time y reorganizan su pirámide de subcontratación al reducir la cantidad de proveedores directos, elevando a algunos de ellos a la categoría de proveedores de sistemas integrados al proceso de desarrollo del producto.

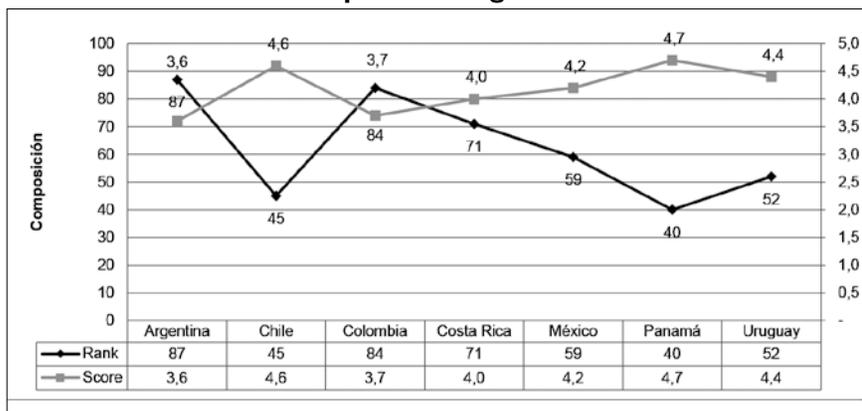
Los crecientes requerimientos a las empresas van de la mano con requerimientos cada vez mayores al entorno de estas. Por ello las empresas que actúan en el mercado mundial ya

no compiten de manera descentralizada y hasta aislada, sino en forma de clusters industriales, es decir, como grupos empresariales organizados en redes de colaboración. La dinámica de su desarrollo depende en gran medida de la efectividad de cada una de las localizaciones industriales, vale decir, del contacto estrecho y permanente con universidades, instituciones educativas, centros de I+D, instituciones de información y extensión tecnológica, instituciones financieras, agencias de información para la exportación, organizaciones sectoriales no estatales y muchas otras entidades más.

La OCDE cita “El acceso generalizado a los servicios de infraestructura, como agua y saneamiento, infraestructuras de transporte y telecomunicaciones, así como la infraestructura en energía, juegan un papel clave en la lucha contra la pobreza y la reducción de desigualdades sociales. A su vez, mejores carreteras, puertos y ferrocarriles reducen los costos de transporte y aumentan la competitividad de las empresas nacionales” (WEF, 2016). El éxito de un proyecto requiere una inversión gubernamental en estudios y encuestas previos a la construcción, para lograr

una expectativa adecuada de distribución de riesgos y beneficios, y una combinación de la inversión pública y privada que se adapte a circunstancias específicas. El impacto social del proyecto también debe tenerse en cuenta; en este sentido, los Gobiernos deben mejorar la transparencia y la comunicación con el público para evitar percepciones negativas. Costa Rica actualmente no es miembro de este organismo y está buscando su incorporación; solo Chile y México, de los países que estamos investigando, están incorporados a la OCDE, que tiene 34 países miembros. La referencia a este informe denota que los países orientados a la innovación están por encima de los demás que no la tienen (Tacsir, Crespi, Zúñiga, Ortiz y Vargas, 2012) Crespi, Zúñiga, Ortiz, y Vargas, 2012. Tal es el caso de Argentina, que está en posición 87 con un índice de 3,06 de 7; Chile, 45, con 4,6; Colombia, 84 con 3,7; Costa Rica, 71, con 4,0; México, 59, con 4,2; Panamá, 40, con 4,7; Uruguay, 52, con 4,4. Se puede apreciar en el gráfico 2 que hay un gap de mejora en infraestructura y que el país mejor ubicado en infraestructura con respecto a la comunidad en Latinoamérica es Panamá.

Gráfica 2. Índice de competitividad global. Pilar infraestructura



Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016

La competitividad global en el factor de infraestructura ha avanzado, se logra ubicar entre 3 y 4 en el índice de competitividad entre el año 2008 y el 2014 (WEF, 2016). Este avance se dio en el pilar de infraestructura ferroviaria, portuaria, telefonía celular, en menor proporción en la calidad de carreteras y alejando en la innovación de los países desarrollados, ubicados en la fase de innovación. Por ello, el informe permite identificar factores considerados problemáticos por el sector empresarial —entre los que se pueden destacar restrictivas regulaciones laborales, tasas de impuestos, ineficiente burocracia gubernamental, suministro inadecuado de infraestructura, fuerza laboral inadecuadamente educada— y analizar las distintas variables que determinan la efectividad de las políticas públicas y programas sectoriales. El problema principal para hacer negocios en los países es el financiamiento, ya que tuvo el impacto de crisis financiera, de acuerdo con la comparación de los últimos 7 años. Este documento proporciona una visión general de los distintos canales a través de los cuales la infraestructura pública puede afectar el crecimiento. Además de la productividad convencional, la complementariedad y los efectos de desplazamiento, normalmente destaca en la literatura el impacto de la infraestructura en el ajuste de los costes de inversión, la durabilidad del capital privado y la producción de servicios de salud y educación (Agénor y Moreno-Dodson, 2006).

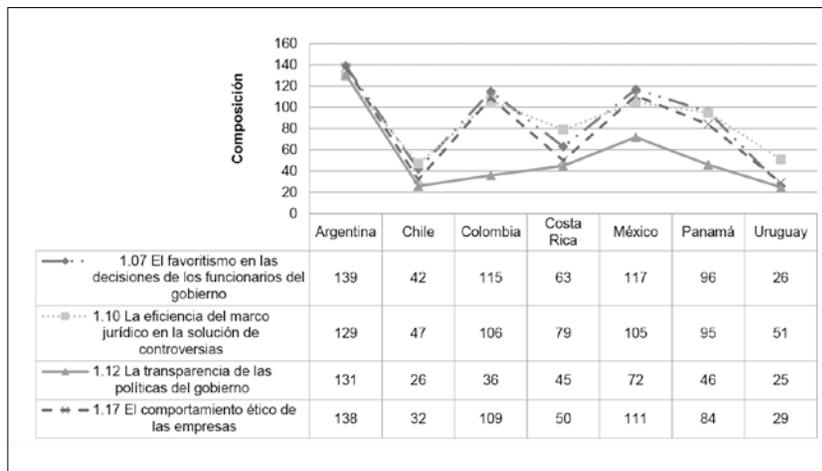
La infraestructura y calidad de carreteras se ve impactada por la productividad, directamente en la conexión de agentes económicos, reducción de costos de transacción, facilitadores en tiempo y distancia, facilitadores en el flujo

de información, facilitadores de la integración de mercados y la integración de cadenas de valor (WEF, 2016). Monitorear y comprender los factores que afectan esta situación se plantea como un importante desafío para el desarrollo de la competitividad a largo plazo, buscando mejorar las capacidades para competir en el mercado mundial, el desarrollo de cadenas de valor, clusters y proveedores sectoriales.

La búsqueda de alternativas para mejorar la capacidad de innovar y fomentar la inversión en I+D y la presencia de científicos e ingenieros en los países son el reto para las naciones que se encuentran en fase de transición de los factores de eficiencia a factores de innovación. El impacto en la globalización para aquel país que no mire más allá de lo que ocurre es tender a quedarse estancado y como consecuencia afectado en lo social. Para asegurar el máximo impacto, las autoridades deben diseñar, desarrollar, aplicar y evaluar un conjunto amplio de políticas públicas; para asegurar el impacto inclusivo, deben ser apoyadas las políticas públicas por todos los representantes de la sociedad, en especial, aquellos que pueden sufrir los costes a corto plazo.

Por lo anteriormente expuesto, se plantea desarrollar un trabajo de investigación bajo el concepto de la quinta hélice sistémica, a través de identificar las acciones e iniciativas de grupos de la sociedad, como los creadores de políticas, expertos, líderes empresariales, universidades y representantes de la sociedad civil. En el gráfico 3 se presenta un análisis de la posición de los países considerados en la investigación comparativa, analizando los subíndices de valoración del pilar instituciones.

Gráfico 3. Pilar instituciones



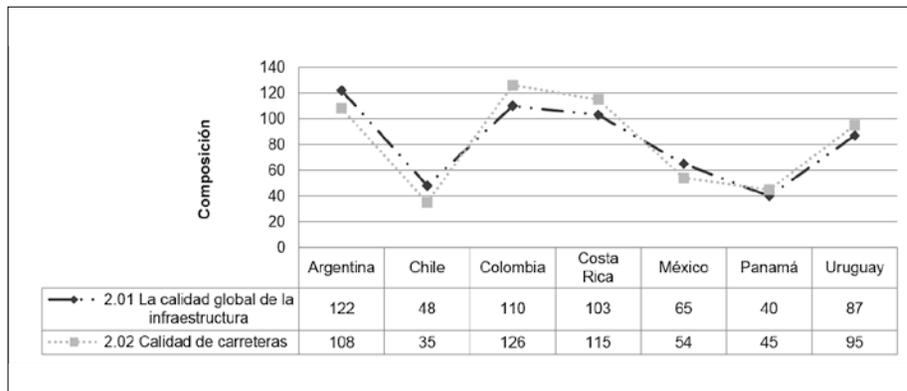
Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 205-2016.

En el indicador sobre instituciones, Chile y Uruguay presentan las mejores posiciones en Latinoamérica; en el de Favoritismo en las decisiones de los funcionarios del Gobierno, Uruguay se ubica en la posición 26, Chile en la 42, Costa Rica en la 63, Panamá en la 96, México en la 117 y Argentina en la 139. En el indicador La eficiencia del marco jurídico en la solución de controversias, Chile se ubica en la posición 47, Uruguay en la 51, Costa Rica en la 79, Panamá en la 95, México en la 105, Colombia en la 106 y Argentina en la 129. En el indicador La transparencia de las políticas del Gobierno, Uruguay se ubica en la posición 25, Chile en la 26, Colombia en la 36, Costa Rica en la 45, Panamá en la 46, México en la 72 y Argentina en la 131. En el indicador

El comportamiento ético de las empresas, Uruguay se ubica en la posición 29, Chile en la 32, Costa Rica en la 50, Panamá en la 84, Colombia en la 109, México en la 111 y Argentina en la 138.

El pilar de infraestructura se apoyó en el estudio en dos indicadores –La calidad global de la infraestructura y calidad de carreteras–. En el gráfico 4 se presentan las posiciones de los países objeto de la investigación, en los cuales se registra la oportunidad de mejora en los dos indicadores tomados para el análisis comparativo para los países en transición de factores de eficiencia a factores de innovación.

Gráfica 4. Pilar de infraestructura

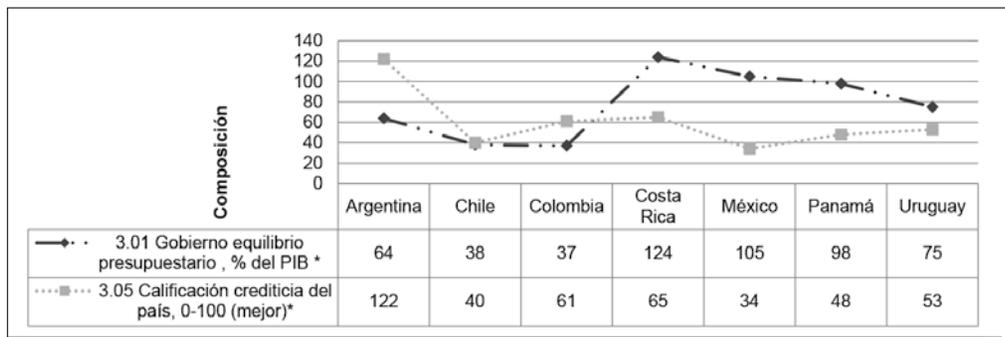


Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

En el indicador La calidad global de la infraestructura, Panamá y Chile presentan las mejores posiciones en Latinoamérica (40 y 48, respectivamente), le siguen México (65), Uruguay (87), Costa Rica (103), Colombia (110) y Argentina (122). Para el caso del indicador Calidad de carreteras, Chile tiene la posición 35, Panamá la 45, México la 54, Uruguay la 95, Argentina la 108, Costa Rica la 115 y Colombia la 126.

El pilar de ambiente macroeconómico se apoyó en el estudio en dos indicadores –Gobierno equilibrio presupuestario y calificación crediticia del país–. En el gráfico 5 se presentan las posiciones de las tendencias de los países sujetos de investigación.

Gráfico 5. Pilar de ambiente macroeconómico



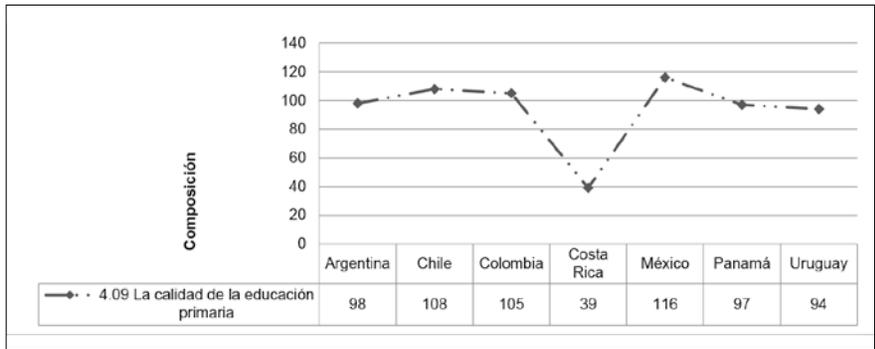
Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

En el indicador sobre Gobierno equilibrio presupuestario, porcentaje del PIB, Colombia y Chile presentan las mejores posiciones en Latinoamérica (37 y 38, respectivamente); les siguen Argentina (64), Uruguay (75), Panamá (98), México (105) y Costa Rica (124). Para el caso del indicador Calificación crediticia del país, México ocupa la mejor posición de Latinoamérica (34); le

siguen Chile (40), Panamá (48), Uruguay (53), Colombia (61), Costa Rica (65) y Argentina (122).

El pilar de salud y educación primaria se apoyó en el estudio de la Calidad de la educación primaria. En el gráfico 6 se presentan las posiciones de las tendencias de los países sujetos de investigación.

Gráfico 6. Pilar de salud y educación primaria

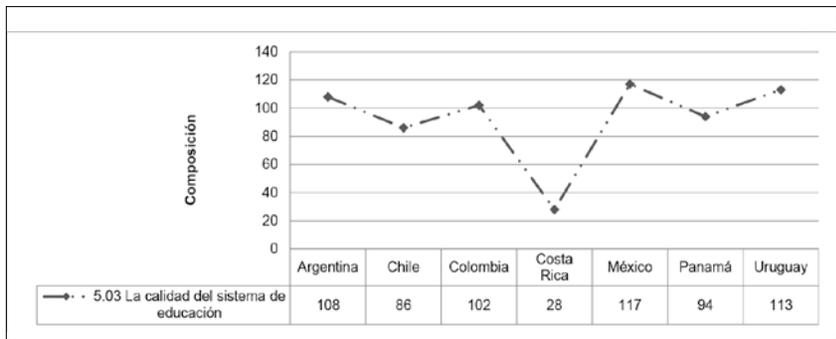


Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

En el indicador de la Calidad de la educación primaria, Costa Rica se ubica en la mejor posición de Latinoamérica (39). El país que más se acerca es Uruguay (94); le siguen Panamá (97), Argentina (98), Colombia (105), Chile (108) y México (116).

El Pilar de Educación y la formación superior se apoyó en el estudio de la Calidad del sistema de educación. En el gráfico 7 se presenta el liderazgo de Costa Rica en el sistema educativo latinoamericano.

Gráfico 7. Pilar Educación y la formación superior

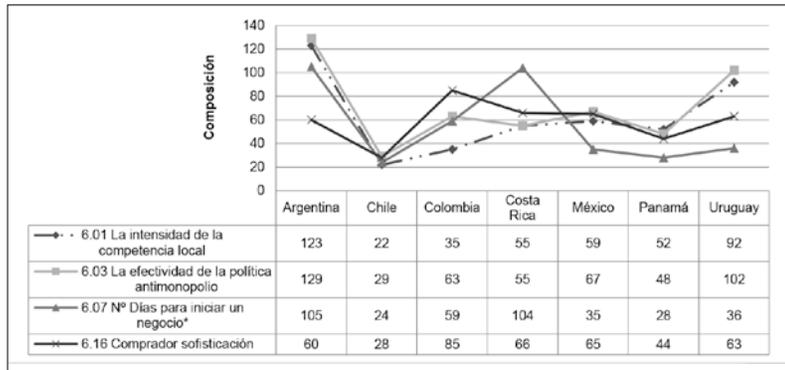


Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

El Indicador La calidad del sistema de educación, que se encuentra dentro del pilar de Educación y la formación Superior, muestra a Costa Rica entre los mejores países del mundo (28); entre este y el que sigue de Latinoamérica hay una brecha muy amplia, Chile (85), seguido por Panamá (94), Argentina (108), Uruguay (113) y México (117).

