



MISIÓN JURÍDICA
REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
SELLO EDITORIAL

Rectora:

Dra. Olga Lucia Díaz Villamizar

Vicerrectora Académica:

Dra. María del Pilar Jiménez Márquez

Vicerrectora Administrativa:

Dra. Ana Isabel Mora Bautista

Jefe Oficina de Investigaciones:

Dra. Claudia Consuelo González Ramírez

Directora Sello Editorial:

Dra. Chris González Hernández

Directora:

Dra. Myriam Sepúlveda López

Decana de la Facultad de Derecho

Editor:

Dr. Orlando Solano Bárcenas
misionjuridica@unicolmayor.edu.co

Asistente Editorial:

Dr. Federico Sánchez Riaño

Misión Jurídica	Bogotá Colombia	No. 16	P.p. 23-323	Enero - Junio	2019	ISSN 1794-600X
--------------------	--------------------	--------	-------------	------------------	------	----------------

Editor:**ORLANDO SOLANO BÁRCENAS**

Doctor en Derecho, Ciencias Sociales y Políticas summa cum laude de la Universidad del Atlántico. Magister en Derecho Público francés y en Derecho Administrativo, Sociología Jurídica y Política de la Universidad de París II (Panthéon-Assas), y Estudios del Diploma de Estudios Superiores en Historia de las Instituciones de la misma universidad. Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Titular de la Escuela Superior de Administración Pública. Ex Procurador General de la Nación (e), Ex Viceprocurador General de la Nación, Ex Presidente y miembro del Consejo Nacional Electoral. Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional. Investigador. Miembro de: Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Salónica, Grecia; Instituto Internacional de Derecho Administrativo IIDA. Miembro del Comité Editorial de la revista Derechos Fundamentales a Debate (CEDHJ- México). Miembro del Comité Científico Internacional de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica; de la revista Cubalex (UNIJURIS – Cuba) y de la revue Études de Droit (Algérie), así como del Comité Científico del Instituto de Derecho y Políticas Públicas Iberoamericano y del Caribe de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho CUPL. orsoabar@hotmail.com

Asistente Editorial:

FEDERICO SÁNCHEZ RIAÑO: Magister en Comunicación Educación en la Cultura y Especialista en Comunicación Educativa de la Universidad Minuto de Dios, Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Periodista de la Fundación Universitaria INPAHU, investigador, editor y escritor independiente.

Corrección de estilo y traducción al Portugués:

PAOLA ANDREA GUARNIZO
FEDERICO SÁNCHEZ
MARÍA JOSÉ SANTOS DA SILVA

Fotografía y Diseño de portada:

FEDERICO SÁNCHEZ
EDWIN FERNANDO MURILLO TOLOSA

Diseño y Diagramación:

EDWIN FERNANDO MURILLO TOLOSA

Impresión:**Digiprint Editores SAS**

Tarifa Postal Reducida Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2017 - 488 4-72
Vence el 31 de Diciembre de 2018

Derechos Reservados:

Todo documento incluido en la revista puede ser reproducido total o parcialmente, siempre y cuando se respete su contenido original, se cite la fuente y se use con fines académicos no comerciales. Misión Jurídica y su contenido se encuentra protegido bajo una Licencia Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional License de Creative Commons.



www.revistamisionjuridica.com

Versión O.J.S.: <http://unicolmayor.edu.co/publicaciones/index.php/mjuridica/index>



ANA CLAUDIA SANTANO, Ph.D. (Brasil)

Doctora y maestra en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad de Salamanca, España, con periodo de investigación en la Universidad de Bologna, Italia. Actualmente se encuentra en estancia postdoctoral en Derecho Público Económico, en la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil. Especialista en Derecho Constitucional por la Academia Brasileña de Derecho Constitucional, Brasil, y en Comunicación Política, por el Instituto de Iberoamérica, de la Universidad de Salamanca, España. Investigadora del NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano vinculado al programa de posgrado en Derecho de la Pontificia Universidade Católica de Paraná, Brasil. Investigadora del Observatorio de Financiación Electoral, del Instituto Brasiliense de Derecho Público - IDP, Brasil. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral - AIDE. Miembro fundador de la Academia Brasileña de Derecho Electoral y Político - ABRADep. Profesora de diversos cursos de posgrado en Derecho Electoral y Parlamentario en Brasil y en países latinoamericanos.

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, Ph.D. (España)

Catedrático acreditado de Derecho penal. Doctor Honoris causa múltiple. Profesor Honorario múltiple. Doctorado "Sobresaliente cum laude" en la Universidad de Salamanca (España) donde fue Profesor de Derecho penal y de Criminología. Becario pre y postdoctoral del Ministerio de Asuntos Exteriores de España; del AECl en Estados Unidos y México y del DAAD en la Universidad Ludwig Maximilians de Múnich bajo la tutela de Claus Roxin. Quince libros en el mercado y más de 70 artículos en las más prestigiosas publicaciones científicas. Forma parte del Consejo de prestigiosas Revistas científicas internacionales. Más de 300 conferencias, Doctorados, Maestrías y ponencias en numerosos lugares de España, Europa, EEUU, América latina y Asia.

GRACIA M^a LUCHENA MOZO, Ph. D. (España)

Doctora en Derecho tributario y financiero (Derechos y garantías del contribuyente), de la Universidad de Castilla-La Mancha, licenciada en Derecho de la Universidad de Albacete. Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la UCLM, catedrática acreditada por Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA). Cuenta con una amplia bibliografía internacional y ha desempeñado labores docentes en pregrado, doctorado y máster oficial en distintos centros de formación profesional nacionales y extranjeros. Investigadora del Centro Internacional de Estudios Fiscales (CIEF), vinculado a la Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios, con la participación y colaboración de otras Universidades e Instituciones públicas y privadas, entre las que destaca la Universidad de Bolonia (Italia). También forma parte de la European Association of Tax Law Professors (EATLP), que lidera Kees van Raad.

GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Ph.D. (México)

Doctora en Derecho por la Universidad de Viena, Austria y Maestra en Derecho por la misma universidad. Posgraduada en Derecho Social por la Universidad de Castilla La Mancha. Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

JUAN MANUEL ORTEGA MALDONADO, Ph.D. (México)

Doctorado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Doctorado en Derecho Financiero, Universidad Complutense de Madrid, España. . Maestría en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA, Ph.D. (México)

Licenciatura y Maestría en Derecho por la Universidad de Guadalajara, Doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Diplomados en Política Internacional Comparada y en Derecho Electoral, organizados por la Universidad de Guadalajara.

LORENZO ASCANIO, Ph.D (Italia)

Doctor en Derecho Comparado - Título: "La teoría de Maglis al-" debidamente identificados en la Ley Islámica y en los Códigos Civiles Estados árabes., Universidad de Florencia, Italia. Investigador - Departamento de Derecho - Derecho Islámico, Universidad Americana de El Cairo. Profesor Adjunto de Derecho Islámico y Sistemas Jurídicos en la Universidad de Macerata (2012/2013). Profesor Adjunto de Diritto e musulmano dei Islamici Paesi (Ley países musulmanes e islámicos) en la Universidad de Venecia (2012/2013).

MICHAEL CHIBBA, Ph.D. (Canada)

Títulos de posgrado de la Universidad de Ottawa y la Universidad Johns Hopkins, graduado en la Universidad de York y la Universidad de Harvard. Director General, miembro distinguido y profesor adjunto del Centro Internacional para la Eficacia del Desarrollo y Reducción de la Pobreza. Miembro permanente del Mecanismo de Investigación Independiente Independent Investigation Mechanism ("Inspection Panel") del Banco Interamericano de Desarrollo (EE.UU.), a través de su nombramiento por el Consejo de Administración. Ha publicado más de 100 artículos académicos e informes profesionales en revistas internacionales arbitradas.

JOSÉ LUIS ALBA ROBLES, Ph.D. (España)

Doctor en Psicología y Licenciado en Criminología por la Universidad de Valencia (España). Másteres en Psicología Clínica en el Instituto de Terapia Racional Emotiva de Albert Ellis. Escritor de artículos científicos en revistas nacionales e internacionales relacionados con la prevención del delito y la intervención en crisis. Autor de los libros: "Psicología Jurídica e investigación criminal", "La violencia de género: prevención física y educativa", "Manual de intervención educativa en readaptación social", coautor del libro "Criminology and Forensic Psychology. Conferencista internacional, asesor de gobiernos autonómicos y extranjeros. Miembro consultivo de la Asociación Portuguesa de Criminología; director del Instituto Colombiano de Criminología Aplicada y de su filial mexicana (CRIMIA). Docente de Doctorado en el Centro de Estudios Jurídicos, investigación psicológica, asesoramiento e intervención en crisis.

BENJAMÍN GARCÍA HERRERA, Ph.D (México)

Doctor en Políticas Jurídicas por la Universidad de Almería, España; con Posdoctorado en Análisis Económico del Derecho en la Universidad de Toronto, Canadá, becado por CONACYT, del cual también ha pertenecido al Sistema Nacional de Investigadores. Máster en Economía del Desarrollo por la Universidad de Granada, España. Maestro en Derecho Fiscal y Abogado por la Universidad de Xalapa, México. Actualmente se desempeña como Corredor Público (Notario Mercantil) en Veracruz, asesor tributario y corporativo, y profesor de posgrados en varias instituciones del país.

OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS, Ph.D. (Colombia)

Doctor en Antropología de la Universidad del Cauca. Magister en Derecho y Especialista en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Colombia, abogado de la misma universidad. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador de jornada completa en el Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Profesor catedrático en la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor catedrático en la Especialización en Seguridad Y Salud en el Trabajo, Gerencia y Control de Riesgos, Universidad Libre – Seccional Pereira Facultad de Ciencias de la Salud.

NANCY SOLANO DE JINETE, Mg. (Colombia)

Magíster en Educación Superior con énfasis en investigación de la Universidad Pedagógica Nacional, especialista en Gestión Pública de la ESAP y Abogada de la Universidad Libre. Líder del grupo Análisis Jurídico. Docente universitaria, orientando seminarios de investigación y Derechos Humanos. Investigadora y ponente de temas socio jurídicos, de pedagogía y metodología de la ciencia jurídica. Tradadista y autora de libros e investigaciones. Se ha desempeñado como Personera delegada en asuntos administrativos y Jefe de Disciplinarios en la Secretaría de Educación de Bogotá.

RAMÓN ANTONIO PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ph.D. (Colombia)

Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Procesal y Privado de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de Pregrado las Universidades Autónoma y Colegio Mayor de Cundinamarca y de Postgrados de la Universidad Externado, Libre, Católica. Sergio Arboleda y Nacional de Colombia. Tradadista.

ARIEL PINZÓN CHACÓN, Mg. (Colombia)

Magíster en Filosofía Científica de la Universidad INCCA. Docente investigador de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

CARLOS A. SAAVEDRA WALTERO, Mg. (Colombia)

Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia, especializaciones en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia, en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y en Docencia Universitaria de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Gran Colombia, Docente de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca

RICARDO MOTTA Mg (Colombia)

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derecho Administrativo del Colegio Mayor del Rosario; Derecho Constitucional de la Universidad Nacional y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Maestría en Educación con la Universidad Libre y las Tunas Cuba. Autor del libro " Ordenamiento Territorial en el Quinquenio de Rafael Reyes" y otros ensayos jurídicos. Docente investigador de la Corporación Universitaria Republicana, reconocido en la categoría de Asociado y Docente Ocasional e investigador de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Facultad de Derecho.

OVER HUMBERTO SERRANO SUÁREZ Mg (Colombia)

Abogado Universidad Libre, con estudios de maestría en Derecho Penal y criminología Universidad Libre, maestría en estudios políticos Universidad Javeriana, especialización antropología forense Universidad Nacional, sociología jurídica Universidad Externando de Colombia, Filosofía del Derecho y teoría jurídica Universidad Libre. Docente investigador Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Universidad la Gran Colombia, catedrático Universidad Libre. Conferenciante nacional e internacional y autor de obras referidas a Derecho Penal, Derechos Humanos, Derecho Ambiental. Hace parte del grupo análisis jurídico de la Facultad de Derecho UCMC.

ALLAN R. BREWER-CARIAS, Ph.D. (Venezuela)

Doctor en Derecho, Universidad Central de Venezuela y abogado de la misma universidad. Doctor Honoris Causa de Universidad de Granada, España; Universidad Carlos III de Madrid y Universidad Católica del Táchira. Profesor Honorario de universidades de Argentina, Colombia, Ecuador, España y Venezuela. Miembro de varias instituciones y organizaciones internacionales. Docente de Derecho Administrativo desde 1963 en la UCV y en varias universidades de Venezuela. Ha sido profesor, entre otros, del Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris; Instituto de Cultura Hispánica, Madrid; Institut d'Etudes Judiciaires, Beyrouth; Universidad de Paris II (Panthéon Assas); Institut Internationale d'Administration Publique; Universidad de Paris X (Paris Nanterre); Universidad de Cambridge, Reino Unido; Universidad de Columbia, New York; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Universidad Externado de Colombia, Bogotá y Universidad Nuestra Señora del Rosario, Bogotá. Ha sido conferencista invitado en las principales universidades e instituciones venezolanas y en muchas Universidades del exterior, donde ha dictado más de 1.300 conferencias, entre 1965 y 2016. Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, 1999-2000. Senador Suplente por el Distrito Federal, 1978-1983 y 1983-1988. Autor de más de 170 libros y más de 950 artículos.

ISAAC AUGUSTO DAMSKY, Ph.D. (Argentina)

Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Especialista en Derecho Ambiental, Programa de Derecho Ambiental Profundizado, Universidad Austral. Abogado U.C.A. Profesor de derecho Administrativo. Investigador. Profesor invitado por la Universidad de París Sur XI, Universidad Luigi Bocconi, Milán; Universidad de Brescia; Instituto Romeu Bacellar, Brasil; UNAM, Departamento de Postgrado en Derecho. Consejero Consultivo de revistas jurídicas de Brasil y México. Ponente en varios Congresos Internacionales de Derecho Administrativo. Tradadista en Derecho Público.

ENEIDA DESIRÉE SALGADO, Ph.D. (Brasil)

Doctora y magister en Derecho del Estado de Paraná y de la Universidad Federal. Actualmente cursa una pasantía post-doctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de Derecho Público UFPR. Profesora del Programa de Postgrado en Derecho - Master - de UniBrasil, del Programa de Posgrado en Política Pública - Maestría y Doctorado - UFPR, y del Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar. Investigadora y jefe adjunta del Centro de Investigaciones Constitucionales, de la Universidad Federal de Paraná. Ha publicado numerosas obras y artículos en revistas científicas.

CLAUDIO MORAGA KLENNER, Mg. (Chile)

Candidato a Doctor y Magister rerum Publicarum por la Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer, Alemania. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor Asociado de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de postgrado de la Universidad de Valparaíso, de la Universidad Pontificia Católica de Chile, de la Universidad Finis Terrae. Ponente Internacional en Derecho Administrativo. Autor de libros de Derecho Público. Articulista nacional e internacional. Miembro de Freundeskreis

der Konrad-Adenauer-Stiftung e.v., Alemania. Miembro de la red de investigación internacional Public Contracts in Legal Globalization (PCLG). Miembro del Consejo Editorial de Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ, Ph.D. (Chile)

Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España). También es Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España). Ambas tesis doctorales fueron calificadas con sobresaliente cum laude por unanimidad del tribunal (máximo posible). Es Premio Extraordinario de Doctorado (mejor tesis doctoral en el área de las Ciencias Jurídicas y Sociales). Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España) con distinción máxima, ha realizado diferentes postgrados universitarios en varias Universidades españolas –tres maestrías y tres cursos de experto universitario- y tiene a su haber dos Diplomas de Estudios Avanzados (equivalente a máster). Autor de varias monografías, algunas publicadas por la editorial internacional Thomson Reuters y Marcial Pons, así como de más de 180 artículos en diversas revistas científicas, nacionales e internacionales, de reconocido prestigio – indexadas en el listado ISI, Scopus, Scielo y Latindex-, 15 reseñas, 7 libros y 17 capítulos de libro.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Ph.D. (Colombia)

Doctor en derecho administrativo de la Universidad de París II (Pantheon). Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo - AIDA. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Catedrático de derecho administrativo y constitucional durante más de 30 años en diversas universidades de Colombia y profesor invitado en varias universidades de otros países. Ex Consejero de Estado durante 10 años. Viceministro. Consultor del PNUD. Ex presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Ph.D. (Colombia)

Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Público. Investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM. Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2011, 2012). Profesor Emérito, Docente y Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Consejo Asesor del “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, que publica el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Tratadista. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, la Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política; la Asociación de Constitucionalistas Colombianos; la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral y la Asociación Internacional de Derecho Administrativo – AIDA.

JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ, Ph.D. (Costa Rica)

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Pasantías académicas en las universidades de Portland, Utrecht, Carlos III, Georgetown, American, Valladolid, Libre de Berlín. Abogado de la Universidad de Costa Rica y Notario público. Profesor de la Universidad de Costa Rica. Contraloría General de la República. Asesor y consultor estatal y de empresas privadas. Asesor de organismos internacionales BID, PNUD. Profesor Investigador en Derecho Público. Ex Decano. Director-Editor de la Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados, Director del doctorado en Derecho. Director de revistas científicas. Tratadista. Ensayista.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN, Ph.D. (Ecuador)

Doctor en Derecho, con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diploma Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad San Francisco de Quito. Magister en Derecho y Especialista Superior en Tributación con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar.

JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Ph.D. (España)

Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña y Director de su Departamento de Derecho Público Especial. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativa. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo "Jesús González Pérez". Vicepresidente de la Red Internacional del posgrado de Derecho. Consejero de la Red Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia y de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina). Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral, así como de consejos editoriales de revistas científicas. Miembro del Comité de Expertos de la ONU en Administración Pública. Diputado Nacional en las Cortes Generales. Magistrado. Observador de la Unión Europea en varias elecciones. Profesor Investigador.

NARCISO MARTÍNEZ MORÁN, Ph.D. (España)

Doctor en Derecho y Filosofía Jurídica, Filósofo de la Universidad de Santo Tomás de Roma, graduado en Filosofía y Letras de la Universidad Complutense de Madrid, abogado de la Universidad Complutense, licenciado en Ciencias Políticas por la UNED, diplomado en Derecho Comparado en el Instituto de Derecho Comparado de la U. Complutense y en "Études sur les Organisations Européennes". Docente universitario en pregrado y posgrado, investigador, conferencista, escritor, tratadista y articulista de prestigiosas revistas científicas a nivel internacional.

JEAN-MARC TRIGEAUD, Ph.D. (Francia)

Filósofo y jurista de formación. Doctor de Estado en la Universidad de Paris II (Panthéon – Assas). Ha sido profesor de pregrado y posgrado en importantes universidades como Paris Sud, Picardie, Haute-Normandie y Bordeaux, donde actualmente es catedrático de clase excepcional de Filosofía del Derecho y del Estado. Miembro de honor de la Real Academia Española, sección Filosofía del Derecho (RAJYL), de la Academia Nacional de Artes y Letras de Módena (Italia) y de la Academia Nacional Argentina de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba). Antiguo redactor jefe de los Archives de philosophie du droit (APD- Dalloz) colaborador de numerosas revistas científicas internacionales en filosofía del derecho y filosofía. Conferencista internacional, articulista y escritor, su obra se compone de una quincena de libros y un centenar de artículos, traducidos en varios idiomas.

STEFANO ZUNARELLI, Ph.D. (Italia)

Licenciado en Derecho por la Universidad de Bologna, Profesor de Derecho de la Navegación y del Transporte Marítimo de la Universidad de Bologna, Gijón, Externado, Barcelona, Nantes, Southampton. Profesor de Derecho Marítimo, Portuario, Aeronáutico, Aeroportuario, del Transporte Multimodal, del Turismo y Coordinador del programa de doctorado en "Derecho del transporte europeo" en la Universidad de Camerino. Tratadista de Derecho Marítimo y del Transporte. Miembro de la Organización Marítima Internacional OMI-ONU. Consultor de la Unión Europea en Asuntos de la Navegación Marítima, Aeronáutica y Aeroportuaria.

MARCO MELLONE, Ph.D. (Italia)

Doctor en Derecho de la Unión Europea Universidad de Boloña (Italia) – Estrasburgo (Francia). Abogado. Académico de derecho internacional privado de la Universidad de Boloña –Italia. Asesor legal y representante del Ministerio de Justicia italiano para los asuntos relativos a la justicia electrónica internacional, Asesor legal de la Academia Nacional Italiana de los Oficiales de Estado Civil, A.N.U.S.C.A.

DR. SC. RADE RAJKOVCEVSKI, Ph.D. (Macedonia)

Doctor en estudios de seguridad, título de su tesis doctoral Desarrollo y perspectivas de la cooperación internacional de la policía en Europa de la Facultad en Seguridad en Skopje, Macedonia. Es profesor

adjunto en el Departamento de Ciencia Policial y en el Departamento de Ciencia de la Seguridad y Seguridad Privada en la Facultad de Skopje, Universidad St. Kliment Ohridski – Bitola. Trabajó en la Armada de la República de Macedonia (2002-2003) y tiene experiencia en el campo de la protección civil y de la seguridad en el norte de Francia (2004-2005). Defendió su tesis de maestría en Políticas de Seguridad Nacional y Prevención de Conflictos (2010) y su disertación doctoral está relacionada con la Cooperación Policial en Europa (2013). Investigador experto en el EU-funded (FP7 y ECHO) y numerosos proyectos nacionales. Autor de más de 30 artículos y un libro acerca de políticas de seguridad nacional. Sus principales áreas de investigación incluyen: patrullaje, políticas de seguridad, manejo de crisis y seguridad internacional y cooperación. Tiene experiencia como investigador y es experto en EU-funded (FP7 y ECHO).

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ, Ph.D. (México)

Doctor en Derecho, Magister en Administración Pública, Abogado, Licenciado en Economía. Profesor en el Sistema Escolarizado en la División de Universidad Abierta, en la División de Posgrado de la Facultad de Derecho y en la FES Acatlán de la UNAM. Profesor invitado en el área de posgrado de otras 21 universidades mexicanas e instituciones de educación superior, y conferencista en distintos foros académicos celebrados en México y otros países de América y Europa. Investigador titular “C” definitivo de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Coordinador del Posgrado en Derecho de la UNAM. Ex presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Presidente de la Red Internacional de Posgrado en Derecho. Tradadista. Tiene publicados 35 libros; ha coordinado 15 libros más; otros 6 libros y 4 revistas han sido publicados en su honor; además es autor de capítulos en 70 libros, de 49 artículos en revistas especializadas y del prólogo o presentación de 32 libros.

KARLOS NAVARRO MEDAL, Ph.D. (Nicaragua)

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Magister en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Magister en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Magister en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana de Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

ABEL LAUREANO, Ph.D. (Portugal)

Doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela. Magister en Derecho de la integración europea, Universidad de Coimbra. Abogado de la Universidad de Lisboa. Diploma de estudios de profundización (D.E.A.) de la Universidad de Santiago de Compostela. Especialista en Estudios Europeos de la Universidad de Lisboa. Docente de la Universidade do Porto desde 1997. Director de investigaciones, conferencista, escritor, tratadista, investigador y articulista de revistas científicas. Fundador y presidente del grupo de investigación internacional Cultural Heritage Business & Law World Forum.

DAVID B. WEXLER Ph. D. (Puerto Rico)

Profesor de Derecho y Director de la Red Internacional de Justicia Terapéutica en la Universidad de Puerto Rico, localizada en San Juan, Puerto Rico. Profesor distinguido de Investigación de Derecho en la Escuela de Derecho Rogers, Tucson, Arizona. Investigador y docente. Autor de numerosos libros y artículos sobre jurisprudencia terapéutica para la práctica de la ley criminal y ante las cortes de justicia. Miembro de la Asociación Americana de Psiquiatría. Miembro de la Asociación de las Escuelas de Derecho de América, Sección de Derecho y Discapacidad mental. Presidente del Consejo Asesor del Centro Nacional para Tribunales Estatales de la Discapacidad mental y derecho. Alumno distinguido de la Universidad de Nueva York. Miembro de la Red y Salud mental y Derecho de la Fundación MacArthur. Conferencista Internacional sobre Justicia Terapéutica.



CONTENIDO ■

EDITORIAL.....20

COLABORADORES EXTERNOS INTERNACIONALES

NOUVELLES DISPOSITIONS EN DROIT PENAL FRANÇAIS SUR LE HARCELEMENT MORAL ET SEXUEL : REPRESSION D'UNE FORME DE CRIMINALITE PAR AGIR MIMETIQUE
Yoanna Sifakis 29

CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES ACERCA DEL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO DE LAS PERSONAS MIGRANTES
Luis Gerardo Rodríguez Lozano
Jesús Soriano Flores..... 43

APROXIMACIONES A LA MIGRACIÓN COLOMBO-VENEZOLANA: DESIGUALDAD, PREJUICIO Y VULNERABILIDAD
Esther Pineda G
Keymer Ávila 59

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA DOCTRINA Y SENTENCIA DE 28 DE ABRIL 2017, JUZGADO DE DISTRITO TABASCO, MÉXICO
Juan Antonio Flores Hernández
Gabriela Aguado Romero 79

LE TRAITEMENT PENAL DE LA DELINQUANCE DES MINEURS: LE STATU QUO CONTESTABLE DU LEGISLATEUR PENAL CAMEROUNAIS
Dr. NKOA François Nestor Patrice 97

LOS PROBLEMAS URBANOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN EN MÉXICO
Enrique Rabell García 113

CONFLICTO Y VIOLENCIA SOCIOPOLÍTICOS VISTOS POR EL MODELO CENTRO-PERIFERIA	
<i>Marguerite Wotto</i>	129
EL TRASFONDO DE LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR EN MÉXICO	
<i>José Fernando Vázquez Avedillo</i> <i>Raúl Ruiz Canizales</i> <i>Rafael Zúñiga Domínguez</i>	147
RÉGIMEN DE HIPERCUALIFICACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO	
<i>Gabriel Fernández García</i>	163
DERECHO NATURAL DE ASOCIACIÓN EN LA FIGURA DE LA COALICIÓN ELECTORAL EN MÉXICO	
<i>Gabriela Aguado Romero</i>	197

COLABORADORES EXTERNOS NACIONALES

LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ACUERDO DE PAZ Y EN LA NORMATIVA INTERNA DE IMPLEMENTACIÓN	
<i>Yury Lineth Sierra Torres</i>	217
¿SON LAS BACRIM UN ACTOR ARMADO SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL?	
<i>Víctor Hugo Mendoza Tovar</i> <i>Víctor Hugo Ramírez Peña</i>	235
EL PROCESO CIVIL ORAL EN COLOMBIA	
<i>Ramón Antonio Peláez Hernández</i>	249
¿SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SECTOR MINERO?	
<i>Cristian Alexis López Solano</i>	263
EPISTEMOLOGÍAS DEL FUEGO, UNA PROPUESTA A PARTIR DEL PENSAMIENTO ANCESTRAL	
<i>Federico Sánchez Riaño</i> <i>Aura Isabel Mora</i>	281

COLABORADORES INTERNOS NACIONALES

NOCIÓN DE INTIMIDAD SEXUAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA <i>Alexander Fula López</i>	313
--	-----

RESEÑAS

LE MISURE PROVVISORIE SECONDO LA CEDU E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO <i>Consuelo Quattrocchi Prefazione di Fabrizio Lobasso</i>	330
--	-----

ARTÍCULOS MISIÓN JURÍDICA POR ÁREAS TEMÁTICAS

.....	330
-------	-----

NORMAS DE PUBLICACIÓN

.....	339
-------	-----

INSTRUCTIONS TO THE AUTHORS

.....	347
-------	-----





EDITORIAL ■

La revista digital Legis-Ámbito Jurídico en su edición del 22 de junio del presente año, celebró la Semana del Abogado con una serie de consultas hechas a decanos y directores de programas de Derecho del país sobre los retos de la formación de los futuros abogados.

Bajo el título Los desafíos que enfrentan los programas de Derecho en Colombia, el redactor, Dr. Juan Camilo Rivadeneira Vélez, presentó el resultado de las entrevistas realizadas, en las cuales se tocaron temas fundamentales como corrupción, preparación profesional y ética y posconflicto, entre otros.

Para el Dr. Rivadeneira, si bien el Derecho ha gozado por años de prestigio y reconocimiento, en la actualidad afronta retos de credibilidad que necesariamente exigen pensar en lo académico, sobre su enseñanza y si la estructura curricular está acorde con los nuevos tiempos.

A tan amable y necesaria convocatoria respondieron las siguientes dignidades: Carlos Alberto Agudelo, Universidad de Caldas; Camilo Piedrahita Vargas, Universidad EAFIT; María Teresa Carreño Bustamante, Universidad de Manizales; Adolfo Jerónimo Botero, Universidad ICESI; Angela María Lora Echavarría, Universidad Católica; José Alberto Gaitán Martínez, Universidad del Rosario; Adriana Zapata Giraldo, Universidad Externado; Hernando Torres Corredor, Universidad Nacional; Luis Francisco Ramos, Universidad Libre; Juan Sebastián Perilla, Universidad Sergio Arboleda; José Vicente Barreto Rodríguez, Universidad Central; Claudia Helena Forero, Universidad Militar; Myriam Sepúlveda López, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca; Anthony Castellanos Carreño, Universidad Republicana; Luis Eduardo Martínez Gutiérrez, Universidad Incca; Jinyola Blanco Rodríguez, Universidad Antonio Nariño; Gloria Inés Quiceno Franco, Universidad Gran Colombia.

En dicha respuesta la señora decana de nuestra Facultad de Derecho, Dra. Myriam Sepúlveda López, expuso su pensamiento de la siguiente manera:

CORRUPCIÓN: Es importante conceptualizar que la corrupción consiste en “lesionar los intereses colectivos, haciendo uso indebido del poder y de los recursos para la obtención de un beneficio particular”, de ahí la importancia que desde la formación de nuestros futuros abogados cimentemos su proceso de construcción de conocimiento y aplicación del mismo en los valores y principios, además de incluir en el proyecto educativo del programa, estrategias para la convivencia pacífica, participación y responsabilidad democrática. Solo así se construye una cultura de legalidad y cuidado de lo público para un país que clama transparencia y ética en nuestro actuar.

PREPARACIÓN PROFESIONAL Y ÉTICA: Es deber de las facultades de esta profesión reflexionar y conocer el Estatuto del Abogado, pues el abogado está llamado a acercarse para ayudar a solucionar conflictos entre las partes, con compromiso, con una visión social del Derecho, con una obligación de tipo moral, con idoneidad en el ejercicio de la profesión a fin que podamos dar fe que el número de abogados que son sancionados sea cada día mínimo, en tanto un jurista debe ser esa persona recta, con un espíritu de justicia y de buen obrar; en este sentido es claro que la academia, desde los contenidos que se imparten, debe generar reflexiones alrededor de estos temas.

POSCONFLICTO: Para el caso de nuestra facultad, desde hace muchos años esta temática se ha convertido en el centro de reflexión y actuación, es así como en el 2002 se creó una cátedra sobre: Derechos humanos, proceso de paz, posconflicto y acuerdos; así mismo, desde las cátedras en plan de estudios, los trabajos de grado de estudiantes, investigaciones institucionales y posgrados, espacios interinstitucionales e interdisciplinarios se han debatido estas temáticas.

MARKETING Y 'COACHING' JURÍDICO: Se trata de aquellas habilidades que deben desarrollarse o fortalecerse en nuestros estudiantes y egresados, quienes se enfrentan a la realidad, muchas veces a un mundo diferente del que se da en la academia. Y es que, en esta temática, por ejemplo, Jürgen Habermas afirma que debe haber una “unidad entre la teoría y la práctica”. Es por esta razón que las facultades de Derecho debemos proporcionarles a los estudiantes: electivas, espacios académicos y de proyección social, donde identifiquen sus potencialidades en el ejercicio de la profesión. El siglo XXI exige otras tendencias que complementen el ejercicio técnico del Derecho, que refuercen la filosofía, los valores, la investigación y que preparen a nuestro abogado en el ámbito de la oferta y demanda, lo cual tiene que ver con el marketing y en la seguridad en su preparación y conocimiento para concursar con muchos otros profesionales en el Derecho, de ahí los espacios para generar coaching jurídico.

DISRUPCIÓN DIGITAL: Nos encontramos en una sociedad de la información, de la conciencia tecnológica, por eso la importancia que desde la academia se ofrezcan estrategias que conlleven a una actitud reflexiva, permanente, crítica y responsable ante los nuevos problemas que en las diversas esferas del acontecer social suscita la tecnología, por eso en nuestros planes de estudios de forma transversal, integral y como electiva debe orientarse al estudiante y futuro egresado respecto a los fundamentos en informática jurídica, con talleres de informática aplicada al Derecho. Hoy en día existen redes como Lawyers, lawlink, bases de datos jurídicas, blogs jurídicos, que nuestros estudiantes deben conocer para que los futuros abogados se enfrenten con mayor potencialidad, argumentación y herramientas tecnológicas que permitan agilizar su intervención, dar oportuna respuesta a la persona que acude a sus servicios, las exigencias actuales y futuras de la sociedad.

RELACIÓN ABOGADO – CLIENTE: Desde la academia y en las diferentes áreas del Derecho en la actualidad se establecen estrategias pedagógicas, clínicas jurídicas, prácticas extramurales que conllevan a que el estudiante de Derecho se vincule a estas dinámicas de la realidad social, haciendo la brecha más corta entre la educación que se imparte en las facultades (teorías) y la realidad con la que se encuentra el futuro abogado (práctica); no obstante lo anterior, se debe reflexionar en el ámbito de lo público y lo privado la intervención de los abogados con idoneidad, probidad, con conocimiento y equidad¹.

Los lineamientos expuestos por nuestra Decana, son acogidos y puestos en marcha por nuestra comunidad académica, en procura de combatir la corrupción, el mayor mal de la sociedad latinoamericana en los momentos actuales. Mal que en Colombia ha adquirido proporciones más que preocupantes en los diferentes sectores de la vida pública y privada.

En la lucha contra la corrupción, la Facultad de Derecho se ha impuesto cero tolerancias contra prácticas de fraude en materia de copia durante los exámenes; plagio en la producción de trabajos, monografías y tesis; acoso sexual o laboral; discriminación por razones de raza, género y condición social.

Colombia se encuentra en el momento actual tratando de superar un conflicto político y social cuyos orígenes pueden ser situados en 1946, según algunos “violentólogos”, en 1948, según otros; pero, lo más comúnmente aceptado es situar la génesis de nuestra tragedia nacional a partir del año de 1964. En estos dolorosos 55 años, el país solo ha comenzado a vislumbrar la salida del túnel a partir de la firma de los Acuerdos de Paz de La Habana; texto que, mal que bien, ha ido logrando un mayor clima de tranquilidad y aceleración del desarrollo socioeconómico.

Es por esta razón que la cátedra Derechos humanos, proceso de paz, posconflicto y acuerdos ha recibido especial atención de parte de directivos, docentes y estudiantes. La segunda oportunidad sobre la tierra la tendrá Colombia el día en que el derecho a la paz esté en simbiosis con la mente y el sentir de cada uno de los habitantes del país. Nuestro egresado sale a la vida profesional, con ese sentimiento patrio.

La Facultad ha ido ampliando y adecuando el perfil de nuestros profesionales del derecho a las necesidades del país, para lo cual ha tenido en cuenta las numerosas subramas que le surgen cada día y de más en más, a las dos tradicionales ramas de derecho público y derecho privado. En esta vía, se les abre a los estudiantes nuevos campos para el ejercicio profesional cuales los de investigador, docente, litigante, juez, funcionario, asesor y consultor, entre otros.

1. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/educacion-y-cultura/los-desafios-que-enfrentan-los-programas-de-derecho-en#13>

Naturalmente ese perfil, ahora ampliado, exige una mayor sintonía con las nuevas tecnologías de la información documental y hasta decisional, lo que obliga a profundizar en los temas de la informática jurídica y las teorías clásicas de la argumentación jurídica. Todo esto en beneficio de la relación del profesional del derecho de UNICOLMAYOR con las diferentes instancias del desarrollo de su quehacer de hombre de leyes.

En la noble empresa de darle al país buenos, honestos y capaces juristas, la revista MISIÓN JURÍDICA contribuye con devoción, amor al derecho y compromiso patriótico. Así lo reconocen nuestros lectores por el ancho mundo. En esta labor nos acompaña el amor por Colombia, la fe en la perfectibilidad del hombre y el compromiso con las ciencias sociales. Por estas motivaciones y muchas otras, presentamos en este número de la revista importantes contribuciones de gran talla en las cuales se analiza y propone desde la academia soluciones a problemáticas jurídicas de actualidad. Investigadores de Francia, México, Venezuela, España y, por supuesto, Colombia, se reúnen en la presente edición para compartir con la comunidad internacional de académicos, los resultados de sus trabajos.

Para comenzar, desde Francia la profesora Yoanna Sifakis presenta los resultados de una investigación que indaga los nuevos textos en el derecho penal francés en el área del acoso moral y sexual. La autora realiza un estudio legal enriquecido por un análisis interdisciplinario que muestra el acoso cometido por varios como una forma particular de crimen, respaldada por juegos de influencia entre los participantes. Estos implementan un acto mimético, ya sea aceptando actuar juntos de acuerdo con un modelo de “todos contra uno”, o bien sucediendo uno tras otro, sin consulta, para crear una repetición contra la víctima.

Los reconocidos tratadistas mexicanos Luis Gerardo Rodríguez Lozano y Jesús Soriano Flores nos entregan su trabajo sobre el debido proceso de las personas migrantes. En el artículo se plantea que desde las condiciones sociales y económicas de los Estados globalizados y sus sistemas de fuentes normativas se debe saber cómo ejercer un adecuado enfoque de derechos humanos en sus políticas migratorias. Esto con el fin de evitar procedimientos migratorios que pueden afectar la esfera jurídica de una persona por su nacionalidad, y para asegurar la imparcialidad del proceso evitando que la vulnerabilidad del migrante se agrave. Para los autores solo el enfoque del derecho humano al debido proceso puede garantizar un trato digno e imparcial en el procedimiento migratorio.

Por su parte los investigadores venezolanos Esther Pineda y Keymer Ávila realizan un estudio sobre la migración colombo-venezolana, el cual aborda en doble vía los fenómenos sociales y políticos que han dado pie a las oleadas migratorias de los dos países. El estudio refleja la profunda complejidad del fenómeno, el cual es analizado por los autores a nivel histórico y político. Artículo que resulta fundamental para comprender el actual estado de la crisis migratoria entre los dos países, gracias a una investigación muy bien lograda sustentada en cifras y fuentes de primer orden.

Desde México, los doctores Juan Antonio Flores y Gabriela Aguado, presentan su investigación sobre la gestación por sustitución internacional en la cual abordan el derecho a la vida privada y familiar en la doctrina y, en particular, en la Sentencia de 28 de abril 2017, Juzgado de Distrito Tabasco. Para los autores el discurso judicial materializa en forma expresa y tácita derechos fundamentales que, independientemente de la omisión de la indagación integral de la verdad biológica implícitamente marcan pauta y herramienta al legislador y al ejecutivo local para el diseño de la política pública, en relación con la inmediatez del registro de nacimiento de un niño sin necesidad de agotar instancias judiciales previas.

De otro lado, desde Francia, el Dr. NKOA François Nestor Patrice indaga a profundidad sobre los trabajos de revisión realizados en el derecho francés mediante la Ley N°2016/007. Señala que si bien las necesidades y exigencias de la sociedad requieren un Derecho penal modernizado que sea preciso, coherente y sencillo, los cambios hechos al texto son limitados, denunciando un claro anacronismo entre el artículo 80 del Código penal y la evolución actual de la delincuencia de menores.

También presentamos el trabajo del profesor Enrique Rabell quien aborda los problemas urbanos derivados de la Constitución en México. Para el investigador el desarrollo urbano en México ocasiona problemas de pobreza, dispersión, vivienda, movilidad y mayores costos. El estudio explica cómo parte de esta problemática proviene del propio texto constitucional que propicia que el orden jurídico y los

planes en la materia, otorguen competencias opuestas entre los gobiernos. Apoyado en la interpretación sistemática y hermenéutica de las normas jurídicas, el artículo propone las reformas legislativas y administrativas que considera necesarias.

Desde Canadá, la profesora Marguerite Wotto, nos presenta un artículo que se centra en analizar la delimitación y definición de la violencia y el conflicto desde el modelo centro-periferia, además de estudiar la particularidad que ellos aportan al análisis de lo político en un contexto específico. Haciendo un recorrido sobre las principales definiciones, la investigación propone lugares de encuentro para tensionar los conceptos y aplicarlos en situaciones particulares.

Por su parte los doctores José Fernando Vázquez, Raúl Ruiz y el investigador Rafael Zúñiga, analizan el trasfondo de la Ley de seguridad interior en México, que fue realizada, según los autores, con la intención de empoderar al presidente de la República a partir del uso de las fuerzas armadas en funciones de seguridad pública, bajo el llamado a la seguridad nacional. El estudio encuentra un patrón de conducta del ejecutivo consistente en el uso de las fuerzas armadas para asegurar la gobernabilidad, llegando incluso a pretender legitimar su uso para asuntos civiles.

De España, Gabriel Fernández ofrece su artículo “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo”, el cual parte del análisis de las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 y la implementación de la pena conocida como prisión permanente revisable. Haciendo un rastreo histórico el autor encuentra cómo la reforma parte o se envuelve en una consigna electoral que deparó en una defectuosa regulación del homicidio y sus correspondientes cualificaciones, contaminada por una moralización de los injustos que se entendía históricamente superada.

Para finalizar con los colaboradores internacionales, Gabriela Aguado nos presenta un estudio sobre el derecho natural de asociación en la figura de la coalición electoral en México. El artículo nos recuerda que, si bien el derecho de asociación en materia político-electoral ha ido evolucionando como un derecho natural de contenido progresivo, es preciso revisar sus ventajas y desventajas, así como señalar con claridad sus límites y la tensión con otros derechos.

Posteriormente la investigadora colombiana Yury Lineth Sierra escribe un artículo que aborda la responsabilidad de mando en el Acuerdo de paz y en la normativa interna de implementación. Hace un recuento general sobre la figura de la responsabilidad de mando y se propone demostrar cómo la regulación de esta figura se fue desarrollando con unos vacíos preexistentes, ya señalados por académicos, organizaciones internacionales y, finalmente, la Corte Penal Internacional. En consecuencia, para la autora, la regulación inicial del Acuerdo se fue consolidando en la normativa interna desatendiendo las advertencias de vacíos regulatorios que fueron allegadas al respecto.

También de Colombia, Víctor Hugo Mendoza y Víctor Hugo Ramírez se proponen responder si las Bacrim son un actor armado según el derecho internacional. En ese sentido las entienden como actores participes del conflicto armado en Colombia que, a diferencia de las guerrillas tradicionales (FARC y ELN), no se oponen al Estado, salvo cuando este último interfiere con sus actividades criminales, disputándose militarmente el poder local y regional a las guerrillas. Desde la normatividad y la jurisprudencia los autores revisan la posibilidad de que sean, o puedan ser, sujetos del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

El Dr. Ramón Peláez nos comparte una investigación sobre el proceso civil oral en Colombia. Por medio de un recorrido histórico y legislativo analiza las olas de justicia como estrategias para hacer efectivo el derecho de acceso a un proceso centrado en la efectividad y la celeridad. El autor analiza las reformas procesales orientadas a sincronizar el proceso civil a la nueva realidad del país, la cual se evidencia a través de la inserción de la oralidad como principio rector de la actuación a través de un modelo por audiencias. Por medio de la revisión de la jurisprudencia analiza las fortalezas y debilidades de la implementación de este modelo y convierte el texto en una herramienta muy útil para litigantes y académicos.

Por su parte Cristian Alexis López pone en consideración su artículo “¿Seguridad jurídica en el sector minero? Una aproximación desde el principio de coordinación”. Analiza cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional abre la posibilidad de excluir la actividad minera de un municipio por medio de una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales. El autor propone realizar un acuerdo entre

los sectores privados y públicos para que, sobre la base del principio de coordinación se pueda dar un margen adecuado de garantía jurídicas en consonancia con los derechos ambientales.

Los investigadores Federico Sánchez y Aura Isabel Mora presentan su artículo “Epistemologías del fuego” en el cual se da cuenta de la investigación realizada sobre la producción de conocimiento ancestral a partir de los rituales de varios pueblos originarios de América. En ella se enuncian las maneras propias de producción, búsqueda y transmisión de conocimiento que, desde lo ancestral, han sido usadas por las comunidades indígenas para la construcción de comunidad, privilegiando la forma en la que cada ser se piensa a sí mismo dentro de una cosmovisión y una inteligencia cósmica. Con un interesante trabajo de campo los autores realizan una oportuna aproximación a diversas comunidades y sus maneras de entender la vida y la ciencia.

Finalmente, el docente Alexander Fula López nos presenta un artículo sobre la noción de intimidad sexual desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. El estudio se centra en el alcance y el significado de los derechos sexuales y reproductivos en las cárceles de Colombia desde la noción de intimidad que, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es imprescindible para la preservación de la dignidad de los privados de la libertad.

En la caratula y páginas interiores se presentan fotos de la bella ciudad de Cartagena de Indias, en opinión de expertos internacionales la joya colonial más representativa y mejor conservada de la América hispana.

Queridos lectores, la revista MISIÓN JURÍDICA es un lugar de producción, difusión y estímulo del conocimiento científico en derecho y ciencias sociales. Tarea que asume con vocación de universalidad, como lo demuestran los índices internacionales que valoran y difunden su producción académica con sumo interés y permanente aliento. Amables lectores, con vuestro interés nuestra revista continuará su marcha hacia la perfectibilidad. Con ello, nos basta y sobra. Mejor, nos enorgullece.

Muchas gracias.

Orlando Solano Bárcenas
Editor



COLABORADORES EXTERNOS ■
INTERNACIONALES

COLABORADORES EXTERNOS INTERNACIONALES

NOUVELLES DISPOSITIONS EN DROIT PENAL FRANÇAIS SUR LE HARCELEMENT MORAL ET SEXUEL : REPRESSION D'UNE FORME DE CRIMINALITE PAR AGIR MIMETIQUE

Yoanna Sifakis

CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES ACERCA DEL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO DE LAS PERSONAS MIGRANTES

*Luis Gerardo Rodríguez Lozano
Jesús Soriano Flores*

APROXIMACIONES A LA MIGRACIÓN COLOMBO-VENEZOLANA: DESIGUALDAD, PREJUICIO Y VULNERABILIDAD

*Esther Pineda G
Keymer Ávila*

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA DOCTRINA Y SENTENCIA DE 28 DE ABRIL 2017, JUZGADO DE DISTRITO TABASCO, MÉXICO

*Juan Antonio Flores Hernández
Gabriela Aguado Romero*

LE TRAITEMENT PENAL DE LA DELINQUANCE DES MINEURS: LE STATU QUO CONTESTABLE DU LEGISLATEUR PENAL CAMEROUNAIS

Dr. NKOA François Nestor Patrice

LOS PROBLEMAS URBANOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN EN MÉXICO

Enrique Rabell García

CONFLICTO Y VIOLENCIA SOCIOPOLÍTICOS VISTOS POR EL MODELO CENTRO-PERIFERIA

Marguerite Wotto

EL TRASFONDO DE LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR EN MÉXICO

*José Fernando Vázquez Avedillo
Raúl Ruiz Canizales
Rafael Zúñiga Domínguez*

RÉGIMEN DE HIPERCUALIFICACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

Gabriel Fernández García

DERECHO NATURAL DE ASOCIACIÓN EN LA FIGURA DE LA COALICIÓN ELECTORAL EN MÉXICO

Gabriela Aguado Romero

**NOUVELLES DISPOSITIONS EN DROIT PÉNAL
FRANÇAIS SUR LE HARCÈLEMENT MORAL
ET SEXUEL : RÉPRESSION D'UNE FORME DE
CRIMINALITÉ PAR AGIR MIMÉTIQUE***

**NUEVOS TEXTOS EN EL DERECHO PENAL
FRANCÉS EN EL ÁREA DEL ACOSO MORAL Y
SEXUAL: REPRESIÓN DE UNA FORMA DE DELITO
COMETIDA POR ACTO MIMÉTICO**

**NEW TEXTS ON FRENCH CRIMINAL LAW IN THE
AREA OF MORAL AND SEXUAL HARASSMENT:
REPRESSION OF A TYPE OF CRIME
COMMITTED BY MIMETIC ACT**

**NOVOS TEXTOS NO DIREITO PENAL FRANCES NA
AREA DO ASSÉDIO MORAL E SEXUAL: REPRESSÃO
DE UMA FORMA DE CRIME COMETIDA
POR UM ATO MIMÉTICO**

Yoanna Sifakis^a
yoanna.sifakis@u-bordeaux.fr

Fecha de recepción: noviembre 29 de 2018
Fecha de revisión: febrero 14 de 2019
Fecha de aceptación: febrero 21 de 2019

RÉSUMÉ

Depuis août 2018, le droit français prévoit la sanction de formes de harcèlement sexuel et moral qui restaient jusqu'alors impunies : le harcèlement commis à plusieurs, que ceux-ci aient agi avec ou sans concertation. La répétition et la persistance des attaques s'appréhendent désormais du point de vue de la victime, ce qui permet d'incriminer une pluralité d'individus commettant chacun un acte unique. Les nouvelles dispositions pénales représentent une adaptation du droit à une réalité criminologique récemment constatée sur les réseaux de communication électronique, et concernant notamment le harcèlement envers les femmes ainsi que le cyber-harcèlement scolaire. Une étude juridique enrichie d'une analyse interdisciplinaire montre que le harcèlement commis à plusieurs relève d'une forme de criminalité particulière, sous-tendue par des jeux d'influence entre les participants. Ces derniers mettent en œuvre un agissement mimétique, soit en s'entendant à agir ensemble selon un modèle du « tous contre un », soit en

Para citar este artículo:

Sifakis, Y. (2019). Nouvelles dispositions en Droit pénal français sur le harcèlement moral et sexuel : répression d'une forme de criminalité par agir mimétique. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 29 - 41.

* *Artículo de reflexión.*

a. *Docteur en droit privé, sciences criminelles et philosophie du droit, Centre de Philosophie du droit et Institut de sciences criminelles et de la justice de l'Université de Bordeaux.*

se succédant, même sans concertation, à reproduire un comportement pour créer une répétition à l'encontre de la victime.

MOTS CLEFS

Harcèlement moral, harcèlement sexuel, harcèlement commis à plusieurs, coaction, mimésis, agir mimétique

RESUMEN

Desde agosto de 2018, la ley francesa prevé el castigo de las formas de acoso sexual y moral que quedaron impunes hasta ahora: el acoso cometido por varias personas, con o sin consulta.

La repetición y la persistencia de los ataques se entienden desde el punto de vista de la víctima, lo que hace posible incriminar a una pluralidad de individuos, cada uno cometiendo un solo acto. Los nuevos textos penales representan una adaptación del derecho a una realidad criminológica recientemente descubierta en las redes de comunicación electrónica, en particular en relación con el acoso a mujeres y el ciberacoso escolar. Un estudio legal enriquecido por un análisis interdisciplinario muestra que el acoso cometido por varios es una forma particular de crimen, respaldada por juegos de influencia entre los participantes. Estos implementan un acto mimético, ya sea aceptando actuar juntos de acuerdo con un modelo de "todos contra uno", o bien sucediendo uno tras otro, sin consulta, reproducir un comportamiento para crear una repetición contra la víctima.

PALABRAS CLAVES

Acoso moral, acoso sexual, acoso cometido por varias personas, coacción, mimesis, acto mimético.

ABSTRACT

Since August 2018, French law has punished forms of sexual and moral harassment that have remained unpunished until now: the harassment committed by several individuals with or without consultation. Henceforth, the repetition and persistence of the attacks are understood from the victim, which makes it possible to incriminate a plurality of individuals each committing a single act. The new criminal

texts represent an adaptation of the right to a recently discovered criminological reality on electronic communication networks, particularly concerning harassment against women and school cyber-bullying. A legal study enriched by an interdisciplinary analysis shows that the harassment committed by several individuals is a particular form of crime, underpinned by games of influence between the participants. These implement a mimetic act, either by agreeing to act together according to a model of "all against one", or either succeeding each other, even without consultation, reproducing a behavior to create a repetition against the victim.

KEY WORDS

Moral harassment, sexual harassment, harassment committed by several individuals, coercion, mimesis, mimetic act

RESUMO

Desde agosto de 2018, a lei francesa prevê a punição de formas de assédio sexual e moral que permaneciam impunes até agora: assédio cometido por várias pessoas, com ou sem consulta.

A repetição e a persistência dos ataques são compreendidas do ponto de vista da vítima, o que torna possível incriminar uma pluralidade de indivíduos, cada um cometendo um único ato. Os novos textos criminais representam uma adaptação do direito a uma realidade criminológica recentemente descoberta em redes de comunicação eletrônica, particularmente em relação ao assédio às mulheres e ao cyberbullying escolar. Um estudo jurídico enriquecido por uma análise interdisciplinar mostra que o assédio cometido por vários é uma forma particular de crime, apoiada por jogos de influência entre os participantes. Estes implementar um ato mimético, ou aceitar agir em conjunto de acordo com um modelo de "todos contra um" ou acontecendo um após o outro, sem consulta, reproduzir comportamento para criar uma repetição contra a vítima

PALAVRAS CHAVES

Assédio moral, assédio sexual, assédio cometido por várias pessoas, coerção, mimese, ato mimético.

INTRODUCTION

Si le fait social de harcèlement n'est pas nouveau, on le constate de plus en plus sur la toile, au travers des réseaux sociaux, concernant en particulier les élèves, mais également les femmes¹. La lutte contre le cyber-harcèlement est finalement assez récente² mais elle n'est pas terminée. C'est pourquoi les infractions de harcèlement en droit pénal français ont été repensées en début d'année 2018.

Le 21 mars, est présenté au Conseil des ministres un projet de loi³, proposant de créer des infractions autonomes de harcèlement sexuel et de harcèlement moral commis par plusieurs individus. Ce projet fait suite au rapport du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes en date du 16 novembre 2017 intitulé « *En finir avec l'impunité des violences faites aux femmes en ligne : une urgence pour les victimes* ». Le document invitait à adopter une loi afin de punir le harcèlement sexuel et tout comportement sexiste, notamment lorsqu'ils se déroulent sur internet où l'anonymat facilite les actes antisociaux. D'autant plus que le harcèlement commis à plusieurs peut être considéré comme plus préjudiciable, au regard du nombre de participants⁴.

Classiquement, le harcèlement moral est défini par l'article 222-33-2-2 du Code pénal français comme « le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ». De même, au sens de l'article 222-33 du même code, le harcèlement sexuel est « le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile

ou offensante ». Force est de constater que ces dispositions, aussi détaillée soient-elles, ont un champ d'application limité puisqu'elles posent chacune comme condition à la sanction pénale du harceleur la répétition de son comportement⁵. Or, si par définition l'exigence d'une certaine fréquence de cet agissement se justifie⁶, il arrive dans les faits que la victime soit harcelée non pas par une seule et même personne mais par un ensemble d'individus qui agissent chacun une seule fois. Et ceux-ci échappaient jusqu'alors à la sanction pénale puisque les textes en vigueur ne permettaient pas de caractériser l'infraction. C'est pourquoi les nouvelles dispositions prévoient désormais cette possibilité en France depuis la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes⁷. Ainsi, sont punies les individus qui imposent « à plusieurs » à une même victime des propos ou comportements à connotation sexuelle, sexiste⁸ ou dégradant ses conditions de vie « de manière concertée ou à l'instigation de l'une [de ces personnes], alors même que chacune de [celles-ci] n'a pas agi de façon répétée »⁹. En outre, sont également punis ceux qui imposent de tels propos ou comportements « à une même victime, successivement, [...], même en l'absence de concertation, [en sachant que] ces propos ou comportements caractérisent une répétition »¹⁰.

Comme l'a souligné un auteur, il est « *sans doute présomptueux de chercher une unité dans ces deux infractions distinctes que sont le harcèlement moral et le harcèlement sexuel* »¹¹. Toutefois, « *la structure de chacune de ces infractions présente des similitudes qui permettent de mieux cerner les caractéristiques de ces délits et donc de mieux comprendre quels sont*

1. Le mouvement #MeToo ou encore #BalanceTonPorc, par son grand déferlement médiatique, a participé à la dénonciation du harcèlement sexuel et parfois moral en France mais aussi ailleurs.

2. V. notamment la Loi n° 2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes du 4 août 2014 (JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949, texte n° 4).

3. Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes du 21 mars 2018.

4. V. D. Allix, *Essai sur la coaction, Contribution à la genèse d'une notion prétorienne*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, n° 37, p. 32. L'auteur exprime bien l'idée qu'à plusieurs, la victime se sent nécessairement plus menacée.

5. L'article 222-33 II du Code pénal français considère qu'« est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ». Si le texte évoque un acte unique, nous estimons que le harcèlement sexuel assimilé ou le chantage sexuel ne saurait être un comportement de harcèlement comme nous l'envisageons dans cette étude. V. à cet égard : S. Paradiso, *Les infractions de harcèlement*, L'Harmattan, 2013, p. 30.

6. V. par ex. une définition du dictionnaire E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, 1873. Harceler signifie « tourmenter, inquiéter par de petites mais fréquentes attaques ».

7. Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes (JORF n° 0179 du 5 août 2018, texte n° 7).

8. Ce terme ayant été ajouté par la nouvelle loi.

9. Art. 222-33 I 1° et Art. 222-33-2-2 a) du Code pénal français.

10. Art. 222-33 I 2° et Art. 222-33-2-2 b) du Code pénal français.

11. V. Malabat, « A la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Dr. soc.*, p. 491.

les comportements pénalement sanctionnés »¹². Par ailleurs, les nouvelles dispositions introduisent la notion de pluralité dans les deux types de harcèlement qui nous paraissent ainsi intéressants d'étudier conjointement.

Certains évoquent l'idée de « harcèlement en meute » pour décrire ceux qui opèrent ensemble et attaquent une même cible. En effet, ces conduites collectives tournées vers un même but ne sont pas sans rappeler un phénomène social complexe. Elles semblent en particulier pouvoir être rapportées à une forme de criminalité s'exerçant par agir mimétique, que nous nous sommes engagé à étudier ailleurs dans le champ pénal¹³.

Pour rappel, nous devons à deux professeurs, MM. Christoph Wulf et Gunter Gebauer, une description précise de la mimésis sociale, expliquée comme une faculté particulière de se représenter le monde, qui s'exprime corporellement dans ce que l'on peut nommer « l'agir mimétique »¹⁴. Intervenant dans les interactions sociales, cet agir est à la base de la relation entre le moi et les autres. La mimésis sociale se manifeste dans le domaine de l'éducation, de la construction de l'identité et permet l'intégration et la cohésion des groupes sociaux, qu'ils soient criminels ou non.

Il nous semble notamment que les comportements décrits par les dispositions pénales concernant le harcèlement méritent un rapprochement certain avec la notion d'agir mimétique, le projet de loi lui-même évoquant

un comportement « par mimétisme »¹⁵. Le harcèlement, qui plus est à plusieurs, est affaire de droit mais également d'autres sciences sociales étant donné qu'il est, comme le précise un auteur, le « *produit de rapports sociaux bien déterminés* »¹⁶. Ce comportement trouve à s'exprimer dans différents lieux privilégiés comme l'école, le travail ou encore les réseaux sociaux. Il paraît donc nécessaire que le droit s'adapte à la réalité sociale sans pour autant intervenir inutilement, au risque de renforcer l'inflation législative¹⁷.

Nous nous attacherons ici à étudier la portée et l'étendue des nouveaux délits de harcèlement sexuel et moral dans le Code pénal français, d'un point de vue juridique enrichi d'une approche interdisciplinaire, au regard notamment de la notion d'agir mimétique.

Incontestablement, l'adoption de nouvelles dispositions pénales en Droit français permet un élargissement de la définition du harcèlement. Au côté des délits de harcèlement classiquement sanctionnés s'inscrivent deux délits autonomes de harcèlement sexuel ou moral pour adapter le droit pénal à une forme de criminalité persistante, qui se produit notamment sur les réseaux de communication électronique.

Désormais, la répétition de l'acte par la même personne n'est plus nécessaire à la constitution de l'infraction ; celle-ci admet comme condition suffisante la pluralité des agents ou la succession des propos ou comportements harcelants. L'étendue du délit se comprend d'une part au regard du comportement réprimé - un « agir » à plusieurs renvoyant, ou bien à un harcèlement commis instantanément en groupe, ou bien à la succession d'actes individuels (I), et d'autre part au regard de l'intentionnalité¹⁸ puisqu'est puni le harcèlement avec ou sans concertation (II). L'étude des caractéristiques des infractions

12. *Ibid.* ; V. également d'un point de vue sociologique Cl. de Gasparo, « Harcèlement moral et sexuel : une approche sociologique », *Cahier du Genre*, 2003/2, n° 35, pp. 165-187, spéc. p. 181 et s. L'auteur explique que sociologiquement et psychologiquement, il existe un rapport entre les deux formes de harcèlement, même s'il existe des « risques de voir des situations de harcèlement sexuel «masquées» sous l'étiquette de harcèlement moral » (p. 166).

13. Y. Sifakis, *Le concept d'imitation dans le champ pénal*, Thèse 2017, Bordeaux.

14. G. Gebauer, C. Wulf, *Mimesis : culture, art, société*, trad. N. Heyblom, Les Editions du Cerf, 2005 ; C. Wulf, *Penser les pratiques sociales comme rituels : ethnographie et genèse de communautés*, trad. N. Heyblom, L'Harmattan, 2004 ; C. Wulf, *L'anthropologie de l'homme mondialisé : histoire et concepts*, CNRS éditions, 2013 ; V. également D. Jeffrey, « Mimésis et rituels dans l'anthropologie historique de Gunter Gebauer et Christoph Wulf », *Théâtralité et société : positions de la sociologie*, *Cahier de recherche sociologique*, n° 51, automne 2011, p. 33 ; Et avant ces auteurs, V. évidemment l'étude de la mimésis par Aristote (entre autres, Aristote, *Poétique et Rhétorique*, trad. C.-E. Ruelle, Paris, Garnier Frères, 1922) et Platon (entre autres, Platon, *La République*, trad. nouvelle R. Baccou, Paris, Garnier Frères, 1950).

15. V. *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, p. 41.

16. Cl. de Gasparo, « Harcèlement moral et sexuel : une approche sociologique », *op. cit.*, p. 165. L'auteur évoque dans cette phrase le harcèlement moral mais il nous semble que le harcèlement sexuel est également affaire de rapports sociaux particuliers.

17. V. notamment P. Le Maigat, « Loi Schiappa : un nouvel exemple de soumission d'une politique pénale à l'idéologie victimaire ? », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2018, n° 35, p. 12.

18. Nous avons choisi ici d'orthographier l'intentionnalité dans son sens commun. Toutefois, dans la théorie de la connaissance, entendue dans un sens cognitif, l'« intentionnalité » s'écrit avec un seul « n », lorsque la conscience vise une chose.

visées par les nouvelles dispositions nous permet de mettre en évidence que le législateur prévoit désormais de sanctionner le harcèlement issu d'un agir mimétique, selon deux modalités qu'il convient de définir.

I – La sanction du harcèlement commis à plusieurs : la sanction d'un comportement collectif tourné vers un résultat commun

Les articles 222-33 et 222-33-2-2 du Code pénal français prévoient de punir toutes les personnes qui participent au harcèlement moral ou sexuel d'une même victime. Il s'agit là d'une nouvelle sanction qui vise une « pluralité » délictuelle (A) commettant des actes collectifs de harcèlement sexuel ou moral (B).

A. Plusieurs contre un seul

Lorsqu'un seul individu impose à une autre personne des propos ou comportements dégradants de manière répétée, le harcèlement au sens classique s'applique¹⁹, en tant qu'infraction d'habitude, les actes du harceleur devant être insistants²⁰. Mais le résultat du harcèlement pouvant être causé par la somme d'actions uniques les textes prévoient désormais des délits incriminants chacun des individus composant la pluralité délictuelle. Voyons les modalités d'application des textes du côté des individus qui harcèlent (1) ainsi que du côté de la personne harcelée (2).

1. Du côté des harceleurs : formation d'une pluralité délictuelle

19. On remarquera qu'en Droit pénal colombien, le harcèlement est également sanctionné lorsqu'il est répété. En effet, selon l'article 210-A, « el que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años ». Et selon l'article 2 de la loi 1010 de 2006, « para efectos de la presente ley se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo ».

20. Il n'est pas question de sanctionner un individu qui aurait accompli exactement des actes identiques, mais plutôt des actes dirigés vers le même but à chaque fois. V. sur ce point V. Malabat, « A la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », op. cit., p. 491 ; V. également le Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, Etude d'impact, juin 2012, p. 20.

Les nouvelles incriminations sanctionnent non pas une seule personne mais plusieurs individus. Est ainsi réprimé un comportement collectif et la nouvelle condition à la caractérisation de l'infraction est la pluralité d'agents. Qu'il soit moral ou sexuel, le harcèlement est commis en groupe et entre dans la catégorie des infractions collectives, à différencier toutefois des infractions relevant de la criminalité et délinquance organisées. En effet, aucune condition tenant à l'organisation entre les harceleurs n'est imposée par les textes. Il suffit que plusieurs aient agi, peu importe l'existence d'une hiérarchie entre eux.

Le législateur français n'a pas déterminé le nombre de participants au harcèlement²¹. Il faut considérer qu'au moins deux agents doivent avoir accompli les actes délictueux. Ainsi les infractions de harcèlement à plusieurs se rapprochent-elles d'autres infractions collectives, telle que l'association de malfaiteurs prévue par l'article 450-1 du Code pénal français²².

2. Du côté de la personne harcelée : un état psychologique perturbé

La victime harcelée est prise pour cible par plusieurs individus ; elle devient leur souffredouleur. Si dans le cadre professionnel, l'article L. 1153-1 du Code du travail français impose que la victime soit salariée, les articles 222-33 et 222-33-3-3 du Code pénal n'imposent aucune distinction tenant au statut de la victime. Cette dernière n'a pas à se trouver dans un lien de subordination²³. Par ailleurs, les nouveaux textes ne précisent pas le genre de la personne harcelée, même si en pratique, il s'avère que les femmes sont davantage victimes de harcèlement²⁴. Enfin, l'état de vulnérabilité importe peu pour que la sanction soit applicable. Il peut s'agir d'un majeur ou d'un mineur, la minorité de la victime constituant une circonstance aggravante. On pense également au harcèlement moral entre élèves et à l'extension de

21. On ne retrouve pas non plus cette indication dans le projet de loi du 21 mars 2018, ni dans la Circulaire du 3 septembre 2018 relative à la présentation de la loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

22. Alors qu'une bande organisée, au sens de l'article 132-71 du Code pénal français, est constituée par un groupe d'au moins trois personnes selon le Conseil constitutionnel français (Cons. const., 2 mars 2004, DC n° 2004-492).

23. On remarquera qu'en Droit pénal colombien, l'infraction d'harcèlement sexuel impose pour être consommée l'utilisation d'une supériorité manifeste ou d'une relation d'autorité ou de pouvoir.

24. C'est d'ailleurs ce qui a motivé les auteurs du projet de loi de 2018.

la circonstance aggravante pour mieux réprimer le cyber-harcèlement scolaire²⁵.

La victime doit avoir effectivement subi un harcèlement. Les textes sont clairs sur ce point, les propos ou comportements des harceleurs doivent lui être « imposés ». Ce qui signifie que la personne harcelée ne doit pas avoir donné son consentement (notamment en matière sexuelle) mais ressentir un état de harcèlement. Le statut de victime est l'altération de sa santé physique ou mentale, pour un harcèlement moral ; et pour un harcèlement sexuel, les propos ou comportements doivent avoir porté atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant ou encore avoir créé à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante²⁶. Le juge pénal doit donc constater un trouble certain subi par la victime du fait des agissements des harceleurs pour caractériser une situation de harcèlement. Ces infractions sont en ce sens matérielles²⁷.

Pour un auteur, le harcèlement moral est « une violence avérée, même si elle est occulte, qui tend à s'attaquer à l'identité de l'autre, et à lui retirer toute individualité »²⁸, ces propos nous semblant aussi convenir pour le harcèlement sexuel. Ce qui explique qu'en pratique les préjudices subis par la victime soient parfois délicats à apprécier²⁹, alors même que le harcèlement a des conséquences d'ordre personnel et professionnel, s'il se produit au travail ou encore à l'école.

25. Est prévu de sanctionner en tant que circonstance aggravante le harcèlement opéré sur « un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique » (Art. 222-33 6° et Art. 222-33-2-2 4°), afin d'atteindre notamment les comptes créés sur internet.

26. L'adoption des nouvelles dispositions ne changent pas l'appréciation du préjudice subi par la victime harcelée. V. sur ce point les décisions en la matière. Remarquons qu'en Colombie, la Cour suprême de Justice a rappelé récemment que « la conducta se consumió a sí misma y la producción de gachas del acoso, hostigamiento, asedio o persecución emprendidas por el victimario, que en términos generales genera zozobra, intimidación o seccológica sicológica a la padece, para no hablar de la Limitación que produce respecto de la libertad sexual » (SP 107-2018, Radicado n° 49799, Aprobado Acta n° 38).

27. V. sur la définition des infractions matérielles : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd., 2010, n° 191.

28. M.-F. Hirigoyen, *Le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien*, Paris, Syros, 1998, p. 15.

29. On peut toutefois rapporter quelques interrogations qui persistaient déjà sous l'empire des infractions classiques de harcèlements notamment quant au fait de savoir si la dignité doit être appréciée de façon objective ou subjective. V. notamment Ph. Conte, « Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *Dr. pénal*, 2012. Étude 24.

Les comportements des harceleurs pouvant être de nature diverse, il convient de les caractériser avant d'en apprécier le caractère collectif.

B. Des actes collectifs de harcèlement sexuel ou moral

Les textes récemment adoptés sanctionnent sans grande innovation deux types d'actes différents (1) mais dont l'accomplissement par une pluralité d'auteurs constitue deux nouvelles formes de harcèlement, réalisées collectivement (2).

1. Deux types d'actes de harcèlement sexuel ou moral

Les actes de harcèlement ont fait l'objet de différentes recherches. On parle notamment en pays anglo-saxons et nordiques de « *bullying* »³⁰ ou de « *mobbing* »³¹. Ils ont été étudiés dans différents milieux : à l'école, au travail, sur internet, dans le couple, etc. Des psychologues et psychiatres, dont Mme Marie-France Hirigoyen dans son ouvrage à succès *Le Harcèlement moral : la violence perverse au quotidien*, ont par exemple tenté à plusieurs reprises de dresser des listes des différents agissements qui peuvent être qualifiés de harcèlement³².

Mais la loi pénale ne peut être ni trop large, ni trop détaillée ; elle doit prévoir un certain degré de généralité, sous réserve de respecter le principe de légalité criminelle, en laissant au juge répressif la possibilité de l'interpréter strictement³³. Dans cette mesure, les différents articles en matière

30. Par ex. V. sur le harcèlement scolaire : D. Olweus, *Aggression in the Schools: Bullies and Whipping Boys*, Washington, London, Halsted Press, 1978 et *Violences entre élèves, harcèlement et brutalités : les faits, les solutions*, Paris, ESF, 1999 ; V. aussi pour l'utilisation du terme dans des recherches françaises sur le harcèlement scolaire : V. Kubiszewski, R. Fontaine, K. Huré, E. Rusch, « Le cyber-bullying à l'adolescence : problèmes psychosociaux associés et spécificités par rapport au bullying scolaire », in *L'Encéphale*, Volume 39, Issue 2, Avril 2013, p. 77-84 ; V. sur le harcèlement au travail : D. Zapf, « Organisational, work group related and personal causes of mobbing/bullying at work », in *International Journal of Manpower*, February 1999 ; V. également S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf, C. Cooper, *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace : International Perspectives in Research and Practice*, CRC Press, 2003.

31. V. notamment H. Leymann, *Mobbing, La persécution au travail*, trad. E. Jacquemet, Paris, Seuil, 1996.

32. M.-F. Hirigoyen, *Malaise dans le travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux*, op. cit., pp. 88-89. L'auteur propose ainsi pas moins de 45 agissements, repris de son pionnier H. Leymann (*La persécution au travail*, Paris, Seuil, 2002, (2^{ème} éd.), pp. 41-42).

33. Au sens de l'article 111-4 du Code pénal français.

de harcèlement décrivent deux types d'actes : les propos et les comportements.

Les propos sont assez faciles à identifier et à qualifier. Ils peuvent être exprimés oralement ou encore par lettres, mails, messages sur les réseaux sociaux, etc. En revanche, il peut être plus délicat de caractériser un comportement constituant l'élément matériel d'un harcèlement, moral ou sexuel³⁴. Le terme est large et peut correspondre à des actes actifs (comme accomplir des gestes insultants et dégradants envers une personne), ou des actes passifs (tel que le fait de rester indifférent à la souffrance de la victime ou ne pas mettre à disposition tous les outils nécessaires à une tâche particulière s'il s'agit d'un harcèlement au travail voire scolaire). La notion de comportement peut ainsi englober plusieurs réalités mais ne doit en aucun cas prêter à confusion. Par exemple, le sifflement accompagné de propos déplacés peut être un agissement ayant une connotation sexuelle ou sexiste, toutefois il ne doit pas être confondu avec un flirt maladroït³⁵.