El Pilar de Eficiencia del mercado de bienes (grafico 8) se apoyó en el estudio de tres indicadores: La intensidad de la competencia local, La efectividad de la política antimopolio y Número de días para iniciar un negocio. En el gráfico 8 se presenta el liderazgo de Chile en la eficiencia del mercado de bienes.

Gráfico 8. Pilar de Eficiencia del mercado de bienes



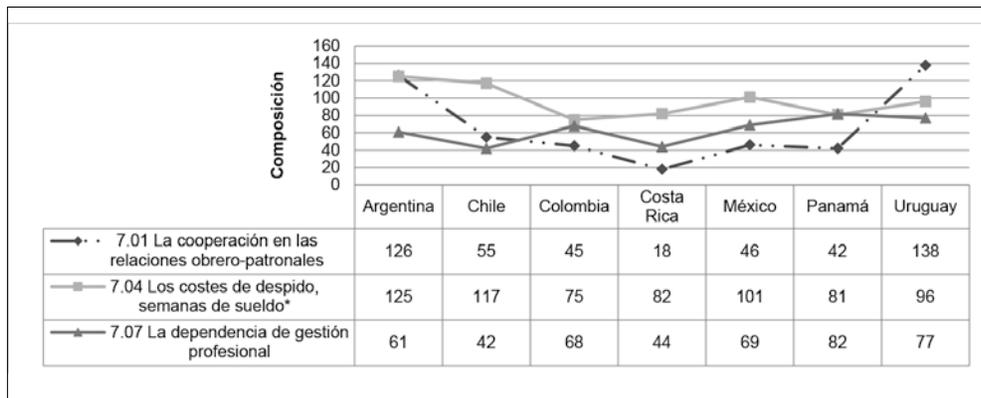
Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

En el indicador de La intensidad de la competencia local, Chile se ubica en la mejor posición (22); le siguen Colombia (35), Panamá (52), Costa Rica (55), México (59), Uruguay (92) y Argentina (123). En el indicador La efectividad de la política antimonopolio, Chile se ubica en la posición 29, Panamá en la 48, Costa Rica en la 55, Colombia en la 63, México en la 67, Uruguay en la 102 y Argentina en la 129. En el indicador Número de días para iniciar un negocio, Chile tiene el puesto 24, Panamá el 28, México el 35, Uruguay el 36, Colombia el 59, Costa Rica el 104 y Argentina el 105. En el caso del indicador Comprador sofisticación, Chile se

posiciona en el número 28, Panamá en el 44, Argentina en el 60, Uruguay en el 63, México en el 65, Costa Rica en el 66 y Colombia en el 85.

El pilar de eficiencia del mercado laboral (gráfico 9) se apoyó en el estudio de tres indicadores –La cooperación en las relaciones obrero-patronales, Los costes de despido, semanas de sueldo y La dependencia de la gestión profesional–. En el gráfico 8 se presenta el liderazgo de Chile y Costa Rica.

Gráfico 9. Pilar eficiencia del mercado laboral



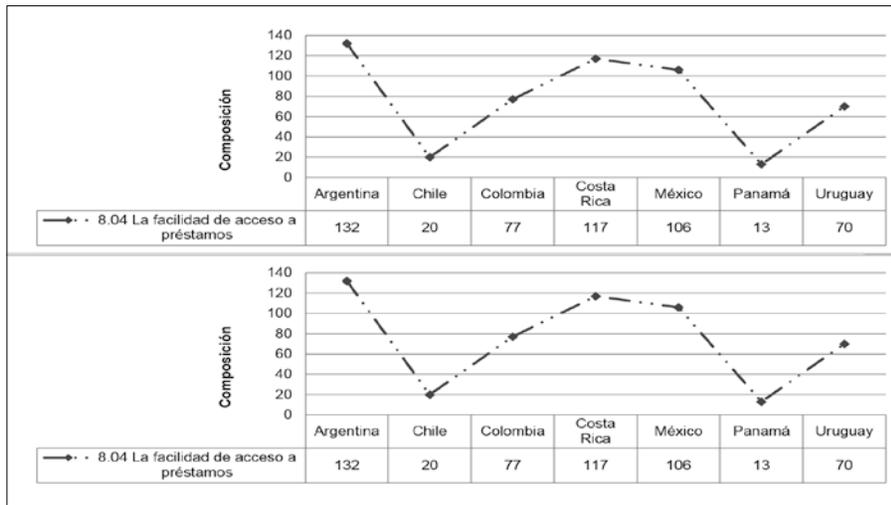
Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

Los indicadores utilizados en el séptimo pilar dan a Costa Rica la posición 18 del indicador Cooperación en las relaciones obrero-patronales, la mejor en Latinoamérica; le siguen Panamá (42), Colombia (45), México (48), Chile (55), Argentina (126) y Uruguay (138). En el indicador Los costos de despido, número de semanas, Colombia está de 75, Panamá de 81, Costa Rica de 82, Uruguay de 96, México de 101, Chile de 117 y Argentina de 125. En el caso del indicador

Dependencia de la gestión profesional, Chile es 42, Costa Rica 44, Argentina 61, Colombia 68, México 69, Uruguay 77 y Panamá 82.

El pilar de desarrollo del mercado financiero se apoyó en el estudio del indicador Facilidad de acceso a préstamos. En el gráfico 10 se presenta el liderazgo de Chile y Panamá.

Gráfica 10. Pilar desarrollo del mercado financiero

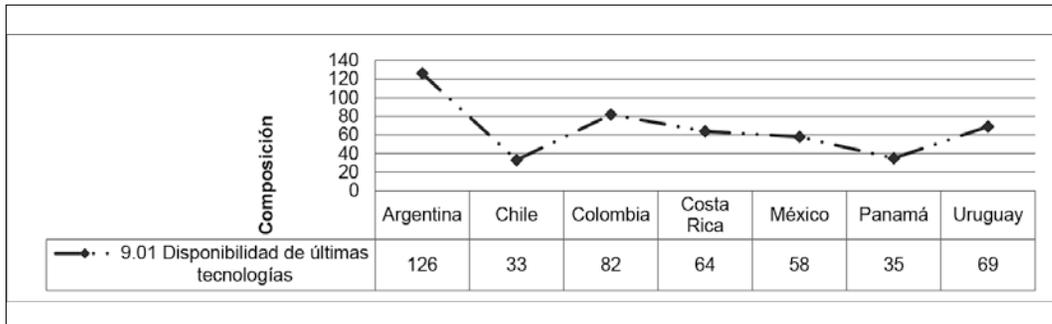


Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

El indicador de La facilidad de acceso a préstamos ubica a Panamá en la posición 13, a Chile en la 20, a Uruguay en la 70, a Colombia en la 77, a México en la 106, a Costa Rica en la 117 y a Argentina en la 132.

El pilar preparación tecnológica se centra en el estudio del indicador disponibilidad de las últimas tecnologías. En el gráfico 11 se muestra el liderazgo de Chile y Panamá.

Gráfico 11. Pilar preparación tecnológica



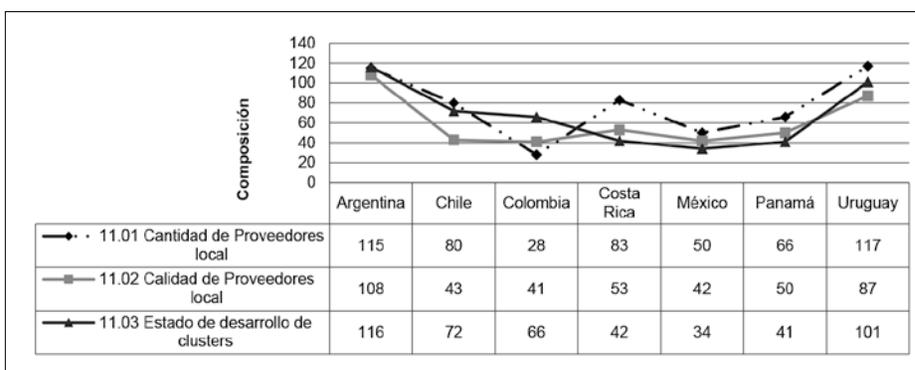
Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

En el indicador de Disponibilidad de últimas tecnologías, Chile se ubica en la posición 33, Panamá en la 35, México en la 58, Costa Rica en la 64, Uruguay en la 69, Colombia en la 82 y Argentina en la 126.

Calidad de proveedores locales y Estado de desarrollo de clusters. En el gráfico 12 se presenta el liderazgo de Colombia en los indicadores Cantidad de proveedores locales y Calidad de proveedores locales y el de México en el indicador Estado de desarrollo de clusters.

El Pilar de Sofisticación de negocios se apoyó en el estudio de tres indicadores –Cantidad de proveedores locales,

Gráfico 12. Pilar sofisticación de negocios



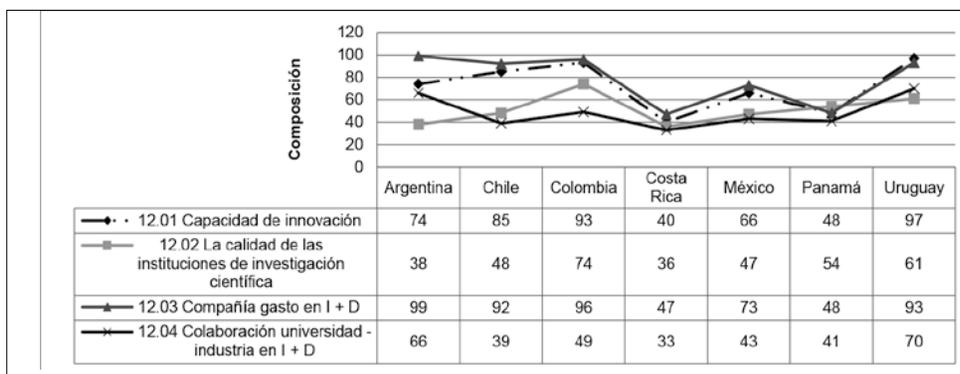
Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

En el indicador cantidad de proveedores locales, Colombia se ubica en la mejor posición de Latinoamérica (28), México en la 50, Panamá en la 66, Chile en la 80, Costa Rica en la 83, Argentina en la 115 y Uruguay en la 117. El indicador Calidad de proveedores locales ubica a Colombia en la posición 41, a México en la 42, a Chile en la 43, a Panamá en la 50, a Uruguay en la 87 y a Argentina en la 108. El Estado de desarrollo de clusters ubica a México en la posición 34, a Panamá en la 41, a Costa Rica en la 42, a Colombia en la

66, a Chile en la 72, a Uruguay en la 101 y a Argentina en la 116.

El pilar de innovación se apoyó en el estudio de cuatro indicadores –Capacidad de innovación; Calidad de las instituciones de investigación científica; Compañías, gasto en investigación y desarrollo, y Colaboración universidad-industria en investigación y desarrollo–. En el gráfico 13 se presenta el liderazgo de Costa Rica en todos los indicadores de innovación.

Gráfico 13. Pilar innovación



Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

En temas de innovación, Costa Rica lleva la vanguardia. En los cuatro indicadores seleccionados se posiciona como país número uno de Latinoamérica; en el indicador de Capacidad de innovación, está en la posición 40; le siguen Panamá (48), México (66), Argentina (74), Chile (85), Colombia (93) y Uruguay (97).

En el indicador Calidad de las instituciones de investigación científica, Costa Rica se ubica en la posición 36; le siguen

Argentina (38), México (47), Chile (48), Uruguay (61) y Colombia (74). En el indicador Compañía gasto en investigación y desarrollo, Costa Rica tiene la posición 47; le siguen Panamá (48), México (73), Chile (92), Uruguay (93), Colombia (96) y Argentina (99). En el último indicador seleccionado –Colaboración universidad-industria en investigación y desarrollo–, Costa Rica ocupa la posición 33, Chile la 39, Panamá la 41, México la 43, Colombia la 49, Argentina la 66 y Uruguay la 70.

Metodología de la investigación

La indagación de la teoría está fundamentada en el método cualitativo y en el método cuantitativo (Flick y otros, 2012). Metodológicamente, los instrumentos para crear se aplicarán a través de entrevistas cara cara, de focus group a creadores de políticas, expertos, líderes empresariales, universidades y representantes de la sociedad civil, en los que se harán preguntas para obtención de datos, análisis variables y validación de instrumentos. Para lograr este objetivo, se realizará una comparación sectorial por medio del uso de la metodología de la Quinta Hélice Sistémica (QHS) (Gutiérrez, 2012), con la finalidad de ver de manera eficiente y efectiva el impacto aportado por la percepción social de las organizaciones y expertos. En el marco de la OCDE se han desarrollado en los últimos años considerables esfuerzos para sistematizar los diferentes enfoques existentes sobre el fenómeno de la competitividad y resumirlo en un enfoque integral bajo el concepto de Competitividad Sistémica (Adelet McGowan, 2015). El elemento medular de este concepto hace énfasis en innovación y competitividad como factor central del desarrollo económico y social, capaz de activar los indicadores de transición de factores de eficiencia a factores de innovación.

Los pilares seleccionados del Modelo del Índice de Competitividad Global están orientados a la percepción de la innovación de un país que afecta directa o indirectamente la calidad de las carreteras. Se seleccionaron veintidós indicadores en los doce pilares contenidos dentro del informe de competitividad global del Foro Económico Mundial, en el que se

aborda un enfoque de investigación de tipo comparativa con alcance internacional entre los países que se encuentran en un proceso de transición de la fase de la eficiencia a la innovación según los criterios establecidos por el Foro Económico Mundial. En la tabla I se muestran las etapas de índice de competitividad global de acuerdo al PIB per cápita.

Tabla I. Índice de competitividad global en relación con el PIB

Requerimientos básicos Pib per cápita de menos de usd 2.000	Promueven la eficiencia Pib per cápita Uusd 3.000, Cop 9.000	Sofisticación e innovación Pib per cápita Mayor de usd 17.000
I. Instituciones	V. Educación superior y capacitación	XI. Sofisticación empresarial
II. Infraestructura	VI. Eficiencia en el mercado de bienes	XII. Innovación
III. Estabilidad macroeconómica	VII. Eficiencia en el mercado laboral	
IV. Salud y educación básica	VIII. Sofisticación del mercado financiero	
	IX. Preparación tecnológica	
	X. Tamaño del mercado	

Fuente: Elaboración propia con datos del Reporte del WEF 2015-2016.

Entre los índices del informe global de competitividad para considerar están: a) posición en el ranking del reporte del WEF 2015-2016; b) el pilar instituciones comprende: El favoritismo en las decisiones de los funcionarios del Gobierno, la eficiencia del marco jurídico en la solución de controversias, la transparencia de las políticas del Gobierno, el comportamiento ético de las empresas; c) el pilar infraestructura, La calidad global de la infraestructura, Calidad de carreteras; d) el pilar ambiente macroeconómico, Equilibrio presupuestario del Gobierno, Calificación crediticia del país; e) el pilar salud y educación primaria, La calidad de la educación primaria, f) el pilar educación y formación superior, La calidad del sistema de educación; g) el pilar eficiencia y mercado de bienes, La intensidad de la competencia local, la efectividad de la política antimonopolio, número de días para iniciar un negocio, comprador sofisticación; h) el pilar eficiencia mercado laboral, la cooperación en las relaciones obrero-patronales, los costes de despido, semanas de sueldo, la dependencia de gestión profesional; i) el pilar desarrollo de mercados financieros, Disponibilidad de servicios financieros; j) el pilar preparación tecnológica, Disponibilidad de últimas tecnologías; k) el pilar sofisticación de negocio, proveedor local cantidad, proveedor local calidad, Estado de desarrollo de cluster; l) el pilar de innovación, Capacidad para la innovación, calidad de las instituciones de investigación científica, presupuesto para la investigación por empresas, colaboración para investigación y desarrollo entre las universidad-industria.