Certains auteurs qualifient la notion de harcèlement moral de « *fourre-tout* »³⁶, des comportements harcelants pouvant « *côtoyer* »³⁷

34. V. sur ce point C. Duvert, « *Harcèlement sexuel* », Fasc. unique, Juris-Cl. Pénal Code, App. Art. 222-22 à 222-33-1, décembre 2017, n° 20 ; V. également Ph. Conte, « *Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel* », Dr. pénal, 2012. Etude 24.

35. V. par ex. Crim., 17 janvier 2005, n° 04-83.443, inédit. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la victime. Un individu avait fait des avances à une jeune femme et des propositions dont la nature sexuelle n'était pas absente. Selon la Cour de Pau, « une attitude de séduction même dénuée de tact ou de délicatesse ne saurait constituer le délit de harcèlement, pas davantage que de simples signaux sociaux conventionnels lancés de façon à exprimer la manifestation d'une inclination ». Pour la Haute Cour, la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, et en répondant aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, exposé les motifs pour lesquels elle a estimé que la preuve de l'infraction reprochée n'était pas rapportée à la charge du prévenu, en l'état des éléments soumis à son examen, et a ainsi justifié sa décision déboutant la partie civile de ses prétentions ; V. toutefois Crim. 2 mars 2005, n° 04-84.107, inédit. La Cour de cassation rejette le pourvoi d'un condamné. Ce dernier avait « fait preuve d'un comportement déplacé et insistant à l'égard [d'une jeune femme] qu'il avait embauché dans le cadre d'un emploi-jeune courant juillet 2000 ». Il lui avait notamment fait des « avances de nature sexuelle [...], accompagnées de blagues d'un goût douteux », [...] à l'occasion d'une fête organisée dans le cadre associatif [...] et, « profitant d'être seul avec la jeune [femme], lui a caressé le ventre en lui disant qu'elle l'excitait ».

36. V. par ex. J.-P. Le Goff, « *Que veut dire le harcèlement moral ? I. Genèse d'un syndrome* », in *Le Débat*, 2003/1, n° 123, pp. 141-161, spéc. p. 157 ; ou encore V. Cl. de Gasparo, « *Harcèlement moral et sexuel : une approche sociologique* », op. cit., p. 177.

37. Terme emprunté à J.-P. Le Goff, « *Que veut dire le harcèlement moral ? I. Genèse d'un syndrome* », op. cit., p. 157.

des actes indécents mais non répréhensibles pénalement³⁸. La vigilance s'impose d'autant plus lorsque les comportements sont commis à plusieurs, le nombre pouvant donner une impression d'insistance qu'on sera tenté de qualifier de harcèlement. Or la pluralité n'est pas significative pour apprécier les actes et c'est bien une question de faits que les juges devront déterminer.

Le harcèlement se définit classiquement par une condition de répétition d'actes ou systématisation. Dans les nouveaux textes, la condition de répétition n'a pas disparu, elle est simplement envisagée autrement³⁹. Elle n'est plus observée du point de vue du harceleur mais plutôt de celui de la personne harcelée. En effet, que les agissements aient été accomplis par un seul ou plusieurs, la victime subit différents actes qui constituent ensemble une répétition qui la met en état de harcèlement. Ce raisonnement n'est pas étonnant dans la mesure où déjà, lorsque l'on recherchait une répétition commise par un seul individu, cela ne signifiait pas que ce dernier devait avoir accompli deux actes identiques mais seulement deux comportements insistants. Il en est de même lorsque les deux actes sont imputables à deux personnes différentes. Il importe peu l'identité des actes mais leur persistance pour caractériser l'infraction⁴⁰.

2. Deux catégories d'harcèlements collectifs

A l'origine, le projet de loi répondait essentiellement à la volonté de sanctionner les « raids numériques », en réaction à des affaires qui n'ont pas trouvé sanction sous l'empire du droit positif. Mais « *le texte proposé a des conséquences plus larges puisqu'il permet de réprimer toute forme de harcèlement réalisée de façon concertée par des personnes ne commettant chacune qu'un seul acte [...]. Il n'y a en effet pas de raison de*

38. Il en va de même du harcèlement sexuel. Toutefois, on se demande si certains comportements déplacés ne trouveront pas aujourd'hui un fondement textuel à une éventuelle sanction au travers du nouvel article 621-1 du Code pénal français qui réprime l'outrage sexiste. Ce texte n'est pas sans créer quelques inquiétudes quant aux difficultés qu'il risque d'engendrer.

39. Même si on garde cette impression avec la formulation « *alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée* » concernant le harcèlement sexuel ou moral avec concertation.

40. En matière de harcèlement sexuel assimilé, la répétition n'est pas exigée dans la mesure où le délit est constitué par l'usage d'une seule pression suffisamment grave, caractérisant l'atteinte.

laisser impunis de tels faits, même si, en pratique, la probabilité qu'ils soient commis est plus faible que celle du harcèlement en ligne »⁴¹. C'est pourquoi le législateur français a retenu un large champ d'application des dispositions pénales afin de sanctionner tous les harceleurs, peu importe le support du harcèlement, et peu importe par exemple qu'il ait été meneur ou non. Les textes prévoient cependant de distinguer deux formes de harcèlement collectif.

En premier lieu, la loi pénale sanctionne spécifiquement l'acte unique de harcèlement commis par plusieurs agents. Ce qui correspond à un cas de coaction matérielle classique⁴² puisqu'il s'agit de punir ceux qui agissent ensemble et participent à une infraction unique⁴³.

Certes, les dispositions semblent réprimer spécifiquement, au côté d'une coaction, le harcèlement par complicité puisqu'il y est inscrit que le harcèlement par plusieurs personnes peut avoir été mis en œuvre « à l'instigation de l'une d'elles »⁴⁴. Selon l'article 121-7 du Code pénal français, est complice celui qui « *par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ». Autrement dit, celui qui a commandité l'infraction se rend complice par instigation de l'acte infractionnel, en ayant accompli des actes non pas principaux mais accessoires à la consommation de l'infraction. Dans cette mesure, le délit de harcèlement paraît pouvoir viser le meneur-instigateur du groupe en tant que simple complice. Toutefois, selon la formule des textes, l'instigateur doit non seulement avoir provoqué le harcèlement mais également avoir harcelé la victime. Même s'il existait un meneur avant la commission de l'infraction, celui-ci est devenu, lors de l'action, acteur au même titre que les autres, en accomplissant les actes principaux de harcèlement⁴⁵.

41. V. *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, p. 41.

42. *Distinguée de la coaction morale*.

43. *Il ne s'agit pas d'une superposition d'action individuelles*. V. en ce sens, E. Baron, *La coaction en matière pénale*, Thèse 2012, Bordeaux, n° 88 et s.

44. Art. 121-7 1° et Art. 121-7-2 a) du Code pénal français.

45. *Si la hiérarchie éventuelle entre les membres du groupe n'est pas une condition à l'infraction de harcèlement sexuel ou moral, elle sera toutefois sans aucun doute prise en compte dans le prononcé de la peine à l'égard de celui qui a instigué le harcèlement. On s'interrogera toutefois sur une difficulté que l'adoption des textes a pu créer. En effet, la pluralité d'auteurs*

En deuxième lieu, sont sanctionnés ceux qui agissent successivement à d'autres, caractérisant ainsi une répétition, même en l'absence de concertation entre les agents⁴⁶. Autrement dit, est puni l'auteur qui inscrit son acte à la suite d'un autre, sans s'être mis d'accord avec ce dernier, sachant qu'il contribuera au harcèlement. Ainsi les dispositions pénales françaises prévoient-elles de réprimer le harcèlement que l'on pourrait nommer par actes « successifs » ou encore « suivis », sans entente⁴⁷.

A la différence du harcèlement collectif avec entente, le harcèlement par actes successifs est sanctionné pour des agissements qui ne renvoient pas à un cas de coaction dans la mesure où la concertation n'est pas une condition à l'infraction. Ceux qui agissent postérieurement à d'autres n'en sont pas pour autant considérés comme simples complices mais bien comme auteurs de l'infraction. Chacun d'entre eux se joint à l'action d'un autre pour former une répétition tournée vers un même résultat : harceler la victime.

Ainsi par ces nouvelles dispositions, le droit pénal français permet-il désormais de sanctionner tous ceux qui inscrivent leurs actes, uniques, dans une même démarche collective de harcèlement et ce, qu'il y ait concertation ou non entre les différents participants. Et en reconnaissant que c'est la conjugaison des actes individuels qui crée la condition de persistance et de répétition dont est victime la personne harcelée, le droit répressif vise une forme de criminalité particulière, que nous avons déjà décrite dans d'autres domaines. En effet, tous les auteurs d'un harcèlement collectif participent à un agir commun que l'on peut qualifier de mimétique et dont on peut définir les critères de mise en œuvre.

II- La sanction d'un harcèlement avec ou sans concertation : la sanction d'un agir mimétique à plusieurs

constitue à la fois un élément constitutif de l'infraction et une cause d'aggravation des peines (Art. 222-33 III 5° Code pén.). Or, en vertu de non bis in idem il est impossible d'envisager qu'un même fait constitue à la fois une circonstance aggravante d'une infraction et son élément constitutif (V. récemment Cons. const., 6 février 2015, n° 2014-448 QPC, AJ pénal 2015. 248, note E. Dreyer, RSC 2015. 86, obs. Y. Mayaud).

46. *Au regard de l'esprit du texte (et des travaux préparatoires), « même en l'absence de concertation » doit être compris comme le fait que, « malgré l'absence de concertation », la succession des actes révèle que les auteurs savent que leurs propos ou comportements caractérisent une répétition.*

47. Art. 222-33 I 2° et Art. 222-33-2 b) du Code pénal français.

Le projet de loi mentionnait que « *le fait que plusieurs personnes insultent «par mimétisme» comme cela se passe régulièrement sur la toile une autre personne ne pourra caractériser une infraction de harcèlement car cette action, certes unique, ne sera pas concertée* »⁴⁸. Mais le législateur français a finalement retenu de sanctionner tous les actes entraînant un état de harcèlement chez une victime, qu'ils aient été commis avec ou sans concertation. Cette position nous semble justifiée dans la mesure où le harcèlement collectif, qu'il soit concerté (A) ou non (B), relève toujours d'un processus comportemental mimétique. Dans les deux cas, il est accompli à plusieurs et témoigne d'une certaine influence entre les différents participants à l'infraction. Il s'agit cependant de deux formes distinctes d'agir mimétique.

A. Le harcèlement avec concertation : un agir mimétique plurilatéral

Le harcèlement avec concertation signifie qu'il existe une entente entre les différents participants à l'infraction. Ainsi, au-delà de démontrer la faute pénale du harceleur, l'existence d'une concertation devra être caractérisée pour sanctionner le harcèlement commis à plusieurs au regard des nouvelles dispositions pénales (1). Cette entente traduisant une volonté commune d'agir ensemble dans une démarche collective renvoie alors à un agir mimétique plurilatéral (2).

1. La concertation dans le harcèlement commis à plusieurs : une volonté commune d'agir ensemble dans une démarche collective

Les articles en matière de harcèlement ne précisent pas l'élément moral de l'infraction. On peut considérer qu'en matière de harcèlement sexuel, l'infraction est toujours intentionnelle, l'intention pouvant être déduite du comportement du harceleur comme l'a récemment précisé la Cour de cassation⁴⁹. En matière de harcèlement moral, l'élément psychologique est soit intentionnel, si le comportement a clairement pour objectif de porter atteinte à la victime, soit relève davantage d'une imprudence ou mise en danger si l'atteinte

est un effet du comportement incriminé sans que l'agent l'ait spécifiquement recherchée. Mais les juges répressifs ne s'attachent pas à cette distinction, peu important le fait que l'agent ait voulu ou non le dommage subi par la victime du fait du harcèlement⁵⁰.

En revanche, dans le cadre des nouvelles dispositions, une autre donnée devra être examinée : celle de la concertation d'où résulte une entente entre les participants⁵¹.

La notion d'entente renvoie à un accord entre au moins deux personnes. Plus précisément, l'entente « *se distingue de la simple «conscience et volonté de coopérer avec autrui» ; elle suppose plus ; il faut une véritable résolution d'agir arrêtée ensemble* »⁵². Ainsi constitue-t-elle une donnée essentielle, caractérisant la coaction de tous les harceleurs⁵³. Les coauteurs doivent témoigner d'une volonté de s'associer et pour Garraud, « *il faut aussi et surtout qu'ils aient agi de concert, d'un commun accord, qu'ils aient coopéré à la perpétration du délit. Sans cela, le seul lien qui puisse être établi entre les délits distincts, qui ont été commis, est celui de connexité et non celui de la coopération* »⁵⁴.

S'agissant de constater une coaction, les juges pénaux devront donc vérifier que les harceleurs ont opéré « *ensemble et de concert* »⁵⁵ ou encore ont « *participé à une action concertée* »⁵⁶ en vue de l'infraction. Ils devront caractériser une communauté d'esprit entre les différents harceleurs, renvoyant à la volonté commune d'inscrire les actes de harcèlement dans une démarche collective.

50. V. par ex. *Crim.*, 13 décembre 2016, *Dr. pénal* 2017, n° 52.

51. La notion de concertation n'est pas méconnue du droit puisque nous l'a retrouvons par exemple s'agissant de l'infraction d'entrave aux libertés par menace prévue par l'article 431-1 du Code pénal français. Elle a ainsi été définie comme un accord de volonté en vue d'une action commune (*Crim.*, 5 avril 1867, *Bull. crim.* n° 79, DP 1867. 1. 89).

52. Ch. Dupeyron, « L'infraction collective », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 357, n° 9.

53. Certes cette entente peut exister en matière de complicité, mais elle n'est pas exclusive. En effet, seule la volonté de s'associer à l'infraction d'un autre est exigée par la rédaction de l'article 121-7 du Code pénal français.

54. R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome III, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1916, n° 901.

55. V. par ex. en dehors d'un harcèlement *Cass. crim.*, 5 octobre 1972, *Bull. crim.* n° 269.

56. V. par ex. en dehors d'un harcèlement *Cass. crim.*, 13 juin 1972, *Bull. crim.* n° 195.

48. V. *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, p. 41.

49. *Crim.*, 18 novembre 2015, n° 14-85.591, *JCP* 2016, n° 219, note B. Lapérou-Schneider.

La notion de concertation ne doit pas être confondue avec la préméditation⁵⁷, circonstance aggravante prévue par l'article 132-72 du Code pénal français. L'entente entre les harceleurs, si elle peut être établie avant la commission de l'infraction, peut aussi n'être que concomitante à l'accomplissement de l'acte délictueux. Tel est le cas par exemple de celui qui se joint à d'autres pendant qu'ils diffusent sur les réseaux sociaux des propos dégradants envers une victime. Internet offre en effet de grandes possibilités aux individus de communiquer instantanément et d'agir ensemble en des lieux différents mais en des moments identiques.

Enfin, la concertation sur le harcèlement peut être rapportée par tout moyen de preuve⁵⁸ comme le relevé des communications antérieures à la commission de l'infraction suite à l'audition et aux réquisitions effectuées auprès des opérateurs et fournisseurs d'internet.

Cet accord de volonté entre les différents harceleurs pour agir ensemble « comme un seul » et viser une même cible nous permet de considérer que le droit sanctionne ici une forme de criminalité par agir mimétique. Celui-ci étant issu de plusieurs volontés en relation au moment de l'acte de harcèlement, nous pouvons le qualifier de processus mimétique plurilatéral.

2. Le harcèlement entre harceleurs concertés : un agir mimétique plurilatéral

Avant de démontrer que le harcèlement avec concertation correspond à un agir mimétique plurilatéral, il faut d'abord définir la notion même d'agir mimétique.

Nous avons établi dans une longue étude que l'agir mimétique peut être défini comme le versant comportemental d'un phénomène social complexe, la mimésis sociale, qui intervient dans les groupes (d'appartenance ou de référence⁵⁹),

57. Différemment de ce qu'a pu dire les auteurs du projet de loi de 2018 (p. 41). Il existe bien une différence entre l'entente et la préméditation.

58. V. pour une étude de la preuve en matière de harcèlement sexuel : J. Barillon, P. Bensussan, *Le désir criminel*, Paris, Odile Jacob, 2004, pp. 19 et s.

59. V. pour une étude du groupe et de son influence sur ses membres : V. J. Bouchet, O. Chanton, V. Krell, C. Maze, F. Ric, G. Richard, *Psychologie sociale, l'individu et le groupe*, Paris : Breal, t. 1, 1996, pp. 53 et s. ; H. H. Kelley, *Deux fonctions des groupes de référence*, *Psychologie sociale, Textes fondamentaux*, Paris

quelle que soit leur finalité, non-infractionnelles ou infractionnelles⁶⁰. En effet, les relations interindividuelles dans un groupe engendrent toujours une certaine influence, plus ou moins voulue, entre les protagonistes, ce qui a pour conséquence de guider leurs actions les uns par rapport aux autres. La mimésis sociale entre les membres du groupe peut s'exprimer par des idées ou valeurs communes mais aussi par des comportements similaires. Elle a donc à voir avec l'imitation mais est plus qu'une simple reproduction. Elle concerne toujours plusieurs individus qui se sont entendus sur leur action et qui agissent avec conscience et volonté dans une même démarche collective. On peut parler d'un « agir mimétique plurilatéral », pour exprimer cette communauté des volontés et cette complémentarité des actes tournés vers un même but, témoignant d'une représentation commune de la « scène » mimétique, c'est-à-dire que tous ont la même conscience de ce à quoi ils participent.

Un auteur a bien mis en évidence, dans d'autres domaines que le droit, les caractéristiques d'un agir mimétique⁶¹ : une représentation commune de la scène mimétique, c'est-à-dire de l'activité du groupe ; un agissement intentionnel et partagé en référence à l'autre (ou aux autres) de façon complémentaire et équivalente ; ainsi qu'une coopération mutuelle dans l'action collective⁶².

Si nous comparons ces conditions à celles posées par les textes d'incrimination, le harcèlement avec concertation semble bien renvoyer à un agir mimétique plurilatéral, de nature criminelle. En effet, la participation au harcèlement est ici conditionnée à l'existence d'une concertation, et donc d'une entente entre les différents harceleurs. Ils connaissent le comportement de harcèlement et visent la même cible. Ce qui révèle qu'ils agissent bien selon une même représentation de la scène dégradante selon le schéma « tous contre un seul ». Ensuite, est sanctionnée une coaction matérielle, c'est-à-dire que le droit reconnaît la complémentarité et l'équivalence des actes de chacun dans le résultat infractionnel collectif. Il peut, certes, exister un

: Dunod, 1952, pp. 139-145 ; M. E. Shaw, *Group Dynamics, The Psychology of Small Group Behavior*, New-York: McGraw-Hill, 1971, pp. 414 et s.

60. V. Y. Sifakis, *Le concept d'imitation dans le champ pénal*, op. cit.

61. V. C. Wulf, « Mimésis et apprentissage culturel », op. cit., p. 133.

62. V. également pour un développement sur ces conditions : Y. Sifakis, *Le concept d'imitation dans le champ pénal*, op. cit., p. 478

meneur et donc une certaine hiérarchie entre les différents harceleurs, toutefois, dans l'action groupale, celle-ci disparaît lors de la commission de l'infraction⁶³. On parle enfin, lors d'une coaction, d'interchangeabilité des rôles de chacun.

Ainsi, lors d'un harcèlement avec concertation, les actes uniques de chacun se conjuguent pour composer le délit. Par des actes relatifs au même modèle de comportement et commis ensemble, ils concourent au même résultat qu'aurait atteint un seul harceleur en répétant ses propres actes de harcèlement. Or c'est également à une répétition qu'aboutit un harcèlement par actes suivis, même en l'absence de concertation entre les harceleurs. Car si on ne peut parler d'un phénomène plurilatéral lorsque les agents n'ont pas communiqué entre eux, il n'en reste pas moins que le harceleur qui agit de sa simple volonté pour se joindre aux autres témoigne d'un agir mimétique car il accomplit des actes seul mais en référence aux autres.

B. Le harcèlement sans concertation : un agir mimétique successif et unilatéral

Selon les nouvelles dispositions pénales, le harcèlement est également caractérisé lorsque l'agent savait que son acte créait une répétition du point de vue de la victime, sans s'être concerté avec le ou les autres harceleurs. Un nouvel élément moral des infractions de harcèlement moral et sexuel devra donc ici être rapporté : la volonté d'inscrire l'acte dans celui d'un ou de plusieurs individus, sans que ces derniers ne le sachent, afin de caractériser une répétition (1). Dans la mesure où il n'existe pas de volonté commune de s'entendre, un tel harcèlement correspond à un agir mimétique unilatéral (2).

1. L'absence de concertation dans le harcèlement commis à plusieurs : une volonté d'agir seul mais dans une démarche collective

Le texte d'incrimination en matière de harcèlement par actes suivis prévoit expressément l'élément moral de l'infraction puisqu'il y est inscrit que les personnes sont punies lorsqu'elles « savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ». Ainsi l'individu

63. Pour plus de détails sur ce point, V. *Id.*, pp. 638-639.

doit-il avoir conscience que la somme des actes, dont le sien, constitue un harcèlement à l'encontre d'un même souffre-douleur. Il s'agit d'une infraction intentionnelle et l'individu qui a agi par négligence ou inattention ne devrait pas être puni pénalement. La preuve que l'agent savait que son acte contribuerait à entraîner un état de harcèlement pourra être notamment rapportée au vu des messages précédents adressés à la victime, facilement accessibles à la personne qui surenchérit. Il n'est plus nécessaire de prouver l'entente, le caractère successif des actes suffisant à démontrer la connaissance de la répétition à l'encontre de la victime et la volonté d'y participer.

Compte tenu de ce raisonnement, on peut toutefois se demander sur quelle base légale l'individu ayant agi en premier dans la chaîne de harcèlement par actes uniques et successifs peut être sanctionné pénalement⁶⁴. Si cette première personne peut démontrer qu'en accomplissant un seul acte, elle n'a pas eu l'intention d'être suivie par d'autres, la provocation à la répétition sera difficilement constituée⁶⁵. En revanche, si le premier dans la chaîne du harcèlement exprime clairement sa volonté d'être suivi, le caractère intentionnel et la connaissance de l'effet d'une répétition sur la victime sont avérés. Certains pourraient objecter que les suiveurs agissent en accord à la provocation, établissant une forme d'entente *a minima* entre les harceleurs, prévue par les textes précédents, mais on ne peut pas parler de concertation.

Le suiveur agit selon sa volonté personnelle. Son acte exprime l'intention de faire « seul mais comme les autres », en prenant leurs comportements pour modèle, plutôt que « avec et comme les autres », en référence à un modèle commun de comportement. En cela, il témoigne de l'accomplissement d'un agir mimétique unilatéral, dont les caractéristiques diffèrent quelque peu du précédent.

2. Le harcèlement entre harceleurs non concertés : une succession d'agirs mimétiques unilatéraux

Les nouvelles dispositions pénales françaises permettent désormais de sanctionner le harcèlement mis en œuvre sans relation

64. Cette question se pose naturellement dans la mesure où la condition de répétition de harcèlement n'a pas disparu.

65. On pourra, par exemple, éventuellement qualifier les faits d'injure (Art. 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) ou encore l'outrage sexiste (Art. 621-1 du Code pénal français).

interindividuelle. Mais l'absence d'entente ne signifie pas qu'il n'existe aucune influence entre les protagonistes. Plus précisément, il s'agit de la situation où un individu agit comme un autre, en l'imitant, sans pour autant avoir créé une « relation » avec cet autre. Le premier choisit le second comme modèle à suivre – une référence comportementale pour un moment donné – et reproduit son action, sans que celui-ci ne le sache. N'imposant aucun accord de volonté, on parle ici d'« agir mimétique unilatéral ».

Le harcèlement commis à plusieurs par actes successifs semble bien correspondre à cet agir mimétique unilatéral. En effet, est puni celui qui reproduit ou copie l'acte dégradant d'un individu pour créer une répétition constituant un harcèlement pour la victime. A la différence du harcèlement avec concertation, le harcèlement sans concertation s'envisage à l'égard non pas de tous les harceleurs mais de l'un d'entre eux : celui qui aura reproduit ou copié l'agissement d'un ou de plusieurs harceleurs précédents. La

personne qui surenchérit inscrit « d'elle-même » son acte dans l'action d'un autre. Elle agit en miroir, c'est-à-dire pour son propre compte et en référence à quelqu'un d'autre, sans que ce dernier ait la volonté de former un groupe. Elle se sert de l'action de l'autre pour créer une répétition, sachant que cette répétition créera chez la victime un état de harcèlement.

On comprendra que, pour la victime, voire toute personne extérieure, comme le juge, il existe une apparence ou illusion de groupe. Alors que dans le harcèlement avec concertation, le groupe préexiste ou est concomitant à l'infraction, dans le harcèlement sans concertation, « un groupe » apparaît par l'accumulation des actes de ceux qui surenchérisent aux propos ou comportements dégradants. Et lorsque les protagonistes sont très nombreux, on comprend que l'on puisse invoquer la notion de « harcèlement en meute » tant est prégnante l'impression d'acharnement à l'attaque de la victime, qui devient la proie de ses harceleurs.

BIBLIOGRAPHY

Articles juridiques

- Conte Ph., « *Invenias disjecti membra criminis* : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *Dr. pénal*, 2012. Etude 24.
- Dupeyron Ch., « L'infraction collective », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 357.
- Duvert C., « Harcèlement sexuel », Fasc. unique, *Juris-Cl. Pénal Code*, App. Art. 222-22 à 222-33-1, décembre 2017.
- Le Maigat P., « Loi Schiappa : un nouvel exemple de soumission d'une politique pénale à l'idéologie victimaire ? », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2018, n° 35, p. 12.
- Malabat V., « A la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Dr. soc.*, p. 491.
- Mayaud Y., « *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé* », *RID pén.*, 1997, p. 796.

Articles non-juridiques

- De Gasparo Cl., « Harcèlement moral et sexuel : une approche sociologique », in

Cahier du Genre, 2003/2, n° 35, p. 165.

- Jeffrey D., « Mimésis et rituels dans l'anthropologie historique de Gunter Gebauer et Christoph Wulf », *Théâtralité et société : positions de la sociologie*, in *Cahier de recherche sociologique*, n° 51, automne 2011, p. 33.
- Kubiszewski V., Fontaine R., Huré K., Rusch E., « Le cyber-bullying à l'adolescence : problèmes psycho-sociaux associés et spécificités par rapport au bullying scolaire », in *L'Encéphale*, Volume 39, Issue 2, Avril 2013, p. 77.
- Le Goff J.-P., « Que veut dire le harcèlement moral ? I. Genèse d'un syndrome », in *Le Débat*, 2003/1, n° 123, p. 141.
- Zapf D., « Organisational, work group related and personal causes of mobbing/bullying at work », in *International Journal of Manpower*, February 1999, p. 57.

Ouvrages juridiques

- Allix D., *Essai sur la coaction*, *Contribution*

à la genèse d'une notion prétorienne, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.

- Barillon J., Bensussan P., *Le désir criminel*, Paris, Odile Jacob, 2004.
- Baron E., *La coaction en matière pénale*, Thèse 2012, Bordeaux.
- Garraud R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 3, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1916.
- Mayaud Y., *Droit pénal général*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2010.
- Paradiso S., *Les infractions de harcèlement*, Paris, L'Harmattan, 2013.
- Sifakis Y., *Le concept d'imitation dans le champ pénal*, Thèse 2017, Bordeaux.

Ouvrages non-juridiques

- Aristote, *Poétique et Rhétorique*, trad. C.-E. Ruelle, Paris, Garnier Frères, 1922.
- Bouchet J., Chanton O., Krell V., Maze C., Ric F., Richard G., *Psychologie sociale, l'individu et le groupe*, Paris, Breal, t. 1, 1996.
- Einarsen S., Hoel H., Zapf D., Cooper C., *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace: International Perspectives in Research and Practice*, London, New-York, Taylor & Francis, 2003.
- Gebauer G., Wulf C., *Mimesis : culture, art, société*, trad. N. Heyblom, Paris, Les Editions du Cerf, 2005.
- Hirigoyen M.-F., *Le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien*, Paris, Syros, 1998.
- Hirigoyen M.-F., *Malaise dans le travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux*, Paris, Syros, 2001.
- Kelley H. H., *Deux fonctions des groupes de référence*, *Psychologie sociale, Textes fondamentaux*, Paris, Dunod, 1952.

- Leymann H., *Mobbing, La persécution au travail*, trad. E. Jacquemot, Paris, Seuil, 1996.
- Olweus D., *Aggression in the Schools: Bullies and Whipping Boys*, Washington, London, Halsted Press, 1978.
- Olweus D., *Violences entre élèves, harcèlement et brutalités : les faits, les solutions*, Paris, ESF, 1999.
- Platon, *La République*, trad. nouvelle R. Baccou, Paris, Garnier Frères, 1950.
- Shaw M.E., *Group Dynamics, The Psychology of Small Group Behavior*, New-York, McGraw-Hill, 1971.
- Wulf C., *Penser les pratiques sociales comme rituels : ethnographie et genèse de communautés*, trad. N. Heyblom, Paris, L'Harmattan, 2004.
- Wulf C., *L'anthropologie de l'homme mondialisé : histoire et concepts*, Paris, CNRS éditions, 2013.

Projets et Lois

- Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, Etude d'impact, juin 2012.
- Loi n° 2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes du 4 août 2014, JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949, texte n° 4.
- Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes du 21 mars 2018.
- Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, JORF n° 0179 du 5 août 2018, texte n° 7.
- Circulaire du 3 septembre 2018 relative à la présentation de la loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, BOMJ n°2018-09 du 28 septembre 2018.

**CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES
ACERCA DEL DERECHO HUMANO AL DEBIDO
PROCESO DE LAS PERSONAS MIGRANTES***

**FUNDAMENTAL CONSIDERATIONS
ON HUMAN RIGHTS FOR THE DUE
PROCESS OF MIGRANTS**

**CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS
SOBRE O DIREITO HUMANO AO DEVIDO
PROCESSO DE MIGRANTES**

Luis Gerardo Rodríguez Lozano^a
gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx
Jesús Soriano Flores^b
jesussorianomx@yahoo.com.mx

Fecha de recepción: marzo 12 de 2019
Fecha de revisión: marzo 29 de 2019
Fecha de aceptación: abril 03 de 2019

RESUMEN

Migrante es toda persona que realiza un desplazamiento geográfico a un país diferente, cuando se interna en dicho territorio el ordenamiento jurídico le reconoce la calidad de extranjero. El Derecho del Estado nación diferencia claramente entre nacionales y extranjeros, esta es la dicotomía que ha definido la historia de la Nación-Estado. En “Las Leyes”, Platón contextualiza las relaciones entre compatriotas y extranjeros dentro de la obligación griega de la hospitalidad; entonces aunque esta condición humana no es nueva en la historia humana, las condiciones sociales y económicas de los Estados globalizados y sus sistemas de fuentes normativas deben saber cómo ejercer un adecuado enfoque de derechos humanos en sus políticas migratorias, particularmente cuando en estas políticas

Para citar este artículo:
Rodríguez, L. y Soriano, J. (2019).
Consideraciones fundamentales acerca
del derecho humano al debido proceso
de las personas migrantes. *Revista Misión
Jurídica*, 12, (16), 43 - 57.

* Artículo de reflexión

a. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor titular de Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I CONACYT (SNI I).

b. Doctor en Derecho por el Programa interinstitucional de las Universidades Públicas de la región centro occidente de la ANUIES. Profesor Investigador Titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (SNI). Perfil PRODEP

tienen lugar procedimientos migratorios que pueden afectar la esfera jurídica de una persona por su condición de nacionalidad, y en donde es importante proveerles de un conjunto de garantías mínimas, para de forma general garantizar la imparcialidad del proceso y de forma subjetiva evitar que la vulnerabilidad del migrante se agrave, es decir no poner todo el peso del proceso en una sola parte, sino que con el enfoque del derecho humano al derecho del debido proceso, se le garantice un trato digno e imparcial en el procedimiento migratorio.

PALABRAS CLAVE

Migrante; procedimiento migratorio; derechos humanos; debido proceso; esfera jurídica; garantías.

ABSTRACT

A migrant is every person that makes a geographic displacement to a different country, when the migrant enters its territory the legal system recognizes him/her as a foreigner. The law of a nation state clearly differentiates between nationals and foreigners. This is the dichotomy that has defined the history of the Nation State in "The Laws", Plato contextualizes the relationships between fellow countrymen and foreigners within the Greek obligation of hospitality; thus, although this human condition is not new in human history, the social and economical conditions of the globalised States and their system of regulatory sources have to know how to apply an adequate approach to Human Rights in their migration policies, especially when in these policies migratory processes take place that can affect the legal sphere of a person by their nationality condition and where it is important to provide a conjunction of minimum guarantees, so to ensure in a general way the impartiality of the process and in a subjective way to avoid that the vulnerability of the migrant to worsen, in other words, not to put all the full weight of the process on just one part, but to, with the perspective on Human Rights of the due process assure a decent and impartial treatment in the migratory process.

KEY WORDS

Migrant; migratory process; Human Rights; due process; legal sphere; guarantess.

RESUMO

Migrante é qualquer pessoa que faz um deslocamento geográfico para um país diferente, quando entra no território, o sistema legal reconhece a qualidade do estrangeiro. A lei do Estado Nação diferencia claramente entre nacionais e estrangeiros, esta é a dicotomia que definiu a história do Estado-nação. Em "As Leis", Platão contextualiza as relações entre compatriotas e estrangeiros dentro da obrigação grega de hospitalidade. Embora esta condição humana não seja nova na história humana, condições econômicas e sociais nos Estados globalizado em integrar seus sistemas de fontes normativas deve saber como exercer abordagem adequada dos direitos humanos nas suas políticas de migração, particularmente quando estas políticas de procedimentos migratórios ocorrem que podem afetar a esfera legal de uma pessoa devido à sua condição de nacionalidade e onde é importante fornecer-lhes um conjunto de garantias mínimas. Isso, em geral, garante a imparcialidade do processo e, de maneira subjetiva, impede que a vulnerabilidade do migrante se agrave. Ou seja, não colocar todo o peso do processo em um único partido, mas com a abordagem do direito humano ao devido processo direito a ser garantido um tratamento digno e justo no procedimento de imigração.

PALAVRAS-CHAVE

Migrante; procedimento de imigração; direitos humanos; processo devido; esfera legal; garantias.

INTRODUCCIÓN

La condición de persona migrante representa una situación de conflicto frente al poder del Estado contemporáneo como unidad de dominación permanente que ejerce sus potestades en una base territorial y personal. Inherente a los orígenes de los Estados modernos nacionales se constituye la fijación de fronteras territoriales como consecuencia de un derecho doméstico y claro ejercicio de su soberanía. Actualmente no se ha podido responder a los desafíos que origina la migración y la protección de los derechos humanos de los migrantes, utilizando solamente las herramientas de los viejos Estados nacionales y el planteamiento tradicional de la soberanía estatal.

La globalización y la integración económica, social y cultural de las economías y sociedades nacionales ha entrado en una dirección irreversible. En ese tenor, Instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y otros documentos internacionales, no solo son vinculantes, sino han alcanzado el rango constitucional, de conformidad con la reforma constitucional de derechos humanos publicada el 10 de junio del año 2011 (Vidaurre y Soriano, 2012), que en el caso que nos ocupa, debe interpretarse además con las reformas a la Ley General de Población y la publicación de la reciente Ley de Migración.

En este panorama político-jurídico, y a la luz de estos instrumentos normativos, adquiere relevancia el estudio del derecho al debido proceso como el conjunto esencial de requisitos que deben observarse en el procedimiento jurisdiccional o procesos en los que el Estado despliega su potestad punitiva para que las personas migrantes puedan ejercer su defensa, antes de que los actos de las autoridades afecten su esfera jurídica. El trabajo que se presenta profundiza y pretende clarificar los contenidos de los derechos humanos de las personas migrantes relacionados con el debido proceso.