La captación de datos se desarrollará a través de un cuestionario diseñado, desarrollado y evaluado con base en la estructura del modelo de competitividad sistémica de la OCDE, pero con la adaptación al contexto sujeto de estudio, bajo la perspectiva de la (QHS). El muestreo se realiza para conocer las características generales de la población en estudio y estudiar una parte de esta, por lo que se hará una muestra intencional que tiene como característica obtener muestras representativas (Tamayo, 2004). Se considerarán personas expertas en el tema de los diferentes subsectores: creadores de políticas, expertos, líderes empresariales, universidades y representantes de la sociedad civil. A su vez, se plantea una secuencia cronológica del proyecto en cuatro etapas para obtener los resultados esperados, las cuales son:

a) Etapa 1: Conformación de los grupos focales de expertos, los cuales participarán en el proceso de diseño y desarrollo de la propuesta metodológica denominada Quinta Hélice Sistémica (QHS) para infraestructura, carreteras, la cual conduce al principio de una relación multisectorial con orientación de unidad de medición y de vinculación. Esta etapa es de recolección de datos cualitativos y cuantitativos que sustentan la construcción de instrumentos e indicadores que se deben validar a través de revisión multidisciplinaria, además de entrevistas sobre factores y acciones que inciden en la competitividad de la función de teletrabajo profesional.

b) Etapa 2: Análisis cualitativo y cuantitativo, en el cual se validará cada uno de los planteamientos de las variables propuestas por medio de entrevistas a profundidad al grupo de expertos y con el soporte de la validación de

la información obtenida a través del uso de herramientas estadísticas.

c) Etapa 3: Tratamiento de los resultados de la investigación, desde el análisis del discurso hasta la correlación de variables, con el fin de generar la construcción de una base de datos que aportará a la situación actual de las tendencias estadísticas en el tema objeto de investigación, así como la oportunidad de sistematizar las áreas de oportunidad por medio de trabajos de investigación en el área que permitan contribuir con sus aportes en el diseño.

d) Etapa 4: Se desarrollarán las conclusiones correspondientes de los resultados de los diferentes sectores y a la construcción de propuestas que pudieran tener continuidad en diversos escenarios.

Todo lo anteriormente mencionado vendrá representado en un producto que será referente internacional, con el objeto de mejorar la competitividad.

Resultados de la investigación

Como parte de los resultados esperados a raíz del análisis de los factores de innovación, contenidos en el informe de competitividad global del Foro Económico Mundial que impacta en el desarrollo del pilar infraestructura, para los países de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Uruguay; con los resultados obtenidos de la aplicación de la QHS se espera lograr identificar los factores, acciones e iniciativas estratégicas entre los creadores de políticas, expertos, líderes empresariales, universidades y representantes de la sociedad civil, con la finalidad de integrar los diferentes elementos de una iniciativa de políticas públicas y mecanismos de comunicación

para que se pueda dar continuidad a los proyectos e iniciativas, con el objetivo de tener una sociedad más desarrollada con una economía que impacte en las políticas de infraestructura necesaria para los retos de la competitividad, a través de la identificación sistémica de los factores de innovación que impactan en la competitividad global de la infraestructura en Latinoamérica.

Para ello, cada actor debe adoptar el siguiente rol:

- a. Creadores de políticas: Requieren instrumentos de apoyo para los diferentes modelos de desarrollo como son incentivos, estructuras de cooperación, financiación de proyectos de investigación, ayudas para fomentar la movilidad entre los entornos, aportes económicos a la creación de centros de investigación y desarrollo, incentivos fiscales.
- b. Expertos: Deberán ser personas con amplio conocimiento y experiencia para lograr impactar en los objetivos de desarrollo del país.
- c. Líderes empresariales: Las relaciones universidad-empresa son un aspecto que se va diversificando, ambos cooperan como socios, y en ocasiones compiten entre sí; las universidades por su autonomía combinan tanto la comercialización del conocimiento como la gestión propia de las empresas. Se generan mecanismos de cooperación en varios sentidos: apoyo a la investigación que realizan las universidades y transferencia de conocimiento.
- d. Universidades: Juegan un papel fundamental en la transferencia

de tecnología y conocimiento, a la vez que unen estructuras de las esferas gubernamentales, productivas y académicas.

e. Representantes de la sociedad civil: Son los indicados para enfocar los elementos más importantes de la sociedad para lograr un equilibrio entre la sociedad y la productividad.

Referencias bibliográficas

- Adelet McGowan, M., D. Andrews, C. Criscuolo & G. Nicoletti. (2015). *The Future of Productivity*, Joint Economics Department and the Directorate for Science, Technology and Innovation Policy Note. París: OCDE.
- Afonso, A. & Jalles, J. T. (2013). *Growth and productivity: The role of government*. *International Review of Economics & Finance*, 25: 384-407.
- Agénor, P.-R. & Moreno-Dodson, B. (2006). *Public infrastructure and growth: New channels and policy implications*. Available at SSRN 2005043.
- Flick, U. F., Muñoz, L., Muñoz, E. M. M. L., de Kohan, C., de Kohan, N. C., Ortega González, J. & Hernández, A. H. (2012). *Introducción a la investigación cualitativa*. Córdoba (Argentina: Provincia). Hospital Neuropsiquiátrico Provincial.
- Gutiérrez, R. M. (2012). *Quinta Hélice Sistémica (QHS), un método para evaluar la competitividad internacional del sector electrónico en Baja California*. México. *Revista Investigación Administrativa*.
- Klaus Esser, W. H., Dirk Messner, Jörg Meyer-Stamer. (1996/8). *Competitividad sistémica: nuevo desafío para las empresas y la política* (Vol. 59, pp. 39-52). *Revista de la CEPAL*.
- Sala-I-Martin, Xavier Crotti, Roberto Di Batista, Attilio Hanouz, M. D. G. & Caroline Geiger, T. M. (2015). *Drivers of Long-Run Prosperity: Laying the Foundations for an Updated Global Competitiveness Index*. *The Global Competitiveness Report 2015–2016*, 2.
- Tacsir, E., Crespi, G., Zuñiga, P., Ortiz, E. A. & Vargas, F. (2012). *Innovation for Economic Performance: The Case of Latin American and Caribbean Firms*. Title. *Innovación para el desempeño económico: El caso de las empresas en América Latina y el Caribe*. Inter-American Development Bank.
- Tamayo, M. (2004). *El proceso de la investigación científica*. Editorial Limusa.
- WEF. (2016). *The global competitiveness report: 2015-2016*. New York, USA: World Economic Forum.

Ciudadanía activa, espacios para la articulación

Recibido: 18 IX 2017; Aceptado: 17 XI 2017.

ANDRÉS GÓMEZ R¹.

Este artículo es parte integral del trabajo que adelanta el autor desde el Instituto de Estudios del Ministerio Público, quien como docente ha adelantado diversas investigaciones relacionadas con el tema. El proyecto se resume así: La ciudadanía observa con asombro como lo público es saqueado, y ello se traduce no en solo estar indignado; por el contrario, resulta ineludible actuar de forma vehemente respecto de lo que pertenece a todas y todos, para saber cuál es la ruta para el control social desde el instrumento de las veedurías ciudadanas. Este artículo de investigación constituye un aporte complementario en el contexto del ámbito del control social.

El objetivo principal de este trabajo es acercarse a los diversos ámbitos de participación ciudadana, el desarrollo de la investigación se realizará conforme al método de investigación jurídica, en el cual se hace énfasis acerca del conjunto normativo de la participación expuesto en normas jurídicas, así como en la jurisprudencia coyuntural y la doctrina básica.

La Constitución Política de 1991 es en esencia una obra humana, tiene como sustento el principio de la dignidad, el cual radica en el hecho de ser persona. La principal transformación, frente a la Constitución de 1886, radicaba en que carecía del verbo “participar”, no se conjugaba con el diseño de las políticas públicas, y menos existía la figura de la veeduría ciudadana tal como quedó plasmado en el artículo 270 constitucional.

El cambio central en la historia constitucional del país, desde sus orígenes se desarrolló a partir del constituyente primario; su esencia se valora por su talante democrático, participativo y pluralista, basado en el artículo 270 superior, relacionado con las formas de participación ciudadana y los sistemas de participación ciudadana que vigilan la gestión pública, materializado a través de la cláusula general de competencia del Congreso de la República, en la expedición de las leyes 850 de 2003 y 1757 de 2015².

¹ Abogado Constitucionalista, Magister en Derecho Público Militar. Ex asesor Presidencial. Consultor del PNUD. Asesor del Ministerio del Interior y Agricultura, entre otras Entidades del Estado. Profesor de varias Universidades entre ellas la Pontificia Universidad Javeriana, Rosario y la Universidad Militar Nueva Granada. Autor de varias obras jurídicas y de materiales didácticos.

² Corte Constitucional Sentencia C-150/15.

ENSAYO

Resumen.

El artículo analiza los diversos escenarios que parten de la Constitución Política de Colombia, en los cuales se reconocen los instrumentos y mecanismos sociales de articulación que permiten a la ciudadanía establecer los caminos de la institucionalidad y demandar los cambios societales para la construcción de un Estado social de derecho, desde los instrumentos constitucionales y legales. Dicho análisis se hace estableciendo como elemento básico del control social, el de la veeduría ciudadana.

Palabras Clave.

Democracia, participación, veedurías, Estado social de derecho, ciudadanía activa, control social, comunidades, herramientas legales.

Résumé.

L'article analyse les différents scénarios qui s'écartent de la Constitution politique de la Colombie, qui reconnaissent les instruments sociaux et les mécanismes d'articulation qui permettent aux citoyens d'établir les voies de l'institutionnalité et d'exiger des changements sociétaux pour la construction d'un État social, avec l'aide des instruments constitutionnels et juridiques.

Mots clés.

Démocratie, participation, veedurie, État social du droit, citoyenneté active, contrôle social, communautés, outils juridiques.

La ley robusteció la participación en la defensa de lo público en aspectos como la rendición de cuentas, fortalece la participación per se, flexibiliza la participación, crea canales desde la institucionalidad para atender el tema, alienta el presupuesto participativo, establece parámetros presupuestales, en materia de recursos, exige que desde el nivel central se establezcan parámetros claros en materia de participación.

Es así, como se pasa de un diseño vertical a uno horizontal de colaboración desde las bases populares para tener incidencia en la elaboración de un plan, un programa, un proyecto; a través del mecanismo de la veeduría el pueblo ejerce dicho control cuyo ejercicio bajo los parámetros del artículo 3° superior: *“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”*.

Un paso en el nuevo modelo según pronunciamiento de la Corte Constitucional radica en señalar: *“El carácter más o menos abierto del reconocimiento constitucional del derecho de los ciudadanos a participar, implica reconocer que su nivel de realización pueden ser diferenciado. Esto supone que dicho derecho, reconocido como fundamental, otorga a los ciudadanos una facultad, prima facie, para exigir amplias posibilidades de intervención en la conformación, ejercicio y control del poder político. Esta característica del derecho explica que la jurisprudencia constitucional haya reconocido ampliamente su carácter universal y expansivo”*, con el fin de intervenir en todas las esferas públicas en la consolidación de una nueva ciudadanía.

Desde sus primeras decisiones, la Corte Constitucional destacó que el principio democrático tenía tales características. Sobre ello la Sentencia C-089 de 1994 indicó: *“(…) El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”*. (Las subrayas hacen parte del texto original).

El principio democrático consolida las diferencias en el contexto del modelo de Estado Social de Derecho, tiene como fundamento base la igualdad y asegura la suma de esfuerzos desde la consolidación de conocer las políticas públicas que se construyan desde las propias bases sociales permitiendo conjugar los valores y la efectividad de la Carta de Derechos, en la que el ciudadano oriente y priorice sus necesidades y reivindicaciones con su vinculación directa y con la facilitación de los escenarios públicos y privados que tengan incidencia en los asuntos de interés público.

Resulta importante señalar que hay que deslindar el origen de la palabra “política” y la ética porque las formas de acción y de relación dentro del ámbito político están llamadas a denotar una fuerte carga ética. En ese orden de cosas, las políticas públicas están llamadas a generar en la comunidad política dinámicas de acción y de relación acordes con su formulación siendo su especificidad ética la configuración de espacios político-comunitarios en los que

sean posibles relaciones efectivas en función del desarrollo integral de los individuos”. (Salazar, 2008: 91)

Sin lugar a dudas los mecanismos de participación en el caso colombiano están allí, aunque estos no han colmado las expectativas de la ciudadanía, algunos no se han estrenado, pues se dificulta su aplicación práctica, como es el caso de la revocatoria del mandato o el cabildo abierto, solo para dar un ejemplo.

En otros contextos el acceso a la administración de justicia de la ciudadanía es tener acceso a la información, los informes de gestión, los procesos de Rendición de Cuentas, canales de actuación ciudadana dispuestos para ser activados.

Por lo tanto, la participación resulta inescindible para la estabilidad del modelo de Estado Social de Derecho; los mecanismos constitucionales y legales, en los diversos escenarios que propician la articulación en los diversos ámbitos del Estado y de la sociedad, se relacionan con el origen de este instrumento legal, al señalar que la *“ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”* (artículo 270 C. P.).

El contexto de la Constitución permite articularse desde la ciudadanía en la defensa de lo público estatal, y la ciudadanía tiene espacios para ejercer el control social de lo público y de lo privado, máxime cuando existe una mutación de espacios en la arquitectura del Estado colombiano que amerita también control social.

Como lo señala Gómez (2011), citando a Malem, *“Con la ejecución de un primer acto de soborno o de extorsión se inicia, por lo general, una serie en*

“cascada de otros actos irregulares. Se descende por una pendiente resbaladiza donde opera una especie de ley de Gesham que lleva a cometer actos malos para evitar actos peores”.

Es así, como algunas empresas repiten acciones propias de la corrupción, dando paso al decaimiento de la ética empresarial y los valores que afectan el nombre de las empresas y de quienes las dirigen, aunque sin cumplir los deberes establecidos en el 333 constitucional³.

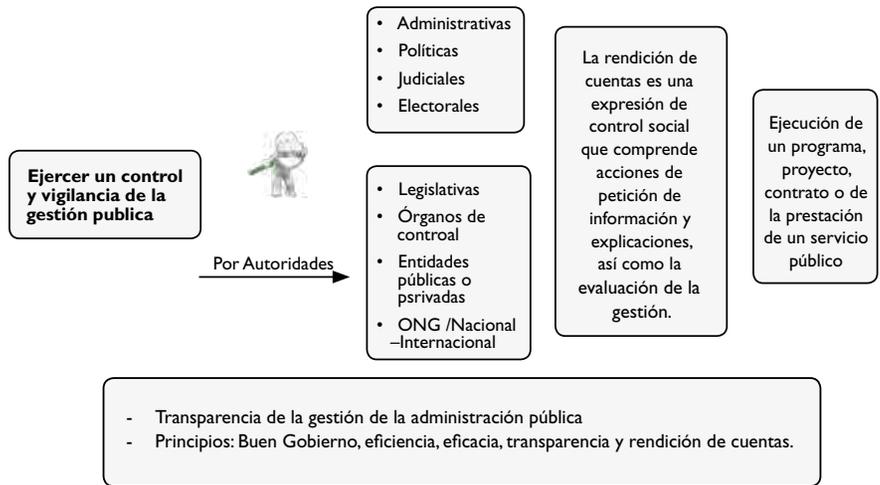
La Procuraduría General de la Nación (PGN), en la Declaración conjunta por la Transparencia y la Integridad, plantea una alianza “por parte de 24 gremios económicos de diferentes sectores del país, que se suman a los 14 firmantes. El jefe del Ministerio Público aseguró que busca fortalecer la relación de la Procuraduría con el sector privado y los invitó a elaborar una agenda de trabajo conjunta, con temas puntuales en los que se puedan ejercer las tres funciones del órgano de control: preventiva, disciplinaria y de intervención. Se indicó que “La cultura de la legalidad y el respeto de lo público debe ser una realidad por la que las entidades públicas, las empresas privadas, los estamentos internacionales y la ciudadanía trabajen constantemente. Esta es la invitación que el Ministerio Público hace a todos los sectores del país y a las entidades públicas para recuperar la confianza de la ciudadanía”.

En ese mismo sentido, el despojo del Estado es planteado por Kuafmann (2000), al señalar que “Por captura del

Estado entendemos los intentos de las empresas para influir en la formulación de las leyes, las políticas y la reglamentación del Estado a cambio de pagos ilícitos —con carácter privado— a los funcionarios públicos. (...). Al tratar el problema de la captura del Estado, queremos centrarnos en las complejas interacciones entre las empresas y el Estado. Destacamos, sobre todo, la importancia de los mecanismos mediante los cuales las empresas procuran influir en las decisiones que adopta el Estado para obtener ventajas concretas, a menudo imponiendo barreras a la competencia. Esta influencia indebida genera ganancias muy concentradas para ciertas empresas poderosas, con un alto costo socioeconómico”.

Al respecto, la participación social, como forma de ejercer un control de forma transparente, le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias ejercer vigilancia sobre la gestión pública, para este propósito se grafica la actuación para el ejercicio del control social.

Articulación del ejercicio del control social de la Gestión Pública de acuerdo a la Constitución Política



Fuente: Elaboración propia

Por lo anterior, existen diversos escenarios para actuar frente a lo público estatal, en los que la ciudadanía se articula en la defensa de sus derechos, en la realización de los servicios públicos, y en la forma de ejercer la vigilancia a través de los espacios creados para su participación activa. Además busca la promoción, la protección y garantizar el derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural.

Crisis de la democracia

El modelo democrático establece una simple fórmula “permitir que la ciudadanía participe activamente en los asuntos en que se puedan ver afectados”, ello justifica el sentido y orientación del sistema para enfrentar las dificultades que plantea (Roldán, 2006) sobre la denominada crisis de la democracia, para lo cual podemos destacar:

- **“Actos de corrupción en las agencias del Estado y por los detentadores del poder:** Los servidores públicos que toman decisiones im-

³ Constitución Política. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. (...)

portantes en la administración deben estar comprometidos con la defensa de lo público y no desviar sus intereses particulares en la comisión de delitos contra la administración pública, ello socava la confianza legítima de los asociados.

- **Cambios en el clima moral y ético:** La sociedad debe consolidar espacios para la construcción de la probidad.
- **Inseguridad:** Jurídica, ética, alimentaria, social, demográfica, ciudadana, geopolítica en un país con grandes diferencias sociales.
- **Ausencia de participación ciudadana en el diseño de políticas públicas:** El modelo Estado centrista debe consolidar las estrategias de participación de una mejor manera”.

Igualmente, plantea el artículo la falta de legitimidad en las instituciones, actos de corrupción en las agencias del Estado, desconocimiento de las minorías, falta de consensos y apoyos sectoriales, ausencia de liderazgo y de mecanismos de control, entre otros, estos aspectos afectan nuestra democracia.

Además, nuestro Estado Social de Derecho hace referencia a que “*Cuando la Constitución colombiana habla de la efectividad de los derechos se refiere al concepto de eficacia en sentido estricto, esto es, al hecho de que las normas determinen la conducta ciudadana por ellas prescrita y, además, logren la realización de sus objetivos, es decir, realicen sus contenidos materiales y su sentido axiológico*”⁴.

En suma, el marco axiológico de valores es el camino apropiado para

la construcción colectiva de normas comunes a las personas, este marco nos lleva a la paz respetuosa de la diferencia y de la tolerancia como sustento para hacer un país incluyente, democrático y participativo.

Defensa de lo público

La defensa de lo público e intereses jurídicos protegidos debe mover a la sociedad, en temas como la salud, la educación, el transporte, la seguridad, el bienestar social, el trabajo, la banca, los servicios públicos, en todas las esferas, por eso el rol de las veedurías se debe realizar de acuerdo con los parámetros legales, conjugando su papel con los órganos de control.

Para este propósito atacar la delincuencia de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política en su artículo 250, no solo recae sobre el ente acusador o los órganos de control, debe ser buscada también por la misma ciudadanía, porque ella es común.

Es así, como toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes siendo el deber de la persona y del ciudadano “*colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia*” (artículo 95 C. P.), lo que no es una mera enunciación constitucional, es un compromiso con la defensa de lo público (art. 6° C. P.).

Aquí la ciudadanía indignada (ciudadanía multicultural) debe pasar a la activa, se le debe dar una dimensión mucho más amplia, no solo como operador de normas jurídicas, sino como una alternativa de poder que parte desde las propias bases sociales, de ahí que “los tres tipos de ciudadanía diferenciada en función del grupo pueden emplearse para proporcionar protecciones externas”. Esto es, cada uno de estos

tipos ayuda a proteger a una minoría del poder económico o político de la sociedad en la que están englobados, aunque cada uno de ellos responda, de distintas maneras, a diferentes presiones externas, como señala el autor: a) los derechos especiales de representación para un grupo dentro de las instituciones políticas del conjunto de la sociedad hacen menos probable que una minoría nacional o étnica sea ignorada en las decisiones que afectan globalmente al país. b) Los derechos del autogobierno confieren poderes a unidades políticas más pequeñas, de manera que una minoría nacional no puede ser desestimada o sobrestimada por la mayoría en decisiones que son de particular importancia para su cultura, como educación, inmigración, desarrollo de recursos, lengua y derecho familiar. c) Los derechos poliétnicos protegen prácticas religiosas y culturales específicas que podrían no estar adecuadamente apoyadas mediante el mercado (por ejemplo, subvencionado programas que fomenten las lenguas y artes de los grupos), o que están en desventaja (muchas veces intencionalmente) en la legislación vigente (por ejemplo, las exenciones a la legislación de cierre dominical o pautas indumentarias que entran en conflicto con creencias religiosas)”.

Un elemento básico dentro de la participación es, igualmente, el respeto a las minorías en sus diversas expresiones socioculturales, dentro de un espacio que propicie la ampliación de espacios que estimulen los ámbitos para actuar desde las bases sociales frente al quehacer institucional.

Ciudadanía activa

Los veedores luchan contra la corrupción, en todas sus formas y manifestaciones, en zonas apartadas

⁴ Corte Constitucional: Sentencia No. T-124/93

o en ciudades sin tanta presión demográfica, deben atenderse dichas expresiones porque son alertas a problemas que merecen una respuesta firme por parte del Estado y de los órganos de control.

A través de la Sentencia C-292 de 2003, la Corte Constitucional señaló: “las veedurías ciudadanas se inspiran en dos grandes principios: de un lado el principio democrático, (...) irradia transversalmente todo el ordenamiento constitucional, incluidos obviamente los mecanismos de participación ciudadana. Por otro lado, esas organizaciones responden al principio de autonomía, no solo en virtud de su origen privado, sino como condición para el ejercicio libre de la vigilancia ciudadana sobre la gestión pública”.

En ese mismo sentido, se estableció el parámetro de actuación no solo por la vía legal, sino por la jurisprudencial, permitiendo construir espacios para la participación ciudadana, para lo cual la Sentencia C-1338 de 2000, del Alto Tribunal constitucional, estipuló que *“La participación ciudadana es un principio fundamental que ilumina todo el actuar social y colectivo en el Estado social de derecho, y que, persigue un incremento histórico cuantitativo y cualitativo de las oportunidades de los ciudadanos de tomar parte en los asuntos que comprometen los intereses generales. (...)”*.

En suma, el solo hecho de registrar una veeduría de manera sencilla en una Cámara de Comercio o en una Personería, frente a cualquier esquema de actuación público o privado, en cuanto a la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público genera una textura abierta y de innovación frente a toda la estructura del Estado para el ejercicio del control social.

Es así como la Carta del 91 instituyó, desde el preámbulo, el poder vinculante con todo el contexto constitucional; aseguró un marco jurídico, democrático y participativo. Además, estableció la forma de Estado Social de Derecho, como una fórmula “concebida por la Asamblea Constituyente de 1991 y su posterior implementación por el Tribunal Constitucional a lo largo de 25 años de jurisprudencia, en particular, respecto de la satisfacción de las necesidades básicas de los colombianos –en términos de dignidad humana, justicia social y bienestar general–, la protección de los más débiles o personas en condición de gran vulnerabilidad, del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación y de la protección del medio ambiente y de los recursos naturales, todos ellos, pilares fundacionales de la República” (Corte Constitucional, 2016). Esta forma de Estado facilita la participación en todas las decisiones que puedan afectar al conjunto social, esta oportunidad es un freno de mano a cualquier expresión vertical y autoritaria por parte de algún detentador de poder.

Las veedurías pueden vigilar la gestión pública y la realizada por los particulares en los eventos que señala la ley, ya que esta función se desarrolla bajo la definición legal “el mecanismo democrático de representación que les permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público (...)”.

Frente a esta facultad constitucional los diversos actores de la vida social pueden, en forma plural o a través de organizaciones civiles, como organizaciones comunitarias, profesionales, juveniles, sindicales, benéficas o de utilidad común, o las no gubernamentales, sin ánimo de lucro y constituidas con arreglo a la ley, constituir veedurías ciudadanas, ello encaja de manera perfecta en la arquitectura de control social, como la rendición de cuentas, los recursos para la participación que, entre otras, deben tener desde lo institucional unas dependencias sólidas, de lo contrario todo se queda en el papel.

Cabe destacar que existe un procedimiento sencillo, sin barreras administrativas, siguiendo los siguientes pasos: i) Elegir de una forma democrática a los veedores, ii) Elaboración de un documento o acta de constitución en la cual conste el nombre de los integrantes y su documento de identidad, iii) El objeto de la vigilancia, iv) nivel territorial, v) La duración, vi) lugar de residencia. La inscripción de forma sencilla se realizará ante las personerías municipales o distritales o ante las Cámaras de Comercio, las cuales deberán llevar registro público de las veedurías inscritas en su jurisdicción o en el caso de las comunidades indígenas esta función será asumida por sus propias autoridades.

La misma ley busca que el objeto sea la vigilancia de la gestión pública sobre “la correcta aplicación de los recursos públicos, la forma como estos se asignen conforme a las disposiciones legales y a los planes, programas y proyectos, debidamente aprobados, el cumplimiento del cometido, los fines y la cobertura

efectiva a los beneficiarios que deben ser atendidos de conformidad con los preceptos antes mencionados, la calidad, oportunidad y efectividad de las intervenciones públicas, la contratación pública y la diligencia de las diversas autoridades en garantizar los objetivos del Estado en las distintas áreas de gestión que se les ha encomendado”.

Valga decir que el legislador establece que las veedurías ejercen vigilancia preventiva y posterior del proceso de gestión, haciendo recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que ejecutan el programa, proyecto o contrato y ante los organismos de control del Estado para mejorar la eficiencia institucional y la actuación de los funcionarios públicos.

El ámbito del ejercicio de la vigilancia tiene alcance nacional, departamental, municipal, y en las demás entidades territoriales, tratándose de organismos, entidades o dependencias del sector central o descentralizado de la administración pública; en el caso de organismos descentralizados creados en forma indirecta, o de empresas con participación del capital privado y público tendrán derecho a ejercer la vigilancia sobre los recursos de origen público.

La vigilancia de la Veeduría Ciudadana se ejercerá sobre entidades de cualquier nivel o sector de la administración, sobre particulares y organizaciones no gubernamentales que cumplan funciones públicas:

LOS DERECHOS Y LOS DEBERES DE LAS VEEDURÍAS CIUDADANAS	
Derechos de las veedurías:	Deberes de las veedurías.
Conocer las políticas, proyectos, programas, contratos, recursos presupuestales asignados, metas físicas y financieras (...)	Recibir informes, observaciones, y sugerencias (...)
Solicitar (...) mecanismos correctivos y sancionatorios del caso.	Comunicar a la ciudadanía, a través de informes (...)
Obtener de los supervisores, interventores, contratistas y de las entidades contratantes, la información que permita conocer los criterios que sustentan la toma de decisiones;	Definir su propio reglamento de funcionamiento (...)
La información solicitada por las veedurías es de obligatoria respuesta.	Acatar el régimen de prohibiciones e impedimentos;
Los demás que reconozca la Constitución y la ley.	Inscribirse en el registro de las personerías municipales y distritales o Cámaras de Comercio;
	Realizar audiencias públicas (...);
	Informar a las autoridades sobre los mecanismos de financiación y el origen de los recursos con que cuenta para realizar dicha vigilancia;
	Las demás que señalen la Constitución y la ley.

Fuente: Cuadro, elaboración propia

EL OBJETIVO DE LAS VEEDURÍAS CIUDADANAS Y LOS PRINCIPIOS QUE LAS RIGEN (Ley Estatutaria 850 de 2003)	
OBJETIVOS	PRINCIPIOS
Fortalecer los mecanismos de control contra la corrupción	Principio de Democratización.
Fortalecer los procesos de participación (...)	Principio de Autonomía.
Apoyar las labores de las personerías municipales.	Principio de Transparencia.
Velar por los intereses de las comunidades (...)	Principio de Igualdad.
Cumplimiento de los principios constitucionales (función pública)	Principio de Responsabilidad
Entablar una relación entre los particulares y la administración	Principio de Eficacia.
Democratizar la administración pública;	Principio de Objetividad.
Promocionar el liderazgo y la participación ciudadana.	

Fuente: Cuadro, elaboración propia

LA CAJA DE HERRAMIENTAS DE LAS VEEDURÍAS CIUDADANAS: SUS FUNCIONES E INSTRUMENTOS DE ACCIÓN	
Funciones. (Ley 850 de 2003)	Instrumentos de acción. Ley 1757 de 2015, Mod. art. 68,
Vigilar los procesos de planeación	Las veedurías podrán elevar: derechos de petición y las acciones (...) consagran la Constitución y la ley.
Vigilar que en la asignación de los presupuestos (solución de necesidades básicas insatisfechas)	
Vigilar el proceso de contratación con los criterios legales (...)	Así mismo, las veedurías podrán: Intervenir en audiencias públicas (...)
Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones (nivel territorial).	Denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos y omisiones de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas (...).
Recibir los informes, observaciones y sugerencias (obras o programas)	
Solicitar (...) los informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos	Utilizar los demás recursos, procedimientos e instrumentos que leyes especiales consagren para tal efecto;
Comunicar a la ciudadanía, (...) de los procesos de control o vigilancia.	Solicitar a la Contraloría General de la República, mediante oficio, el control excepcional (...)
Remitir a las autoridades correspondientes los informes (...)	
Denunciar ante las autoridades competentes. (...)	En todo caso, dicha solicitud no puede implicar un vaciamiento del contenido de la competencia de la Contraloría territorial respectiva.

Fuente: Cuadro, elaboración propia

De forma complementaria a lo señalado en las leyes 850 de 2003, 1757 de 2015, en sus antecedentes, publicados en la *Gaceta del Congreso* 819 de 2011, p. 4, se establece lo siguiente: “La participación ciudadana puede tener distintos alcances: la información, la consulta, la iniciativa, la deliberación, la decisión y el control de la gestión pública. La participación ciudadana es un comportamiento político y social, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia y la protección de los derechos y

las libertades, así como el deber de los ciudadanos en la definición del destino colectivo”.

Al respecto, el artículo 270 superior, se relaciona con los sistemas de participación ciudadana para vigilar la gestión pública en los diversos niveles administrativos.

Ello se ha materializado a través de la cláusula general de competencia del Congreso de la República, en el desarrollo de instrumentos jurídicos como la Ley 850 de 2003, normativa que solo presenta en esencia dos direcciones, una en materia de planeación y otra en la contratación, claro, se presenta una textura abierta en diversos ámbitos de acuerdo con las innovaciones previstas en el documento “Hacia una sociedad, democrática, justa e incluyente”, en el cual se exaltan los principales cambios de la Ley 1757 de 2015:

- Dispone de normas sobre presupuesto participativo.
- Define un nuevo enfoque de la rendición de cuentas y del control social a la gestión pública.
- Diseña una nueva institucionalidad para el manejo de la política pública de participación (...).
- Desarrolla el concepto de la participación (...).
- Obliga al Ejecutivo, en todos los niveles, a diseñar políticas de participación ciudadana para el periodo de su mandato.
- Define claramente los recursos que han de financiar la oferta participativa del Estado.
- Agiliza y flexibiliza los mecanismos de participación directa.

El documento exalta las innovaciones, señalando las siguientes:

- Desarrolla el concepto de la participación como un derecho

de los colombianos y las responsabilidades que competen al Estado para su protección y desarrollo.

- Diseña una nueva institucionalidad para el manejo de la política pública de participación (...).
- Diseña una nueva institucionalidad para el manejo de la política pública de participación y la promoción de su ejercicio por parte de la ciudadanía.
- Define un nuevo enfoque de la rendición de cuentas y del control social a la gestión pública.
- Dispone de normas sobre presupuesto participativo.
- Define claramente los recursos que han de financiar la oferta participativa del Estado.
- Obliga al Ejecutivo, en todos sus niveles, a diseñar políticas de participación.

Al respecto, existe diversidad de espacios institucionales en diferentes ámbitos en materia de infancia y adolescencia, víctimas, de comunidades negras, indígenas, comunidad Rom o Gitana, adulto mayor, personas en condición de discapacidad, mujeres, justicia, paz, posconflicto, gestión de residuos, salud, temas agropecuarios y agroindustriales, cultura, movilidad, participación ciudadana, seguridad y convivencia, política social, trabajo, transferencia, desarrollo comunitario, educación, telecomunicaciones, ambiente, desarrollo rural, desplazados, víctimas de conflicto, además se precisa que existen otros temas tales como posconflicto, seguridad ciudadana, cultura, planeación, contratación, entre otros, porque son espacios comunes de articulación para el ejercicio del control social y la participación en relación con los grupos que tienen protección reforzada.

Como lo ha señalado el Alto Tribunal Constitucional, en aspectos relacionados con poblaciones: “al Estado, le esté prohibido adoptar medidas que tengan impactos negativos sobre los grupos de especial protección constitucional, sino que cuando con una actuación, **política** o programa genere tales efectos, se debe asegurar que, en primer lugar, las mismas estén sometidas a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y, en segundo lugar, que estén acompañadas de otras medidas que contrarresten los impactos negativos”. (Corte Constitucional, 2013) (negrillas propias).