1. Personas Migrantes, Derecho Internacional y Debido Proceso

1.1. Elementos introductorios sobre Migración y Derechos Humanos

Los flujos mixtos en materia de migración, que vienen a comprender el espectro de todo tipo de migraciones que tienen un sentido de irregularidad para las legislaciones nacionales, son descritos por la Organización Internacional para los Migrantes, que en su informe del año 2009 los identificó:

(...) como movimientos de población complejos que incluyen a refugiados, solicitudes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes. Esencialmente, los flujos mixtos están relacionados con movimientos irregulares, en los que con frecuencia hay migración de tránsito, con personas que viajan sin la documentación necesaria, atraviesan fronteras y llegan a su

destino sin autorización. Dichos movimientos tienen lugar en todas partes del mundo y también despiertan mucho interés en el público en general, especialmente cuando ocurren tragedias, debido a las peligrosas condiciones a las que se enfrentan los migrantes en situación de tránsito, en el mar o en regiones fronterizas. Los flujos migratorios mixtos irregulares son un reto considerable para los Estados, no solo por que violan su prerrogativa soberana de determinar que ciudadanos son no nacionales pueden entrar en su territorio y bajo qué condiciones, sino también porque las personas que participan en esos movimientos son más propensas a sufrir privaciones, violaciones de derechos humanos y discriminación, y requieren por ello asistencia individualizada y especial (OIM, 2009: 1).

Es inobjetable que las relaciones de migrantes frente a nacionales, constituye una relación clara de desigualdad de poder. En este punto, vale bien la pena una adecuada y pertinente observación general: el Estado de una u otra forma es quien legitima este trato desigual entre el extranjero y el nacional, lo que se constata en el acceso a los bienes públicos que establece una diferencia que es capaz de marcar patentemente un régimen de privilegios a costa del maltrato a una minoría que no termina de ser bien vista en la sociedad, un ejemplo es el saldo de una de las acciones dirigidas a mitigar la migración ilegal, consistiendo en la instrumentación de una medida federal del Estado de California en los Estados Unidos de América (Roldán, 1996: 149), nos referimos a la Operación Guardián: Bustamante (2002) comenta.

(...) cuyo objetivo en su diseño inicial fue el desvío de la entrada de migrantes indocumentados a territorio estadounidense, pero cuyo resultado no previsto, aunque oficialmente reconocido, fue la fuerte sistemática de migrantes indocumentados –tiene que ver principalmente con la responsabilidad del Estado entendida en derecho internacional como una fuente de obligaciones internacionales, particularmente la de responsabilidad del daño. La relevancia entre el diseño de la operación Guardián quedó reconocida expresamente asociada a las muertes de los migrantes desde el inicio de su puesta en práctica en 1994 en el informe de la dependencia federal del gobierno de los Estados Unidos conocida como *General Accounting Office* (GAO), publicado en agosto de 2001 bajo el

título *INS Southwest Border Strategy; Resource and Impact Issues Remain After Seven Years*. En las páginas 24 y 25 de este informe oficial se reconoce la asociación entre las acciones de la policía fronteriza y la ocurrencia e incremento del número de muertes de migrantes en las aéreas geográficas que cubren sus operaciones. Este reconocimiento oficial es suficiente para dejar establecido lo que se entiende en derecho internacional por responsabilidad del Estado (Bustamante, 2002: 195).

El efecto de la dinámica que generó la Operación Guardián sobre las personas migrantes en su intento por internarse en territorio de Estados Unidos teniendo como punto de origen México no fue de ninguna forma la disminución del flujo migratorio hacia Estados Unidos, sino la búsqueda de nuevas entradas hacia territorio Americano, por rutas más peligrosas, generando un aumento severo en la muerte de personas que buscaban cruzar la frontera, en donde la responsabilidad se actualiza también para el gobierno mexicano, que ha construido un modelo económico incapaz de generar condiciones dignas vitales e igualdad. A esto hay que añadir que:

(...) la relación causal entre la política económica de México y la generación de los factores que producen esa oferta laboral, está en la base de una responsabilidad del Estado respecto de la emigración y, por ende, de una corresponsabilidad de México en las muertes de los migrantes en la frontera. La omisión del gobierno de México en el reconocimiento de tal corresponsabilidad, es un obstáculo para que la suspensión de la Operación Guardián pueda ser reclamable ante Estados Unidos (Bustamante, 2002: 204).

El nuevo orden constitucional en materia de derechos humanos se modificó de manera drástica como consecuencia de la reforma de 2011, pues implica un cambio de la visión interna y soberana. Ahora ante las violaciones que se puedan cometer en contra de las personas, estas se encuentran mejor protegidas por los principios del derecho internacional de los derechos humanos, algunos incluidos en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como el pro persona.

Tras este importante cambio de carácter estructural, el cual fija nuevos criterios

hermenéuticos en materia de derechos humanos, se considera que entramos a un proceso de integración al más alto nivel en esa materia, pues lo que se desprende claramente es la igualación que nace desde los textos internacionales y la Constitución entre los nacionales y los extranjeros ante la ley y el Estado.

Las circunstancias cambian y entonces también los modelos jurídicos, “en el llamado derecho internacional clásico, el trato que un Estado deparaba a las personas dentro de su territorio era un asunto exclusivamente interno e implícito al concepto de soberanía territorial, bajo la idea de “no injerencia” en los asuntos internos” (OIM, 2016: 9). No obstante, ahora la internacionalización de los derechos humanos “busca superar las barreras legales y territoriales de cada Estado y establecer mecanismos políticos y jurídicos para la supervisión de lo que ocurría fronteras adentro” (p. 9). Estos cambios de los que se hace referencia, estiman que uno de los puntos nodales de estudio y reflexión para la vigencia de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, está en la revisión del derecho al debido proceso, del cual nos ocuparemos a continuación.

1.2. Conceptualización del debido proceso

El concepto derecho al debido proceso ofrece algunas dificultades para investigarlo, debido a lo confuso que se presenta en la legislación. El debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos (Opinión Consultiva, 2003: 115)

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos consagra los contenidos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos. El plazo razonable al que se refiere el citado artículo 8.1 se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva (Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179).

La función de los órganos judiciales intervinientes en un proceso no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces que dirijan el proceso eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos, que conduzcan a la impunidad y frustren la debida protección judicial de los derechos humanos como lo ha señalado la Corte Interamericana (2006).

A la par de los criterios sobre la protección judicial del derecho al debido proceso pronunciados por el Tribunal Interamericano, en México el Poder Judicial Federal en una interesante jurisprudencia, correspondiente a la décima época, se encarga de delimitar el contenido de este importante derecho fundamental y señala que:

Dentro de las garantías del debido proceso existe un núcleo duro, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente (Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, 2014).

Y más adelante, haciendo referencia a una diversa tesis, la Corte sostiene las formalidades esenciales del procedimiento señalando las siguientes:

(i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad (Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, 2014).

Finalmente, una parte que nos interesa resaltar es la identificación que la Corte hace del otro núcleo que,

(...) es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza (Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, 2014: 396).

1.3. Contenido general del derecho al debido proceso

Como se puede ver, el debido proceso obedece a la esencia del constitucionalismo, donde esta importante figura para el Estado de Derecho señala de manera muy sensata la forma en que debe ser sustanciado un procedimiento para no vulnerar los derechos humanos de los justiciables, y si garantizarles todas sus garantías dentro de todas las fases del proceso.

La etapa política en la cual se empieza a configurar embrionariamente el concepto del debido proceso es en el tránsito hacia la modernidad, que marca claramente la lucha por libertad y la dignidad humana de la persona. En

efecto para un conocedor y estudioso sobre los derechos humanos, el sentido de devenir histórico de esta importante categoría jurídica reside en que, “para la historia de los derechos fundamentales, este periodo es de suma importancia porque en él se formó esta idea. En los tiempos anteriores, aunque esté presente la idea de dignidad de la persona, no se concibe la realización de esta a través del concepto de derechos fundamentales” (Peces-Barba, 2003: 15) señalando que este es un concepto histórico del mundo moderno.

Este periodo es fundamental para el progreso de las personas en sociedad, pues detalla los fundamentos que caracterizan el arribo a la edad moderna, la cual se caracteriza por la conquista del ser humano después de arduas batallas de una dignidad en su persona, una libertad en todo sentido: económica, cultural, religiosa e intelectual, etc, y sentido como derecho fundamental, que por otra parte permite que guarde un carácter muy especial el Estado Democrático de Derecho, pues la única forma de entender estas tipologías estatales en el mundo moderno es a través del respeto de los derechos y garantías de las personas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla el derecho al debido proceso en el artículo 17, y como ya se pudo ver el Poder Judicial de la Federación ya delimitó este importante derecho humano, otorgándole la debida importancia para que desde la *carta magna* y una vez que queda aclarado que esta figura es un derecho humano, su aplicación como garantía para tutelar al máximo los derechos de los justiciables. Pues no se puede pasar por alto que la dignidad de la persona en el más amplio sentido es un condicionante importante para que se pueda hablar adecuadamente de un orden político con paz social, pues el debido proceso es una garantía que guarda una íntima relación con la tutela judicial efectiva, ambos como salvaguardas al más alto nivel institucional de los derechos de la persona.

Al mismo tiempo, se puede agregar que el reconocimiento del debido proceso como un derecho humano dentro de la Constitución implica ciertos compromisos para los órganos del Estado, ya que como bien señala Ferrajoli los derechos humanos constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad “*en droits*”, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los

demás derechos como es la universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, así como su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción (Ferrajoli, 2001: 25).

Es así que el debido proceso tiene la naturaleza de derecho humano, lo que implica advertir que es un componente principal de primera categoría del ordenamiento jurídico – político del Estado mexicano, y que de manera progresiva ha ido perfilando su propia fuerza dentro de la normatividad jurídica y jurisprudencial, por lo que cualquier acto, norma u omisión que provenga de los órganos del Estado, de particulares o de cualquier otro sujeto, que cause una afectación a la esfera de derechos del justiciable deberá ser sancionado, previa garantía de un proceso justo para las partes.

La garantía del debido proceso es el fundamento principal y de primer orden del Estado de Derecho. Para Gozaíni (2011), el debido proceso es una importante garantía con que cuenta el justiciable para defender sus derechos humanos ante un tribunal e indica:

Al observar que el proceso es una garantía abstracta anterior al conflicto, queremos indicar el sentido del derecho que preserva. Toda persona tiene derecho al proceso y a los jueces, al que puede recurrir sin egoísmos ni exigencias solemnes cada vez que un derecho suyo sea afectado. Pero al mismo tiempo la garantía se torna completa cuando puesto el procedimiento en marcha es necesario evitar que las reglas esterilicen la protección o el derecho a la tutela, naciendo así el conjunto de garantías procesales que dan forma al debido proceso (Gozaíni, 2011: 459).

Sobre el particular, ya Couture, se ha manifestado con mucha solvencia sobre la trascendencia de que el proceso sea visto como una garantía constitucional, con todo lo que esto implica en términos garantistas para la persona, y afirma, “las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora (Couture, 1997:151)

El argumento de tipo garantista a favor de la persona consistente en elevar a rango constitucional las garantías del proceso, demuestra claramente que todo Estado de Derecho debe consagrar al más alto nivel jurídico las garantías procesales, con la finalidad de dotarlas de mayor fuerza en la praxis legal – procesal a favor de las partes. A los anteriores argumentos se añade otro convincente formulado por Fix-Zamudio (1997), quien retomando las reflexiones de Couture (1997), y destacando la influencia de este en el derecho procesal y sus aportes garantistas a la idea del proceso, destaca lo siguiente:

Por el contrario, el derecho constitucional procesal es una rama del derecho constitucional, también de carácter reciente, con el propósito esencial, de estudiar en forma sistemática las instituciones procesales reguladas por las disposiciones constitucionales, y que también se han calificado como garantías constitucionales de carácter procesal, y así como a Hans Kelsen se le considera como fundador de la disciplina paralela dentro de la ciencia del proceso, es al insigne procesalista Uruguayo Eduardo J. Couture, a quien le corresponde esta labor dentro del derecho procesal constitucional, si tomamos en cuenta de manera especial, su fundamental y clásico estudio sobre las garantías constitucionales del proceso civil, en el cual puso de relieve la regulación constitucional de los instrumentos procesales, al menos en el proceso civil, pero sus puntos de vista pueden extenderse sin la mayor dificultad respecto de las restantes ramas del derecho procesal (Fix-Zamudio 1997: 347).

1.4. El debido proceso en el Estado positivista decimonónico

Una forma muy usual por parte de la doctrina para definir el Estado positivista es la ley, ya que esta se caracterizaba por emanar del poder legislativo, y en ese caso el poder ejecutivo se encargaba de ejecutarla, y el poder judicial por su parte, tiene por función esencial y principal su sola aplicación, más no contaba con capacidades relevantes interpretativas el juez del positivismo decimonónico, constando en tal sentido el carácter prioritario que asumía el poder legislativo ya que era este el encargado de establecer lo que era el derecho, en tanto que los otros poderes tenían poderes netamente subsidiarios, ya que estos

solo tenían una capacidad de actuar posterior al establecimiento de la ley, en ese caso estos poderes se limitaban a respetar su eficacia que le era otorgada por el poder legislativo.

Luiz Guilherme Marinoni, plantea que las repercusiones que acarrió una visión tan enmarcada en la centralidad de la ley, dificultó en ocasiones la correcta resolución de los conflictos, pues no debemos olvidar que la constante evolución que presenta la sociedad hace necesarias las transformaciones del derecho, pues, como se sabe, el Estado liberal clásico, frente a su finalidad principal de garantizar la libertad de los ciudadanos, estuvo marcado por una rígida delimitación de sus poderes de intervención en la esfera jurídica privada. La ley no debía tomar en consideración las diferentes posiciones sociales, pues el fin era dar igualdad de trato a las personas solo en sentido formal. La ley debería ser, al mismo tiempo, clarividente y ciega. Este tratamiento igualitario es el que garantizaría la libertad de los individuos (Marinoni, 2007: 19-20).

Lo que se puede ver, es que en esta etapa del pensamiento jurídico el razonamiento se caracterizaba por su rígido carácter formalista, que buscaba establecer una marcada diferencia entre ser y deber ser. Ante esto Kelsen consideraba que en el campo de la teoría del derecho debía prevalecer el valor del deber ser por encima del ser, de esta forma el jurista austriaco se encargó de conducir al derecho por los derroteros del más puro formalismo jurídico, ya que para este el valor del formalismo era el que permitía el descubrimiento de la verdad objetivada en la norma, es por eso que es importante otorgarle un carácter formalista al objeto del derecho, ya que esto a la larga le otorgaría autonomía a la ciencia jurídica, particularmente de la moral del derecho, por tanto, para Kelsen (2011) citado por Sarlo,

(...) debe señalarse que la relevancia de la interpretación para Kelsen va mucho más allá del restringido campo en el cual se le ha situado por la teoría tradicional. Kelsen elabora la teoría pura del derecho (TPD) sobre la base de que el derecho es una experiencia interpretativa, en el sentido de la sociología comprensiva de Weber (...)

[Lo cual] significa una revolución paradigmática profunda, porque logró sacar

de la explicación de los fenómenos jurídicos del campo psicologista o fiscalista (que los vinculaba a la mera voluntad de quienes ejercen el poder) para situarlos en el campo de la experiencia hermenéutica social (Sarlo, 2011: 382-383)

Cuando afirma que las normas jurídicas son el sentido objetivo de actos de voluntad dirigidos a motivar el comportamiento de otros, está diciendo que la existencia de la ley se basa en una hermenéutica de la experiencia socialmente compartida. Toda la TPD pretende ser una racionalización de las condiciones de posibilidad de esa comprensión (Sarlo, 2011).

Pero las críticas al modelo formalista se dejaron sentir desde épocas muy remotas, Calvo (1994), citado por Sarlo, señala que:

Jhering critica el formalismo jurídico del método de la jurisprudencia de conceptos por su alejamiento del valor práctico de las instituciones jurídicas. El “cálculo conceptual” había conducido a la ciencia jurídica por los derroteros de la abstracción lógica y la esencia universal del derecho, provocando un alejamiento cada vez mayor de la misma con respecto al mundo de la realidad y los intereses en juego (Sarlo, 2011: 102-103).

Por otro lado, este alejamiento del derecho de los valores pragmáticos y sociológicos habría llevado a una sofisticación tal del método jurídico que lo desmedido de sus sutilezas sólo tendría parangón con su carencia absoluta de valor práctico. Frente a este estado de cosas, Jhering reivindica el sentido práctico del derecho como norte de la ciencia jurídica, apuntando una tímida y contradictoria propuesta de jurisprudencia pragmática o sociológica, que posteriormente sería recogida por la jurisprudencia de intereses como alternativa al método jurídico tradicional. (...) El derecho, en consecuencia, sólo conoce una fuente: la finalidad práctica. La ciencia jurídica, según esto, no debe estructurarse lógicamente y hacer de la verdad, que es el objetivo del conocimiento, el objetivo o la medida de la acción: la medida del derecho no es la verdad absoluta, sino la relativa del fin (Calvo, 1994: 102-103).

Estas ideas tan centradas en la ley encuentran conexión con las ideas de Montesquieu quien se encarga de detallar la idea del derecho como una

ideología de certeza que se anclaba en la norma jurídica, por eso el derecho sería pronunciado por el juez a la luz de los dictados de la ley, aun en aquellos casos en los que la ley pueda ser sumamente rigurosa, los jueces solo se limitan a actuar en este modelo jurídico como meros aplicadores de la norma jurídica.

Esta escuela de pensamiento jurídico propia de una determinada fase histórica delimitaba la actuación del juez a lo que establecía la norma, afirmando esta forma el carácter fuertemente voluntarista de la ley, esto para Marinoni fue un primer paso para la pérdida del carácter ejecutivo de las resoluciones del juzgador, acotando con esto aún más la fuerza del juez, ante la desconfianza con la que se podía ver en el Estado Liberal al juzgador, pues en la medida en que las resoluciones judiciales tengan fuerza ejecutiva se fortalece la actividad jurisdiccional frente a los otros poderes, pero en la medida en que se limite esta fuerza se disminuye la fuerza del juez quedando a merced de los otros poderes, tal como señalamos a continuación retomando la reflexión de Marinoni; partiendo del presupuesto que la ejecución de las decisiones era función del ejecutivo, Montesquieu advirtió que si el poder judicial “estuviera ligado al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor” (Marinoni, 2007: 25). En este sentido al juez, debería ser reservada solo la posibilidad de actuar mediante sentencia declarativa. Como esa función era simplemente de afirmación de la autoridad del legislador, Montesquieu concluyó, de modo lógico, que el poder del juez sería un poder nulo ((Marinoni, 2007).

Por otra parte, Rodolfo Luis Vigo en clara sintonía con las reflexiones que anteceden este trabajo, señala que el Estado Legalista encuentra su razón de ser en la lógica formal, que se caracteriza por lo siguiente. El trabajo judicial específico en el EDL transitaba a través de silogismos deductivos, y por ende, bastaba conocer las reglas que a estos regulaban (Vigo, 2013). El caso individual era una instancia del caso genérico contemplado en la ley, y así ese proceso deductivo podía cumplirse con las exigencias propias de los saberes teóricos (presidía de valoraciones, proporcionaba una certeza sin excepciones, etc.) Es cierto que en Kelsen esa racionalidad formal de la exegesis francesa se convierte en irracionalismo o voluntarismo, en tanto el juez elige según sus valores que no son racionales (“la justicia es un ideal irracional”: diría Kelsen), pero de todas maneras el científico jurídico

puede indicar las opciones que le deje la norma superior; aunque cabe que el creador de la norma finalmente se extralimite (Vigo, 2013: 15-16).

Reflexionar sobre el positivismo formalista propio del Estado decimonónico es hacer referencia a una vieja polémica que ha marcado el devenir de la teoría del derecho y la influencia que ha tenido esta en el campo jurisdiccional: formalismo vs antiformalismo, entre estas dos corrientes se ha mantenido siempre la jurisprudencia sin que al día de hoy se encuentre un pleno ganador, lo cierto es que el formalismo siempre ha permanecido vinculado a la idea de lo que expresa la ley, y en ese sentido se considera que el derecho justo por excelencia es el positivismo jurídico, por eso para Bobbio (2015),

(...) la concepción legalista de la justicia, se observa en su pureza de la siguiente manera: la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley (reducción de la justicia a la validez), es, en realidad, bastante rara: es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías y un blanco para los amantes de la polémica (Bobbio, 2015: 87).

Ahora bien, si el positivismo se caracteriza por su carácter formalista y su genuino apego al texto de la ley como condición de la justa legalidad, tenemos que aceptar que, aplicada esta forma de pensar al derecho al debido proceso, implica ver esta garantía de una manera estrictamente legalista, sin embargo, como ya lo señalamos el formalismo y el antiformalismo se encuentran en un debate perenne, del cual nos da cuenta de forma muy certera Viehweg, cuando comenta:

La abstinencia de legitimación del positivismo jurídico es, pues, comprensible y hace referencia a una problemática muy actual de nuestro tiempo. Por ello, hay que preguntar nuevamente qué es lo que realmente se presupone cuando se quiere mantener la actitud positivista. Lenin, decidido antipositivista, respondió al respecto: "El agnóstico es un positivista puro", y añadió la advertencia: "Presta atención a los partidarios del nuevo positivismo." Su constatación es probablemente correcta. Si supongo que el contexto en el que vivo es, en última instancia, inescrutable, no puedo, en modo alguno, atenerme a este contexto. Entonces es ocioso, por así decirlo, pensar en una realidad lejana;

es más bien aconsejable permanecer en la realidad próxima, es decir, comenzar en los positivistas que se encuentran mucho más cerca. (Viehweg, 2015:62-63).

La idea de fin en el derecho, es decir de su teleología es cada vez más admitida, por la influencia de nuevas corrientes y escuelas jurídicas; en virtud de que se ha ido aceptando gradualmente que perseguir fines en el derecho, en la ley y en la justicia, no excluye el enfoque normativo-formal de la norma; por otra parte, aceptar los fines o la teleología del derecho significa que se reconoce con empeño, que las causas del mundo del ser no pueden ser contrastadas como una realidad aislada de la norma que se aplicará para resolver las controversias que son objeto de tutela jurisdiccional por el juez.

Es claro que para Formosa et al (2014), la teleología del debido proceso, no solo aplica a "fines o funciones" (p. 3). del proceso, se manifiesta igualmente en el más elevado significado kantiano, que es el sentido de "intencionalidad" (p. 3) de la teleología. Kant argumentaba "que la razón tiene su propio uso natural y se desarrolla para cumplir su propósito único" (p. 4). El debido proceso y su teleología se corresponden a un alto grado de tecnificación de los procesos jurisdiccionales para asegurar el correcto desempeño del proceso judicial y por ende que se respeten las garantías judiciales del justiciable.

2. Hacia la estructuración del contenido del derecho humano al debido proceso

2.1. Proceso Judicial en materia de migración

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha abordado esta problemática de la migración en la perspectiva de detenciones que sufren constantemente las personas migrantes por su situación irregular en su documentación migratoria, lo que provoca la criminalización, y por tanto la vulnerabilidad.¹ La problemática

1. En la Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse solo de manera excepcional y luego de haber analizado en cada caso su necesidad. En todos los casos, los estados deben evitar la prolongación excesiva de la detención y deben asegurar que sea lo más breve posible. Como establece el

se da cuando algunas naciones justifican la criminalización del migrante pues lo consideran un asunto de seguridad nacional, donde el migrante es quien pone en riesgo la estabilidad en seguridad nacional.²

En este sentido se considera que si lo que se busca es salvaguardar a las personas migrantes, se tiene que poner atención en dar satisfacción a las garantías que señala el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, elaborando instrumentos normativos donde se ponga atención en la presunción de libertad en tanto se desenvuelve el procedimiento migratorio.

La situación de vulnerabilidad de los migrantes se ha agravado como consecuencia de que, en el abordaje de la migración internacional, en particular de la migración irregular, las políticas adoptadas por muchos Estados han estado más enfocadas en la protección de la seguridad nacional que en la protección de los derechos humanos de las y los migrantes. Lo anterior se ha visto reflejado a partir de la implementación de políticas migratorias enfocadas en la criminalización de la migración, la cual consiste en leyes y políticas desarrolladas en la intersección

entre la legislación penal y la legislación en materia migratoria.³

Un detalle decisivo sobre las detenciones migratorias lo aporta el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, al señalar en la Asamblea General de las Naciones Unidas que “la entrada o estancia irregular nunca deben ser consideradas como delitos: ellas no son *per se* crímenes en contra de personas, propiedad o la seguridad nacional.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012).

En este sentido el uso de manera automática de la detención migratoria es contrario a los derechos humanos, pues no se está salvaguardando adecuadamente el derecho a la libertad personal, ya que la detención debe ser una medida excepcional⁴, es por eso que se requiere un esfuerzo por parte de los Estados donde se señalen medidas intermedias entre el derecho del Estado a controlar la migración y el respeto a la libertad personal con que deben contar los migrantes, máximo si se observa que muchas de las detenciones migratorias se llevan a cabo sin atender a las garantías procesales, lo que los ubica en una situación precaria de derechos humanos.

2.2. Derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente

La Comisión Interamericana se ha encargado de sostener que toda detención migratoria debe atenderse a la legalidad de manera muy clara y con exhaustividad. La no atención a este criterio resulta grave para la persona del migrante al ponerse en riesgo la libertad personal, la vida, la integridad personal y la estabilidad familiar.

Esta garantía procesal se encuentra contemplada en el artículo 7.3 de la Convención Americana y en el 16.4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios

Derecho Internacional, los migrantes no deben ser recluidos en instalaciones carcelarias. El mantener a los solicitantes de asilo y a las personas privadas de libertad a casa de infracción de las disposiciones sobre migración en tipo penal no es compatible con las garantías básicas de los derechos humanos. Es necesario que los países proporcionen protecciones o garantías especiales a los migrantes que se encuentran en condiciones particularmente vulnerables. Cuando se toman decisiones respecto a niños y adolescentes debe considerarse en primer lugar el interés superior de ellos. Asimismo, las normas internacionales exigen la adopción de medidas especiales en el caso de personas que han sido sujetas a tráfico o que forman parte de algún otro grupo vulnerable.” Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.cidh.oas.org/Resoluciones/Resolucion.03.08.ESP.pdf>.

2. *Amnistía Internacional en el documento: La UE y los derechos humanos. Tener en cuenta el impacto de las políticas en las personas, ha dejado patente su preocupación por la criminalización de las personas migrantes: “Además de la utilización desproporcionada de la detención como herramienta de “gestión de la inmigración,” la creciente criminalización de los migrantes irregulares es otra área de preocupación en la que se necesita que la UE asuma su liderazgo. El ejemplo más claro es el conjunto de medidas sobre seguridad aprobadas recientemente en Italia, según las cuales se considera que la presencia irregular de una persona migrante en su territorio constituye una circunstancia agravante en caso de que cometa un delito. La consecuencia es que la pena por un delito puede ser mayor si la persona que lo comete es un migrante en situación irregular.” Amnistía Internacional, La UE y los derechos humanos. Tener en cuenta el impacto de las políticas en las personas, p. 21.*

3. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, 2013, p. 42. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>.*

4. *De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014: “(i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad”.*

y sus Familiares. Lo que dispone la Corte Interamericana es que toda detención aun y cuando fuese legal se considerara ilegal si el derecho interno se encuentra en contradicción con los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Además, el Estado debe demostrar que la detención migratoria responde a los requisitos de: 1) perseguir un fin u objetivo legítimo, 2) razonabilidad, 3) necesidad, 4) proporcionalidad y 5) no discriminación. Según la comunicación N° 560/1993 del Comité de Derechos Humanos: “toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del período para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de fuga y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un período determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal.”⁵

2.3. Derecho a conocer las razones de la detención

De conformidad con el artículo 7.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado se encuentra en la obligación de informar al afectado las causas y razones de la detención. En este sentido la Corte Interamericana se ha encargado de establecer garantías mínimas para informar y notificar al sospechoso o acusado de las razones de la detención:

(...) se deben analizar los hechos bajo el derecho interno y la normatividad convencional, puesto que la información de los motivos y razones debe darse cuando esta se produce y dado que el derecho contenido en aquella norma implica dos obligaciones: a) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y b) la notificación por escrito, de los cargos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

5. Comunicación No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997). Párr. (9.4.). Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/560-1993.html>, fecha de consulta: 4 de abril de 2018.

Dicha garantía procesal también tiene entre sus fuentes de derecho internacional el artículo 9, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo al derecho de la persona detenida de ser informada de las causas de su detención; el artículo 16, párrafo 5, de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares que contempla el derecho de los trabajadores migrantes y de sus familiares de ser informados en el momento de su detención de los motivos que conllevaron a ella. El mismo articulado dispone que sean enterados en el idioma de su comprensión y que sean notificados con prontitud de las acusaciones que se hayan prescrito. Esta garantía procesal involucra el derecho a ser asistido de intérprete, la titularidad de este derecho puede recaer ya sea sobre el detenido o acusado como lo explica García Roca (2007: 64).

2.4. Derecho al control judicial de la detención y la razonabilidad del plazo de la detención

Bajo la consideración y atención del principio pro persona, la Corte Interamericana señala la necesidad de que la garantía del control judicial de la privación de la libertad considera que para el caso de las detenciones migratorias es necesario que se apeguen a los principios del control judicial. Así, lo que se pretende es que la revisión judicial se dé sin demora y garantizando el contenido de la ley y de los derechos del detenido.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau ha insistido en que las garantías procesales como el derecho de la persona detenida a ser informada de las causas de su detención; el derecho de asistencia gratuita; el derecho de intérprete; el derecho de abogado; derecho a examen médico, son garantías relevantes en primera instancia y en la apelación (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012). Al extranjero incluso en situación irregular se le debe tutelar su derecho a la tutela judicial efectiva y beneficiarse de la justicia gratuita como han sostenido Olabuénaga, Ruiz y Torrado (1995: 70).

François Crépeau ha enfatizado en que: “la detención administrativa de los migrantes no debe bajo ninguna circunstancia ser indefinida” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012: 7). Propone medidas como plazo máximo de retención; casos de arbitrariedad en la detención

en el supuesto de que solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados no tengan acceso a un recurso judicial. Menciona que transcurrido el plazo máximo el migrante deberá ser puesto automáticamente en libertad. Enfatiza que el migrante debe estar enterado aun si desconoce el idioma de su derecho al examen de la medida de privación de la libertad; condiciones de aplicar la protección en virtud del principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, otra de las medidas consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad si no es tangible la expulsión (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012: 7-8).

2.5. Derecho a recurrir judicialmente la detención

La Corte Interamericana ha dicho que quien debe decidir sobre la legalidad de la detención es un juez o tribunal, lo que implica que toda privación de la libertad debe ser bajo los adecuados causes judiciales, más aún la Corte ha dicho que debe ser un juez quien supervise si la autoridad administrativa llevo correctamente la detención en salvaguarda de los derechos humanos.

El artículo 9, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de para que las personas privadas de libertad en virtud de detención o prisión recurran ante un tribunal para solicitar la decisión de la legalidad de la detención. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau subraya algunos ejemplos de instrumentos regionales que tutelan ese derecho a saber: en el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el artículo 5, párrafo 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012: 7).

2.6. Derecho a asistencia consular

Es relevante destacar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares obliga a los Estados a prestar ayuda y asistencia a los nacionales, sean personas naturales o jurídicas, así como de asegurar los intereses de los nacionales (personas naturales y jurídicas) en los de conformidad con el derecho internacional

(Convención de Viena, 1963).⁶ Este instrumento supone un marco de garantías procesales mínimas para los migrantes, que se reconocen en el artículo 36 del Convenio en comento que norma la comunicación de las autoridades consulares del Estado de origen del migrante, ya se encuentre arrestado en cualquier forma, detenido o en prisión preventiva, en suma el artículo inculca el contenido básico del derecho humano a la asistencia consular y de un derecho humano de contenido más específico que consiste en el derecho de los migrantes en situación de detención a la asistencia consular.⁷

La Corte ha dejado muy en claro que de acuerdo a la Convención de Viena y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias el sujeto migrante en una situación de detención tiene derecho a que se le informe a las autoridades consulares para que se encuentren enteradas de la situación del migrante, ya que la asistencia consular viene a ser un medio importante para la defensa del migrante, y en ocasiones esta asistencia es decisiva en el respeto de los derechos del mismo.

6. Artículo 5. Incisos a) y e).

7. El artículo 36 sobre la comunicación con los nacionales del estado que envía de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se transcribe a continuación: "1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo." Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, op. cit., artículo 36.

Por último, el migrante cuenta con el derecho a una indemnización por los daños indebidos que le ocasionaron al migrante una merma de sus derechos humanos de acuerdo a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

CONCLUSIONES

La migración consiste en el desplazamiento geográfico interno o internacional de personas por motivos diversos como la búsqueda de mejores condiciones de vida y oportunidades laborales o por escapar de conflictos que amenazan su vida, situación en la que la persona que emigra no lo hace voluntariamente y recibe la condición de refugiado o asilado.

La interdependencia de las relaciones internacionales económicas y la integración y vinculación del derecho internacional de los derechos humanos como una condición de certeza para las relaciones económicas es indudable por lo tanto la protección de los derechos de los migrantes como titulares de derechos se debe tomar en cuenta en las políticas institucionales que los países ponen en marcha para atender el fenómeno migratorio.

En esta perspectiva el Derecho al debido proceso es un mecanismo jurídico óptimo para dar certeza y seguridad a los migrantes en los procedimientos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y a la vez para cumplir los compromisos internacionales derivados de textos convencionales que indefectiblemente se han ido consolidando como fuentes legítimas para la protección de los derechos humanos de la persona, consideramos que en la protección de los derechos de los migrantes se debe proponer como estándar del Derecho humano al debido proceso de los migrantes para los operadores jurídicos el siguiente: Derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente, Derecho a conocer las razones de la detención, Derecho al control judicial de la detención y la razonabilidad del plazo de la detención, Derecho a recurrir judicialmente la detención, Derecho a asistencia consular.

La interpretación de los derechos humanos, en su circunstancia contemporánea, impone la interpretación sistemática y acorde con principios específicos conforme y en pro de la persona, lo cual obliga a atender las prescripciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos donde no solo están tratados y declaraciones, sino jurisprudencia de la Corte Interamericana. La vulnerabilidad de las personas migrantes debe entonces ser atendida desde los más altos estándares de Derechos Humanos, esta es una prescripción vinculante, más aún, de justicia mínima.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. (2003). Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC - 18/03 del 17 de septiembre de. Serie A No. 18.)
 - Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta.
 - Bustamante, J. (2002). *Migración internacional y derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
 - Calvo, M. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
 - Couture, E. (1997). *Fundamentos de derecho procesal civil* (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma.
 - Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
 - Fix-Zamudio, Héctor. (1997). El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal. *Boletín mexicano de derecho comparado*, (30), 315- 348.
 - Formosa, P.; Goldman, A. y Patrone, T. (2014). Introduction. En: Formosa, Paul, Goldman, Avery y Patrone. *Politics and teleology in Kant*. Cardiff: University of Wales Press.
 - Escartín, M.J.; Palomar, M. y Suárez, E. (1997). *Introducción al trabajo Social II. Trabajo social con individuos y familias*. Alicante: Amalgama.
 - García, F. (2007). *La propuesta de Decisión Marco sobre derechos procesales en los procesos penales a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tratado Constitucional para Europa y las tradiciones constitucionales comunes*. En: Arangüena Fanego, Coral (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
 - Gozáni, O. (2011). *Tratado de derecho procesal constitucional. Tomo 1*. México: Porrúa.
 - Marinoni, L. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra.
 - Ruiz, J.; Vicente, T.; y Ruiz, E. (1995). *Los migrantes irregulares en España. La vida por un sueño*. Bilbao: Universidad de Deusto.
 - Peces-Barba, G. (2003). Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. En Peces-Barba, G. y Eusebio, F. (Dirs). *Historia de los derechos fundamentales, tomo I*. Madrid: Editorial Dykinson.
 - Roldán, G. (1996). El mercado laboral México-Estados Unidos. En Roldán, G. *México: pasado, presente y futuro, tomo II*. México: Instituto de Investigaciones Económicas Siglo XXI Editores.
 - Sarlo, O. (2011). Algunas observaciones sobre interpretación jurídica en Kelsen. En Clérico, Laura y Sieckmann (Eds), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
 - Vidaurri, M. y Soriano, J. (2012). El Contenido de la Reforma Constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos: 10 Temas Fundamentales. *Revista Penal*, (30).
 - Viehweg, T. (1997). *Tópica y filosofía del derecho* (2nd ed.). Barcelona: Gedisa.
 - Vigo, R. (2013). *Constitucionalización y judicialización del derecho*. México: Porrúa-Universidad Panamericana.
- Legislación y Documentos Oficiales**
- Asamblea General de las Naciones Unidas - Consejo de Derechos Humanos. (2012). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau*. 20ª Sesión, 2 de abril de 2012.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Sentencia 23 de noviembre de 2011, FONDO y REPARACIONES.
 - _____. (2006). *Caso Servellón García y Otros Vs. Honduras*. Sentencia 21 de septiembre de 2006.
 - _____. (2013). Informe de

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 2013.