Por ejemplo, veamos las barreras en el ámbito de la salud donde se viola la Carta de Derechos, aspecto que se evidencia en casos que llegan para una eventual revisión a la Corte Constitucional y se puede evidenciar con diferentes vulneraciones al derecho a la salud, ha evidenciado que los usuarios se tienen que enfrentar a múltiples trabas administrativas y burocráticas para poder acceder a la prestación del servicio de salud. Estas barreras atrasan la prestación del servicio, aumentan el sufrimiento de las personas y muchas veces tiene consecuencias graves en la salud de los usuarios. (Corte Constitucional: Sentencia T-362/16), y el caso de la imposición de barreras administrativas y burocráticas, que impiden la prestación, pronta, adecuada y efectiva del servicio de salud tiene consecuencias perjudiciales en la salud de las personas. (Corte Constitucional: Sentencia T-188/13), o cuando el Derecho a la Salud de una EPS al imponer barreras administrativas para la realización de exámenes para determinar si requiere cirugía

ocular. (Corte Constitucional: Sentencia T-024/13).

Este tipo de ejemplos marcan un derrotero a las veedurías ya que les da un indicador de control, una alerta temprana que puede ser activada estableciendo una ruta de participación por ejemplo en el tema de salud, educación, entre otros; para ello, es preciso recordar el concepto del control, el cual tiene un esquema que aborda Parejo (1998) cuando expresa que “«el término *control* es un extranjerismo que viene del francés *contrôle* es el caso de «*controversia*» y *rotulus* (esquema, plan, idea, modelo; lo que vale decir criterio, medida)”. Esa verificación nos permite priorizar la materia y de seguimiento a los asuntos públicos de una manera eficaz.

Habría que decir también que con la participación en la planeación, según enseña Ander-Egg (1999), resulta ineludible establecer que para adelantar un proceso de veeduría es necesario realizar unos interrogantes como ¿Qué se quiere hacer? ¿Cuál es la naturaleza de las actividades a realizar?; ¿Por qué se quiere hacer?; ¿Qué problemas o necesidades dan lugar a la misma?; ¿Para qué se quiere hacer?; ¿Qué objetivos se quieren alcanzar?; ¿Cuánto se quiere hacer?; ¿En qué proporción se pretende alcanzar esos objetivos?; ¿Dónde se quiere hacer?; ¿En qué lugar o lugares hay que realizar las actividades?; ¿Cómo se va a hacer?; ¿Qué tareas hay que realizar?; ¿Qué metodología debo utilizar?; ¿Cuándo se quiere hacer?; ¿Dentro de qué periodo de tiempo hay que realizar las actividades?; ¿Quiénes las van a hacer?; ¿A quiénes se les asigna la responsabilidad de realizar las diferentes actividades?; ¿Con qué se va hacer? ¿Con qué recursos

materiales y financieros se cuenta? Esta metodología resulta elemental, teniendo en cuenta que establecer unos criterios frente al quehacer de las veedurías, podría llevar a las comunidades con la información real a tener casos exitosos en su ejercicio de control.

Por lo anterior, el concepto de soberanía popular, del cual emana el poder público, se puede ejercer directamente por intermedio de sus asociados, tal como lo señala el artículo 3° constitucional, desde luego en el diseño de las políticas públicas estatales; aun así, existen circunstancias en que no se hacen de forma participativa o incluyente; por esta razón resulta básico apreciar lo que plantea Salazar Vargas (2009), cuando señala que “Una política pública tiene un público (o más bien unos públicos), es decir unos individuos, grupos u organizaciones, cuya situación es afectada por esa política pública. Por ejemplo, los automovilistas, los constructores, las empresas de obras civiles, constituirán con varios grados, el público de la política de seguridad vial. (...) Finalmente una política pública se define como “Un curso de acción seleccionado que afecta significativamente un gran número de personas”.

Por ello, aquellos asuntos que afectan a la ciudadanía deben movilizar a los veedores y veedoras para realizar su inscripción ante las personerías municipales o distritales o ante las Cámaras de Comercio, con el fin de llevar el registro público de las veedurías inscritas en cada jurisdicción.

Espacios para participar

Los espacios para participar son aquellos puntos que permiten enfocar la atención de las veedurías en

los problemas, en los ejes temáticos que afectan las necesidades básicas insatisfechas, es decir, los problemas comunes de las comunidades que están relacionados con la dignidad humana, y que con su calidad de vida o supervivencia, o que afectan sus derechos.

La atención de la ciudadanía debe priorizar los problemas generados, el estancamiento de su vereda, de su comuna, de su localidad, de su barrio, en fin de su ciudad, o en el quehacer de la vida diaria para ejercer el control social.

De acuerdo con lo anterior, la ciudadanía debe organizarse en grupos sociales para no ser objeto de políticas excluyentes que no permitan la interacción en el Estado y de sus asociados, por ejemplo una tipología del control social: “*puede ser a su vez formal o informal: el formal se ejercita a través de instancias formales específicamente concebidas y disciplinadas para el control como la policía, los tribunales de justicia, la cárcel, mientras que el informal opera mediante el condicionamiento de los miembros del grupo social, de adaptarle a las normas sociales a través de un largo y sutil proceso que comienza en sus núcleos primarios (familia), pasa por la escuela, la profesión y la instancia laboral, interiorizando el individuo las pautas y modelos de conducta transmitidos y aprendidos*”. (Corte Constitucional: Sentencia C-335/13).

Los grupos sociales tienen una gran significación social dado que ellos son la columna vertebral de la sociedad, le dan un valor único y deben asociarse para hacer valer sus derechos y reivindicaciones para lo cual deben contar con contornos de apoyo. Es así como una definición cercana expone su realización societal: “De

igual forma existen unos grupos concebidos en diversas expresiones. Esta categoría aglutina grupos humanos determinados por factores muy diversos. Estos se encuentran diluidos en la sociedad mayoritaria pero se caracterizan por uno o varios de los siguientes factores: se autoidentifican en colectivos, son reconocidos por otros por sus características particulares, se reconocen a partir de la movilización por intereses comunes, se encuentran en condición de vulnerabilidad, presentan procesos de resignificación cultural frente a imaginarios que los afectan, cuentan con instrumentos normativos de protección. (Mujeres, población LGTBI, personas con discapacidad, comunidades rurales y campesinas, artesanos)” (Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte). Estos grupos tienen hoy en día una vocación para actuar desde las veedurías.

Así mismo, otros grupos se mueven en la defensa de su cosmovisión, sus espacios, derechos y territorios, en relación con la tensión del crecimiento demográfico y de bienes, aun así, el Alto Tribunal Constitucional señaló: “Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente”. (Corte Constitucional, 2010), con el fin de corregir las desigualdades. Estas comunidades deben en el elenco

de instrumentos, priorizarlos, como es el caso de la consulta previa, hacer vigilancia de sus entornos, de la Constitución Ecológica que los protege, en el ámbito de la democracia expansiva para fortalecer su actuación.

Las comunidades indígenas tienen desde la Constitución unos espacios propios de participación, sus entidades territoriales, los espacios de coordinación deben respetar su cosmovisión, vale indicar ya que en este contexto se han dado tensiones en relación con las leyes que tienen la connotación de afectar su espacio eventualmente, lo que amerita una consulta.

Estos grupos sobrellevan una gran tensión en diferentes temáticas: el agua, la tierra, el uso de las semillas (soberanía alimentaria). Las leyes regresivas pueden afectarlos como conjunto, y frente a estos grupos no puede haber arbitrariedad, es así como “existen diversas formas de articular políticas de diferenciación para la igualdad”. Entre ellas se encontrarían las “acciones positivas” y la “discriminación inversa”, cuya fundamentación radicaría en otorgar un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas y que obstaculizan o imposibilitan la igualdad de oportunidades. La clave de esta construcción, como ya hemos visto, se encuentra en el criterio de “relevancia” de los elementos diferenciados y en su justificación razonable”. (Corte Constitucional, 2016). Por tal razón, el Estado Social de Derecho debe en esencia hacer preservar la igualdad de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 constitucional y de acuerdo con lo establecido en la ley.

De acuerdo con el Ministerio del Interior, respecto de la comunidad

Rom o Gitana, establece que “el Estado asume la obligación de formular políticas públicas y programas gubernamentales para el pueblo Rom, cuya operatividad se debe plasmar y concretar en la elaboración de los planes territoriales de desarrollo, para lo cual se impone la identificación de los lugares en los que se encuentran localizadas las Kumpaño (...), en organizaciones de alcance territorial, más allá de que preserven su espíritu nómada. (Corte Constitucional, 2015). Por lo tanto, pueden articularse en la defensa de sus derechos y establecer objetivos desde la figura de la veeduría y demandar sus derechos o ejercer el control social.

Dentro de esta categorización, es preciso indicar que pueden existir multiplicidad de espacios de interlocución con todos los ciudadanos en forma plural o a través de organizaciones civiles como las comunitarias, profesionales, juveniles, sindicales, benéficas o de utilidad común, no gubernamentales, sin ánimo de lucro; de acuerdo con el art. 2 de la Ley 850 de 2003 tienen facultad de aplicar las herramientas que poseen, para la defensa de lo público, para lo cual deben ejercer sus derechos con responsabilidad en los siguientes escenarios:

- Las veedurías deben cumplir con el deber de denunciar lo que atente contra la Constitución y la Ley 906 de 2004 en su artículo 67, señala el deber de denunciar”. (Véase la Ley 1621 de 2013, art. 39 inc. 3°, la Ley 962 de 2005, art. 81 y la Ley 600 de 2000, art. 27).
- Utilizar las acciones constitucionales, la acción de tutela (v. gr. vía de hecho), la acción de cumplimiento, las acciones populares; otras de carácter legal.

- La ciudadanía virtual es una forma de tejer multiplicidad de conectores que permiten a los veedores establecer alertas tempranas desde las redes ciudadanas, sitios web, es preciso indicar que las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC) permiten dinamizar espacios de gobierno electrónico.
- La defensa de lo público a través de audiencias públicas (Ley 489 de 1998. artículos 32 ss.).
- Las acciones populares, y que aun la reforma de la Ley 1425 de 2010 ‘por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo’ (Corte Constitucional, 2011), sigue con un radio amplio de acción en el goce de un ambiente sano, de la moralidad administrativa, de los derechos de los consumidores y usuarios, entre otros.

Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:

- Participar en los procesos de rendición de cuentas. Artículo 78 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).
- Formulación del derecho de petición (Ley 1755 de 2015) y demás acciones constitucionales.
- La actuación de las veedurías debe generar un diálogo con el Estado no vindicante, apegado a la búsqueda de una pronta y cumplida justicia.

Se hace necesario crear veedurías que tengan como propósito la defensa de lo público, en lo político, económico y social, así como el medio ambiental, de lo urbano, de carácter contractual, la defensa de moral y de la ética pública, inclusive los procesos de confección normativa, de defensa de lo rural, de los

servicios públicos en todas las áreas, en fin de todos aquellos ámbitos en que puedan defenderse a través de estas interacciones en el ordenamiento social.

Dentro de las situaciones y coyunturas societales que afectan al país y las distorsiones en materia de moralidad, la sociedad de consumo ha desviado la importancia de la ética pública porque aún asedia desde la corrupción en todas sus modalidades.

Hoy existe una gran cantidad de instrumentos que los ciudadanos aún desconocen, valga decir que la pedagogía no es una moda, algo de momento, es una constante para que la gente sea orientada inclusive por el propio Estado, existen instrumentos garantizados desde la propia Constitución a través de los cuales el ciudadano puede interactuar, teniendo en cuenta que ella es norma de normas, garantizando así su efectividad y partiendo de que el desarrollo legal y la reglamentación no la hagan de difícil aplicación práctica.

Veamos desde lo institucional cómo se articula la colaboración en el siguiente cuadro:

ENTIDADES ENCARGADAS DE LA COORDINACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA	
Procuraduría General de la Nación	Prestarán su apoyo y concurso a las veedurías ciudadanas y a las redes que las agrupan en todo lo relativo al apoyo legal y a la promoción de la vigilancia, para tal efecto, podrán acordar mediante convenios interadministrativos, acciones conjuntas en las materias antes mencionadas.
Contraloría General de la República	
Defensoría del Pueblo	
Ministerio del Interior	Igualmente, el Ministerio del Interior presta su apoyo a las veedurías.
Ministerio del Interior	El Fondo de Desarrollo Comunal y la Participación, adscrito al Ministerio del Interior, contribuirá e impulsará las campañas de conformación de veedurías y redes y las capacitará para el ejercicio de la vigilancia, de la misma manera adelantará evaluaciones de los logros alcanzados por ellas y coordinará la red institucional de apoyo a las veedurías y ejercerá las demás funciones establecidas en la ley.
Departamento Administrativo de la Función Pública	Como parte del mejoramiento de la Gestión Pública en el orden nacional, diseñará metodologías de evaluación de la Gestión Pública, orientadas a facilitar el ejercicio de la vigilancia por parte de las veedurías ciudadanas y las redes que las agrupan y suministrará la información pertinente sobre los planes institucionales y la evaluación del Estatuto Anticorrupción.
Organismos de planeación en sus diferentes niveles y ámbitos de acción	Suministrarán la información sobre los planes, programas y proyectos adoptados y organizarán sesiones amplias de explicación o instrumentos masivos de divulgación sobre los recursos asignados, beneficiarios y metodologías de seguimiento y evaluación de los mismos.
Orden departamental y municipal	Por la Secretaría que para tal fin se designe.

Fuente: Cuadro, elaboración propia.

Por lo anterior, al haber la mayor concreción en la aplicación de la Ley 1757 de 2015, se da alcance a las Redes de Apoyo Institucional, porque busca que a través de “los diferentes tipos de veedurías que se organicen a nivel nacional o de las entidades territoriales, pueden establecer entre sí mecanismos de comunicación, información, coordinación y colaboración permitiendo el establecimiento de acuerdos sobre procedimientos y parámetros de acción, coordinación de actividades y aprovechamiento de experiencias en su actividad y funcionamiento, procurando

la formación de una red con miras a fortalecer a la sociedad civil y potenciar la capacidad de control y fiscalización. (...) La inscripción y reconocimiento de las redes de veedurías se hará ante la Cámara de Comercio de cualquiera de las jurisdicciones a que pertenecen las veedurías que conforman la red".Es por ello que en los 180 días de la Procuraduría General de la Nación y el Instituto de Estudios del Ministerio Público, con el objeto de rendir cuentas, se evidencian las acciones contra los escándalos de corrupción más sonados, valga decir: "el caso Odebrecht, relacionado con la Ruta del Sol, con el proyecto Navelena SAS; el traslado a la Fiscalía General de la Nación de 66 contratos suscritos por Marketmedios con 31 entidades del Estado; la realización de contratos y proyectos realizados entre Findeter y entes públicos; el desplome del Edificio Blas de Lezo II"; en el mismo documento se destaca el "conversatorio sobre el Río Atrato, sobre la Sentencia T-622 de 2016, que reconoce al río Atrato como sujeto de derechos o el seguimiento preventivo y de intervención al manejo ambiental del cayo Johnny Cay y del Acuario de el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina o los Planes de Gestión Integral de Residuos Sólidos (PGIRS); el alcance a la Sentencia del Consejo de Estado, en la que se ratificó la decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira de frenar el desvío del Arroyo Bruno".

Este propósito necesita del apoyo decidido de la ciudadanía, en especial de aquellos que pueda afectar su vida o en comunidad como la construcción de una escuela, una obra, la baranda del puente, el nombramiento de maestros, el acueducto de la comunidad, el acceso a la propiedad agraria, el trámite de un crédito, la seguridad del barrio, la construcción del metro, la construcción del cable o los servicios públicos.

También en los tiempos del posconflicto se deben establecer puentes para el control social en relación con la verificación de la estructura constitucional y legal dispuesta para ese fin imperativo ya que forma parte del marco axiológico de la Constitución como en las demás normas que han constitucionalizado el tema, para la construcción de la paz estable y duradera, dentro de las condiciones establecidas en el marco jurídico para la paz, lo que implica la mayor intervención social desde la participación.

Conclusiones

Las normas relacionadas con el control social desde las veedurías ciudadanas constituyen el desarrollo de los instrumentos para la concreción del modelo de Estado Social de Derecho. Este control social se edifica sobre el diseño de políticas públicas consecuentes con las necesidades básicas insatisfechas o la atención a la demanda en materia de derechos, en el contexto de la defensa de la vida, honra, bienes y creencias, como garantía mínima inalterable; los instrumentos constitucionales y legales para su ejercicio y su reivindicación están dispuestos para ser realizados.

El sentido y orientación del artículo 270 tiene un desarrollo armónico, con el marco jurídico actual porque confluyen diversas interacciones normativas en varios ámbitos que van desde la participación que se articula para que la ciudadanía decida y controle la gestión pública en diversos espacios así como los procesos de participación ciudadana, de rendición de cuentas, de una forma articulada para la defensa de lo público.

Esta defensa es de doble vía, la política pública no se impone, sino que

se construye desde las bases sociales, con el derecho de la ciudadanía a estar informado sobre el derecho a participar en las decisiones que le puedan afectar, y poder participar en la gestión pública con la responsabilidad consecuente, respetando el ámbito decisorio correspondiente legítima al Estado, le da su valor, pues asegura que la gente tenga confianza con lo que se hace y para quien se hace, ello permite construir un Estado incluyente entre todas y todos.

A las instituciones les corresponde apropiarse los recursos necesarios para que se consolide la política y esta no sea una quimera y se materialice en los niveles institucionales, con un componente que desde lo infrainstitucional sea básico en la construcción de una cultura de la rendición de cuentas, así como de la implementación de los presupuestos participativos en todos los órdenes, para que la participación sea un derecho, permita neutralizar la corrupción y la cultura del atajo.

En consecuencia, tanto los recursos de las entidades públicas del orden nacional, el Fondo de Participación Ciudadana y el Fortalecimiento de la Democracia, los del sector privado orientados hacia la participación y los demás gastos de financiación de la Participación Ciudadana sean la garantía para que se promueva el ejercicio de la participación ciudadana en Colombia.

Referencias bibliográficas

- Ander-Egg, E. (1999). El taller una alternativa para la renovación pedagógica. Argentina, La Plata, Argentina.
- Ciudadanía Multicultural (s. f.). En H. Kymlicka, Ciudadanía multicultural (pág. 61). Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.

- Congreso, G. (3 de noviembre de 2011). Obtenido de <https://onedrive.live.com/?authkey=%21ANMsADf0IDYovkl&cid=B2152531A6FA805C&id=B2152531A6FA805C%212514&parId=B2152531A6FA805C%21178&o=OneUp>
- Corte Constitucional (2000). Sentencia C-1338 de 2000.
- Corte Constitucional (2008). Sentencia C-461/08.
- Corte Constitucional (2011). Sentencia C-630.
- Corte Constitucional (2013). Sentencia T-386 de 2013.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia T-026 de 2015. Corte Constitucional (2016). Sentencia C-068 de 2016.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T-622 de 2016.
- Gómez. (2011). Dimensión de la empresa. Una prospectiva de la empresa en social desde la delegación. Universitas.
- Kuafmann, P. & Hellman, J. (2000). La captura del Estado en las economías de transición. Finanzas & Desarrollo (I. D. 2444, Ed.) Publicación Banco Mundial, 2. Septiembre de 2001. Obtenido de <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>
- (Corte Constitucional (1993). Sentencia No. T-124 Marco axiológico de la Constitución.).
- Parejo, L. (1998). Perspectivas del Derecho Administrativo. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Procuraduría General de la Nación. (s. f.). Alianza entre Procuraduría y gremios, un ejemplo para presentar en Cumbre de las Américas de 2018. Boletín 612 miércoles 2 agosto 2017. Obtenido de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Alianza-Procuraduria-gremios.news>
- Roldán, G. (2006). El juego de la democracia. Prolegómenos. Derechos y Valores, 109-126.
- Salazar. (2008). En C. S. Vargas, Políticas Públicas & Think Tanks.
- Salazar Vargas, C. (2009). Políticas Públicas & Think Tanks. En C. Salazar Vargas. Bogotá D. C: Graficolor.
- Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte de Bogotá (s. f.). Diversidad. Grupos sociales. Obtenido de <http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-culturales/grupos-sociale>.

En defensa de la cultura literaria, a propósito de “lecturas anglosajonas del Quijote”

ENSAYO

Recibido: 18 IX 2017; Aceptado: 14 XI 2017.

AUTOR: IVÁN MAURICIO LOMBANA VILLALBA¹.

I. Introducción

En *Lecturas anglosajonas del Quijote*, artículo publicado por *El malpensante* 71, Juan Gabriel Vásquez criticó a *Wistan Hugh Auden* y a *Vladimir Nabokov*, con juicios ligeros y sin respaldo, por representar “las peores lecturas” de *Don Quijote de la Mancha*, ante lo cual, vale la pena preguntar por la influencia ejercida sobre la educación una cultura tergiversada por los medios de masa y la versión que de los clásicos difunden los autores de *best sellers* y las revistas culturales.

En la publicación de estas imprecisiones está en juego un dilema ético, en tanto que como lectores no tenemos acceso a la proliferación de obras y autores, por lo que nos vemos obligados a confiar en el juicio y conocimiento de los críticos y especialistas, ya que en artículos de revistas, resúmenes y formatos con espacio limitado determinan nuestro acceso a la literatura, por consiguiente, influyen en el gusto, en el consumo de los productos culturales y en el pensamiento que se impone.

Ya anotaba Richard Rorty en *Contingencia, ironía y solidaridad*, que no hay cultura que enseñe a criticarse, ante lo cual, cobra importancia la susceptibilidad ante el dolor, por lo tanto, la solidaridad ante la humillación y la crueldad, más que la pretensión intelectual de encontrar una verdad o un lenguaje común que reduce el espacio para el desarrollo de nuestras capacidades.

Los críticos estimables no se dedican a juzgar el mérito de un texto, para elogiarlo o descalificarlo, y menos de una pincelada, sin justificación ni criterio, con un lenguaje que se asume como verdadero ante cualquier otra valoración moral. La metafísica y la ignorancia están insertas en la retórica pública sobre la cultura y nuestra situa-

Resumen.

El artículo desmiente que Auden interpretara *El Quijote de la Mancha* desde una perspectiva religiosa, y que Nabokov solo lo calificara como una novela cruel, tal como lo afirmó Juan Gabriel Vásquez. También defiende un concepto hispano de la novela, con base en el valor de la ensoñación, frente a la tendencia anglosajona por la explicación y la ironía. En estas discusiones está en juego un dilema ético sobre la burla, ante el dolor ajeno, y que nos vendan interpretaciones amañadas de la cultura literaria, por lo que se invita a los lectores a conservar una actitud crítica ante los nuevos intelectuales que tergiversan el saber.

Palabras clave:

Quijote, Auden, Nabokov, dilema moral, novela moderna.

¹ Filósofo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctor en humanidades de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Maestría en Comunicación Social y Especialista en Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana. Máster en Comunicación Política de la Fundación Ortega y Gasset. Asesor del IEMP de la Procuraduría General de la Nación. Correo electrónico: ivanmauriciolombana@hotmail.com

ción, por lo que urge invitar a volvernos menos indolentes, advertir los efectos de nuestras acciones e instituciones, y de qué modo las prácticas sociales que consideramos más comunes y naturales esconden la mayor crueldad.

2. Auden nunca elaboró una interpretación religiosa de El Quijote de la Mancha

En primer lugar, Vásquez arremete contra Auden, por elaborar una lectura religiosa de El Quijote de la Mancha, una acusación del todo imprecisa, según le parece, por seguir en eso a Miguel de Unamuno, al que tampoco cita:

“Pero hay dos posiciones extremas y opuestas entre las cuales navegan todas las demás, dos posiciones que representan las peores lecturas del Quijote. Una es la lectura religiosa: su más notable exponente es Auden, para quien don Quijote era el retrato de un santo cristiano. Auden, seguía de cerca la opinión de ese fanático idealista que era Unamuno, para quien el Quijote era una épica profundamente cristiana –“la Biblia española”... llegó a llamarlo–” (Vásquez, 2006: 25-26).

Aparte del tono despectivo que no teme referirse de manera tan burda y simplista a autores consagrados, no tiene nada de malo comparar a Don Quijote de la Mancha con la Biblia, como libros de referencia narrativa.

Además, aclara Alfredo López-Pasarín Basabe que para Unamuno los personajes de ficción gozan de vida, por lo que al escribir sobre El Quijote de la Mancha no comentó un texto, sino que interpretó una biografía, nivelado Jesús a don Quijote, en un mismo plano terrenal. Obviamente, la frase de Unamuno es metafórica, susceptible de una interpretación escandalosa, si las tristezas del Quijote reemplazan las de Jesús de Nazaret.

Así mismo, resulta ridículo calificar de religiosa la interpretación de Auden que escribía en el poema la pregunta: *“¿de dónde sacó Cristo el cromosoma que faltaba?”*, más cuando Vásquez redacta con tanta repetición de expresiones y abuso del verbo ser.

En la “Canción de Don Quijote”, de Auden, de formación marxista, contrasta una edad de oro, de felicidad, alegría, amor, plenitud y sencillez con la de los hechiceros que volvieron gris el día, y trajeron oscuridad, dolor, temor, ira, codicia y malicia; por lo que don Quijote los desafía y los quiere acabar, sin flaquear.

Como antecedente de esta crítica cultural a la moral ascética, Nietzsche sostuvo que todo lo que afecta al corazón, lo serio y lo que atañe a la pasión, compone el quijotismo; aunque cuestionó que se luche con pretendidas realidades, y recomendó proceder como don Quijote, a arrancarles la máscara de la cara a los farsantes (Rosario Hernández, 2004).

ENSAYO

Resumé.

L'article nie qu'Auden ait interprété le Quichotte de la Mancha d'un point de vue religieux, et que Nabokov le décrive seulement comme un roman cruel, comme l'a déclaré Juan Gabriel Vásquez. Il défend également un concept hispanique du roman, basé sur la valeur de la rêverie, contre la tendance anglo-saxonne à l'explication et à l'ironie. Dans ces discussions, est en jeu un dilemme éthique sur la moquerie en relation avec la douleur des autres, et qu'on nous vende des interprétations truquées de la culture littéraire, de sorte que les lecteurs sont invités à maintenir une attitude critique envers les nouveaux intellectuels qui déforment les connaissances.

Mots clés.

Quichotte, Auden, Nabokov, dilemme moral, roman moderne.

También en *Balaam* y su asna, de La mano del teñidor, para Auden don Quijote y Sancho conforman la pareja más ortodoxa, armoniosa y feliz, que se afecta mutuamente, con su cómica locura y cordura. Según Auden, no se puede imitar a Cristo sin resultar cómico, como el resto de los mortales, y don Quijote no tiene nada que ver con Cristo, pues su 'santidad' se reduce a la del loco que se las cree, y le hace falta Sancho para que se vuelva cristiano, pues la caridad exige un prójimo.

En consecuencia, la religiosidad que Auden o Unamuno pudieron encontrar en *El Quijote* de la Mancha solo obedece a la relación de dependencia que tiene Don Quijote con Sancho, y el cristianismo de Auden, a propósito de la interpretación de la obra, solo se ampara en el amor, no como ideal, sino en tanto producto de la relación concreta con el otro, una postura más ética y secular que religiosa.

Téngase en cuenta que Auden coqueteó a la vez y por mucho tiempo, indeciso entre Marx y Kierkegaard, con la ciencia y la fe; entre el aislamiento y el sufrimiento social. Complejo en su poesía, a pesar de desaprobación la vida y la imperfección humana, Auden la acepta, neutral para el mundo. No obstante, para 1930, Auden profesó una epistemología empirista, y creyó que a pesar de la imperfección, se debe actuar para volver al mundo aceptable y placentero:

"In the 1930's Auden usually stressed the positive, active possibilities inherent in the empirical epistemology. If the world is a thing of man's own making, then he should get busy at making it properly. Even if love were always faithless, hearts crooked, time destructive, guilt inevitable, imperfection certain, men could act to make an acceptable, even pleasurable

world. Auden never loses this optimism, but under the influence of Kierkegaard he begins to emphasize more than before the inescapable causes of human failure" (Replogle, 1969: 59)2.

Para Auden, la experiencia religiosa resulta incompleta y temporal, y el infierno reside en rehusar sufrir mientras se viva. Irreverente al extremo, dista de indicar un camino por experiencia, para enfatizar en lo secular y en la imperfección, contra el salto abrupto de Kierkegaard en la fe, desde el pecado hacia lo trascendente.

La cultura religiosa solo le sirve a Auden para cuestionar la inconstancia y volubilidad de la ideología cristiana a la que no se halla aferrado. Por el contrario, Auden celebra las cosas desde un punto de vista intelectual y poético: "It is sacred awe, a sense of the power and meaning that permeates experience, which animates the abstractions of this highly intellectual poet, and which should preserve him, finally, from the charge of ideological fickleness" (Ohmann, 1964: 178)3.

Si para Ohmann, Auden celebra las cosas y no es un partidista, a su vez, en la tradición española José Ortega y Gasset ofrece una larga introducción a sus ensayos sobre el quijotismo, no ya sobre el Quijote, en la que acude

2 "En la década de 1930, Auden usualmente subrayaba las posibilidades positivas y activas inherentes a la epistemología del empirismo. Si el mundo es producto del propio hacer del hombre, entonces debería ocuparse de hacerlo correctamente. Incluso si el amor siempre hubo deslealtad, corazones torcidos, tiempo destructivo, inevitable culpa, imperfección cierta, el hombre puede actuar para hacer un mundo aceptable, incluso placentero. Auden nunca pierde este optimismo, pero bajo la influencia de Kierkegaard comienza a enfatizar más que antes las causas inescapables del fracaso humano".

3 "Es un temor sagrado. Un sentido del poder y del significado que permea la experiencia, que anima las abstracciones de este poeta altamente intelectual, y que debe preservarlo, finalmente, de la carga de la inconstancia ideológica".

a motivos de la más antigua tradición religiosa al remontar del amor intelectual de Spinoza hasta el sentido de salvación renacentista, ligado a la plenitud; así como al conceptualizar el amor por lo imprescindible, en relación con el erotismo de la diosa *Isthar* y el "también aquí hay dioses" de Heráclito.

De tal forma, Ortega y Gasset acude a la religión y a la moralidad, para pensar un estilo cervantino de acercarse a las cosas, frente al cual, el anglosajón pasa por extravagante con su manía por la explicación y el esclarecimiento conceptual:

"No existe libro alguno cuyo poder de alusiones simbólicas al sentido universal de la vida sea tan grande y, sin embargo, no existe libro alguno en que hallemos menos anticipaciones, menos, menos indicios para su propia interpretación. Por esto, confrontado con Cervantes, parece Shakespeare un ideólogo. Nunca falta en Shakespeare un ideólogo. Nunca falta en Shakespeare como un contrapunto reflexivo, una sutil línea de conceptos en que la comprensión se apoya" (Ortega y Gasset, 1976: 91).

Según Ortega y Gasset, Shakespeare se explica a sí mismo, mientras el valor de Cervantes reside en prescindir de ideologías, por lo que logra una literatura más pura, y, en síntesis, acudir a motivos religiosos, no convierte a nadie en religioso. Abundan las personas con inquietudes místicas, y a la vez, con posiciones intelectuales escépticas, por lo que hablar con términos y de temas religiosos, no supone una interpretación en la fe. Más acritud hay en el juicio ligero, sin estudio, que en los asuntos cristianos ligados al ejemplo de Don Quijote.

3. Nabokov no redujo su interpretación de *El Quijote* de la Mancha a la indiscutible y abundante crueldad en la obra

Por otra parte, no hay motivo para confundir la crítica a la indiferencia ante la crueldad en la literatura, con una desvaloración de los textos. Nabokov nunca desestimó la lectura de Don Quijote de la Mancha.

“La otra gran mala interpretación del Quijote la hizo (...) Nabokov, que dedica unas cuarenta páginas de su Curso sobre el Quijote a comprobar que la novela de Cervantes es un libro cruel: “el libro más amargo y bárbaro de todos los tiempos”, y, sobre todo, que esa crueldad es una equivocación (moral o estética) de Cervantes, porque es intrascendente y vacía” (Vásquez, 2006: 26).

Vásquez lee de prisa y supone que Nabokov se dedicó a comprobar la crueldad de Don Quijote de la Mancha. Sin duda, Nabokov señaló varios pasajes en los que Cervantes no escatima en retratar acciones crueles, como un elemento de la novela; algo distinto a descalificar, interpretar o valorar la obra entera por su crueldad.

Aunque Vásquez admite la crueldad en Don Quijote de la Mancha, asegura que Nabokov no entendió el lugar que le han otorgado los lectores, sin especificar a qué tradición de la novela se refiere, en abstracto, cuando escribe: “Nabokov no entiende muy bien que este libro inhumano, este inventario de trampas y engaños que perversamente se regocija con los sufrimientos de sus personajes, tenga el lugar que tiene entre los lectores y, sobre todo, en la tradición de la novela” (Vásquez, 2006: 26).