- Comunicación No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997). Párr. (9.4.). Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/560-1993.html>
- Convención de Viena sobre relaciones consulares. (1963). Con vigencia desde el 27 de enero de 1980.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época. Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2005716&Clase=DetalleTesisBL>
- Organización Internacional para las Migraciones, Migración irregular y flujos migratorios mixtos. (2018). Enfoque de la OIM, MC/INF/297, 2009, párr. 3. Recuperado de https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf,
- ----- (2018). *Migración, Derechos Humanos y Política Migratoria*. Argentina. En línea. Recuperado de: <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Migración-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf>

**APROXIMACIONES A LA MIGRACIÓN
COLOMBO-VENEZOLANA: DESIGUALDAD,
PREJUICIO Y VULNERABILIDAD***

**APPROACH TO THE COLOMBIAN-
VENEZUELAN MIGRATION: INEQUALITY,
PREJUDICE AND VULNERABILITY**

**ABORDAGENS À MIGRAÇÃO COLOMBO-
VENEZUELANA: DESIGUALDADE,
PRECONCEITO E VULNERABILIDADE**

Esther Pineda G.^a
estherpinedag@gmail.com
Keymer Ávila^b
keymerguaicaipuro@gmail.com
Fecha de recepción: marzo 12 de 2019
Fecha de revisión: marzo 29 de 2019
Fecha de aceptación: abril 03 de 2019

RESUMEN

La situación política, económica y social de Colombia durante décadas motivó la migración de sus ciudadanos hacia el territorio venezolano, lo cual se acentuó con el conflicto armado. Venezuela, que se caracterizó desde los años 50 del siglo XX por ser un país receptor de inmigrantes, dejó de ser un destino atractivo a partir de los años 80 por la crisis económica y política que atravesó, época a partir de la cual pueden detectarse las primeras oleadas de migrantes venezolanos. Pero es a partir del año 2015 cuando se evidencia un incremento de este fenómeno como consecuencia de la profundización de la crisis política, económica y social experimentada por la sociedad venezolana y la pauperización de las condiciones de vida de gran parte de la población; esta situación ha

Para citar este artículo:
Pineda, G., y Ávila, K. (2019).
Aproximaciones a la migración colombo-
venezolana: desigualdad, prejuicio y
vulnerabilidad. *Revista Misión Jurídica*,
12, (16), 59 -78.

* *Artículo de reflexión.*

a. *Socióloga (2010), Magíster Scientiarum en Estudios de la Mujer Mención Honorífica (2013), Doctora en Ciencias Sociales Mención Honorífica (2015) y Postdoctora en Ciencias Sociales egresada de la Universidad Central de Venezuela.*

b. *Abogado Magna cum Laude, egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Máster Oficial en Criminología y Sociología Jurídico Penal, Universitat de Barcelona (UB). Investigador del Instituto de Ciencias Penales, Profesor de Criminología en pre y postgrado de la UCV. Colaborador del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la UB.*

convertido a Colombia en la opción migratoria más cercana y accesible para los venezolanos en busca de oportunidades.

PALABRAS CLAVE

Crisis; Migración; Colombia; Venezuela.

RESUMO

A situação política, econômica e social da Colômbia durante décadas motivou a migração de seus cidadãos para o território venezuelano, que se acentuou com o conflito armado. A Venezuela, caracterizada desde os anos 50 como um país receptor de imigrantes, deixou de ser um destino atraente desde a década de 1980, devido à crise econômica e política pela qual passou; período em que as primeiras ondas de migrantes venezuelanos podem ser detectadas. Mas é a partir de 2015 que se evidencia um aumento desse fenômeno em consequência do aprofundamento da crise política, econômica e social vivida pela sociedade venezuelana e do empobrecimento das condições de vida de grande parte da população. Essa situação tornou à Colômbia opção de imigração mais próxima e mais acessível para os venezuelanos em busca de oportunidades.

PALAVRAS-CHAVE

Crise; Migração; Colômbia; Venezuela

ABSTRACT

The political, economical and social situation of Colombia for decades caused the migration of its citizens towards Venezuelan territory, this was deepened by the armed conflict. Venezuela was characterized since the fifties as being a country that received immigrants, but ceased to be an attractive destination from the eighties because of the economical and political crisis that the country passed through, a time from which the first waves of Venezuelan migrants can be recognized. However it is from the year 2015 when a growth of this phenomenon is evidenced as a consequence of the deepening of the political, economical and social crisis that Venezuelan society was going through, leading to an impoverishment of life conditions of a large proportion of the population, a situation that has turned Colombia into the nearest and most accessible migratory option for Venezuelans looking for better opportunities.

KEYWORDS

Crisis, Migration, Colombia, Venezuela.

INTRODUCCIÓN

Desde el año 2015 los migrantes venezolanos han ocupado lugares importantes en los medios de comunicación y en la agenda política internacional. Por tierra, mar y aire se desplazan en busca de mejores condiciones de vida. Algunos emprenden riesgosas y extensas caminatas por rutas que pueden alcanzar 3.500 kilómetros, otros arriesgan sus vidas en el mar, y muchos de ellos pernoctan en las calles; situación que ha profundizado los prejuicios y estereotipos con respecto a los migrantes venezolanos, con énfasis en aquellos más depauperados.

Como respuesta a esta intempestiva movilidad intrarregional de venezolanos, Colombia solicita ayuda económica para atenderlos, Perú declara estado de emergencia sanitaria en la frontera y Brasil moviliza sus tropas. La Agencia de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) han manifestado sus preocupaciones sobre el incremento reciente de esta movilización de personas y han publicado durante 2018 diversas cifras que lo evidencian. No obstante, Colombia al ser el país vecino con mayor cercanía tanto física como cultural y ofrecer rutas más accesibles, es el destino que se ha visto más afectado por esta situación.

Los venezolanos en territorio colombiano ya superan el millón de migrantes. Al menos la mitad se encuentra en condición regular, el 60% oscila entre los 18 y 39 años de edad y, se concentran principalmente en Bogotá y otras regiones fronterizas. Destacan como su mayor motivación para migrar la búsqueda de empleo, fuentes de subsistencia y el envío de remesas. Al menos un 40% tiene doble nacionalidad y otro 30% son colombianos. Sin embargo, el proceso migratorio es experimentado de forma diferenciada, generizada y sexualizada por las mujeres venezolanas, quienes se enfrentan a los prejuicios y estereotipos de género, así como, a los riesgos de la prostitución, la trata de personas y el femicidio/feminicidio. En este contexto la recepción de migrantes se ha convertido en un reto, especialmente en términos de políticas públicas.

1. Aproximaciones a la motivación de la migración extra e intra regional en América Latina

Una cantidad importante de migrantes internacionales¹ tienen como motivación la aspiración personal y familiar, la búsqueda de oportunidades de crecimiento académico y laboral, la prosperidad económica, así como, la afinidad y el interés por la diversidad cultural, la realidad es que estos no son la mayoría; las grandes proporciones de migrantes del mundo abandonan sus tierras como consecuencia de desastres naturales, procesos bélicos, altos niveles de conflictividad política y social, violencia, persecuciones, masacres, violación de los derechos humanos, incertidumbre e inestabilidad económica y social, desigualdad, la pauperización de la vida, la enfermedad, la pobreza crítica y el hambre colectiva.

Estas condiciones y motivaciones que impulsan al sujeto a la migración internacional, determinan también en muchos casos la forma en que lo hacen, es decir, de forma legal o irregular, permanente o temporal, progresiva o acelerada, particular o masiva. En el caso de América Latina las motivaciones para el ejercicio de la migración ha sido diversas, las dictaduras experimentadas en el cono sur y en los países centroamericanos, así como, la violencia generalizada determinaron un tipo de migración; sin embargo, esta se caracterizó por ser una migración extra-regional pues en América Latina y El Caribe fue poco frecuente la migración intra-regional, con excepción del conflicto armado en Colombia que propició uno de los movimientos intra-regionales más grandes y prolongado de la región.

Una característica fundamental de la región de América Latina y el Caribe es la migración hacia América del Norte. En 2015, aproximadamente 25 millones de migrantes habían emprendido la travesía hacia el norte y residían en América del Norte. La población de América Latina y el Caribe que vive en América del Norte ha aumentado de manera

considerable a lo largo del tiempo: se calcula que ha pasado de 10 millones en 1990 hasta casi 25 millones en 2015. Otros 4,6 millones se encontraban en Europa, un aumento respecto de los 1,1 millones de 1990. El número total de migrantes de otras regiones que vive en América Latina y el Caribe se ha mantenido relativamente estable, en torno a los 3 millones durante los últimos 25 años. Este grupo está formado principalmente por europeos (cuyo número disminuyó ligeramente durante el periodo mencionado) y norteamericanos (cuyo número aumentó) (...) La característica más llamativa de los principales corredores migratorios dentro y desde la región es el predominio de los Estados Unidos de América como principal país de destino. La mayoría de los corredores se dirigen hacia los Estados Unidos de América, mientras que el resto discurre dentro de la región (por ejemplo, de Colombia a la República Bolivariana de Venezuela) (OIM, 2018a: 84, 87).

Pese a ello, la migración en América Latina en el pasado y en la actualidad se ha caracterizado por tener motivaciones económicas, es decir, la mayoría de los migrantes provenientes de países con severas crisis económicas y escenarios de inestabilidad política, se movilizan en búsqueda de empleo y una mejor remuneración que les permita satisfacer sus necesidades y las de sus familias ante un deterioro de las condiciones de vida, dado que:

Los salarios que perciben los migrantes en el extranjero pueden superar con creces aquellos que obtendrían en empleos similares en sus países de origen. (...) Las diferencias de salario y el incremento relativo de los ingresos obtenidos de la migración son mayores entre los trabajadores menos cualificados, cuyo movimiento internacional en el mundo está más restringido. El aumento de los ingresos de los migrantes también puede dar lugar a mejoras considerables en el bienestar y el desarrollo humano de sus familias, ya sea directamente si residen junto con el migrante en el país de acogida, o indirectamente a través de remesas. Cabe señalar que los efectos positivos de la migración para los migrantes y sus familias trascienden el mero impacto económico y generalmente conllevan mejoras en otras dimensiones del desarrollo humano, como la educación y la salud (OIM, 2018a: 4).

1. Las Recomendaciones sobre estadísticas de las migraciones internacionales de las Naciones Unidas (1999) definen al migrante internacional como cualquier persona que ha cambiado su país de residencia habitual y distinguen entre "migrante por breve plazo" (aquel que ha cambiado su país de residencia habitual durante al menos tres meses, pero no durante un plazo superior a un año) y "migrante por largo plazo" (aquel que lo ha hecho durante al menos un año).

Este hecho como lo señalan Sandell, Sorroza y Oliví (2001), nos coloca ante una nueva era de la migración, donde el factor económico como causa de la salida de muchas personas de sus países de origen cobra primacía; no obstante, este fenómeno desencadena nuevas tensiones y problemáticas pues, como afirma Dávila (2001), los países de destino o receptores se muestran cada vez menos dispuestos a acoger a los trabajadores inmigrantes, situación que se expresa en la colocación de nuevos y mayores obstáculos burocráticos, pero también mediante el despliegue de cuerpos de seguridad en zonas fronterizas, el cierre de fronteras o el levantamiento de muros físicos que permitan frenar y desincentivar los flujos migratorios.

2. La migración colombiana hacia Venezuela

La situación política, económica y social de Colombia durante décadas motivó la migración de sus ciudadanos, la cual se profundizó y masificó con el conflicto armado; ante ello, desde los años 50 el principal destino de los colombianos fue el territorio venezolano, el cual según Álvarez (2004) funcionó como receptor de mano de obra colombiana calificada, no calificada y campesina; principalmente en zonas fronterizas por las relaciones de vecindad, permeabilidad de las fronteras y facilidades comunicacionales.

Señala Álvarez (2004) con base a los censos de población de Venezuela que, el número de colombianos residenciados entre los años 1951 a 1971 tuvo una variación significativa, pasando de 45.969 a 102.314; por su parte Gómez y Rengifo (1999) afirman que la población colombiana residente en Venezuela experimentó un incremento sustancial de 194% entre 1970 y 1990. Este flujo migratorio en condición de regulares e irregulares, tuvo como fundamental motivación la búsqueda de oportunidades laborales, empero, encontraron limitaciones para su inserción en la economía venezolana; situación por la que los colombianos en el país tuvieron que desempeñarse en oficios de muy baja remuneración y baja calificación, destacando el trabajo agrícola, obrero, el transporte y el servicio doméstico.

Tras el desplome de la economía venezolana en la década de los 80 el país dejó de ser atractivo para los migrantes y comenzó a disminuir la intensidad del flujo de colombianos hacia Venezuela, evidenciándose incluso un proceso lento de

retorno. Posteriormente el recrudecimiento del conflicto armado generó un cambio del patrón migratorio, por lo cual los colombianos pasaron de ser migrantes en búsqueda de oportunidades económicas y laborales, a colombianos solicitantes de asilo y refugio.

En el año 1999, a raíz del enfrentamiento entre los grupos guerrilleros colombianos y las Autodefensas en la región del Catatumbo -región colindante con Venezuela- se produjo el desplazamiento de más de 3 mil personas hacia la zona fronteriza venezolana. Es entonces cuando se percibe por primera vez la situación de refugiados colombianos en territorio venezolano, por motivaciones de índole de política interna colombiana (Álvarez, 2004: 198).

Esta situación de desplazamiento de la población se mantuvo durante décadas, según la Organización Internacional para las Migraciones (2018a) más de 7,2 millones de colombianos continuaban en situación de desplazamiento interno a finales de 2016; año en el cual Colombia fue el principal país de origen de refugiados en América Latina y el Caribe debido a su prolongado conflicto interno. La mayoría de los refugiados de Colombia fueron acogidos en los vecinos países de Venezuela y Ecuador, países en los que para 2015 se encontraban casi 1,2 millones de colombianos. Sin embargo, señalan la OIM (2018a) y Banco Mundial (2018) que las conversaciones de paz de finales de 2016 y 2017 que permitieron a Colombia dejar atrás cincuenta años de violencia, sumadas al agravamiento de la situación de inestabilidad económica, institucional y política que atraviesa Venezuela, han revertido la tendencia en los últimos años; creado las condiciones para el retorno de muchos colombianos a su país² y convirtiendo a Colombia en el país del mundo que más venezolanos alberga actualmente.

3. De receptores a expulsores: La caracterización de la migración venezolana

Durante décadas Venezuela se caracterizó por ser un país receptor de inmigrantes³, quienes

2. En el año 2015 según Banco Mundial (2018) retornaron 22 mil colombianos desde Venezuela tras ser expulsados por el gobierno del vecino país; pero tras la agudización de la crisis, este organismo estima que para septiembre de 2018 habrían retornado más de 300 mil colombianos desde Venezuela.

3. Algunas de las ideas generales de esta sección tienen su origen en un breve artículo en el que se elaboraron unas primeras

con base en el censo de población de 1960, llegaron a conformar el 15% de los habitantes del país. En el imaginario colectivo nacional aún se tiene presente la política promovida por el dictador Pérez Jiménez, quién producto de la bonanza petrolera en la década del 50 intentó “modernizar” al país pero también de “blanquearlo”, incentivando la inmigración de al menos 800.000 personas, muchas de ellas campesinos y trabajadores calificados de España, Italia y Portugal que huían empobrecidos después de la Segunda Guerra Mundial. Estas ideas como bien lo señala Ramos (2010) no eran una novedad, por el contrario, tenían sus antecedentes en el gobierno de López Contreras durante la segunda mitad de la década del 30. Pero esta política de puertas abiertas no fue para todos, mientras se incentivaba la inmigración europea, se estigmatizaba y obstaculizaba la inmigración de las personas provenientes en su mayoría de Colombia, Ecuador, Perú y las Antillas, que veían en Venezuela una tierra de oportunidades.

A partir del año 1973 con el *boom* petrolero aunado a las dictaduras del cono sur, se generó otra gran oleada de inmigrantes hacia Venezuela, en esta oportunidad suramericanos. Esta situación cambió con las sucesivas devaluaciones a partir de la abrupta caída del bolívar frente al dólar estadounidense sufrida el viernes 18 de febrero de 1983, y la crisis socioeconómica que devino en el Caracazo durante 1989, episodios que marcaron un quiebre político e institucional en el país. Tras estos eventos comienzan a detectarse las primeras oleadas de emigrantes venezolanos, los cuales según Barrios (2018) se caracterizaban por poseer un perfil profesional, así como, en muchos casos, por ser descendientes de los europeos llegados al país en la década del 50.

No obstante, en las últimas dos décadas algunos autores como Páez (2015) distinguen tres oleadas migratorias: 1) Entre los años 2002 y 2003 posterior al golpe de Estado contra el Presidente Hugo Chávez y el paro petrolero. 2) Entre 2006 y 2007 tras la primera reelección del Presidente Chávez. 3) Durante los últimos ocho años, la cual ha ido incrementándose especialmente a partir del año 2015. Las dos primeras constituidas por las capas medias y altas de la sociedad, principalmente empresarios y profesionales

reflexiones sobre la migración venezolana: A Venezuelan Exodus? (Ávila, 2018a).

que destacaban entre sus motivaciones para migrar la inseguridad⁴ y el entorno político y social; estos generalmente partían con una planificación, con recursos y vía aérea hacia destinos como Estados Unidos, España y Panamá. La tercera se ha caracterizado por presentar un perfil más democratizado, abarcando a toda la estructura de la sociedad venezolana. En esta destaca particularmente la migración de personas pertenecientes a los sectores con menos recursos económicos y formación académica, lo cuales probablemente en otras condiciones no se habría planteado migrar.

A partir del año 2013 se agudiza en Venezuela una crisis institucional y política, que confluye con problemas de diversa naturaleza, el principal de ellos de carácter económico⁵; situación que redujo el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de la población. La caída del producto interno bruto (PIB)⁶, la hiperinflación sin precedentes⁷, los altos índices de escasez de

4. *En Venezuela según Ávila (2018b) se afrontan graves problemas en materia de seguridad ciudadana, con altas tasas de homicidios (62 por cada cien mil habitantes para 2017) y de violencia institucional (las muertes en manos de las fuerzas de seguridad abarcan el 26% de los homicidios en el país) que solo reproducen e incrementan un continuo ciclo de violencia estructural.*

5. *Esta recesión y reducción sostenida de la producción petrolera en Venezuela según Lander (2018) se inicia al menos tres años antes de las sanciones financieras impuestas por el gobierno de Donald Trump.*

6. *Según la CEPAL en su informe “Estudio Económico de América Latina y el Caribe 2018. Evolución de la inversión en América Latina y el Caribe: Hechos estilizados, determinantes y desafíos de política” publicado en el mes de octubre de 2018, se proyectaba una caída del 12% del PIB en la República Bolivariana de Venezuela, lo que supone cinco años consecutivos de contracción y una caída acumulada que supera el 40% respecto al nivel exhibido en 2013. Por su parte el Fondo Monetario Internacional calculó una caída del producto interno bruto en el orden de 18% durante 2018 lo cual significó una contracción económica de alrededor de 45% desde 2013, atribuible al desplome de la producción de petróleo, la inestabilidad política y social y distorsiones generalizadas a nivel microeconómico, que se suman a importantes desequilibrios macroeconómicos; y que, ante la ausencia de correctivos, se estima una contracción de 5% para 2019.*

7. *Según la CEPAL durante 2017 la tasa de inflación anual superó el 2.500% y desde noviembre de ese año se registraron tasas de inflación mensuales superiores al 50%, la cual es atribuida al crecimiento elevado de los agregados monetarios, el financiamiento de la gestión fiscal con los ingresos por emisión monetaria, la depreciación pronunciada del tipo de cambio, los aumentos salariales y la severa restricción para la obtención de divisas. Por su parte las estimaciones del Fondo Monetario Internacional (2018a) en su informe “Perspectivas económicas. Las Américas: Una Recuperación Despareja”, da cuenta de que la inflación alcanzó 2.500.000% para el cierre de 2018. Como se espera que continúe el financiamiento monetario de los abultados déficits fiscales y que la demanda de dinero siga desplomándose, la inflación se acelerará aún más, calculándose*

medicamentos⁸, la escasez de alimentos y el alto costo de la canasta alimentaria familiar⁹, el aumento de la pobreza¹⁰ y la vertiginosa pauperización de las condiciones de vida, la pérdida de beneficios laborales, la pulverización de los salarios de la clase trabajadora, el desempleo¹¹, las severas restricciones a la oferta laboral en el país (CEPAL 2018), la desaparición de la capacidad de consumo de la población, el incremento en el número de personas subalimentadas¹², las dificultades para acceder al dinero en efectivo¹³, el progresivo

colapso de los servicios públicos como salud, electricidad, agua potable, gas, transporte público, telecomunicaciones¹⁴, lo cual, aunado a la merma de derechos civiles y políticos ha profundizado y agudizado las desigualdades, así como formas de discriminación y violencia que ya existían en la sociedad venezolana. Estos se han constituido como factores de expulsión de los venezolanos, quienes cada vez más buscan otros destinos en América Latina, pero también en otros países del mundo.

Pero conocer las cifras reales de la población venezolana que se ha convertido en migrante internacional en los últimos años sin lugar a dudas constituye una dificultad debido a la opacidad y secretismo estadístico que persiste en Venezuela¹⁵; las disparidades en lo que refiere los medios de recopilación y análisis de datos sobre migrantes en los diferentes países de la región, la poca atención prestada a los registros de salida por parte de los sistemas de migración de estos países, aunado a las limitaciones de las diferentes administraciones migratorias para monitorear y sistematizar el número de migrantes venezolanos que permanecen en sus países en condición de irregulares.

Sin embargo, según Ochoa y la ACNUR, el número de refugiados y migrantes de Venezuela en todo el mundo para octubre de 2018 han alcanzado los tres millones, cifra que representa alrededor del 9% de la población del país¹⁶.

en 10.000.000% para 2019. Este escenario está sujeto a significativos riesgos a la baja, ya que la adopción de políticas inadecuadas para estabilizar la economía en medio de la actual fragilidad socioeconómica podría exacerbar rápidamente la difícil situación económica del país.

8. De acuerdo a la Federación Farmacéutica Venezolana (FEFARVEN) para octubre de 2018, la escasez de medicamentos alcanzó el 85%. Esto tiene como correlato la aparición de enfermedades erradicadas como: malaria, difteria, sarampión, dengue, mal de chagas, meningitis, tétanos y tuberculosis, entre otras; así como, la muerte de personas con enfermedades crónicas.

9. La información publicada por el Centro de Documentación y Análisis Social de la Federación Venezolana de Maestros (CENDAS), da cuenta de que el precio de la Canasta Alimentaria Familiar (CAF) de noviembre de 2018 se ubicó en 121.719,00 Bolívares Soberanos, aumentando un 132,6% con respecto al mes de octubre de 2018, y para cuya adquisición se requieren 67,6 salarios mínimos (para la fecha fijado en 1.800,00 Bolívares Soberanos). Por su parte Oscar Meza, director de la referida institución informó que en 2019 la familia venezolana requiere al menos 300 dólares mensuales para cubrir el costo de los alimentos y 600 dólares para la canasta básica.

10. Según la Encuesta sobre Condiciones de Vida en Venezuela, entre 2014 y 2017 la pobreza por ingreso pasó de 48,4% a 87%, la pobreza extrema creció de 23,6% a 61,2% y los no pobres pasaron de 51,6% a 13% (España y Ponce, 2018). En el último informe anual del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) publicado en el año 2018, sobre el Índice de Desarrollo Humano (IDH), solo Siria, Libia y Yemen -tres países con prolongadas guerras-, han perdido más puestos en el IDH que Venezuela; país que de acuerdo a la ONU (2018) ha retrocedido 16 puestos en el ranking mundial del IDH durante el período.

11. De acuerdo al informe "Perspectivas de la economía mundial" del Fondo Monetario Internacional (2018b), se estima que el desempleo en Venezuela durante el año 2018 alcanzó el 34,3% y se prevé que este continúe aumentando durante 2019 para ubicarse en 38%.

12. De acuerdo al informe "Panorama de la seguridad alimentaria y nutricional en América Latina y el Caribe" publicado en 2018 por La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la República Bolivariana de Venezuela es el segundo país que requiere una mayor atención, puesto que la prevalencia del hambre casi se ha triplicado entre el 2010-2012 (3,6%) y el 2015-2017 (11,7%). Además, el número de personas en dicha situación de sub-alimentación aumentó significativamente durante ese periodo, alcanzando los 3,7 millones de personas; por lo cual se han perdido los muy importantes avances que el país había alcanzado en la década del 2000.

13. La proporción de monedas y billetes en relación con el total de liquidez se ubicó en 1,51% en la semana concluida el 29 de junio de 2018, de acuerdo con el Banco Central de Venezuela. Según los expertos el ratio debe rondar entre 10% y 12%, relación que se

mantenía en 5,5% al cierre del 2017. Banca & Negocios, Relación dinero efectivo/liquidez cae a un nuevo mínimo histórico, 10 de julio de 2018.

14. Esta precarización del sistema de servicios públicos pese a ser reiteradamente desatendida e invisibilizada por el gobierno nacional, fue reconocida en el mes de julio de 2018, cuando el ejecutivo aprobó un "plan de recuperación" de los servicios públicos. El Impulso, Maduro aprueba "plan de recuperación" para atender crisis en servicios públicos, 4 de julio de 2018.

15. La opacidad oficial con respecto a las cifras de lo que ocurre en el país es generalizada y abarca diferentes áreas; lo cual también se hace manifiesto en lo que refiere a la rendición de cuentas y el acceso a la información. Esta situación abre espacios para que desde distintas instituciones, organizaciones y fundaciones se presenten datos elaborados con metodologías diversas, en muchos casos de cuestionada rigurosidad, así como, con un marcado sesgo político-partidista.

16. Ante esta problemática el discurso oficial se ha caracterizado por negar, minimizar o trivializar el fenómeno, así como, las causas que lo motivan para invisibilizar la severa crisis que experimenta el país. De acuerdo a ello, el Presidente de la República y otros funcionarios califican la migración de venezolanos como "una campaña contra el país", "un montaje", "fake news" o "falso positivo". Con frecuencia se afirma que los migrantes venezolanos son parte de la burguesía apátrida, conformada por gente rica o de clase media, hijos de migrantes europeos, quienes en el menor de los casos se van engañados por la oposición política y en el mayor de ellos, abandonando

Gráfico 1. Principales destinos de los migrantes venezolanos al 2018



Fuente: Organismo de las Naciones Unidas para la Migración (OIM, 2018b)

De estos aproximadamente 2,4 millones se encuentran en los países de América Latina y el Caribe, mientras que los restantes 600.000 se encuentran en otras regiones¹⁷. Según la OIM (2018b) los principales destinos de la migración venezolana son países como Colombia (37,4%) y Perú (15,20%), seguidos de EEUU (12,5%) y España (9%); los cuales conforman el destino de aproximadamente el 74% de los migrantes venezolanos. No obstante, también los destinos se han diversificado hacia otros países como Chile (4,5%), Argentina (4,1%), Panamá (3,3%), Brasil (2,2%), Italia (2,1%), las Islas del Caribe (1,8%), entre otros. Así mismo, cuando se analizan las cifras del ACNUR correspondientes al año 2018, es posible observar cómo las solicitudes de asilo y refugio también han aumentado al menos en un

5.319% entre 2014 y 2018, pasando de 3.975 en 2014 a 215.417 en 2018.

En lo que respecta a las características de estos migrantes venezolanos, según Anitza Freitez (2018) con base a la Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela (ENCOVI) correspondiente al año 2017 y realizada en articulación por la Universidad Católica Andrés Bello, la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Simón Bolívar; en promedio se reportaron 1,3 emigrantes por hogares, de modo que se estima que entre los años 2012 y 2017 han debido emigrar al exterior algo más de 815 mil personas. El 11,7% de ellas migraron durante 2015, el 38,5% abandonó el país durante 2016 y el 40,3% lo hizo en el año 2017; es decir, casi el 80% de la emigración reciente desde Venezuela ha salido básicamente durante los años 2016 y 2017. Según esta encuesta 616.423 hogares venezolanos cuentan con emigrantes internacionales, de estos, el 58% tiene 1 emigrante, el 23% tiene 2 emigrantes, el 10% tiene 3 emigrantes, el 6% tiene 4 emigrantes y el 2% de los hogares tiene 5 emigrantes o más. El 33% de los emigrantes provienen de la Gran Caracas, 27% de las ciudades principales, 19% de ciudades medianas y el 21% de ciudades pequeñas y caseríos; así mismo, el 35% de los

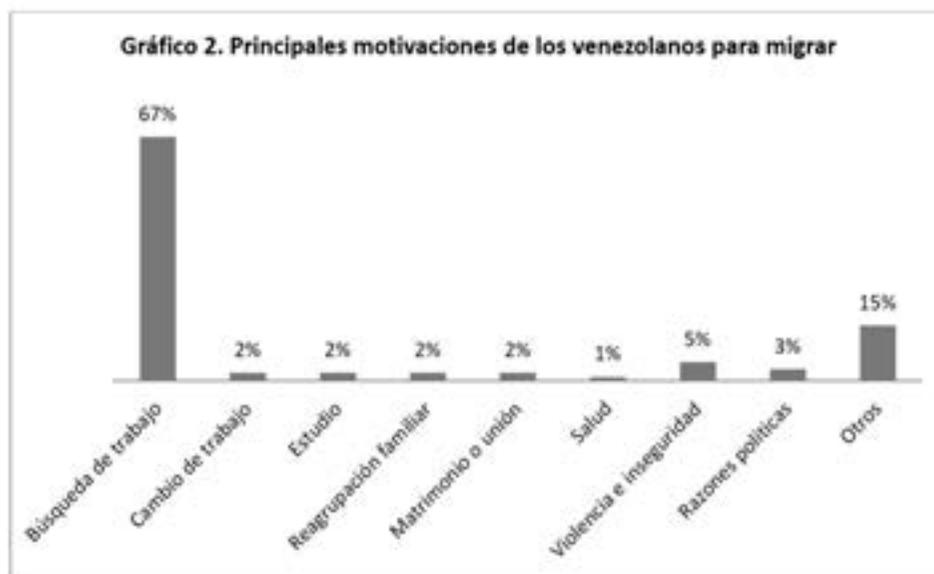
el país llevando cuantiosas sumas de dinero. Así mismo, y ante la innegable magnitud de esta situación y sus repercusiones a nivel internacional, el gobierno nacional ha intentado evadir la situación esgrimiendo que durante los últimos 18 años se han invertido cuantiosas sumas de dinero en políticas sociales para inmigrantes colombianos, ecuatorianos y peruanos, por las cuales incluso se ha llegado a reclamar indemnización.

17. Pese a ello, persiste una zona gris en cuanto a las cifras de migración internacional de venezolanos pues, con frecuencia estas no incluyen a los migrantes con doble nacionalidad -los cuales no son registrados como extranjeros al momento de su entrada al país destino-, y no incorporan a los migrantes en condición de irregulares.

emigrantes pertenece al Q5 (quintil más rico de la población), el 17% al Q4, el 20% al Q3, el 16% al Q2 y el 12% al Q1 (Quintil más pobre).

El 88% de estos migrantes se encuentra en edad de trabajar, oscilando entre los 15 a los 59 años; respecto a la motivación para migrar la ENCOVI 2017 registró que el 67% se fue en busca de

trabajo, 2% por cambio de trabajo, 2% por estudio, 2% por reagrupación familiar, 2% por matrimonio o unión, 1% por motivos de salud, 5% por violencia e inseguridad, 3% por razones políticas, y 15% por otros motivos. Respecto a los destinos destacan países latinoamericanos como Colombia, Panamá, Chile, Argentina, Perú y Ecuador.



Fuente: Anitza Freitez (2018) Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela 2017 ENCOVI. Emigración.

Según el “Informe Sobre la Movilidad Humana Venezolana. Realidades y Perspectivas de Quienes Emigran” realizado por los investigadores Bermúdez, Mazuera, Albornoz y Morffe (2018) a partir de la consulta a 14.578 venezolanos que emigraron entre el 9 de abril al 6 de mayo de 2018, el 59,2% de los emigrantes venezolanos entrevistados tienen estudios universitarios¹⁸ y el 14,4% tuvieron que abandonar sus estudios al decidir emigrar. Este informe también visibiliza que el 93,9% de los migrantes tiene como propósito enviar remesas a su hogar de origen; las cuales en el 48,6% de los casos están destinadas a la madre, en 18,5% de los casos serán enviadas a la pareja, el 16% las enviarán a otras personas, el 8,3% las destinará al padre, en el 7,6% de los casos estarán destinadas a los hijos, y en el 1,1% de los casos los receptores de remesas serán los hermanos del migrante.

Por su parte, otro elemento de importancia es que muchos de estos migrantes lo hacen sin información ni planificación, lo cual dificulta su proceso de inserción en los países de destino, así como de éxito en el proyecto emprendido. De acuerdo al “Informe Sobre la Movilidad Humana Venezolana. Realidades y Perspectivas de Quienes Emigran”, el 16% de los migrantes no había averiguado previamente sobre la forma de vida del país que tenía como destino, al 4% no lo esperaba nadie a su arribo y el 4,4% no tenía un sitio donde llegar. Este hecho pone en evidencia lo señalado por la OIM (2018a) según la cual, los migrantes cada vez más se atreven

18. Según Tomás Páez para el año 2016 más de 883.000 profesionales se habían ido del país, un 90% de estos emigrantes eran universitarios, un 40% tenía maestría, un 12% doctorado y/o posdoctorado. Noticiero Digital, Tomás Páez: Casi 2 millones de venezolanos han emigrado en los últimos 17 años, 30 de junio de 2016.

a dejar sus tierras sin la suficiente información; privilegiando aquella procedente de familiares y personas cercanas de su entorno social, así como, confiando cada vez más en información sobre procesos migratorios proveniente de redes sociales, empero:

Debido a que se confía más en los círculos sociales que en las fuentes oficiales, puede ocurrir que los migrantes consideren que ciertas informaciones válidas no son veraces, como la información gubernamental sobre las políticas migratorias, y que ello reduzca las probabilidades de que dichas informaciones influyan en sus decisiones de migrar (OIM, 2018a: 199).

Con frecuencia los venezolanos migran hacia países que no conocen y sobre los cuales no han investigado, con los cuales no tienen ningún tipo de vínculos, países que no se encuentran necesariamente entre sus preferencias, pero eligen al resultar más accesibles en términos económicos. Así mismo, cada vez más las personas pertenecientes a los sectores con menos recursos económicos y poder adquisitivo, ante la imposibilidad de acceder a los viajes o a la documentación necesaria -ya sea por las restricciones impuestas por las instituciones de competencia o los altos costos de los mismos-, emprenden hacia nuevos destinos en condición irregular¹⁹, principalmente a través de rutas o medios de transportes no autorizadas o de alto riesgo.

Esta desinformación y la desesperación de muchos migrantes por salir de la miseria y mejorar sus condiciones de vida ante un escenario que parece no mejorar, les impulsa muchas veces a entrar en contacto con personas que “anuncian servicios de migración, tanto legítimos como ilegítimos, por ejemplo, agencias de viaje y contratación, y traficantes que venden documentos de identidad y visados falsos” (OIM, 2018a, p. 199); coyuntura que aumenta los riesgos y niveles de vulnerabilidad de esta población, y favorece su captación por redes de trata de personas y de explotación. Además:

19. De acuerdo a la OIM (2018a) la migración irregular hace referencia al movimiento que se produce al margen de las normas reguladoras de los países de envío, tránsito y recepción. Desde la perspectiva de un país de destino, la migración irregular puede implicar la entrada, la estancia o el trabajo en dicho país sin la autorización o los documentos necesarios y exigidos en virtud de las disposiciones de inmigración. Desde la perspectiva de un país de envío, la irregularidad puede consistir en el incumplimiento de los requisitos administrativos para salir del país, o la salida de dicho país sin un pasaporte o documento de viaje válido.

Los países de acogidas no son necesariamente la respuesta anhelada, pues dada la precariedad en la que están insertos por estar en la clandestinidad –sobre todo si se vive en condición irregular– pueden llegar a padecer en carne propia también el drama de la discriminación, viéndose obligados a soportar la tacha de la élite social que los estigmatiza como los “Otros” (Palacios, 2016: 148).