¿Cómo puede Vásquez afirmar que Nabokov no alcanzó a comprender la novela, creer que puede saber qué pudo pensar, sin tener en cuenta el curso completo de Nabokov, y adi-

vinar el sentir de todos los lectores? Es Vásquez el que interpreta mal el estudio de Nabokov al tomar una observación por el análisis y valoración completa de la obra y suponer que los lectores piensan como él.

4. Don Quijote contra la cultura dogmática y cruel

No hay posiciones extremas entre Auden y Nabokov, y ambos coinciden con Nietzsche: la ridiculez del Quijote, lector de novelas representantes de los prejuicios de la historia monumental, sin que pueda convertirse en caballero, no obsta para sentir simpatía cuando manda al diablo lo que se le pone en frente, y sus más entrañables ilusiones, lo que no tiene nada de cómico. Don Quijote desprecia y reprende a la cultura y a una sociedad impasible.

Auden y Nabokov hallaron humor y comicidad en don Quijote, pero cuestionan un aprendizaje a raíz del error, a costa del dogmatismo y la violencia, con la ironía de la alta cultura. Reconocer lo cómico y gracioso no exige reír necesariamente: puede alguien abstenerse de reír y reconocer lo cómico, a la par que rechaza la crueldad de los asuntos de la vida. Por el contrario, Vásquez hasta se toma la molestia de acudir a conceptos pedantes de otros lugares, como él mismo los califica, para descalificar a Nabokov y escudar su precipitación para afirmar que Nabokov es incapaz de reír:

“He llamado “religiosa” a la mala interpretación de Auden y Unamuno; para la de Nabokov se me ocurre un nombre un poco más grandilocuente: lectura agelasta. Esta es la palabra que inventó Rabelais para los hombres que son incapaces de reír, lo cual describe a la perfección la actitud de

Nabokov ante las desgracias sufridas por don Quijote y por Sancho, su dificultad para encontrar en ellas la gracia que han tenido para otros” (Vásquez, 2006: 26).

¿Cómo puede Vásquez conocer la actitud de alguien y distinguirla de otra común? Aparte de esto, presume que todo lector halla sin más graciosas las largas y repetitivas descripciones de Cervantes, y asegura que Nabokov carece de humor por advertir la crueldad usual, cuando una cosa no excluye la otra, pues se puede reconocer la comicidad en la crueldad y viceversa.

Fuera de eso, Vásquez critica a Auden y a Nabokov por leer traducciones y califica sus lecturas de desviadas, para adjudicarse la tarea de curar: “una de las relaciones de amor más intensas de la historia de la literatura la de don Quijote y la lengua inglesa”, un exabrupto.

Téngase en cuenta que Nabokov solo le dedica parte de la cuarta sección de su análisis a la crueldad, los engaños y encantamientos en Don Quijote de la Mancha; y no admite que se disculpe la crueldad con la compasión y humanidad de los críticos hallan en el texto.

Como si fuera poco, Nabokov apunta a que el Dios cristiano muestra indiferencia ante don Quijote, y que este se retracta por convencionalismos morales, con una miserable apostasía en el lecho de muerte. Nunca sostuvo que don Quijote carezca de gracia.

Así pues, la advertencia de la crueldad en El Quijote de la Mancha está supeditada al tema del engaño y la pertinencia del desencantamiento. Por lo restante, Nabokov señala la deficiente ficción picaresca de Cer-

vantes, el relato de episodios simples, la apelación a ventas con personajes trasnochados de cuentos italianos; y que en lo espacial, la obra representa a España tanto como Santa Claus al Polo Norte, pues no conocía su tierra, y no hay modo de seguir las andanzas de don Quijote. También desprecia la manía por los sonetos y la literatura francesa, italiana y alemana de la década en que se escribió Don Quijote de la Mancha.

El análisis de Nabokov está sustentado por varios elementos, y no se escatima al juicio vago de Vásquez, para el que Nabokov no reconoce el humor y la ironía inherente a la comedia, y de la que, según Kundera, surgió la novela moderna y su lector.

5. La afectación

En contraste, para Vásquez, Nabokov no entiende la “afectación”, o la pretensión de ser lo que no se es, concepto que toma del prólogo de Joseph Andrews, de Henry Fielding, que para Vásquez representa la obra fundacional de la novela moderna.

Vásquez sobrevalora la influencia de Don Quijote de la Mancha en la literatura anglosajona, y sobrepone una verdadera fundación del arte de la novela en la obra Joseph Andrews de Henry Fielding, y su respectivo lector liberal, a una pobre recepción en España por parte del lector católico.

Al respecto hay que responder que Fielding estaba más preocupado por la técnica de la novela, que por la literatura. La pedante desfachatez de Vásquez lo lleva a obligar a Nabokov a levantarse de su tumba, para hacerlo comparecer y enseñarle literatura, lo que sí resulta divertido, al exigirle el conocimiento de la teoría de otro escritor:

“Pues bien, tengo para mí que aquí radica el primero de los grandes errores de Nabokov, su incapacidad para entender la afectación. Si Nabokov saliera en este momento de su tumba en Suiza y viniera hasta aquí para preguntarme por qué pueden parecer graciosas al lector las desgracias que sufren Sancho y don Quijote, yo echaría mano del prefacio de Fielding y le daría a leer este párrafo: ‘A través de la afectación, los infortunios y calamidades de la vida, o las imperfecciones de la naturaleza, pueden transformarse en objetos de ridículo...’” (Vásquez, 2006: 26).

Si Fielding todavía tenía en mente el motivo tradicional de la transformación del sufrimiento en gozo a través de su aceptación en lo grotesco, por el contrario, Nabokov subestima las generalidades sobre Don Quijote de la Mancha, y rehúsa siquiera considerar que Cervantes fuera un buen o mal católico. Una vez más, se puede señalar la crueldad de un texto sin desvalorarlo, y no justificarla mediante la comedia o la simulación.

En cambio, Fielding mantiene juicios de valor que rayan en el resentimiento, si para reírnos del dolor de alguien, esta persona tiene que fingir pertenecer a una clase superior a la de los desamparados:

“Por supuesto, es dueño de una mente mal formada aquel que puede considerar la fealdad, la enfermedad y la pobreza ridículas en sí mismas: asimismo, no creo que exista hombre alguno que, al toparse con un sujeto sucio que deambule por las calles montado en su carreta, reciba de ello la noción de lo ridículo; pero si viera la misma figura descendiendo de un coche tirado por seis caballos, o saltar de su silla con el sombrero bajo el brazo, entonces comenzaría a reír, y con justicia” (Vásquez, 2006: 30).

Obsérvese el prejuicio de Fielding al diferenciar entre mentes bien formadas y mal formadas, y que reír del mal o el dolor resulte reprochable, a la larga, la misma tesis que Vásquez se limita a reprochar de Nabokov, y que lo cómico se vincule a lo absurdo, lo que obliga a repensar esa relación, como la expone, por ejemplo, Bergson, en *La risa*, pues aparte de la mecánica, de si reímos o no ante lo humano, puede tener una pluralidad de sentidos, incluida la crueldad del juicio social ante el dolor del otro.

Incluso puede uno criticar a Fielding por aquello mismo que Vásquez dice que Nabokov no reconoce en el Quijote, a saber la afectación, pues a juicio de Graham Greene, pretendió ser un poeta sin lograrlo, lo que no impide valorar el carácter revolucionario de Fielding al trastocar la forma de la novela con sus innovaciones técnicas: “El hecho de que Sterne, a veces, fuera poeta importa menos a los practicantes de su arte que el hecho de que Fielding, a veces, haya intentado serlo” (Greene, 1969: 80).

Graham Green despliega toda suerte de elogios para Fielding, pero aclara que su estilo resulta pesado al lector que lee para divertirse, entre otras, por su seriedad moral, pero con cierta prisa para el juicio moral:

“Cuando admiramos a Tom Jones como el primer retrato de un “hombre entero” (descripción que tal vez sólo resulte apropiada para Bloom en la historia posterior de la novela), es a la seriedad de Fielding que rendimos homenaje, a su capacidad de discriminar entre inmoralidad y vicio” (Green, 1969: 83).

Moralista Fielding, pero sin un criterio ético fuerte, Graham Breen le critica sus ejemplos ficticios de

virtud, obtenidos de su imaginación, y que rayan en lo grotesco, en contraste con la consternación de observar la crueldad cotidiana de burlarse del sufrimiento:

“No tenía una opinión muy elevada de la naturaleza humana: las pequeñas sensualidades de Tom Jones, las inclinaciones incorregibles de Booth, su propia declaración directa, cuando escuchó que los aguateros de Rotherhithe se burlaban de su pobre cuerpo moribundo, deformado por la hidropesía (“fue una imagen vívida de esa crueldad e inhumanidad de la naturaleza humana que a menudo observé preocupado, y que conduce a la mente por una serie de pensamientos melancólicos y muy incómodos”), lo demuestran con certeza no mayor que sus imágenes bastante increíbles de virtud: la rectitud de Allworthy, la naturaleza heroica de la paciente Amelia” (Green, 1969: 83).

Es más, es Fielding el que cree tener una buena teoría de la novela al interpretar de manera reducida a Don Quijote de la Mancha, como si don Quijote fuera simplemente un imitador de caballeros andantes que sufren tormentos por la gloria de Cristo.

Contraoponer a Fielding, a Auden y a Nabokov no tiene ningún mérito. Más reciente, tampoco para Gilles Deleuze la creación consiste en una anomalía polémica frente a los valores dominantes, por lo que la moral no se enseña con héroes a los que les sucede algún percance para dramatizar la ficción intrascendente. Así lo recoge Anne Sauvagnargues: “La literatura deberá cuidarse, pues, de pretenderse menor, por una deformación moralizadora que reivindique para sí la postura heroica” (Sauvagnargues, 2006: 67).

Ni para Auden, con poemas cargados de ironía y comedia ni para Nabokov, don Quijote actúa como mártir o víctima, a no ser, en concreto, al sufrir chanzas de las personas que lo rodean ni están incapacitados para reconocer la comedia. No se simula la humillación, no se finge el sufrimiento, y si se finge, no suprime el sufrimiento.

Notas de análisis comparado entre autores

Para Juan Gabriel Vásquez, Unamuno y Auden interpretaron El Quijote de la Mancha de manera religiosa.	Para Unamuno don Quijote y Jesús son personajes literarios comparables. Para Auden, marxista y empirista, don Quijote desafía a los hechiceros y no se asimila a Cristo. El cristianismo en Don Quijote de la Mancha se reduce a la relación de dependencia y la caridad con el otro.
Según Vásquez, para Auden y Nabokov don Quijote representa a un mártir cristiano.	Nietzsche: quijotismo se asimila a seriedad. Don Quijote se alza contra la cultura monumental y recomienda arrancarles la máscara a los farsantes. Ni para Auden ni para Nabokov don Quijote actúa como víctima. Somos hechos de ficción, elementos generales de la narración de la vida.
Según Vásquez, Nabokov mal interpreta Don Quijote de la Mancha al señalar la crueldad de la obra y no reconocer la ironía y comicidad, incapaz de reír.	Nabokov señala exceso de crueldad en Don Quijote de la Mancha, para criticar la actitud de indiferente de los lectores, no como elemento central de interpretación de la obra.
Vásquez prefiere la interpretación que Fielding efectúa de Don Quijote de la Mancha, a partir de su comicidad y la afectación o pretensión de lo que no se es.	Nabokov valora la ensoñación en Don Quijote de la Mancha. Ortega y Gasset, que apela a motivos religiosos en su interpretación secular del quijotismo, prefiere a Cervantes frente a Shakespeare, al limitarse a narrar, como corresponde a la literatura, y evitar la manía explicativa inglesa.

Fuente: Elaboración propia.

6. La displicencia del escritor

A su turno, Vásquez difama incluso a los lectores de Auden, Unamuno y Nabokov, y enjuicia incluso el modo de leer que no halla cómico al Quijote:

“El defecto de los seguidores de Auden y Unamuno (los lectores religiosos) y de Nabokov (los lectores agelastas) es el mismo y es muy simple: el Quijote no les parece cómico. Para los unos, don Quijote es un mártir, y el libro es su viacrucis; para los otros, don Quijote es una víctima de la crueldad de la época y sobre todo de su autor, pues para nadie en sus cabales puede ser gracioso ese inventario de torturas físicas y espirituales a que es sometido” (Vásquez, 2006: 30).

De qué manera determina Vásquez lo que piensan los lectores y por qué homogeniza, como si todo el mundo pensara lo mismo, tuviera una idéntica capacidad de reacción, o no hubiera más opción que alinearse bajo una de las dos lecturas, la religiosa y la agelasta, esto es, la incapaz de reír, con las que sólo él clasifica las posibles peores interpretaciones de un texto? Vásquez no solo descalifica a Auden y a Nabokov, sino también a los lectores de El Quijote de la Mancha que piensen en relación con el modo de sufrir religioso, o que permanezcan escépticos ante la comedia que se nutre del dolor.

Por el contrario, según Nabokov, somos entes y hechos de ficción, tejidos de estadísticas, que enlazan con meras generalidades, por lo que las obras que eluden lo general, con más detalles de vivencias, no resultan reconocibles, y

resulta absurdo buscar una representación de hechos cotidianos, en Don Quijote de la Mancha.

Sin embargo, que a Nabokov la ficción de Cervantes le parezca deficiente, no le impide encontrar elementos generales de la vida que los narradores transmutan en arte. Nabokov no pudo despreciar lo terrenal y cómico en don Quijote, ni lo piensa como una víctima de la crueldad imperante, a no ser que se trate de las generalidades de artista. Igual, como se dijo antes, aclara que Don Quijote de la Mancha está plagado de inexactitudes, ausentes los detalles; y que Cervantes conocía España tanto como Gólgol, la Rusia central; reparos que no le impiden defenderlo ante las opiniones contradictorias:

“No vamos a seguir por el sendero polvoriento de estas generalizaciones pías o impías, traviesas o solemnes. La verdad es que no importa mucho que Cervantes fuera buen o mal católico; no importa siquiera que fuera bueno o malo, ni yo considero muy importante su actitud, la que fuera, frente al clima de la época. Personalmente me inclino más a aceptar la tesis de que esas condiciones no le preocupaban gran cosa. Lo que, en cambio, sí nos interesa es el propio libro, un determinado texto español mejor o peor traducido al inglés” (Nabokov, 2010: 32).

Tampoco tiene validez la crítica de Vásquez a Auden y a Nabokov por haber leído traducciones de Don Quijote de la Mancha, y no advierte el interés hermenéutico de Nabokov, que en la crueldad hacia don Quijote halla un dilema moral digno de estudio, independiente de categorizaciones abstractas como “tragedia”, “comedia” y “picaresca”.

Richar Rorty en el capítulo dedicado a Nabokov de Contingencia, ironía y solidaridad, comprendió muy bien el dilema moral del señalamiento de las personas propicias a la crueldad, es decir, la psicopatología:

“A veces las obras de psicología sirven a este propósito, pero los libros más útiles de esa especie son obras de ficción que muestran la ceguera de determinado tipo de personas ante el dolor experimentado por otro tipo de personas” (Rorty, 1989: 159).

Rorty afirma que Nabokov y George Orwell previnieron al intelectual liberal ironista de ser cruel, por lo que no se puede confundir la acción social y pública con la vulgaridad del esteticismo del artista incluso con sentido moral:

“Nabokov escribió acerca de la crueldad desde dentro, ayudándonos a que veamos el modo en que la prosecución privada del deleite estético suscita crueldad. Orwell, las más de las veces, escribió acerca de la crueldad desde afuera, desde el punto de vista de las víctimas, produciendo con ello lo que Nabokov llamaba “hojarasca de lugares comunes”: la especie de libros que ayudan a reducir el dolor futuro y sirven a la libertad humana” (Rorty, 1989, 164).

Para Nabokov, la teoría y el sentido común se supeditan a la singularidad del artista en la expresión del dolor y el reconocimiento de lo bueno en la imaginación especulativa, incapaz de tolerar el sufrimiento en la conmiseración, según Rorty, y no en el entendimiento y la razón, crítico de la virtud y de la esperanza social.

7. Reír del sufrimiento: un dilema moral

A Nabokov no le interesa tanto la crueldad en la literatura y en El Quijote

de la Mancha, como el problema ético, tras denunciar el moralismo escondido en la estética y en la filosofía del arte:

“...del texto brotan ciertas implicaciones morales que hay que considerar bajo una luz que quizá trascienda del mundo del libro en sí, y no flaquearemos cuando lleguemos a esas espinas. “El maestro no es nada, la obra maestra lo es todo”, decía Flaubert. En más de un adepto del arte por el arte habita un moralista frustrado; y algo hay en la ética del libro Don Quijote que proyecta una lívida luz de laboratorio sobre la flamante carne de algunos de sus pasajes. Vamos a hablar de su crueldad” (Nabokov, 2010: 32).