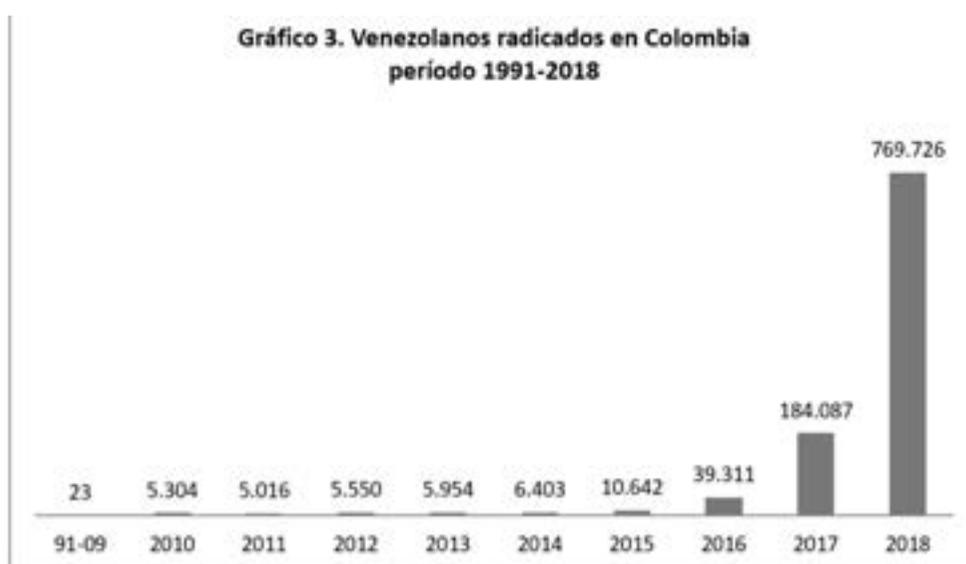
Finalmente, también es importante tener en cuenta que, si bien la profunda crisis económica que se vive en Venezuela ha impulsado y continua impulsando a la población de los diferentes estratos sociales a migrar ante la imposibilidad de garantizar y satisfacer sus necesidades básicas, así como, mejorar sus condiciones y calidad de vida en el país en el corto o mediano plazo; también es cierto que se evidencia la creación y consolidación de una cultura de la migración²⁰; perspectiva en la cual la migración internacional es continuamente idealizada, promovida y exacerbada como la mejor o la única opción para las personas.

Esta situación cobra una mayor magnitud con la puesta en práctica de presiones por parte de los grupos de pares (quienes consideran la migración como una condición de status y de éxito) pero también por parte de los familiares (quienes cada vez más impulsan y exigen a los más jóvenes migrar para mejorar la situación económica del grupo familiar mediante el envío de remesas), incluso sobre personas que no tienen planes de migrar o preferirían permanecer en su país. En este contexto, como bien lo señala el Informe Sobre las Migraciones en el Mundo de la OIM (2018a), muchas personas se sienten presionadas por la “cultura de migración” de su comunidad, en la cual la migración se convierte en una competencia y se estigmatiza a quienes deciden permanecer en su país o no pueden trasladarse a otros sitios; afectando y condicionando sus procesos de toma de decisiones.

4. La migración venezolana hacia Colombia

20. Según la OIM (2018a) las “culturas de migración”, pueden describirse como aquellas culturas en que las personas que no han migrado observan a los migrantes con los que mantienen un vínculo social e intentan emular su comportamiento migratorio. Se ha observado que la creación de este tipo de culturas influye en el modo en que los migrantes potenciales imaginan su futuro: los jóvenes que crecen y alcanzan la mayoría de edad cada vez tienen más expectativas de migrar a otros países a lo largo de su vida.

Ante la severa crisis que atraviesa Venezuela, una parte importante de la población ha optado por la migración como el principal mecanismo para paliar y superar el acelerado deterioro de las condiciones y calidad de vida, la precarización del salario, el sub empleo, así como, las dificultades para acceder a la alimentación, la salud, la educación y los servicios públicos. En este contexto el destino por excelencia ha sido y continúa siendo Colombia, por la cercanía física con Venezuela, los menores costos de traslado, las similitudes culturales y la historia de migración compartida por ambos países. En este contexto muchos han optado por tramitar o hacer uso de su segunda nacionalidad (según la OIM 2018b un 40% son colombo-venezolanos), mientras que otros han decidido vender sus propiedades (casa, vehículo, muebles, dispositivos electrónicos, ropa, entre otros) para emprender camino; principalmente a través de las fronteras y recurriendo al transporte terrestre e incluso a interminables caminatas, situación que ha convertido a Colombia en el país con más migrantes venezolanos.



Fuente: Migración Colombia. (2018). Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado.

Al respecto y según la información disponible en el informe “Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado” publicado en el mes de diciembre de 2018 por Migración Colombia, se evidencia un claro incremento en el número de venezolanos que han llegado al país en los últimos tres años, con la intención de radicarse. Al 30 de septiembre del año 2018 en Colombia había 1.032.016 venezolanos, de ellos 573.502 es decir, el 55,5% se encuentran en territorio colombiano como regulares²¹, 240.416 lo que equivale a 23,2% se encuentran en Proceso de Regularización²², y 218.098 lo que representa el 21,1% se encuentran en condición de Irregulares²³. Además, según lo evidencia el informe “Migración desde Venezuela

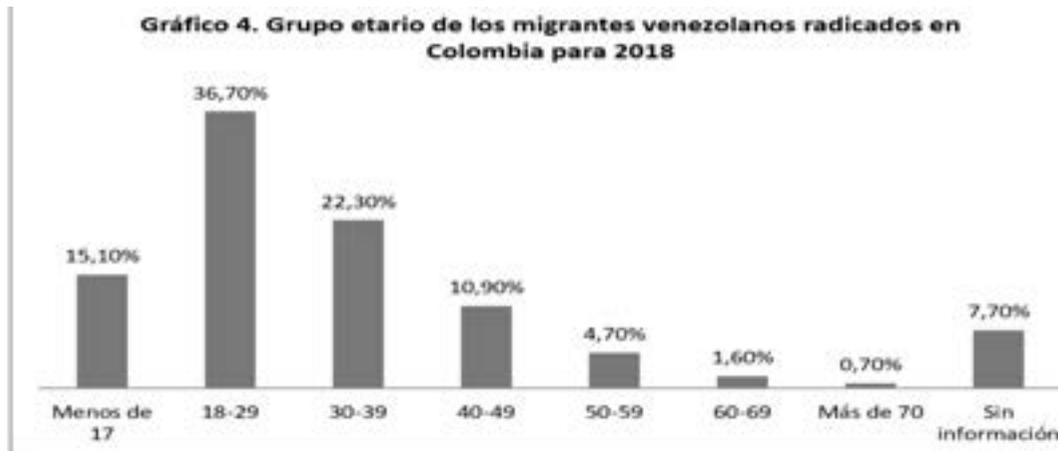
21. Según Migración Colombia, la condición de regulares hace referencia a los venezolanos con Visa, Cédula de Extranjería, Permiso Especial de Permanencia (PEP) o Dentro del Tiempo de Ley Establecido.

22. De acuerdo con Migración Colombia, en Proceso de Regularización Hace referencia a los venezolanos que se censaron en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV) y están en proceso de expedir el PEP.

23. Migración Colombia define a la población en condición de irregulares a los venezolanos que superaron el tiempo de permanencia y quedaron en condición irregular o aquellos que ingresaron por pasos no autorizados o trochas. Además, como bien señala el informe “Migración desde Venezuela a Colombia: impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo” publicado por el Banco Mundial en 2018, la condición de irregularidad responde en muchos casos a las limitaciones en la expedición de documentación en Venezuela, así como al costo de obtenerla. La población venezolana reporta restricciones para adquirir los documentos de identidad

a Colombia: Impactos y Estrategia de Respuesta en el Corto y Mediano Plazo” publicado en 2018 por el Banco Mundial con base a las estadísticas de Migración Colombia, durante los primeros 9 meses de 2018 unos 724.036 venezolanos habrían hecho tránsito por Colombia hacia otro país.

etaria del 7,7% de los migrantes. Estas ponen en evidencia que son los más jóvenes quienes migran, pero también que las motivaciones y posibilidades de migrar disminuyen con el aumento de la edad, situación que puede tener como consecuencia a mediano y largo plazo un significativo envejecimiento de la sociedad venezolana.



Fuente: Migración Colombia. (2018). Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado.

Según Migración Colombia (2018) del total de 1.032.016 venezolanos radicados en Colombia, el 44% son mujeres, 48,1% son hombres, 0,03% son personas transgéneros y no se especificó la información en 7,7% de los casos. En lo que refiere al grupo etario de la población de migrantes venezolanos el 15,1% son menores de 17 años, 36,7% tienen entre 18 a 29 años, 22,3% tienen edades comprendidas entre 30 a 39 años, 10,9% pertenecen al grupo con edades entre 40 a 49 años, 4,7% tienen entre 50 a 59 años, 1,6% de las personas migrantes tienen entre 60 a 69 años, 0,7% pertenecen a la población con más de 70 años y no se dispone la información del grupo

Por otra parte, la Matriz de Monitoreo del Desplazamiento implementado por la OIM (2018b) y Migración Colombia ha logrado obtener un perfil más claro de estos migrantes procedentes de Venezuela, según su nacionalidad: Un 40% son colombianos, un 30% son venezolanos, un 30% son colombianos. Esta información es de suma importancia para comprender las particularidades de la migración proveniente de Venezuela que se instala en Colombia, y que evidencia los lazos históricos de la migración entre ambos pueblos. De alguna manera están retornando a su país de origen las nuevas generaciones de colombianos, cuyas padres décadas atrás buscaban mejores condiciones de vida en Venezuela. Asimismo, hay 1.600.000 venezolanos con Tarjeta de Movilidad Fronteriza, se trata de una migración pendular de los ciudadanos que residen en la zona de frontera y se mueven habitualmente entre los dos países. Colombia además sirve de puente hacia terceros destinos como Ecuador, Perú, Chile, EEUU, Panamá, México, España, Argentina, Brasil y Costa Rica.

necesarios para entrar de formar regular (o regularizar su estatus migratorio una vez en Colombia a través de instrumentos como el PEP), como registros de nacimiento apostillados y pasaportes. Dichas restricciones incluirían la no expedición de los documentos mencionados por parte del Gobierno venezolano, su costo de obtención o el vencimiento, así como, el robo o pérdida de los documentos durante el proceso migratorio. Otro dato importante aportado por Banco Mundial (2018) es que la población de migrantes venezolanos irregulares está conformada por un alto porcentaje de poblaciones vulnerables, incluyendo mujeres (49,7%), menores de edad (27%), población perteneciente a grupos étnicos, incluyendo indígenas, en su mayoría de la etnia wayuu (6%), adultos mayores (2,6%), mujeres en estado de embarazo (2%) y personas con alguna discapacidad (2,6%).

Respecto a la ubicación geográfica de los migrantes venezolanos, según Migración Colombia más del 60% se han concentrado principalmente en 5 departamentos, entre ellos: Bogotá donde se han

radicado el 23,1%, Norte de Santander donde se ha contabilizado el 14,7%, La Guajira con el 11,9% de venezolanos, Atlántico donde radican el 10,2% de los migrantes y Antioquia donde hacen vida el 6.9% de los venezolanos radicados en Colombia.

No obstante, Colombia al ser un país con significativos grados de vulnerabilidad y desigualdad, además de encontrarse en un periodo de post-conflicto, también se está viendo afectada por la migración masiva de venezolanos hacia su territorio. De acuerdo al citado informe del Banco Mundial (2018) la llegada acelerada y en una proporción relativamente alta de venezolanos en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica -el 90% de los migrantes afirma haber dejado Venezuela por falta de comida y el 82%, por falta de trabajo (OCAH, 2018)-, está colocando presiones en las instituciones, los sistemas de provisión de servicios, el mercado laboral y las dinámicas sociales de este país receptor; entre las que destacan: 1) El desbordamiento de la demanda de servicios como salud²⁴, vivienda²⁵, educación, protección social, agua, saneamiento y otros. 2) El importante incremento de casos de sarampión y difteria, enfermedades antes erradicadas, así como, de tuberculosis y paludismo. 3) El aumento del empleo informal, el subempleo, y el aumento acelerado de la demanda de trabajo, la cual afecta los niveles de empleo, su calidad y puede contribuir en la disminución de los salarios reales. 4) El afloramiento de tensiones entre la población local y migrantes explicado por la mayor competencia por recursos que de por sí ya eran escasos; situación que se agrava en las zonas fronterizas caracterizadas por sus déficits de desarrollo, su afectación por el conflicto armado y la concentración de su economía en industrias extractivas.

5. Prejuicios, estereotipos y criminalización de los migrantes venezolanos

La migración en las diferentes etapas del proceso histórico social ha enfrentado

24. Según el Banco Mundial (2018) la atención en salud a migrantes venezolanos en Colombia creció de 125 casos en 2014 a casi 25 mil en 2017.

25. De acuerdo a lo señalado en el informe publicado por el Banco Mundial (2018), la migración venezolana en Colombia ha generado una demanda importante en materia de albergue temporal y vivienda, esta al no poder ser satisfecha se ha traducido en la ocupación de espacios públicos y el crecimiento de los asentamientos informales en zonas de riesgo.

prohibiciones, limitaciones y detracciones, sin embargo, estas se profundizan cuando los migrantes pertenecen a grupos sociales tradicionalmente precarizados, vulnerados y estigmatizados. Es decir, si bien aún en la actualidad una cantidad no poco significativa de personas se resisten a la migración en sus países sobre la base de criterios nacionalistas, chauvinistas, culturalistas y racialistas, la mayoría de las personas que se declaran opuestas a los procesos y flujos migratorios se resisten a albergar en sus países a migrantes precarizados, empobrecidos, racializados y pertenecientes a los grupos sociales considerados minorías, esto quiere decir, estigmatizados y tradicionalmente subalternizados.

Estas posturas con frecuencia son alimentadas por las narrativas político partidistas y mediáticas televisivas desfavorables, negativas y estereotipadas sobre los migrantes, donde son presentados como personas incapaces de integrarse adecuadamente, peligrosos y amenazadores para la integridad física de los nacionales, pero también como una amenaza a sus propiedades, a sus empleos, su cultura, su herencia étnica, su lenguaje y su identidad; es decir, convertidos en chivos expiatorios pues, respecto a la migración “las bases factuales, la información y los análisis equilibrados que componen una visión histórica del fenómeno, así como implicaciones estratégicas, parecen quedar al margen o atraer escasa atención en las discusiones y los debates políticos, públicos y mediáticos —generalmente polarizados—” (OIM, 2018a: 2).

Ante el *boom* publicitario de la seguridad ciudadana, que relacionan al inmigrante con la delincuencia, estampa en aquellos no solo la etiqueta de la marginalidad, sino la cruel consecuencia, como expresa Zaffaroni, de ser el “diferente”, recién llegado, y por ende, más desconocido (Palacios, 2016, p. 149). Por su parte, otras narrativas políticas y mediáticas presentan a los migrantes como sujetos extremadamente vulnerables, como víctimas, los cuales deben ser merecedores de lastima y de la ayuda caritativa; invisibilizando las fortalezas, capacidades y potencialidades de los migrantes, los cuales según la OIM aportan a la economía y el PIB de los países de acogida, incrementan la oferta de mano de obra en sectores y ocupaciones con escasez de trabajadores y ayudan a corregir los desequilibrios del mercado de trabajo tanto en

los sectores cualificados como también en las menos cualificadas. Adicionalmente y contrario al imaginario colectivo, la OCDE (2013) ha puesto en evidencia que los efectos fiscales netos de la inmigración —esto es, los impuestos que pagan los migrantes menos los beneficios y los servicios públicos que reciben— suelen ser muy reducidos y generalmente positivos; sin embargo, esta situación con frecuencia es invisibilizada por los medios de comunicación.

En el caso que nos ocupa, la reciente migración venezolana ha convertido a esta población en el nuevo chivo expiatorio de la sociedad colombiana, siendo responsabilizados por los niveles de desempleo, la disminución de la calidad de vida, e incluso, por el “aumento de las infidelidades” y la “desintegración familiar”²⁶. Pero el flujo de venezolanos en condición de vulnerabilidad hacia la nación colombiana también ha dado paso a una mayor percepción de inseguridad, motivo por el cual son continuamente responsabilizados por los índices de inseguridad y delincuencia²⁷.

26. “A los problemas de inseguridad e invasión del espacio público por parte de los venezolanos, se suma que algunas mujeres del vecino país están desintegrando los hogares santandereanos y los casos de infidelidad han aumentado” Caracol, Denuncian desintegración familiar por éxodo de venezolanos, 29 de agosto 2018.

27. Sin embargo, no significa esto que los migrantes venezolanos no participen en actividades irregulares e ilegales durante su permanencia en Colombia. De acuerdo al informe “Inseguridad, violencia y economías ilegales en las fronteras. Los desafíos del nuevo gobierno” publicado durante 2018 por la Fundación ideas para la paz (FIP), los migrantes venezolanos se encuentran en riesgo de ser reclutados por grupos armados al margen de la ley y de ser incorporados como mano de obra en diferentes economías ilegales; además, existe evidencia de que los migrantes venezolanos se han vinculado a actividades ilegales como: 1) Trata de personas, que en el último año ha afectado a mujeres y niñas venezolanas dadas las dinámicas crecientes de explotación sexual. 2) La producción de drogas trabajando como recolectores. Además, participan en el transporte de sustancias y contrabando lo que genera diferentes situaciones de vulnerabilidad. 3) La vinculación como combatientes a los grupos armados ilegales, entre estos al Ejército Popular de Liberación (EPL) y, en menor medida, al Ejército de Liberación Nacional (ELN). El informe “Migración desde Venezuela a Colombia: impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo” publicado por el Banco Mundial (2018) alerta sobre la utilización por parte de los actores armados y estructuras criminales de niños y niñas venezolanas para la realización de actividades ilícitas. En Arauca, se han identificado casos de niños de 10 y 11 años que han sido utilizados para distribuir y vender droga. Por su parte un reportaje de Reuters (2018) visibiliza que la organización Terre des Hommes que durante el mes de agosto de 2018 encuestó a más de 900 personas, en su mayoría inmigrantes venezolanos a lo largo de la frontera, llama la atención sobre el hecho de que los niños venezolanos están siendo alquilados para mendigar en las calles, en los semáforos y como trabajadores domésticos.

En la encuesta Cúcuta cómo vamos en 2017, el 66% de los encuestados considera que la migración de venezolanos representa una amenaza para la ciudad. Por su parte, funcionarios de la Cámara de Comercio de La Guajira reportaron que, en una encuesta de percepción realizada por esta entidad, el 33% de los comerciantes respondió que los altos niveles de delincuencia en los sectores comerciales del municipio se explican por el aumento de los migrantes venezolanos (Banco Mundial, 2018: 85).

Sin embargo, como lo explica el informe del Banco Mundial (2018), los datos muestran que, en general, los niveles de victimización en áreas receptoras son los mismos o incluso menores que antes de la migración. Además ante la migración de esta población venezolana vulnerable y empobrecida también se han desarrollado concepciones y prácticas de rechazo, estigma y xenofobia²⁸ que, en algunos casos se han tornado violentos²⁹. La OIM encontró que, de 2.335 encuestas realizadas a migrantes venezolanos en zonas de frontera en Colombia durante 2018, el 27% reporta haber sufrido algún hecho de discriminación, en poblaciones como Subachoque, Cundinamarca, Arauca y Cúcuta han circulado panfletos amenazando a la población venezolana;

28. Ante los diferentes episodios de discriminación, violencia y vulneración de derechos sufridos por algunos migrantes venezolanos en los países destino -específicamente posterior a los ataques sufridos en el Estado de Roraima en Brasil durante el mes de agosto de 2018-, ha sido creado por parte del gobierno venezolano el plan “Vuelta a la Patria”, el cual destaca entre sus objetivos facilitar el retorno de venezolanos al país y su inserción en el sistema de protección social; sin embargo, el abordaje y el tratamiento mediático de esta política se ha caracterizado por su empleo propagandístico, enfatizando en los episodios de xenofobia, violencia y victimización experimentadas por los venezolanos en los países receptores, desconociendo e invisibilizando el apoyo prestado por los ciudadanos y los gobiernos de estos países; así como, desatendiendo las causas estructurales que generaron el flujo migratorio. Al respecto y según las últimas cifras publicadas por el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores el 29 de diciembre de 2018, un total de 11.872 venezolanos han sido repatriados, 6.886 provenientes de Brasil, 1.902 de Perú, 1.817 de Ecuador, 554 de Colombia, 186 de República Dominicana, 344 de Argentina, 182 de Chile y 1 de Panamá. Además entre las motivaciones para regresar a Venezuela el 54% precisó como motivo de retorno el constante hostigamiento en el país receptor, denunciando fuertes episodios de xenofobia, explotación, maltrato laboral y social.

29. Esta animadversión contra los migrantes venezolanos en Colombia según el Banco Mundial (2018), parece responder primordialmente a la expulsión de colombianos de Venezuela en el año 2015 -y desde nuestra perspectiva, aunado a la estereotipación y estigmatización de la población colombiana como “bachaqueros” (personas que practican el contrabando de extracción), lo cual ha generado un sentimiento de rechazo hacia el país vecino.

en Cúcuta y Arauca se han registrado ataques con bombas molotov a lugares de albergue y asentamientos, y, en casos extremos, el asesinato de migrantes venezolanos³⁰.

6. Migración, vulnerabilidad y género: Trata, prostitución y femicidio/feminicidio³¹

Los patrones migratorios desde una perspectiva de género también han cambiado en las últimas décadas, donde las mujeres se han convertido en protagonistas de los procesos emergentes de migración internacional. De acuerdo a la OIM (2018a), el 52% de los migrantes internacionales son hombres, y el 48% son mujeres, es decir, presenciamos un proceso de feminización de la migración³². Este cambio no es solo de carácter cuantitativo sino también de carácter cualitativo pues, cada vez más las mujeres migran de forma independiente, se insertan en el mercado laboral de los países destino (principalmente en los sectores de servicios y asistencia), al mismo tiempo que asumen la carga familiar en sus hogares de origen y su sostenimiento mediante el envío de remesas, lo cual sin lugar a dudas trastoca los procesos interactivos, organizativos y los procesos de toma de decisiones³³.

Ahora, si bien la migración tiene un impacto positivo en lo que refiere al mejoramiento de las oportunidades y calidad de vida de las migrantes, favorece el empoderamiento y la autonomía económica, social y personal; también es cierto

que la prevalencia de las desigualdades por razones de género convierte a los procesos migratorios en una condición de riesgo para las niñas y mujeres, quienes desde el momento que inician el recorrido desde sus hogares de origen hasta los lugares de destino se enfrentan a la desprotección y a múltiples formas de violencia y desigualdad por razones de género; entre estos es posible mencionar: prejuicios, estereotipos, acoso y violencia sexual, prostitución, así como, el secuestro o captación por parte de redes de trata con fines de explotación sexual.

En el caso de Venezuela, según Pineda (2018) la precarización de las condiciones de vida ha obligado a las mujeres venezolanas a realizar dobles y hasta triples jornadas, a desertar de sus puestos de trabajo, y a recurrir a otras actividades económicas que permitan su subsistencia y la de sus familias, entre estas es posible considerar: el trabajo informal, la reventa de productos escasos, el micro contrabando de productos, la prestación informal de servicios de cuidado, la comisión de hurtos, la participación en diversos tipos de delitos, la prostitución, la mendicidad y la migración. De acuerdo a ello, y según Anitza Freitez (2018) con base a la Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela (ENCOVI) correspondiente al año 2017, las mujeres representan el 49,3% de los venezolanos que han migrado hacia el exterior; mientras que el “Informe Sobre la Movilidad Humana Venezolana. Realidades y Perspectivas de Quienes Emigran” da cuenta que de los 14.578 migrantes venezolanos consultados el 44% eran mujeres, de las cuales el 53,7% son solteras.

En muchos casos estos procesos migratorios representan sin lugar a dudas una mejora en las condiciones y calidad de vida de las mujeres y sus familias, así como, en el paliativo de la precarización y sufrimiento de familiares y dependientes en el país de origen. Sin embargo, estos procesos migratorios también pueden profundizar las condiciones de vulnerabilidad y riesgo de las mujeres venezolanas. Naciones Unidas (2018) estima que un 2% de las mujeres venezolanas en el exterior con edades entre los 15 y 49 años son sobrevivientes de violencia sexual; mientras que un trabajo de investigación realizado por Efecto Cocuyo que incluyó el conteo y revisión de casos reseñados en diversos medios de comunicación desde marzo hasta el 22 de noviembre 2018, encontró que 188

30. El Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia informó que entre enero y septiembre de 2018 han fallecido 310 venezolanos en este país, teniendo en cuenta que para los mismos meses de 2017 se reportaron solo 90, puede afirmarse que hubo un aumento del 244%. La mayoría de los casos fueron homicidios (56%) seguidos de tránsito (19%), muertes accidentales (18%), suicidios (7%). El perfil de las víctimas por sexo fue de hombres en un 81,9% y mujeres 18,1%. El espectador, Informe de Medicina Legal reveló incremento de muertes de venezolanos en Colombia, 22 de octubre 2018.

31. Se incluyen ambos términos debido a que este delito está tipificado como femicidio en Venezuela y como feminicidio en Colombia.

32. Según la OIM y el Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2014), el concepto de la feminización de la migración internacional alude por un lado, a la creciente participación y aceleración de las mujeres en los procesos migratorios internacionales, quienes actualmente constituyen la mitad de la población migrante en el mundo (tras un leve aumento numérico); por otro, a que cada vez hay más mujeres que migran de forma autónoma, como pioneras del movimiento y en calidad de proveedoras principales para sus familias transnacionales.

33. Algunas de las ideas generales de esta sección tienen su origen en el artículo Migración, trata y femicidio: Las mujeres venezolanas en el exterior. (Pineda, 2018).

venezolanas en nueve países han sido rescatadas por autoridades judiciales de esas naciones tras haber sido víctimas de trata, 88 de ellas en Colombia, lo que equivale al 46,8% de las víctimas. Así mismo, una cantidad importante de migrantes venezolanas en Colombia se han visto en la necesidad de ejercer la prostitución como uno de los medios para atender sus necesidades económicas y la de sus familias, situación a la que se ven expuestas en mayor medida las migrantes en condición de irregulares.

De acuerdo al trabajo de investigación titulado “Caracterización de Personas que Realizan Actividades Sexuales Pagadas en Contextos de Prostitución en Bogotá 2017” realizado por el Observatorio de Mujeres y Equidad de Género de Bogotá (OMEG) de la Secretaría Distrital de la Mujer (2018), se pudo conocer que, de 7.094 personas consultadas que realizan actividades sexuales pagadas en contextos de prostitución en la ciudad de Bogotá, 2.316 de estas personas son extranjeras 32,7%, y de estas extranjeras 2.312 son venezolanas 99,8%. Esta investigación también muestra que el 84,1% de ellas se iniciaron en la actividad sexual pagada tras su llegada a Colombia y, aunque el 33,1% de las prostitutas venezolanas en Bogotá tienen educación superior, el 36,1% consideran que la actividad sexual pagada es la opción más rentable, 23,7% considera que es la única opción que tiene y 20,2% afirma que es la actividad a la que esta forzada a realizar.

El 6,7% de las mujeres venezolanas que se prostituyen en Bogotá continúan residiendo en Venezuela, el 71,2% viaja frecuentemente a Bogotá a prostituirse desde hace menos de 1 año, y el 20,2% lo hace desde hace menos de 5 años. El 69,3% de las mujeres venezolanas en condición de prostitución en la ciudad de Bogotá tienen entre 18 a 26 años, el 25,3% tiene edades comprendidas entre los 27 a los 35 años, el 4,8% oscila entre los 36 a 45 años y el 0,1% forma parte del grupo etario entre 46 a 59 años. Respecto al lugar donde ejercen esta actividad el 92,5% de las venezolanas manifestó que se prostituye en algún establecimiento y el 7,3% en la calle. El 54% reside en un cuarto en el establecimiento donde se prostituye, el 7,8% de ellas debe pagar arriendo por la habitación en el establecimiento y el 35,8% debe pagar el arriendo con una periodicidad diaria; este hecho permite identificar los niveles de vulnerabilidad

y desprotección de estas mujeres pues, si no cumplen con los mínimos de clientes exigidos y no producen el dinero suficiente para cancelar el arriendo diario no cuenta ni siquiera con un lugar donde pernoctar. Ante esta situación el 7,7% de las prostitutas venezolanas que hacen vida en Bogotá atiende al día en promedio 1 cliente, el 21,5% a dos, el 25,9% a 3, el 16,7% a 4, el 15% a 5, el 4% a 6, y 9,2% de ellas atiende a 7 personas o más al día; además por cada persona que atienden el 66,2% recibe en promedio entre \$25.000 y \$50.000 pesos colombianos (entre 8 y 16 dólares).

Tanto la Fundación Ideas para la Paz, como ONU Mujeres, documentan que con la llegada de venezolanas se dio una reducción sustancial en los precios del trabajo sexual. Evidencia anecdótica indica que las mujeres venezolanas que ejercen la prostitución lo hacen en condiciones desventajosas comparadas con las de mujeres de nacionalidad colombiana, siendo obligadas a cobrar un precio menor, adquirir sus propios preservativos y cumplir estrictas normas de horario y los lugares en los que pueden ejercer esta actividad. Esto ha generado una situación de rechazo de parte de mujeres colombianas que ejercen la prostitución y ahonda los sentimientos de repudio en contra de las mujeres venezolanas (Banco Mundial, 2018: 87).

La investigación “Caracterización de Personas que Realizan Actividades Sexuales Pagadas en Contextos de Prostitución en Bogotá 2017”, también evidencia que de las venezolanas que se prostituyen en Bogotá el 10,3% ha vivido violencia física por parte de los clientes, 7,6% violencia sexual por parte de los clientes, 9,5% violencia física por parte de otras personas que ejercen actividades sexuales pagadas, 4,3% ha experimentado abuso policial, 2,8% violencia física por parte de las personas que la emplea en el establecimiento, al 4,5% les han sido retenidos sus papeles de identificación, 2% ha sido retenida en contra de su voluntad dentro del establecimiento, al 2% le ha sido retenido su dinero por parte del dueño del establecimiento, y el 2,1% ha sido víctima de trata de personas. Así mismo, las migrantes venezolanas en general por su pertenencia de género y su condición de migrantes se encuentran en particular riesgo

de sufrir violencia por razones de género y femicidio/feminicidio³⁴.

De acuerdo con información del Instituto Nacional de Salud, las atenciones por casos de violencia de género entre la comunidad migrante han aumentado en un 313%, pasando en el período analizado (semanas epidemiológicas 1 al 23 de 2017 y 2018) de 78 a 245 casos, respectivamente. Aun cuando los datos sugieren un incremento en la incidencia de este tipo de violencia, estos no permiten determinar la escala del problema, ya que la mayoría de casos no son reportados por estigma, miedo a la deportación o falta de acceso a servicios de salud (Banco Mundial, 2018: 87,88).

Esta situación de vulnerabilidad, violencia y discriminación también es experimentada por la población LGBTI. Según el informe “Crisis humanitaria de venezolanos LGBT en el Caribe” realizado por la organización Caribe Afirmativo, en el año 2018 en la Región Caribe de Colombia se registraron 23 casos de violencia contra personas LGBTI venezolanas, una mujer trans venezolana fue asesinada, cinco murieron en etapa SIDA por falta de acceso a medicamentos; se denunciaron dos hechos colectivos de violencia policial hacia mujeres trans venezolanas en espacios públicos de la región y se interpusieron 42 quejas por discriminación y xenofobia, por su nacionalidad y por su pertenencia a la población LGBTI.

7. La rentabilidad de la migración internacional de los venezolanos

La profunda crisis política, económica y social experimentada por la sociedad venezolana y su deriva en la migración internacional afecta a millones de personas, profundiza sus condiciones de vulnerabilidad, amplía las desigualdades, al mismo tiempo que favorece la ocurrencia de múltiples y sistemáticas formas de violencia; sin embargo, este escenario también ha sido capitalizado, exacerbado y explotado por algunos sectores, quienes ven en ellos una oportunidad de mejorar su posición económica, política y

mediática a merced de los más precarizados. Al respecto la migración internacional de una proporción importante de la población venezolana -producida de forma masiva desde el año 2015-, ha generado saldos positivos para los detentores del poder político, económico y mediático, para la sociedad civil, así como, para las mafias y personas inescrupulosas convertidas en mercaderes de la desgracia³⁵.

En el caso del gobierno venezolano la migración ha sido políticamente rentable al desarticular y atomizar a los grupos poblacionales que pudieran hacerle una oposición política activa, así como, al disminuir su participación electoral; aunada a ello, este proceso migratorio ha funcionado como válvula de escape de la tensión social generada por la crisis. Esta situación también ha favorecido a los gobiernos de los países receptores, principalmente mediante la conversión de los migrantes en chivos expiatorios a quienes responsabilizar por las diferentes problemáticas pre-existentes y emergentes, lo cual permite desviar la atención pública y mediática de sus respectivas agendas y problemas nacionales.

Otro aspecto de gran importancia es que, este escenario crea las condiciones para la captación de ingentes recursos internacionales por parte de los gobiernos anfitriones de migrantes, los cuales han recibido al menos unos 168 millones de dólares desde finales de 2016: 95 por parte de Estados Unidos³⁶, 40,8 de la Unión Europea³⁷ y 32 de la OIM³⁸; repartición de la cual el gobierno venezolano no ha querido quedar por fuera, solicitando a la Organización de Naciones Unidas 500 millones de dólares para la repatriación de venezolanos. A ello hay que sumar las innumerables fundaciones, ONG y organizaciones de la sociedad civil que solicitan cuantiosos recursos a embajadas y organismos internacionales, bajo la premisa del desarrollo de proyectos de investigación, formación y acción social orientados a favorecer a los migrantes más necesitados, proyectos que en muchas ocasiones son viabilizados por las élites de estas organizaciones, sin cumplir los

34. Según el informe “Inseguridad, Violencia y Economías Ilegales en las Fronteras. Los Desafíos del Nuevo Gobierno” realizado en 2018 por la Fundación Ideas Para la Paz (FIP), para las mujeres venezolanas el riesgo de explotación sexual y de femicidios/feminicidios es mayor, en el marco de su vinculación al trabajo sexual y economías ilegales.

35. Algunas de las ideas generales de esta sección tienen su origen en: Ávila, 2018a.

36. EFE, EEUU anuncia 48 millones de dólares para refugiados y migrantes venezolanos, 25 de septiembre 2018.

37. EFE, Sánchez confirma una millonaria ayuda de la UE a Latinoamérica por la crisis venezolana, 30 de agosto 2018.

38. Noticias ONU, La OIM lanza un plan para ayudar a los migrantes venezolanos, 10 de Abril 2018.

objetivos propuestos y sin generar impacto en los sectores de migrantes afectados. Esta situación también favorece la proliferación de “expertos” de dudosa reputación y confiabilidad, con el fin posicionarse mediáticamente, hacerse de un lugar en la agenda pública y, en consecuencia, acceder a financiamientos.

Esta situación de precariedad y vulnerabilidad de los migrantes venezolanos también ha sido convertida en una oportunidad de negocio y fuente de enriquecimiento por parte de burócratas y gestores, quienes ante las dificultades y dilaciones para el acceso a la documentación necesaria, solicitan a los migrantes cientos y miles de dólares por la formalización de documentos como: pasaportes, antecedentes penales, apostillas, legalización de documentos, entre otros. Finalmente, la migración venezolana también está siendo aprovechada por las mafias nacionales e internacionales que cada vez más captan a hombres y mujeres en redes de trata de personas, les someten a la explotación laboral y sexual, así como, incorporados bajo persuasión o coacción a grupos armados y delictivos.

CONCLUSIONES

La actual crisis política, económica, social e institucional que atraviesa Venezuela ha transformado vertiginosamente al país de receptor a emisor de migrantes; la población es continuamente expulsada por la precarización de sus condiciones de vida, lo cual les ha llevado a diversos países de la región, entre los cuales Colombia se ubica como principal destino.

Al respecto es posible señalar que el migrante venezolano se encuentra en búsqueda de trabajo, de fuentes de subsistencia y envío de remesas. El perfil de los que se quedan en Colombia, al menos un 40% tienen doble nacionalidad y un 30% es realmente de nacionalidad colombiana, es decir, que apenas el 30% son solo venezolanos. Esta información es de suma importancia para comprender las particularidades de la migración proveniente de Venezuela que se instala en Colombia, y que evidencia los lazos históricos de la migración entre ambos pueblos. De alguna manera están retornando a su país de origen las nuevas generaciones de colombianos, cuyos padres décadas atrás buscaban un mejor futuro en Venezuela.

Pero pese a los lazos históricos de la migración entre ambos pueblos, los venezolanos se han convertido en los chivos expiatorios de los grandes problemas nacionales, siendo señalados como los responsables de diversos males sociales: inseguridad, insalubridad, infidelidades, entre otros. La consecuencia de estos discursos xenófobos y estigmatizantes es una mayor victimización, vulnerabilidad, riesgo y precariedad en sus condiciones de vida. Esto se hace más visible en el caso de las mujeres migrantes, quienes son objeto de redes de trata, prostitución y violencia de género. Sin embargo, estas condiciones de vulnerabilidad de los migrantes venezolanos se han hecho rentables para diversos actores políticos y económicos, quienes obtienen múltiples ganancias gracias a este drama humano. Ante este escenario nos permitimos recomendar grosso modo, como acciones imprescindibles e impostergables a implementar:

- * El reconocimiento por parte del gobierno nacional de la situación de vulnerabilidad y precarización de la población, así como, de la problemática de la migración de venezolanos, a fin de garantizar sus derechos ciudadanos dentro y fuera del país.

- * La formulación e implementación de políticas públicas -que incluyan de manera transversal la perspectiva de género- que apunten a soluciones efectivas, eficientes y oportunas ante la continua pauperización de las condiciones de vida de la población venezolana, a fin de minimizar el creciente y acelerado flujo migratorio.

- * La desburocratización de los procesos de otorgamiento de documentos de identidad necesarios para la movilidad internacional legal de los ciudadanos venezolanos.

- * La generación y publicación oportuna de estadísticas confiables en los diferentes ámbitos por parte del gobierno venezolano.

- * La adopción de políticas de integración por parte de los países receptores, a fin de evitar la proliferación y consolidación de circuitos de exclusión e irregularidad de los migrantes venezolanos, lo que podría incrementar sus problemas políticos e institucionales internos.

- * La implementación de iniciativas específicas por parte de las autoridades y entes de competencia en Venezuela, pero también de los países convertidos en destino ante la victimización de las mujeres y la población LGBTI,

entre estas: el fortalecimiento de los procesos de prevención y atención de la violencia por razones de género, la sensibilización de las mujeres sobre los riesgos de la migración, así como, el seguimiento y monitoreo de estos crímenes, a fin de generar herramientas para su efectiva, eficiente y oportuna comprensión, prevención, atención y sanción.

* La transformación de las narrativas mediático-televisivas en lo que refiere el

fenómeno de la migración, a fin de erradicar discursos prejuiciosos, estereotípicos y xenofóbicos que favorecen la ocurrencia de formas de discriminación, violencia, linchamientos y homicidios contra los migrantes venezolanos.

* La creación de redes entre la población venezolana migrante y residente, a fin de garantizar, facilitar y mantener el intercambio económico, informativo, tecnológico, cognitivo, cultural y afectivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Efecto Cocuyo. (2018). *Al menos 188 venezolanas rescatadas este año tras ser explotadas sexualmente en 8 países*. (24 de noviembre). Recuperado de <https://goo.gl/1JvoYD>
- Álvarez, R. (2004). La dinámica migratoria colombo-venezolana: Evolución y perspectiva actual. *Geoenseñanza*. 9 (2), p. 191-202.
- Ávila, K. (2018a) *A Venezuelan Exodus? North American Congress on Latin America (NACLA)*. Recuperado de <https://goo.gl/fHxJdr>
- Ávila, K. (2018b). ¿Cómo analizar las actuales cifras delictivas en Venezuela? *Amnistía Internacional Venezuela*. Recuperado de en: <https://goo.gl/GZpX7E>
- Banco Mundial. (2018). *Migración desde Venezuela a Colombia: Impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo*. Recuperado de <https://goo.gl/jCFv5R>
- Banca & Negocios. (2018). *Relación dinero efectivo/liquidez cae a un nuevo mínimo histórico*. Recuperado de <https://goo.gl/AdejWZ>
- Barrios, L. (2018). *Los pies en el suelo. Efecto Cocuyo*. Recuperado de <https://goo.gl/4jgvhQ>
- Bermúdez, Y., Arias, R., Albornoz, N., y Morffe, M. (2018). *Informe Sobre la Movilidad Humana Venezolana. Realidades y Perspectivas de Quienes Emigran*. (9 de abril al 6 de mayo de 2018). Recuperado de <https://goo.gl/P5FrcU>
- Caracol. (2018). *Denuncian desintegración familiar por éxodo de venezolanos*. Recuperado de <https://goo.gl/F1jWys>
- Caribe Afirmativo. (2018). *Crisis humanitaria de venezolanos LGBT en el Caribe*. Recuperado de <https://goo.gl/foVsJE>
- Cendas Finanzas Digital. (2018). *Canasta alimentaria familiar se ubicó en Bs.S 121.719,00, aumentando Bs.S 69.396,68, 132,6% con respecto al mes de octubre de 2018*. Recuperado de <https://goo.gl/ig3DvS>
- CEPAL. (2018) *Estudio Económico de América Latina y el Caribe 2018. Evolución de la inversión en América Latina y el Caribe: hechos estilizados, determinantes y desafíos de política*. Recuperado de <https://goo.gl/6SHbkq>
- CNUR. (2018). *La cifra de personas refugiadas y migrantes venezolanas alcanza los 3 millones*. Recuperado de <https://goo.gl/e3N1HG>
- Dávila, L. (2001). *Fronteras confusas: impactos sociales de la migración*. En *La*

- migración internacional y el desarrollo en las Américas*. CEPAL. Santiago de Chile, pp. 259-274.
- EFE. (2018). *EEUU anuncia 48 millones de dólares para refugiados y migrantes venezolanos*. Recuperado de <https://goo.gl/b37euc>
 - EFE. (2018). *Sánchez confirma una millonaria ayuda de la UE a Latinoamérica por la crisis venezolana*. Recuperado de <https://goo.gl/RL4PJ>
 - El Espectador. (2018). *Informe de Medicina Legal reveló incremento de muertes de venezolanos en Colombia*. Recuperado de <https://goo.gl/CdUXN4>
 - El Impulso. (2018). *Maduro aprueba "plan de recuperación" para atender crisis en servicios públicos*. Recuperado de <https://goo.gl/5w19c7>
 - España, L. y Ponce, M. (2018). *Encuesta sobre Condiciones de Vida en Venezuela*. Recuperado de <https://goo.gl/JZT2Hf>
 - FAO. (2018). *Panorama de la seguridad alimentaria y nutricional en América Latina y el Caribe*. Recuperado de <https://goo.gl/xZNYyB>
 - Fefarven Globovisión. (2018). *Desabastecimiento de medicinas alcanza el 85*. Recuperado de <https://goo.gl/EdPqBA>
 - FIP. (2018). *Inseguridad, violencia y economías ilegales en las fronteras. Los desafíos del nuevo gobierno*. Recuperado de <https://goo.gl/XsRi9G>
 - FMI. (2009). *Manual de balanza de pagos y posición de inversión internacional, sexta edición (BPM6)*. FMI, Washington, D. C.
 - --- (2018a) *Perspectivas Económicas: Las Américas - Una recuperación desapareja*. Recuperado de <https://goo.gl/T2yAc4>
 - ---. (2018b). *Perspectivas de la economía mundial*. Recuperado de <https://goo.gl/tHGFji>
 - Freitez, A. (2018). *Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela 2017 ENCOVI. Emigración*. IIES-UCAB. Recuperado de <https://goo.gl/WG4jZM>
 - Gómez, A. y Rengifo, F. (1999). *Dinámica de la migración colombiana a Venezuela en las últimas décadas*. En Ramírez, S. y Cadenas, J. (codos. y eds.) *Colombia-Venezuela: Agenda común para el Siglo XXI*. Tercer Mundo Editores. Bogotá, pp. 319-361.
 - HRW. (2018). *El éxodo venezolano. Urge una respuesta regional ante una crisis migratoria sin precedentes*. Recuperado de <https://goo.gl/crdn1B>
 - Lander, E. (2018) *Venezuela: el fracaso del proceso bolivariano*. En Correa, J., Uemura, J. y Siqueira, F. (eds.) *El eclipse del progresismo. La izquierda latinoamericana e debate*. Colectivo 660 y Editora Elefante. Sao Paulo.
 - Migración Colombia. (2018). *Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado*. Recuperado de <https://goo.gl/6ZSCGQ>
 - Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. (2018). *Plan Vuelta a la Patria en cifras*. Recuperado de <https://goo.gl/3RtWnC>
 - Naciones Unidas. (1999). *Recomendaciones sobre estadísticas de las migraciones internacionales*. Recuperado de <https://goo.gl/PZieoq>
 - Naciones Unidas. (2018). *Situación de Venezuela: Retos de protección*. Recuperado de <https://goo.gl/Egpx1Y>
 - Noticias ONU. (2018). *La OIM lanza un plan para ayudar a los migrantes venezolanos*. Recuperado de <https://goo.gl/N7NLzt>
 - Noticiero Digital. (2016). *Tomás Páez: Casi 2 millones de venezolanos han emigrado en los últimos 17 años*. Recuperado de <https://goo.gl/ZN6dr8>
 - OCHA. (2018). *Latin America and The Caribbean. Stocks of Venezuelan population in the region*. Recuperado de <https://goo.gl/gPzbBD>
 - OCAH. (2018). *América Latina y el Caribe, Panorama Humanitario Mensual*. Recuperado de <https://goo.gl/zQWzZx>
 - OCDE. (2013). *The fiscal impact of immigration in OECD countries*. En *International*

- Migration Outlook 2013*. OCDE. Paris.
- OIM (2018a). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Recuperado de <https://goo.gl/nyX5FG>
 - OIM (2018b). *Migration trends in the Americas. Bolivarian Republic of Venezuela*. Disponible en: <https://goo.gl/JCDvn5>
 - OIM y Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2014). *Las mujeres migrantes y la violencia de género. Aportes para la reflexión y la intervención*. Recuperado de <https://goo.gl/aXoC7q>
 - OMEG. (2018). *Caracterización de Personas que Realizan Actividades Sexuales Pagadas en Contextos de Prostitución en Bogotá 2017*. Recuperado de <https://goo.gl/BY9Fv3>
 - ONU. (2018). *Venezuela cae dieciséis puestos en el Índice de Desarrollo Humano*. Noticias ONU. Disponible en: <https://goo.gl/6a4QBg>
 - Páez, T. (2015). *La voz de la diáspora venezolana*. Madrid: La Catarata
 - Palacios, Y. (2016). *Perspectiva de género en los fenómenos migratorios: estudio desde Europa y América Latina*. *Revista CES Derecho*. 7 (2), 145-162.
 - Pineda, E. (2018). *Migración, trata y femicidio: Las mujeres venezolanas en el exterior*. *LaRed21*. Recuperado de <https://goo.gl/qS4aBn>
 - PNUD. (2018). *Índices e indicadores de desarrollo humano: actualización estadística de 2018*. Anexo estadístico. Recuperado de <https://goo.gl/D7gUXf>
 - Ramos, F. (2010). La inmigración en la administración de Pérez Jiménez (1952-1958). *Revista Heurística*, (13), 94-101.
 - Reuters. (2018). *Mujeres y niños migrantes de Venezuela están más expuestos a explotación sexual y laboral: expertos*. Recuperado de <https://goo.gl/dJv2Ra>
 - Sandell, R., Sorroza, A. y Oliví, I. (2001). *Inmigración: ¿un desafío con oportunidades?* Recuperado de <https://goo.gl/6SX3GP>

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
INTERNACIONAL. DERECHO A LA VIDA
PRIVADA Y FAMILIAR EN LA DOCTRINA Y
SENTENCIA DE 28 DE ABRIL 2017, JUZGADO
DE DISTRITO TABASCO, MÉXICO***

**GESTATION BY INTERNATIONAL
SUBSTITUTION. RIGHT TO PRIVATE AND
FAMILY LIFE IN THE DOCTRINE AND
SENTENCE OF APRIL 28, 2017, DISTRICT
COURT TABASCO, MEXICO**

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO
INTERNACIONAL. DIREITO À VIDA PRIVADA E
FAMILIAR NA DOUTRINA E SENTENÇA DE 28
DE ABRIL DE 2017, TRIBUNAL DISTRITAL DE
TABASCO, MÉXICO**

Juan Antonio Flores Hernández^a
lic.flores8@gmail.com

Gabriela Aguado Romero^b
aguadogabriela@hotmail.com
Fecha de recepción: 05 de julio de 2018
Fecha de revisión: 08 de agosto de 2018
Fecha de aceptación: 05 de octubre de 2018

RESUMEN

En abril de 2017, un tribunal federal, como órgano del sistema de control concentrado de constitucionalidad, ha emitido en Tabasco una sentencia sobre la determinación de la filiación de un menor derivada de un contrato de gestación por sustitución con un padre extranjero en un modelo familiar monoparental. En ese sentido, el discurso judicial materializa en forma expresa y tácita derechos fundamentales, que independientemente de la omisión de la indagación integral de la verdad biológica de quien aportó la carga gamética, implícitamente marcan pauta y herramienta al legislador y al ejecutivo local para el diseño de la política pública, en relación a la inmediatez del registro de nacimiento de un niño sin necesidad

Para citar este artículo:
Flores, J. (2019). Gestación por sustitución internacional. Derecho a la vida privada y familiar en la doctrina y sentencia de 28 de abril 2017, juzgado de distrito Tabasco, México. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 79-96.

***El presente artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación Científica "La gestación por sustitución en el discurso de los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos" y en conjunto es el resultado parcial de una estancia de investigación en el Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca, España; con el apoyo del Capítulo Guanajuato de la Academia Nacional de Bioética, A.C., el Proyecto Inocencia con residencia en la ciudad de Guanajuato, México, perteneciente a la red InnocenceProject con sede en California Wester School of Law, U.S.A. y, la Fundación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos sita en Costa Rica.*

a Abogado egresado de la Universidad de Guanajuato, Maestro en Derecho Civil por la Universidad de la Salle, León Guanajuato, Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas del Programa Nacional de Posgrados de Calidad, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, México. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2306-3672>

b Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, Especialista en derecho notarial y Especialista en derecho Fiscal, con estudios de Maestría y Doctorado en derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro, México, docente investigador de tiempo completo, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI, Miembro del Cuerpo Académico consolidado Derechos Humanos y Globalización CAC-128-FDEUAQ, ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3733-6459>

de agotar instancias judiciales previas sobre la preponderancia de la parentalidad biológica, y la implícita omisión de las presunciones del parto.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución internacional; filiación; derechos fundamentales; tutela judicial.

RESUMO

Em abril de 2017, um tribunal federal, como órgão do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, emitiu em Tabasco uma sentença sobre a determinação da filiação de um filho derivada de um contrato de gestação por substituição com um pai estrangeiro em um modelo de família monoparental. Nesse sentido, o discurso judicial materializa expressamente e tacitamente os direitos fundamentais, que independentemente da omissão da investigação integral da verdade biológica de quem trouxe a carga genética, eles implicitamente estabelecem a diretriz e a ferramenta para o legislador e o executivo local para o desenho de política pública em relação ao imediatismo do registro de nascimento de uma criança sem a necessidade de esgotar as instâncias judiciais anteriores sobre a preponderância da paternidade biológica e a omissão implícita das presunções do parto.

PALAVRAS-CHAVE

Gravidez por substituição internacional; filiação; direitos fundamentais; proteção judicial.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución internacional; filiación; derechos fundamentales; tutela judicial.

ABSTRACT

In April 2017, a federal court as a part of the system of constitutional condensed control has released in Tabasco a sentence on the determination of filiation of a minor derived of a gestation by substitution agreement with a foreigner parent in a single-parent family. In this respect, the judicial discourse embodies in an explicit and tacit manner fundamental rights, that regardless the omission on the integral enquiry of the biological truth of whom contributed with the gametic load implicitly mark a difference and

a tool for the legislator and for the local officials to design a public policy in connection with the immediacy of giving a birth certificate of a child without the need of exhausting previous judicial instances on preponderance of biological parenthood and the implied omission of the presumptions of delivery.

KEY WORDS

Gestation by international substitution, filiation, fundamental rights, judicial protection

INTRODUCCIÓN

Existe una gran controversia doctrinal en relación con la gestación por sustitución. En el ámbito interno para delimitar el alcance, convivencia, efecto mitigado de los derechos individuales de carácter fundamental con el orden público y el interés social. Asimismo, en materia del derecho internacional privado, en la tendencia en que las personas se desplazan al extranjero (Flores, 2014: 71-89), a los países donde está permitida o es posible por no estar técnicamente prohibida.

El margen de apreciación nacional, como criterio hermenéutico de deferencia frente a circunstancias donde no existe consenso interestatal, que ha de tener cada país y en el caso de México cada entidad federativa permite definir el propio orden público e interés social que ha de prevalecer respecto de la gestación por sustitución. Una vez que han nacido los niños los problemas que se suscitan con su identidad son en el ámbito interno el establecimiento de su filiación correspondiente y, en el externo el reconocimiento de esa filiación ya establecida al desplazarse al Estado donde se busca que resida permanentemente como fue el caso en España con la resolución del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 (Durán, 2012: 268-269), en Francia con los asuntos *Menesson y Labassee* o en Italia con el caso *Paradiso y Campanelli*. Es el poder judicial quien *a posteriori* ha de contextualizar y ponderar los derechos y principios en colisión con un efecto mitigado o justificado del orden público y en su caso, definiendo la molestia que debe tolerar la sensibilidad social, objetivándose diversos y divergentes discursos jurisprudenciales.

En ese panorama existen pronunciamientos jurisprudenciales ajustados en exclusividad a la *litis* trabada a través de las pretensiones,

resistencia u omisiones probatorias de las partes y sujetos procesales. Que en ese contexto pueden ofrecer un criterio orientador o develar un límite mínimo, que el juzgador puede utilizar para extender la demarcación material o resolver un enfrentamiento de derechos fundamentales no absolutos por ser interdependientes, en base a la tónica de mayor protección o el menor perjuicio. Son los Sistemas de Protección Europeo e Interamericano de Derechos Humanos los que pueden dialogar en su caso con los discursos judiciales que se han de construir en cada caso en particular ante la inexistencia o convivencia de un estatuto jurídico homogéneo.

El propósito de este artículo es comentar la sentencia de 28 de abril de 2017 emitida por un Juzgado de Distrito en Tabasco, analizando el problema del asentamiento del registro de la filiación derivada de un acuerdo de gestación por sustitución internacional (previo procedimiento de adopción) en relación a la menor nacida y su padre de intención, la incidencia del parámetro genético y la social estabilidad familiar. Demostrando que la tramitación del incidente de suspensión en el juicio de amparo y la sentencia de fondo: **(i)**. Maximizan el perímetro material en el acceso a la identidad del menor que de la interpretación del derecho a la vida privada y familiar han definido los discursos de los Sistemas de Protección Europeo e Interamericano de Derechos Humanos y; **(ii)**. Hacer notar que la resolución expresa, tácita y de manera programática marca pauta al legislador y al ejecutivo local para el diseño de la política pública sobre la gestación por sustitución en relación: **a)** al registro inmediato de un menor por quien acredite la parentalidad genética con independencia de las circunstancias del nacimiento como garantía de igualdad y acceso efectivo a la identidad del menor y la autodeterminación de los padres de intención; **b)** el reconocimiento y protección de la vida privada y la preservación de los lazos de *facto* de la vida familiar del menor y los padres de intención y; **c)** la ponderación del principio del interés superior del niño con la carga ideológica y efecto atenuado del orden público. Así, se evidenciará la necesidad al menos de clarificar parámetros administrativos en materia registral en las entidades federativas o en las embajadas y consulados mexicanos tanto para extranjeros como para mexicanos.

En la especie, el señor *Aaron Ray Cyr*, de nacionalidad estadounidense, por su propio derecho y en representación de su hija menor *Rachel Mary Cyr*, recién nacida mediante gestación por sustitución con la aportación de su material genético, promovió juicio de amparo en contra de diversos actos de autoridad, solicitando la protección de la justicia federal, esencialmente contra: **a)** La inconstitucionalidad de los artículos que reformaban la legislación civil del Estado de Tabasco en lo relativo a la gestación por sustitución; **b)** La aplicación en perjuicio de la reforma legislativa por ser retroactiva; **c)** El acuerdo SG/DGRCT/153/2016 emitido por la Dirección del Registro Civil del Estado de Tabasco, el cual declaró improcedente la solicitud de registro de una menor por su padre de intención; **d)** El desconocimiento de esa paternidad y; **e)** Los posibles actos de separación del menor.

METODOLOGÍA

Mediante el Análisis Crítico del Discurso se busca descifrar semánticamente el núcleo duro y discurso político del derecho a la salud reproductiva mediante gestación por sustitución, colocando al centro de la discusión aquellos elementos que permanecen expresos u ocultos en el discurso jurídico.

RESULTADOS

La figura, principio, tónica, técnica o doctrina del margen de apreciación nacional, es un modelo de aproximación compartido por la Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos, el cual demarca la concepción en que los Estados partes limitan los derechos reconocidos en las respectivas convenciones.

La Corte Europea de Derechos Humanos, ha permitido la limitación estatal de los derechos, reconociendo que el margen de apreciación (discrecionalidad) es consustancial al principio democrático y a la soberanía nacional de los estados partes, puesto que la valoración del interés colectivo superior en cada sociedad resulta una tarea política sensible y menos jurídica; empero dicha individualidad descansa en una presunción de que la decisión y su consecuente regulación opera de manera transparente y permite la participación efectiva en una democracia consolidada.

En el ámbito interamericano, se habla de la necesidad de un control más garantista, frente a una crónica sistemática de violación de derechos humanos, donde la aplicación del derecho es insuficiente y el margen de apreciación es marginado y no frecuente.

Un punto de encuentro entre ambos sistemas es el parámetro de proporcionalidad racional, para Europa la verificación para no rebasar el margen de apreciación en las limitaciones estatales y, para América la compatibilidad de las limitaciones con la Convención.

Europa ha sido permisiva en el margen de los países para determinar lo que es de utilidad pública en materia económica y social, mientras que América vincula los derechos sociales con los civiles y políticos

La autoridad pública que ejercen los tribunales internacionales constituye una gobernanza global que refracta en la construcción normativa (más allá del Estado, antes de él o incluso contra la ley de aquél) y en la redistribución del poder y de los recursos sobre órganos colectivos con legitimación democrática que ordinariamente definen presupuesto y prioridad de aplicación. Erigiéndose en un constitucionalismo supraestatal o constitucionalismo sin Estado. Lo que entraña la consideración de la relación de pluralidad jurídica entre el Derecho Constitucional y el Internacional Público, que sirve de guía de interacción de la función de los jueces nacionales en un Estado constitucional de cooperación y solidaridad, más allá de la voluntad estatal frente a la asunción de obligaciones internacionales.

1. Tabasco, la noticia de la denegación de actas de nacimiento a padres de intención extranjeros y el esbozo del contexto internacional

Entre finales de febrero y principios de marzo de 2017 se publicitó en la prensa mexicana la noticia de que, en el Estado de Tabasco, el Registro Civil había denegado la expedición de actas de nacimiento a por lo menos 11 niños nacidos por gestación por sustitución ante la solicitud de “padres de intención” extranjeros: españoles, israelíes, italianos, griegos, franceses y estadounidenses. Situación en la que se encuentran por nacer al menos 100 niños más (Hernández, 2017).

En la Ciudad de México, en una entrevista televisiva en cadena nacional, el coordinador jurídico de la dirección general del Registro Civil del Estado de Tabasco (Televisa, 2017), realizó afirmaciones sobre la motivación de la negativa de expedir las actas de nacimiento aludiéndose: al respeto al orden jurídico; el fraude a la *Ley o fórum shopping* (Reinoso, 2009); el interés superior del menor y su derecho a la identidad al no ver reconocida la filiación en el extranjero; evitar la mercantilización, el tráfico de menores, las nuevas formas de esclavitud para evadir las leyes de seguridad social de otros países y la salud pública¹.

En relación con los juicios de amparo instados por distintos solicitantes (quejosos) contra la denegación de las certificaciones de nacimiento, el coordinador jurídico aludió la contradicción de las medidas provisionales que se consideraron en relación con los menores: por un lado se estableció que la guardia y custodia debía permanecer bajo los “padres posibles” mientras que por otra parte, se estimó que no procedía que estos se mantuvieran en el cuidado de los niños, mero al no especificarse por los juzgadores que los menores debían quedar bajo la tutela del Estado², el Gobierno decidió no separar a los menores. Destacando la singularidad de un juzgado de distrito que ordenó expedir un acta provisional, lo que se consideró inadecuado al invadir el juzgador la esfera del legislador en la medida de la inexistencia de esa figura en la ley.

El problema de inmediatez del reconocimiento de nacionalidad o de los documentos para el desplazamiento del menor al país de residencia de los padres de intención o comitentes, que se plantea de fondo es tanto para hijos de mexicanos o extranjeros que nacen en territorio nacional para el establecimiento de la debida filiación correspondiente, en los diversos estados de la

1. *Se adujo a la existencia de “mafia” detrás de la gestación por sustitución, citándose el caso de un extranjero con residencia en Nueva Zelanda que había celebrado acuerdos con cuatro mujeres, tres en Cancún (donde no hay regulación) y una en Tabasco, el cual mediante partos gemelares, había engendrado a ocho menores; contagio y abandono a mujeres y niños con el síndrome de inmunodeficiencia humana (SIDA); situación de parejas de setenta años o más –a las que se les ha entregado acta de nacimiento- que han verbalizado que la idea de incorporar al núcleo familiar a menores a tan avanzada edad es para que cuiden de ellos (asear, dar medicamentos).*

2. *La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Paradiso y Campanelli, sostuvo legítima la intervención de Italia que separó al menor de los padres de intención al declararlo en abandono por quien sufrió el parto, dándolo en adopción.*

república que regulan o no prohíben la gestación por sustitución; como para hijos de mexicanos que nacen fuera del territorio nacional y acuden a las representaciones consulares a tramitar el correspondiente reconocimiento de la filiación ya establecida en el extranjero a favor de los padres de intención o comitentes. La diversidad del panorama va depender de los principios de *iussanguinis*, *iussoli*, *mater semper certaest* o *paterisestquemnuptiaedemostrant*.

En el supuesto de los hijos de mexicanos que nacen en el extranjero o hijos de extranjeros que nacen en el territorio nacional mediante gestación por sustitución³, su inscripción y filiación correspondiente quedará al arbitrio, sospecha o incompreensión de la persona ante quien se presente el inicio del trámite, dependiendo de la documentación que se presente (sentencia judicial extranjera que declare la filiación intencional o certificado de nacimiento a favor de la gestante). El problema de apreciación de la autoridad no es menor, si, además, se agrega el modelo familiar en el que se procura al menor. La asociación civil Litigio Estratégico en Derechos Sexuales y Reproductivos (Ledeser, 2017), publicita dentro de sus logros en 2014 haber obtenido el primer pasaporte expedido en México por la secretaria de relaciones exteriores en favor de una familia lesbomaternal por reconocimiento de hijos. En 2015 el primer reconocimiento de hijos para una familia homoparental por gestación subrogada en México, pasaportes para hijos de familia lesbomaternal previamente negados por la secretaria de relaciones exteriores y haber organizado como actividad de capacitación el panel Gestación pos Sustitución Aspectos Internos y Transfronterizos en el aula magna de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas en la Ciudad de México. La Comisión Estatal de Derechos Humanos en Chihuahua informa que en 2017 emitió la recomendación 14/2017 a la Dirección del Registro Civil de ese Estado. Ante la negativa a registrar con el apellido de sus madres a sus dos hijos recién nacidos mediante inseminación artificial en la Ciudad de Chihuahua, quienes no pudieron ser inscritos al sector salud y a los servicios de seguridad social, se estimó acreditada

3.Conforme al artículo 30, inciso A, fracciones I, II y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son mexicanos por nacimiento los que nazcan en territorio nacional cual fuera la nacionalidad de los padres y los que nazcan en el extranjero siendo hijos de padres mexicanos por nacimiento o naturalización.

la violación al derecho de legalidad y seguridad jurídica a un matrimonio de mujeres, así como al derecho a la identidad y a la igualdad de los recién nacidos como hijos de familias lesbomaternales.

En el contexto internacional, en España, el 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo de España se pronunció, por primera vez, en un caso de gestación por sustitución internacional que involucra los derechos de dos menores y de un matrimonio conformado por dos personas de sexo masculino. La sentencia confirmó lo decidido en las instancias previas (cancelar la inscripción de nacimiento) y, consecuentemente, dejó a estos menores sin la nacionalidad española y sin los beneficios que devienen de su titularidad. Lo resuelto en esta sentencia fue luego confirmado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en un auto del 2 de febrero 2015, recurso núm. 245/2012 (Flores, 2014: 71-89). El Pleno recalcó que la sentencia protege el interés de los menores pues permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna mediante impugnación judicial y la formalización de las relaciones familiares de “*facto*” mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores (Durán, 2012: 268-269), instando al Ministerio Fiscal para que adoptara las medidas pertinentes, en el sentido indicado, para la protección de las niñas y niños.

En Francia, existen como referentes las sentencias emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos sobre los asuntos: *Mennesson y Labassee* de junio de 2014, *Foulon y Bouvet* de julio de 2016. En los cuatro supuestos uno de los padres de intención aportó su material genético; en los dos primeros se pedía la transcripción de la sentencia estadounidense que establecía la filiación del menor en relación con los comitentes, anulándose la inicial inscripción para posteriormente impedirseles jurisprudencialmente, la vía del reconocimiento y la adopción. La diferencia con los últimos dos, estriba en que se solicitada el establecimiento de la filiación del menor con los padres de intención por la vía de posesión de estado de hijo. Francia negó, anuló e impidió por todo medio administrativo y judicial el reconocimiento de la filiación derivada del acuerdo de gestación por sustitución establecida en el extranjero por violar el orden público internacional francés. La

Corte Europea de Derechos Humanos estimó que no se había violado el respeto a la vida familiar de los solicitantes en tanto que de hecho habían podido vivir como familia de *facto*, empero sí consideró violado el derecho a la vida privada de los menores por haberseles impedido en forma absoluta el establecimiento de la filiación con los padres de intención, máxime que por lo menos uno de ellos era el biológico.

En Alemania, en la sentencia de 10 de diciembre de 2014, el Tribunal Federal de Justicia (Bundesgerichtshof, 2014) anuló una decisión de un tribunal inferior, estableciendo que la sentencia del Estado de California que reconoce a una pareja homosexual como los padres legales de un niño nacido por gestación por sustitución en los Estados Unidos de Norteamérica debe ser reconocida en Alemania. Cabe destacar que esta decisión representa una desviación del anterior caso del Tribunal Federal (Lamm, 2016: 149-170), y se basó en las decisiones de los asuntos *Menesson* y *Labassee* de la Corte Europea de Derechos Humanos, considerando que no resultaba en el caso concreto contraria al orden público internacional alemán, destacando la importancia de una interpretación restrictiva del orden público respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes. En el citado caso fue determinante la aportación de material genético por parte de uno de los miembros de la pareja de varones (Durán, 2016), que la gestante no aportó su carga genética y que no existió conflicto entre la gestante y los padres de intención.

En relación a la motivación del tribunal alemán, existía un precedente en los Estados Unidos, donde existió el arrepentimiento de la gestante para entregar al menor, esta aportó el componente genético y el varón comitente aportó su carga genética. El asunto resuelto por la Suprema Corte de *New Jersey*, *case In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988) mejor conocido como el caso de "*Baby M*" (Silva, 2001). En la primera instancia (el juez Sorkow), declaró válido y ejecutable el contrato de gestación por sustitución, con la base de que era lo mejor para la menor se concedió la custodia exclusiva al padre comitente el señor Stern, separando a la gestante *Mary Beth Whitehead* y, patrocinó una orden de adopción a la señora Stern. El tribunal de alzada, la Corte Suprema de *New Jersey* (el 3 de febrero de 1988) considerando violadas las

leyes del Estado, confirma la concesión de la custodia al padre genético, revoca la declaración de la pérdida de los derechos maternos de la gestante, requiriendo al inferior a efecto de que determinara las modalidades de la convivencia entre esta y la menor (Richards, 2015).

En Italia, la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos en enero de 2017, hizo pública la sentencia del asunto *Paradiso y Campanelli*⁴; el tribunal estimó los ocho meses de convivencia con el menor como breves, aunado a la ausencia de vínculo genético y la inseguridad jurídica creada al traer los comitentes a Italia trasgrediendo las leyes de adopción y reproducción asistida del orden público internacional italiano, concluyendo así que no existió vida familiar de *facto* y no existió violación a la vida privada y familiar. Se realza que la distinción de los casos franceses era la no correspondencia genética de los comitentes; el objetivo no era la inscripción registral expedida en Rusia ni el reconocimiento de la filiación resultante, sino la declaración de desamparo del menor por parte de las autoridades italianas, siendo que el menor no era parte en el proceso debido a la separación de los comitentes y el acogimiento de la familia de adopción (Farnós, 2017).

En noviembre de 2015 en Colombia, la Corte Constitucional falló sobre una acción de tutela interpuesta por una pareja de hombres que en su momento no pudo registrar a sus dos hijos, nacidos en California, dando un plazo para que se adecuara el formato de los registros de nacimiento y que estos admitan a los hijos de parejas del mismo sexo (Lamm, 2016: 149-170).

4. Un matrimonio heterosexual recurre a la gestación por sustitución en Rusia, el menor fue inscrito en ese país como hijo del matrimonio. El consulado en Moscú expidió la documentación que permitió al niño viajar a Italia. La pareja intentó inscribir el nacimiento del infante en Colerorto pero la solicitud fue denegada. Posteriormente, al informar el Consulado que el expediente sobre el nacimiento contenía información falsa al no haberse informado el acuerdo de gestación, proceso ilegal en el Estado Italiano, se acusó a la pareja de alteración del estado civil y de incumplimiento de la legislación italiana internacional sobre adopción. El tribunal de Campobasso, conforme a la legislación italiana, declaró abandonado al menor al considerarse a la gestante como madre, considerando la inexistencia de filiación biológica (la prueba de paternidad había sido negativa, se había utilizado en vez del semen del señor Campanelli el de un donante) y el fraude a la ley, separó al menor, prohibió contacto y posibilidad de que los comitentes intervinieran en el proceso de adopción. Acogido el menor en una familia adoptiva se estableció en el correspondiente certificado que los padres eran desconocidos.

En Argentina de 2012 a 2016, se encuentran diversos casos de niños nacidos por gestación sustituta internacional: el de un matrimonio homosexual cuyos gemelos nacen en Rusia; una pareja no casada que celebró un acuerdo en la India utilizando un óvulo donado y espermatozoides de uno de ellos; la niña de una madre argentina y un padre español, ambos residentes españoles, que nació en la India y quien se encontró durante semanas en un limbo jurídico varada en ese país ante la negativa Española para otorgar los documentos de viaje (Lamm, 2016: 149-170).

En México, el caso de una pareja casada que recurre a la gestación por sustitución en la India, naciendo mellizos (Lamm, 2016: 149-170).

2. Identidad del menor y no agotamiento de instancias previas

En el caso de Tabasco, en relación con la negativa del registro del nacimiento de la menor fue ventilado previamente ante el fuero común (o ámbito local) correspondiente al Poder Judicial del Estado de Tabasco, ámbito en donde fue desechada la presentación de la demanda en el cuadernillo de desechamiento número 10/2017 del índice del Juzgado Tercero Familiar de Primera Instancia del Distrito Judicial del Centro, desconociéndose las causas sustantivas o procesales por las que no se dio entrada a la demanda y se dio trámite al correspondiente juicio, empero dicha documental fue glosada al juicio de amparo (Consejo de la Judicatura Federal, 2017).

En forma independiente y posterior, al tratarse de un acuerdo en virtud del cual la Dirección del Registro Civil del Estado de Tabasco negaba la expedición del acta de nacimiento de la menor, esto es, un acto administrativo emitido fuera de procedimiento, se promovió juicio de amparo indirecto del que conoce un juez de distrito, como órgano federal del sistema de control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad.

La Dirección General del Registro Civil del Estado de Tabasco y su Coordinación Jurídica, rindieron sus informes justificados en el sentido de que no declararon improcedente el registro de la mencionada infante, sino que solo se concretaron a manifestar las razones por las que resultaban incompetentes para asentar a la menor, nacida mediante el procedimiento de “gestación materna sustituta”, puesto que atendiendo a que

la transferencia embrionaria tuvo lugar el siete de abril de dos mil dieciséis, durante la vigencia de los artículos 380 bis, 380 bis 1, 380 bis 2, 380 bis 3, 380 bis 4, 380 bis 5, 380 bis 6 y 380 bis 7 del Código Civil del Estado de Tabasco, quien tenía legalmente esa potestad era el juez competente, a través de un procedimiento no contencioso de adopción plena, lo que no implicaba una orden para separar al peticionario de amparo de su menor hija, ni tampoco un desconocimiento de su paternidad y mucho menos la negativa de expedir el acta de nacimiento de la infante.

En lo que aquí interesa, los artículos en comento disponen los requisitos que deben cumplir las partes contratantes, entre otros: ser una pareja en matrimonio o concubinato (padre y madre); la “madre contratante” padecer imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; ser ciudadanos mexicanos, el asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena -con independencia de la aportación genética de los padres de intención-.