Nabokov no tilda de cruel a Cervantes ni al texto de Don Quijote de la Mancha, sino que le interesan las disposiciones éticas y sus repercusiones, entendidas como crueldad moral, en algunos pasajes, y sigue a Nietzsche al desvirtuar al héroe épico. Entonces, ¿qué puede significar jugar al caballero andante?

En nota tachada, Nabokov apuntó que en las épocas de opresión, bajo Nicolás I, Lenin y Stalin, resurgieron novelas picarescas, en las que suele declinarse toda responsabilidad del héroe. De modo que la crítica sobre la crueldad no se reduce a la nobleza extravagante y a la sinceridad en el Quijote, inscrita en un contexto moral. Nabokov no se alza para nada contra Cervantes y su Quijote, sino contra la inconsideración hacia el lector que no advierte las connotaciones morales desvaídas para el que solo busca anécdotas cómicas.

De esta manera confluyen el señalamiento de Nabokov de un elemento de crueldad que incluso desborda la obra y la actitud indolente del lector. Puede que la novela de El Quijote de

la Mancha esté escrita para disfrutar de su comicidad, pero tras tanta crueldad, obliga a detenerse y pensar ante el regodeo divertido con dolor, por el artista, crítico moral, y en la recepción de la obra:

“El autor parece hacerse el siguiente plan: ven conmigo, avieso lector, que disfrutas de ver a un perro vivo inflado y zaran-deado a puntapiés como una pelota de fútbol; lector que, los domingos por la mañana, yendo o viniendo de la iglesia, gustas de saludar con un puntazo del bastón o con un escupitajo al pobre golfo puesto en la picota; ven conmigo, avieso lector, y advierte en cuán ingeniosas y crueles manos voy a poner a ese personaje mío que da risa de puro vulnerable. Y espero que te diviertas con lo que te tengo preparado” (Nabokov, 2010: 90).

En este sentido, Nabokov desmintió a Aubrey Bell y aseveró que de la obra no se desprende ningún carácter general sensible, agudo, humorista y humano, puesto que tanta crueldad ensucia su comicidad. Por lo tanto, no se trata de un asunto de géneros literarios, ni de un tipo específico de sensibilidad. La cuestión de la crueldad no tiene poca importancia para Nabokov, que aclara que en tiempos de Cervantes estaba generalizada, y que se ha recrudecido:

“Del cuatrero que va en la cuerda de galeotes que don Quijote encuentra en el camino se nos dice que ha pasado por el potro como si fuera lo más natural, porque en la España o la Italia antiguas se aplicaba la tortura con la misma generosidad —aunque menos disimuladamente— con que hoy se aplica en los estados totalitarios. En la época del Quijote la locura era una cosa cómica para los españoles, pero también lo era (como señala Krutch) para los ingleses de épocas más recientes, que iban a

Bedlam a pasar el rato” (Nabokov, 2010: 90).

Nabokov no sostuvo que Don Quijote de la Mancha sea un libro cruel, sino que algunos pasajes contienen tanta crueldad como la sociedad en cualquier rincón del mundo y época: toda una enciclopedia de crueldad artística que, en el caso de Don Quijote de la Mancha, apiña en un capítulo varias atrocidades, para criticar Nabokov a los académicos que los consideran una atmósfera sentimental, humorística y humana, al confundir escenas brutales con meros divertimentos.

Nabokov corrige que la crueldad de hoy sólo anida en las tiranías totalitarias, y enseñó a sus estudiantes que la violencia está más cercana de lo que se cree. Nabokov señala la crueldad en cada uno de nosotros, y la poca capacidad para advertirla como lectores:

“El dolor sigue estando con nosotros, alrededor de nosotros, entre nosotros. No me refiero a trivialidades —aunque también tienen su sitio en la historia del dolor— como los coscorriones en la cabeza (...). Estoy pensando en cosas más triviales, que pasan bajo los mejores gobiernos. De vez en cuando, en nuestras escuelas, los niños que son un poco raros son atormentados por sus compañeros tan a placer como lo fuera el niño Quijote a manos de sus encantadores; y de vez en cuando los vagabundos, blancos y de color, son coceados por robustos policías con el mismo gusto con que lo fueran el vagabundo armado y su escudero por los caminos de España” (Nabokov, 2010: 96-97).

A Nabokov le tuvo sin cuidado la crueldad de Cervantes y solo consideró en el texto las prácticas crueles como elemento común en la historia del dolor. En el análisis de la segunda

parte, a Nabokov lo seduce más el problema del engaño, sin rechazo ni valoración de la obra, embaucado don Quijote por Sancho varias veces, y sin que reconozca a Dulcinea entre las labradoras sobre borricos. Aun así, el Quijote le sigue la cuerda a Sancho, en lo que a Nabokov le interesa el recurso del encantamiento por el que don Quijote cree que está frente a Dulcinea, y piensa cómo desencantarla.

Así, en lo estético, a Nabokov le fascina que don Quijote se autoengaña en el episodio de Montesinos, sin que podamos saber si era consciente de habérselo inventado, y no interpreta a don Quijote según la dicotomía verdad y locura. Entiende los juegos de don Quijote con la ficción como un simple recurso narrativo, que Fielding se tomó muy en serio, y que Vázquez estima como la esencia de la novela moderna.

Lejos de la tal afectación, en determinado momento don Quijote no finge, y advierte que mintió:

“Al comienzo del capítulo 24 el cronista afirma no poder darse a creer que don Quijote se lo hubiera inventado todo y estuviera mintiendo deliberadamente, él que era el caballero más veraz del mundo. El episodio pone una pincelada extravagante en su personalidad, y ha habido comentaristas que veían, en la colorida oscuridad de la sima, una serie de símbolos alusivos al meollo mismo de la cuestión de qué es la realidad, qué es la verdad. Yo me inclino, sin embargo, a entenderlo como un giro más de los que Cervantes imprime a la materia de Dulcinea Encantada para tener al lector entretenido y a don Quijote ocupado. Ahora el problema es cómo desencantar a Dulcinea” (Nabokov, 2010: 104).

A Nabokov lo inquietó el problema de la verdad y no solo trata el tema con profundidad moral, sino que diferencia tipos de encantamientos; distingue un humor del demonio de otro de ángeles, en los capítulos ducales; y hasta apunta que el tema de las máquinas voladoras deriva de *Las mil y una noches*. Por lo tanto, su conocimiento de la obra lo faculta para una interpretación más profunda.

8. Conclusión: otra interpretación de la novela

Nabokov indica de manera explícita el elemento sugestivo de la ensoñación en la novela, lo que la diferencia de la picaresca y del mero uso de la ironía: “Yo quiero proponer esta tesis: esta novela se habría muerto de la risa que su trama picaresca pretendía provocar, si no contuviera episodios y pasajes que suavemente introducen o arrastran al lector al mundo ensoñado del arte permanente e irracional”.

A propósito de la relación entre la crueldad y otras formas del sufrimiento con las formas de encantamiento, Nabokov anota que mientras Sancho consigue su ínsula, don Quijote no se desencanta y se sumerge en un declive, conoce el miedo, la desolación y la pobreza, por lo que sus instrucciones a Sancho constituyen un modo de elevarse en su estima sobre su subordinado.

La crueldad y el encantamiento sirven de entrada para la formulación de otras tesis morales, que tienen que ver con el conocimiento: “Hay que tener en cuenta que don Quijote es el hacedor de su gloria, el único engendrador de esas maravillas; y dentro de su alma lleva consigo al enemigo más temible del visionario: la serpiente de la duda, la conciencia enroscada de que su

empresa es ilusoria” (Nabokov, 2010: 114).

Aún más, a propósito de la soledad del Quijote, en el horrible castillo ducal, Nabokov la reconoce como experiencia pedagógica, en contraposición a la fantasía quijotesca:

“La realidad supera en quijotismo a don Quijote: Sancho se ha ido, y don Quijote está extrañamente solo. Hay una súbita quietud, una pausa triste y profunda. Ah sí, ya sé, se apresura Cervantes a decirle al lector, al lector más bruto, sí, lector, ese escudero gordo tan gracioso, tu payaso favorito, se ha ido, pero ‘en tanto, atiende a saber lo que le pasó a su amo aquella noche; que si con ello no rieres, por lo menos desplegarías los labios con risa de jimia, porque los sucesos de don Quijote, o se han de celebrar con admiración, o con risa’. Lo más seguro es que el lector antropoide se salte el importantísimo pasaje al que con esto estamos llegando, para pasar en seguida al episodio de los gatos, presuntamente desternillante pero en realidad atroz y brutal y fundamentalmente estúpido” (Nabokov, 2010: 114-115).

Nabokov destaca la pausa; un lapso que permita tomar distancia de la abstracción simbólica y cultural. Nostalgia, añoranza y anhelo sin objeto, por la que don Quijote sufre insomnio en la mezcla de lo grotesco y lo lírico, rodeado de elementos muy definidos que lo hacen soñar, únicamente para fecundar la realidad.

“Es una escena admirable, una de esas escenas que halagan a la imaginación y dan más de lo que parecen encerrar; soñador, añorante, enteco, con las medias raídas de color esmeralda hechas un higo en el suelo, y la reja, ya cerrada, y la cálida noche española que de aquí en adelante será durante tres siglos semillero de prosas y versos románticos en todos los

idiomas, y un Quijote cincuentón que combate el engaño con otro engaño: melancólico, abatido, tentado, excitado por los gemidos musicales de la pequeña *Altisidora*” (Nabokov, 2010: 117).

Supo Nabokov que Cervantes hallaba igual locura en los burladores que en los burlados, por lo que cada vez que critica la estupidez de los sucesos, no critica tanto a don Quijote como a los lectores ligeros. También en la crítica literaria, la cultura antecede a la ética, por lo que la invitación a leer las fuentes clásicas nunca se ha de escatimar.

Es la propia experiencia del lector la que suscita pensamientos morales en relación con su propio pasado, los retos de un mundo violento y vergonzoso, la que lo acarreará a alterar las conductas y la valoración de la expresión ficticia del horror ante tanto sufrimiento propiciado por la humanidad.

En la sociedad de la información, en la que prolifera la opinión ligera sin fidelidad a las fuentes, corremos el peligro de que se nos engañe mediante la construcción de un conocimiento falaz.

Por supuesto, por lo que concierne a la literatura, no importa tanto que nos vendan mentiras sobre el pasado cultural, si al cabo jugamos con ficciones y narraciones, aunque sorprende que revistas culturales que han ganado notoriedad y prestigio por sus contenidos intelectuales, no se cuiden de publicar notas en las que escritores prestigiosos caen en descrédito por juicios vulgares, más cuando a través de las imprecisiones sobre la crueldad en la literatura —y lo mismo vale para cualquier arte— se encubre un problema ético mucho más relevante, a saber: la receptividad

y el cuidado que debemos procurar tener ante el dolor ajeno y el propio.

Hace falta más suspicacia por parte de editores y lectores ante la falta exactitud y de calidad en los contenidos, por lo que no podemos confundir aquellos textos que nos ofrecen diversión, incluso bajo un formato cultural elitista, con los contenidos académicos más cuidadosos a la hora de ofrecer sus tesis sobre el arte, bajo una perspectiva estética y ética. El ejemplo expuesto en este artículo solo representa una muestra de una tendencia general patente para cualquiera.

La actitud de Don Quijote constituye el mejor ejemplo para el lector, por su lucha contra el poder de impostores y un saber espurio y fraudulento,

que no considera efectuar la mínima acción para el alivio del dolor, tanto como por su capacidad de ensoñación, en medio de su más íntimo sufrimiento.

Referencias bibliográficas

- Nabokov, Vladimir (2010). *Curso sobre el Quijote*. Barcelona: RBA Libros.
- Ohmann, Richard M. (1964). *Auden's Sacred Awe*. En Monroe K. Spears (Editor). *Auden. A Collection of Critical Essays*. Maynard Mack Twentieth Century Views. Prentice-Hall Inc.
- Ortega y Gasset, José (1976). *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Espasa-Calpe, S.A.
- Rorty, Richard (1989). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Madrid: Ediciones Paidós.
- Vásquez, Juan Gabriel (2006). *Lecturas anglosajonas del Quijote*. En *El Malpensante* 71. Año 10: 25-33, junio 16-julio 31.
- Replogle, Justin (1969). *Auden's Poetry*. London: Methuen & Co. Ltd.
- Sauvargues, Anne Deleuze (2006). *Del animal al arte*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Greene, Graham (1969). *Ensayos*. (Trad. de Edgardo Cozarinsky). Buenos Aires: Editorial Sur.
- Hernández Catalán, Rosario (2004). *Sobre la utilidad y prejuicios de la historia para la vida: diálogo entre Cervantes, Nietzsche y Thomas Mann a la vista de los rascacielos de Manhattan*. Actas Coloquio Internacional. Oviedo: Centro virtual Cervantes.
- López-Pasarín, Basabe (2009). *En torno a La vida de Don Quijote y Sancho, de Unamuno: cuestiones de hermenéutica*. Ediciones Universidad de Salamanca. Cuad. Cát. M. de Unamuno: 52-67.

ROSTROS & RASTROS

Indicaciones para la presentación de artículos y parámetros de evaluación

Los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros* pueden ser de tres tipos: artículo científico, artículo tipo ensayo y cuento. Considerando que la publicación conforma por excelencia un espacio académico, se permite cualquier debate siempre y cuando esté sustentado en cada una de sus ediciones semestrales, las cuales están dirigidas al sector académico institucional, así como a los integrantes de la comunidad en términos generales que tengan interés en los temas aquí tratados.

Requisitos técnicos de los textos de la revista *Rostros & Rastros*

- Tamaño máximo 20 páginas, letra arial 12 puntos, con espacios de tres centímetros sobre los cuatro costados.
- El texto puede ser de cualquier disciplina, en un lenguaje claro, sin excesos técnicos, que permita una fácil comprensión, elaborando siempre el proceso relacional entre los aspectos en desarrollo y su interacción práctica con lo social.

- En el caso del *artículo tipo ensayo* debe plantearse un tema concreto de discusión, alrededor del cual se teje una argumentación estructurada. El desarrollo puede sustentarse en referentes académicos, en la experiencia profesional, en información de prensa o en cualquier otra fuente que se preste a un debate serio, novedoso e instructivo.

- Los artículos propuestos deben ser inéditos, para que la publicación sea aceptada en la revista *Rostros y Rastros*.

- En el caso del *artículo científico* se busca que el o los autores presenten resultados de un proceso investigativo como adelantos de un proyecto en curso o el desarrollo de un aspecto concreto de una investigación concluida, clarificando su alcance y su propósito.

- Puede incluir gráficos, tablas, mapas, diagramas o similares.

- La bibliografía debe ser referenciada al final del texto, y no en pie de página. Para explicitar la fuente

en el documento se enunciará a continuación del acápite de interés entre paréntesis el o los autores, el año de publicación y de ser pertinente la página; ejemplo: (Rozo P. ,1999:21).

- Todo artículo debe tener un título e incluir un resumen donde se resalten los principales aspectos trabajados en el documento. Se sugiere agregar el sumario en fines perseguidos, contexto y principales resultados

- Debe incluir un perfil de la hoja de vida de el o de los autores.

- Los resúmenes no podrán exceder el total de 120 palabras.

- *En el caso de los cuentos*, se incluirán de uno a dos por edición, de acuerdo con el espacio disponible y la pertinencia. Deben tener la misma extensión que las demás modalidades e incluir implícitamente un mensaje o una reflexión desde lo social.

El 50% del espacio de la revista es reservado a la Procuraduría General

de la Nación y/o a las demás entidades del sector público, mientras que el otro 50% se dirige al sector privado universitario, a la comunidad o a los independientes, tanto a nivel nacional como internacional.

Las personas interesadas en participar deben dirigirse al director de la revista, quien recibirá los artículos, realizará una primera selección para posteriormente por medio de acta de entrega suministra copia de estos al comité, cuyo papel será determinar la aceptación, rechazo o solicitud de modificaciones de los

textos. Dicha instancia está conformada por profesionales de distintas áreas y amplia experiencia, pretendiendo desde la interdisciplinariedad generar un debate integral.

Criterios de selección de los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros*

- Redacción fluida, comprensible, con concentración clara y pertinente de ideas que cumpla con los parámetros de la revista.
- Aportar elementos novedosos y/o de actualidad.
- En el caso de los documentos científicos, debe quedar evidente la seriedad y fundamentos de los trabajos realizados.
- En el caso de los ensayos el aporte debe ser evidente con reflexiones oportunas