Por su parte, otras de las autoridades responsables, delegada de la secretaría de relaciones exteriores y titular del Poder Ejecutivo (gobernador constitucional del Estado de Tabasco), adujeron como causa de improcedencia del juicio de amparo: la falta de interés legítimo de los solicitantes en virtud de que no demostraron que la expedición y promulgación del decreto por el que se adiciona los artículos tachados de inconstitucionales le cause una afectación a su interés jurídico. Planteamiento a lo que el juez federal, evocando a un bloque de constitucionalidad, concluye en la sentencia textualmente:

(...) sí afectaba su derecho a la identidad y a ser registrada de manera inmediata a su nacimiento, debido a que los obligaba a agotar una instancia judicial previamente al registro de la infante, lo que no está previsto en la legislación constitucional y secundaria nacional, que regula lo relativo a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, ni en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte; en consecuencia el acuerdo reclamado sí lesiona el interés jurídico de los quejosos.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana y Europea de Derechos Humanos

ha referido en relación al ámbito de la vida privada. La existencia de un atributo personal para organizar la vida individual y social (Juan Chaparro y Lapo Fredy. Vs. Ecuador, 2007, párr. 52). Un espacio de respeto de la elección a las propias opciones y convicciones que le dan sentido a la existencia (Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr. 136) para definir las propias relaciones personales, esto es, establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior como elemento constitutivo de la identidad física y social; cuya protección efectiva permite ejercer la directriz personal sobre el futuro curso de los eventos relevantes para la calidad de vida de la persona (R.R. Vs. Polonia, 2011, párr. 197), en tanto que abarca la forma en que el individuo se ve asimismo y como decide proyectarse hacia los demás (Rosendo Cantú y otra Vs. México, 2010, párr. 119; Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr. 162; *Dudgeon* Vs. Reino Unido, 1981, párr. 41; X y Y Vs. Países Bajos, 1985, párr. 22; *Niemietz* Vs. Alemania, 1992, párr. 29; *Peck* Vs. Reino Unido, 2003, párr. 57; *Pretty* Vs. Reino Unido, 2002, párr. 61).

En segundo lugar, se ha estimado la protección del espectro de la vida privada, el principio del interés superior de la niñez y el deber de garantizar su supervivencia y desarrollo, están íntimamente relacionados con la protección de la vida familiar en la existencia de un menor y en la sociedad, con la adquisición y preservación de la identidad del menor: la nacionalidad y la protección de la organización y desarrollo de la familia (relaciones familiares), lo que impera a la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure* o de *facto* para que el menor establezca su filiación correspondiente con tendencia biológica en la medida de lo posible, ser cuidado por sus padres, ponderándose que el mejor interés del menor puede estar en la preservación de una filiación de estabilidad de relaciones familiares sin corresponder a la verdad biológica sabida o por indagar. Asimismo, en la condición de que una madre o unas madres o un padre o unos padres puedan registrar al menor sin distinción (igualdad) en virtud de las circunstancias de su nacimiento.

El esbozo que antecede, versa sobre una dialógica más que liberal, comunitaria.

En sentido genérico se puede afirmar que la trascrita conclusión del juzgador es congruente

con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana y Europea de Derechos Humanos.

Por su parte, en el ámbito de los sistemas de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana ha sostenido que a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual solo se protege el derecho de la vida familiar bajo el artículo 8, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria (Atala Riffo y Niñas Vs Chile, 2012, párr. 175), consecuentemente, se ha indicado que la protección de la familia es un derecho tan elemental que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas, por lo que existe obligación de favorecer de la manera más amplia el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar (Gelman Vs. Uruguay, 2011, párr. 125; Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr. 169; CIDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 66).

De relevancia emblemática, los asuntos *Menesson* y *Labassee*, ambos contra Francia, en los que por primera vez la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) se pronunció sobre el alcance y trascendencia del interés superior del menor en el establecimiento de la filiación de la gestación por sustitución, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo que sobre ese acto reproductivo pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor. Se consideró que denegar la inscripción de los menores en el Registro Civil francés vulnera el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma, máxime como cuando en la especie, los niños eran hijos biológicos de los padres. En su momento, la doctrina europea (Durán, 2014: 280-282) cuestionaba al Tribunal de Estrasburgo en el sentido de que era tácito que la condición que orientó la sentencia era la paternidad biológica de los padres de intención, empero, como es ahora la del caso mexicano ¿Que hubiera sucedido si no se hubiera aportado el material genético del padre de intención? ¿Podría en ese caso haber quedado reconocido como padre legal, accediendo como tal al Registro Civil sin necesidad de realizar ningún trámite intermedio como la adopción plena? En

el caso mexicano parece ser que el Registro Civil no se negaba que el padre de intención, aunque biológico, estableciera una filiación, sino que se le obligaba a recurrir a un trámite de adopción plena para inscribir una filiación civil adoptiva, lo que sí ocurrió en Francia puesto que se negó el acceso al registro civil a los padres de intención (donde solo el varón había aportado su carga genética) impidiéndoseles judicialmente, establecer la filiación por posesión de estado o por adopción.

3. Derecho a la identidad del menor, su acceso y tutela judicial efectiva a través de la instrumentalización de medidas cautelares

En el caso que nos ocupa, mediante el trámite por separado del juicio principal y a través de un procedimiento incidental, el juez de distrito concedió la suspensión del acto reclamado consistente en la negativa de expedir el acta de nacimiento de la menor *Rachel Mary Cyr*, ordenando en consecuencia expedir una en forma cautelar, lo que no fue concretamente solicitado por los demandantes por lo que la orientación instrumental de esa medida se entiende en forma tácita como la suplencia de la deficiencia en la pretensión de los solicitantes, que juzgador integró en base una "interpretación conforme" (Miranda, 2014: 69-80). No obstante, ante ese panorama, el registro civil solicitó una aclaración manifestando una incertidumbre e imposibilidad jurídicamente para cumplir al no existir en la legislación civil de Tabasco la figura jurídica de acta de nacimiento provisional, asimismo, se especificara los plazos y términos en que deberán estar sujetos las autoridades ante quienes se presente el acta de nacimiento para que informen al registro civil sobre un hipotético trámite.

El juez de distrito en aras de salvaguardar el principio de interés superior del menor precisó que se había concedido la suspensión:

(...) para que el Titular de la Dirección General del Registro Civil del Estado de Tabasco, registre y/o inscriba a la citada menor de edad, debiendo expedirle de manera gratuita, su primera copia certificada del acta de registro de nacimiento. Asimismo... deberá hacer una anotación marginal o hacer constar dentro del acta que ésta es de carácter provisional, imponiendo la obligación a que las autoridades, instituciones o dependencias

ante las que se presente ese documento, estarán forzadas a informar el trámite y motivo por el que se les exhibió, hasta en tanto se resuelve el fondo de este asunto; lo anterior, con la finalidad de salvaguardar derechos de un tercero y además que, de no hacerlo así, se dejaría en estado de indefensión a la infante, pues como se ha dicho el derecho a la identidad es un requisito sine que non para poder acceder a otros diversos, como son la salud, educación, entre otros.

Por otra parte, el juez de distrito abundó en que en ninguna parte se expresó que el acta debía ser provisional, sino que se tenía que registrar o inscribir inmediatamente a la menor. Esto, derivado del derecho humano de identidad y la obligatoriedad de ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. Aunado a ello, se ordenaba hacer una anotación marginal, lo cual no implica que el acta sea provisional, ni mucho menos pugna con la legislación civil aplicable, tan es así que el Reglamento del Registro Civil del Estado de Tabasco, faculta a realizar distintos tipos de anotaciones al margen de las actas; como precisamente se ordenó hacer en tanto que el registro o inscripción de la menor, deriva de una medida suspensiva que tiene vigencia hasta en tanto cause ejecutoria el juicio de amparo, quedando *subjudice* su validez posterior a que se resuelva mediante sentencia definitiva.

Por último, en relación a la solicitud de especificar los plazos o términos en los que deberán sujetarse las autoridades, instituciones o dependencias, que informarán a la directora del Registro Civil del Estado de Tabasco, la existencia de un hipotético trámite. El juez aclaró que se indicó a la autoridad responsable que no se estableció término o plazo alguno, pues será esta a la que, con base en a su legislación y atribuciones, corresponda imponerlos.

En esas condiciones, al estimar el juez que no se había dado cumplimiento a lo ordenado requirió para que en:

"...forma inmediata... dentro de las veinticuatro horas siguientes... sin que haya lugar a prórroga alguna, sirva dar cumplimiento a la medida cautelar; apercibida que, en caso de incumplimiento, se hará acreedora a una multa... Lo anterior, en el entendido que el desacato... podría dar

origen... a que este órgano jurisdiccional ordene que se dé vista al Ministerio Público por la probable comisión... del delito de desobediencia...”.

El hecho de que el juez de distrito hubiera ordenado mediante la suspensión provisional y en forma cautelar el registro del nacimiento de la menor en forma inmediata, implica que el juez ponderó e hizo valer varias circunstancias, entre ellas:

En el Código Civil del Estado de Tabasco, el legislador hizo derivar presunciones de filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a favor de la “madre contratante” y que era ella quien debía comparecer al registro civil. En ese panorama el juez tuvo que ponderar que al ordenar el registro y establecer la filiación del padre de intención con la menor, protegía el *ejercicio de la paternidad genética*, como libre elección del proyecto de una vida familiar monoparental con la vida futura de un menor.

Con el reconocimiento de ese modelo familiar, se protegió la *preservación de las relaciones familiares de facto* entre el padre de intención y la recién nacida, realidad social que se estimó correspondía a la identidad de la menor y que era merecedora de inmediato amparo, sin la necesidad de judicializar el reconocimiento de la filiación paternal por medio de la adopción, al tenerse el mismo resultado. Dicho de otra forma, el juzgador tuvo que evaluar la no afectación del interés social, el orden público, “la apariencia del buen derecho” Manríquez, (2010), y, en su caso de la molestia tolerable de la sensibilidad social sobre la adopción de un modelo de virtud personal que se considere válido (Nino, 1989: p. 423), para entonces ponderar, con independencia de la verdad biológica, si de acuerdo con las circunstancias del caso, sería perjudicial para el menor desprenderlo del contexto social y familiar en el que nació y podría crecer, en el que posiblemente se formará un sentimiento de apego y de identidad que eventualmente no puede disolverse sin afectar los deseos e intereses del niño (SCJN, tesis 1a. LXXII/2017, 586). Por otro lado, la realidad social puede llegar a configurar la personalidad del menor, por lo que alterar su esquema familiar podría resultar en una afectación al derecho a la identidad Barudy, (2010). En ese sentido destaca el asunto *Paradiso y Campanelli* contra Italia, en el que los padres de intención, una pareja heterosexual

que no había aportado su material genético, en el que la Corte Europea de Derechos Humanos estableció condena por no haber posibilitado vías para que los comitentes pudieran cuidar al niño que les fue separado y dado en adopción cuando se tuvo conocimiento de que había sido gestado por sustitución (Durán, 2014: 280-282).

4. Derecho a la identidad y su materialización definitiva frente a la omisión de parientes

En la sentencia definitiva se ordenó al Registro Civil realizar los trámites administrativos que se requieran para que se expidiera copia certificada del acta de nacimiento. La autoridad responsable solicitó la comparecencia personal del padre y la menor para que quedara en el acta de nacimiento: la impresión digital del menor, la firma del padre, los testigos y el Oficial del Registro Civil, los cuales no pueden omitirse en términos de dicho ordenamiento legal.

Ante la no presentación de los solicitantes; agotados todos los medios de notificación por estrados, vía electrónica y comunicación por medio del juez de distrito, incluso la manifestación expresa del representante legal de los demandantes de no presentarse y que el Registro Civil carece de medidas de apercibimiento legales para lograr la comparecencia referida. El juez de distrito consideró la imposibilidad para tener por cumplida la sentencia de amparo por causas imputables al padre de la menor, consecuentemente, conforme al procedimiento del juicio de amparo ordenó remitir el expediente al superior jerárquico, esto es, al Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo, del Décimo Circuito, con residencia en Villahermosa, Tabasco a efecto de iniciar procedimiento de ejecución de la sentencia de amparo. Hasta el 15 de agosto de 2018, fecha del último acuerdo administrativo, no se ha emitido resolución en el incidente en mención.

El cumplimiento de la sentencia de amparo, implica su ejecución con base en el interés superior del menor y el orden público. La jurisprudencia nacional previa a la emisión de la sentencia había reconocido la existencia de principios rectores en materia de filiación que necesariamente informan la regulación de acciones como la de investigación y reconocimiento de paternidad. Entre estos

principios se encuentran, la verdad biológica y la protección del interés del hijo (SCJN, Tesis: 1a. CCCXX/2014). El artículo 7, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra el derecho a conocer a sus padres en la medida de lo posible; asimismo, la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica (SCJN, Tesis: 1a. CCCXXI/2014). Lo que resulta relevante si se engarza con el criterio aislado de jurisprudencia recientemente publicado el pasado 17 de noviembre de 2017 que orienta en el sentido de que el permanecer en el desconocimiento de la verdad sobre su identidad de uno de los progenitores, es una afectación grave, ya que estaría incompleta su filiación, privándole de la oportunidad de la obtención de los satisfactores básicos derivados de la relación filial, aunado a que debe notarse que el hecho de que el niño tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica (STCMCTC, Tesis: III.2o.C.85 C).

5. Vida privada, familiar y la publicidad de los actos del estado civil de las personas

Como consecuencia de lo ordenado en la sentencia de fondo, realizar los trámites administrativos que se requieran para que se expida a los solicitantes copia certificada del acta de nacimiento, el juzgador precisó que en dicho documento no deberá contener anotación marginal, lo que es congruente con el respeto a la vida privada de la menor.

Por otra parte, el resolutor dedica un apartado en relación al *respeto de la vida privada y familiar* de los solicitantes, concluyendo:

(...) la transmisión del acuerdo de dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis, dictado por la Directora General del Registro Civil en el Estado de Tabasco... en el que se declaró improcedente la solicitud de registro de la menor... por parte de la Delegación de la Secretaría de Relaciones Exteriores a la embajada de los Estados Unidos de Norte América, sí afecta el interés jurídico de los peticionarios de amparo.

(...) la referida comunicación puede estimarse una intromisión al ámbito propio y reservado

de lo íntimo, que el quejoso deseaba mantener fuera del alcance de terceros o del conocimiento público, pues de otra manera él lo hubiese informado a su respectivo consulado.

En la misma la línea de argumentación judicial trascrita en el párrafo que precede, se debe tomar nota de que en forma cautelar se ordena expedir acta de nacimiento en favor de un menor, con la imposición de hacer anotación al margen en los siguientes términos:

(...) deberá hacer una anotación marginal o hacer constar dentro del acta que ésta es de carácter provisional, imponiendo la obligación a que las autoridades, instituciones o dependencias ante las que se presente ese documento, estarán forzadas a informar el trámite y motivo por el que se les exhibió, hasta en tanto se resuelve el fondo de este asunto; lo anterior, con la finalidad de salvaguardar derechos de un tercero y además que, de no hacerlo así, se dejaría en estado de indefensión a la infante, pues como se ha dicho el derecho a la identidad es un requisito sine que non para poder acceder a otros diversos, como son la salud, educación, entre otros.

Posteriormente a la expedición del acta de nacimiento en los anteriores términos, la representante legal de los quejosos solicitó se requiriera a la autoridad registral para que modificara la anotación marginal realizada. A lo que el juez accedió y ordenó:

(...) como lo solicita la promovente se requiere a la Dirección del Registro Civil del Estado de Tabasco, para que corrija la anotación marginal contenida en el acta de nacimiento... en virtud que en la aclaración de la suspensión definitiva se le indicó que el acta en comento no debía ser de carácter provisional, sino que tal registro deriva de una medida suspensiva en términos del numeral citado y su vigencia iniciaba desde la expedición del acta de nacimiento hasta en tanto cause ejecutoria el juicio de amparo del que deriva la presente incidencia, quedando subjudice su validez posterior a que se resuelva mediante sentencia ejecutoriada.

Ha de resaltarse el acierto del resolutor para otorgar en forma cautelar el registro del

menor. En este punto, la Corte Europea en el caso *Menesson y Labassee* sostuvo que la falta de reconocimiento en la legislación francesa de filiación entre los menores con sus padres de intención afecta necesariamente a su vida familiar; consideró que el Consejo de Europa en su informe de 2009 sobre la revisión de leyes de bioética enfatizó que de hecho, la vida de las familias es más complicada en ausencia de la transcripción, debido a las formalidades que deben cumplirse en relación con ciertos acontecimientos en la vida. También se estimó, que debe tenerse en cuenta el hecho de que está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas cuando se trata de la relación jurídica entre padres e hijos (filiación). Por lo tanto, es necesario reducir el margen de apreciación otorgado al Estado y lograr un equilibrio justo entre el interés de la comunidad para garantizar que sus miembros cumplan con la elección democrática dentro de ella, incluido el interés superior de los niños, para disfrutar plenamente de los derechos al respeto de la vida privada y familiar.

En ese tenor, si el menor tiene derecho a ser registrado de forma inmediata al nacimiento como forma instrumental y garantía de acceso a su identidad y ello es una zona infranqueable, entonces surgen cuestionamientos como ¿lo que estaba *subjudice* era la existencia de su registro o la filiación respecto del padre de intención? Si el juzgador ponderó la anotación marginal como intromisión a la vida privada y familiar en aras de salvaguardar derechos de terceros ¿orientó esa ponderación con base al interés superior del menor?, considerando que ordenar la anotación marginal sobre el origen del registro del nacimiento de un menor y su validez subordinada, para dejarlo al arbitrio, sospecha o incompreensión de la persona ante quien se presente el inicio de un trámite para el acceso al menor de servicios de educación, salud o el registro del nacimiento del menor o expedición de un pasaporte en otro país ¿lo deja en estado de indefensión? ¿Qué hace distinto comunicar la denegación de un acto de estado civil del menor a otro país o hacer público mediante una anotación marginal el origen y vigencia de una certificación registral de nacimiento? ¿Sería más grave la intromisión al ámbito de lo propio a la reserva de lo íntimo, ya que el alcance es mayor al ser público a donde quiera que se presente el documento?

6. El interés del menor, el registro de la filiación de intención y el orden público del Estado de Tabasco y el diverso Nacional

6.1. Alusión a métodos expresos y no expresos en la ley para el registro de la filiación biológica.

Aunque no se tiene la certeza de que todas las afirmaciones que expuso el Coordinador Jurídico de la Dirección General del Registro Civil del Estado de Tabasco en medios de comunicación, fueran alegadas y debidamente probadas en juicio, lo cierto es que el Gobierno centró la constitucionalidad del acto reclamado, la negativa, en la falta de facultades que la ley le otorgaba para registrar al menor; puesto que el asiento registral debía hacerse conforme a la reforma vigente al momento del nacimiento de la menor, mediante un juicio previo de adopción plena. Cabe destacar que el juez de distrito hizo pronunciamiento en relación a la intención (teleología) del legislador, la relación del menor con la gestante, el interés del menor y del padre de intención.

Lo singular es que el juzgador no solo define que en el presente caso la ley aplicable era la anterior a la reforma; además advierte que la ley anterior vigente a la firma del contrato colocaba aparentemente a la menor en la misma circunstancia de tener que agotar un procedimiento de adopción para asentar el registro de su nacimiento, por lo que en un ejercicio de “interpretación conforme” analiza la teleología de la norma y concluye que existe un error en la redacción de la ley y por tanto, no procedía que la menor acudiera al trámite de la adopción en tanto que la filiación podía establecerse mediante el reconocimiento voluntario del padre de intención en la partida de nacimiento ante el Registro Civil. Finalmente, el juzgador hace referencia tácita a un principio de igualdad del menor independientemente de las circunstancias del nacimiento y a una atenuación o “efecto mitigado del orden público” al declarar que en el ordenamiento civil no se encontraba inmerso dispositivo alguno que contenga la prohibición de realizar el asentamiento de un menor a quien demuestre ser su padre biológico. Lo que cobra relevancia, puesto que en el mismo tenor, en el caso *Menesson y Labassee* contra Francia, los solicitantes invitan a la Corte a seguir el mismo razonamiento que en los juicios *Pla y Puncernau* contra Andorra y, *Wagner* contra Luxemburgo, en

relación al principio de la igualdad de las filiaciones sobre las circunstancias del nacimiento (adopción internacional), *Mazurek* contra Francia en la que se consideró que “no se puede culpar al niño adúltero por hechos que no le son imputables”.

El razonamiento para estimar la finalidad de la norma y el error de redacción en la ley, estribó en que el Código Civil de Tabasco distingue entre madre subrogada y madre sustituta, la diferencia es que la primera aporta componente genético y el gestante, la segunda solo el gestante. En esas condiciones la ley vigente a la firma del contrato de gestación por sustitución disponía que para que la adopción plena tuviera lugar se requería entre otros supuestos, que el menor sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción; concluyendo que la palabra “sustituta” no puede tenerse más que como un error legislativo, ya que del ordenamiento sustantivo civil se desprendería que la adopción plena solo es necesaria para los casos de madre subrogada, es decir aquella que aporta material genético y, por tanto, es la madre biológica del menor, ya que la entrega del recién nacido a la madre contratante implica renuncia de derechos y la destrucción legal del vínculo natural que existe entre la madre que aporta material genético y el infante.

Con reserva ha de cuestionarse, si la resolución judicial fue necesariamente omisa ante la ausencia de la actividad contenciosa de las autoridades llamadas a juicio o, debidamente contenida con relación a un exceso de actividad judicial Osuna (2015); Gutiérrez (2016) y respetuosa de las relaciones familiares de *facto* e intimidad para que no sean conocidos por terceros ciertos aspectos de su vida privada, ello al omitir las presunciones del parto y, no orientar el interés superior del niño para establecer la integración total de la verdad biológica para conocer, en la medida de lo posible, la correspondencia gamética del óvulo fecundado o la desvinculación de la maternidad biológica de la gestante.

Sobre esta cuestión, la parentalidad genética ordinariamente se integra al menos por dos individuos (gameto masculino y femenino) o tres, cuando la tercera persona (mujer) aporta el ADN mitocondrial. En la especie, no fue controvertida

por las autoridades llamadas a juicio el resultado de la prueba de exclusión de paternidad realizada por un laboratorio privado. Tampoco se instó para descartar que efectivamente la gestante no hubiera aportado su carga genética con la intención de que el menor, en la medida de lo posible, conociera sus orígenes genéticos, en atención a que jurisprudencia nacional ha integrado que la identidad es un derecho del hijo y no una facultad de los padres para hacerlo posible y; que permanecer en el desconocimiento de la verdad sobre su identidad de uno de los progenitores, es una afectación grave, ya que estaría incompleta su filiación, privándole de la oportunidad de la obtención de los satisfactores básicos derivados de la relación filial, aunado a que debe notarse que el hecho de que el niño tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, que incluso traer instrumentalmente beneficios en la salud (prevención y tratamiento de enfermedades) o sucesorios (en relación al padre de intención que no aporta su carga genética).

En el mismo sentido se ha estimado que recibir información sobre el origen biológico, trae en beneficio del menor en su derecho a la salud, en su vertiente de prevención y tratamiento (Durán, 2014: 280-282), incluso sucesorios como lo señala la sentencia *Mennesson y Labassee*.

6.2. Orden público, carga ideológica de la maternidad y finalidad del legislador

Finalmente, el juzgador hace referencia a la ponderación que hace entre el interés del menor y el orden público en relación a cierto grado de maternidad en la gestación, la legitimación del legislador para impedir el tráfico de infantes y la manipulación genética en la siguiente conclusión:

(...) Ahora, el suscrito juzgador no pasa por alto que si bien es cierto durante la gestación se forman lazos sentimentales entre el menor con la madre gestante, así como el hecho de que la reforma al Código Civil tiene como finalidad la de impedir que se comercialice con la vida humana, ya que no puede ser objeto de transacción y garantizar el compromiso ético y social de poner límites sobre la manipulación científica de la naturaleza, pues

su propósito debe ser sólo el de facilitar la vida del ser humano como núcleo esencial del tejido social; no menos cierto es que no por eso puede permitirse la aplicación de las disposiciones reformadas; pues en toda caso, la legislación antes de la modificación prevé procedimientos para la protección y solución jurídica de cualquier conflicto o protección.

Que en el fallo se aluda a la *atribución de cierto grado de maternidad a la gestante*, evidencia la carga ideológica que sopesó el juzgador en relación al orden público con el interés superior del menor. La doctrina preponderante se ha encaminado en denominar al acto de reproducción en cuestión como gestación por sustitución, empero, ha de decirse, que ha existido una cuestión ideológica al respecto de la correcta terminología. Por una parte, se sostiene que frente al acto reproductivo interpelado existe la disociación de la maternidad, considerando que no es madre ni la gestante ni quien dona el óvulo o el ADN mitocondrial sino con exclusividad la madre de intención quien es la que tiene la voluntad procreativa Lamm (2013). Por otro lado, se considera que la maternidad se extiende y se tienen varios grados de maternidad con relación al papel que se desempeña, incluso se habla de una “maternidad masculina” Suarez (2011) que considera que la maternidad como experiencia humana no es exclusivamente del sexo femenino.

En la línea de la extensión de la maternidad, puede citarse el caso “*Baby M*”, en el que la Suprema Corte de *New Jersey* declaró nulo el contrato de gestación por sustitución por ilícito, entre otras, no preveía la cláusula del asesoramiento y; estaba basado en el pago de dinero. El tribunal *Ad Quem*, hace una reflexión en relación al consentimiento nulo e irrelevante de *Mary Beth Whitehead*, viciado por las condiciones económicas y culturales, concluyendo desde entonces con una frase que *Michael Sandel* popularizara: “hay cosas que el dinero no puede comprar” en atención a que una conducta “voluntaria” comprada con dinero no significa que sea buena ni que estuviera más allá del orden público. Finalmente, el tribunal de apelación, confirma la concesión de la custodia al padre genético, revoca la declaración de la pérdida de los derechos maternos de la madre genética (gestante) dictada por el *A quo*, requiriendo al inferior a efecto de que determinara las modalidades de la convivencia entre la menor y esta última (*Richards*, 2015). El caso en mención constituye el primer paso de reflexión ética y jurídica, no solo en el sistema

jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica, sino en el mundo entero, puesto que allí se pone de manifiesto la necesidad de replantear y cuestionar las normas vigentes en materia de filiación derivada de contratos de gestación por sustitución.

Lo anterior redundante en afirmar en forma ecléctica tanto la disociación como la extensión de la parentalidad en lo que se ha denominado por *Maurice Godelier* como la “metaformosis del parentesco” en donde la “sexualidad reproducción” tiene un sentido social y las relaciones que se establecen entre miembros de los mismos grupos de filiación en sí mismas no significan nada, pues son otros los elementos que las determinan y las hacen significantes (Vinatea, 2012: 225-247). Así, en la opinión de Buxo Rey (2004), es conveniente aceptar de manera flexible modelos de parejas de relación, procreación y adopción, al igual que la monoparentalidad es adecuada para hombres y mujeres, donde no son relevantes la edad, identidad sexual, número de miembros, vocación, altruismo, sino la voluntad y ternura de ser padre o madre. Al final, las denominaciones son lo mismo y no lo son, son las voces de distintos interlocutores definiendo un mismo objeto (Lazcoz, 2016).

CONCLUSIONES

El acta de nacimiento o certificación registral que se expida basada en la sentencia del juicio de amparo (sosteniéndose la constitucionalidad del acto por la autoridad *versus* la pretensión de los solicitantes) en relación al registro inmediato de un menor con inmediatez a su nacimiento sin agotar instancias judiciales previas, no será reflejo secundario de una diversa resolución judicial del fuero común (juzgado familiar) como mera formalización de un procedimiento de adopción plena, donde no existe una contienda entre partes.

En forma expresa en la resolución judicial, mediante una interpretación conforme, se delimitó el perímetro material del interés superior del menor en comunidad con una paternidad de intención derivada de un contrato de gestación por sustitución y el orden público, considerándose que es violatorio del derecho a la identidad del menor impedir la realización del asentamiento del registro del nacimiento de un menor por quien demuestre ser su padre biológico mediante la obligación de instar un juicio previo no contencioso de adopción plena;

no obstante que durante la gestación se forman lazos sentimentales entre el menor con la madre gestante, así como el hecho de que el legislador tenga como finalidad la de impedir que se comercialice con la vida humana y la manipulación científica de la naturaleza.

En forma tácita, la resolución judicial valora que formal y materialmente no existió: (i). Alguna vulneración del interés del menor o de la mujer gestante; (ii). Vicio en el contrato como la obtención del consentimiento incurriendo en error, dolo o violencia o incapacidad natural o; (iii) Existencia de noticia en relación a que se hubiera ejercitado facultad de revocación del consentimiento sin haberse reconocido. Lo anterior, considerando que el juez tuvo a la vista el contrato denominado “de gestación materna sustituta” y que fueron llamadas a juicio no solo las autoridades señaladas como responsables, además el Ministerio Público Federal, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, la Procuraduría Estatal de Protección de la Familia y Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de Tabasco y la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Tabasco, cuya misión se enfoca en la persecución de los delitos y la protección de derechos humanos.

En ese contexto, la decisión del juez de distrito constituye la extensión de la delimitación perimetral del derecho a la identidad en el

sentido de que va más allá del discurso Europeo e Interamericano de derechos humanos que han definido ilegítima la intervención a la vida privada del menor impedir el establecimiento de su filiación correspondiente que ha definido como mínimo el acceso al registro de la realidad biológica y en su caso la realidad social de un menor mediante el reconocimiento, adopción o posesión de estado de hijo. La decisión del tribunal mexicano implica en forma expresa la extensión de esa frontera, siendo más garantista y; en forma implícita orientar la política pública a un nuevo mínimo exigible. En ese sentido el Estado de Tabasco deberá considerar al menos administrativamente, con independencia de las circunstancias de nacimiento: *primero*, hacer inscribir la filiación de un menor por quien acredite la parentalidad biológica lisa y llanamente o por reconocimiento y; *segundo*, sin imponer un previo juicio de adopción plena, facilitar la igualdad registral entre hombres y mujeres que acrediten la parentela genética con independencia de modelos familiares. Patente está, que en el caso concreto existió un control de Derecho por parte de órgano del poder judicial de la federación como titular del control concentrado de constitucionalidad, sobre un acto del estado civil, cuyo ámbito de competencia originalmente corresponde al fuero común (juzgados familiares de las entidades federativas), en la que frente a una eventualidad concreta se interpretó el campo de aplicación del principio del interés superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA

- Arudy, J. (2010). *“Los buenos tratos y la resiliencia infantil en la prevención de los trastornos del comportamiento”*. Fundación Internacional O’ Belén. Recuperado de <https://www.obelen.es/upload/383D.pdf>.
- Bundesgerichtshof Beschluss (Tribunal Federal Alemán). (2014). XII ZB 463/13, Recuperado de <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>.
- Buxó, M. (2004). *“Familia en plural. Reinventar la Familia. VI Jornada del Centre Alberto Campo*. Barcelona: Edición CRIPS.
- Comisión Estatal de Derechos Humanos de Chihuahua CEDHC. (2017). Gaceta Edición Enero-Abril 2017. Recuperado de: <http://www.cedhchihuahua.org.mx/portal/Gaceta/2017/enero-abril-web.pdf>.
- Consejo de la Judicatura Federal. (2017). Lista de acuerdos publicada el 23 de febrero de 2017 en los estrados del Juzgado Segundo de Distrito, Villahermosa, Tabasco, de Poder Judicial de la Federación. Recuperado de <http://sise.cjf.gob.mx/SiseInternet/Actuaria/VerAcuerdo.aspx?listaAcOrd=39&listaCatOrg=517&listaNeun=20287862&listaAsuId=1&listaExped=53/2017&listaFAuto=21/02/2017&listaFPublicacion=23/02/2017>.
- Corte Europea de Derechos Humanos. (1992). *Niemietz Vs. Alemania*. Sentencia de 16 de diciembre de 1992, (No. 13710/88), Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62344>.
- ----- (2002). *Pretty* contra Reino Unido. Sentencia de 29 de abril de 2002, (No. 2346/02). Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-65003>.
- ----- (2003). *Peck* contra Reino Unido. Sentencia de 28 de abril de 2003, (No. 44647/98). Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-65455>
- ----- (2011). *R.R.* contra Polonia. Sentencia del 26 de mayo de 2011, (No. 27617/04). Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104911>.
- ----- (2012). *Dudgeon* contra Reino Unido. Sentencia de 24 de febrero de 1983, (No. 7525/76). Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62030>.
- ----- (1985). *X y Y* contra Países Bajos. Sentencia de 26 de marzo de 1985, (No. 8978/80). Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62162>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.
- ----- (2007). Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez. Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.
- ----- (2010). Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.
- ----- (2011). Gelman Vs Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.
- ----- (2012). Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- Durán, A. (2012). El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los

casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. *Anuario español de Derecho internacional privado*, 12, 265 - 308.

- ----- (2014). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11). Interés superior del menor y gestación por sustitución. *Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, 2 (2), 280 - 282.
- Durángo, A. (2016). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. *Bitácora Millennium DIPr*, 1 (2), 1 - 16.
- Farnós, E. (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho. *Revista de Bioética y Derecho*, (40), 231-242. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/783/78351101017/>.
- Flores, J. (2014). Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico europeo. *Revista de Derecho Privado*, (27), 71-89. ISSN 0123-4366.
- Gutiérrez, A. (2016). *El amparo estructural de los derechos* (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Recuperado de: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/676669/gutierrez_beltran_andres_mauricio.pdf?sequence=1.
- Hernández, P. (2017). Tabasco, el viacrucis de la maternidad subrogada. Recuperado de: <http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/tabasco-el-viacrucis-de-la-maternidad-subrogada.html>.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. España: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Lamm, E., y Rubaja, N. (2016). Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global. *Revista de Bioética y Derecho* (37).
- Lazcoz, G. (2016). *Construyendo un diálogo: gestación por sustitución*, Promoción del Master en Derecho Sanitario. Madrid: Universidad de San Pablo.
- Ledeser. (2017). Litigio Estratégico en Derechos Sexuales y Reproductivos. Recuperado de <https://ledeser.org/quienes-somos>
- Manríquez, C. (2010). La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo mexicano. *Revista Del Instituto De La Judicatura Federal*, (10), 153 - 178. Recuperado de https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/10/10_7.pdf.
- Miranda, A., y Rodríguez, P. (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Revista Opinión Jurídica*, 13, (26), 69-80. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a05.pdf>.
- Nino, C. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia, de Justicia constitucional y derechos fundamentales. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4504/7.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2014). Filiación. forma en que operan los principios rectores en la materia aplicados a casos concretos. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo I, 578.
- ----- (2014a). Filiación. alcances y límites del principio de verdad biológica. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional, Civil, 577.

- -----.(2017). Principio del mantenimiento del menor en la familia biológica. evaluación de la consolidación de una realidad social distinta a la biológica. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 43, junio de 2017, Tomo I, 586.
- Reinoso, F. (2009). Foro de Conveniencia, Derecho de Conveniencia y Nulidad. *Revista de Derecho UNED*, (4). Recuperado de: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10974/10502>.
- Reyes, J. (2017). Corte atrae caso de vientres rentados. *Excelsior*. Recuperado de: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/03/05/1150193>.
- Richards, E. (2015). "First Surrogacy Case - In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988)". Louisiana: LSU Law Center. Recuperado de http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm
- Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Tercer Circuito (STCMCTC). (2017). Prueba pericial en genética. si el infante se opone a su admisión, aduciendo transgresión a sus derechos a la dignidad humana y a la intimidad, y ello origina una colisión entre derechos que pretenden tutelar el interés superior del niño, debe priorizarse su derecho a conocer su identidad biológica sobre éstos. *Semanario Judicial de la Federación*, viernes 17 de noviembre de 2017.
- Silva, P. (2001). Baby M y el Contrato de Maternidad Subrogada, Sustituta o Suplente. *Boletín del Ministerio de Justicia, España*, (1503), 38-76. Recuperado de http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344065158?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1988_1503.pdf&blobheadervalue2=1288777293577.
- Suarez, J. (2011). *La maternidad masculina y otros ensayos sobre la igualdad entre mujeres y hombres desde otro punto de vista*. España: Dykinson.
- Televisa. (2017). Tabasco niega acta de nacimiento a 11 bebés gestados en vientres de alquiler. Recuperado de: <http://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/estados/2017-02-21/tabasco-niega-acta-nacimiento-11-bebes-gestados-vientres-alquiler/>.
- Vinatea, E. (2012). Maurice Godelier. Elogio y defensa de la antropología. *Papers Revista de Sociología*, 97, (1), 225-247.

**LE TRAITEMENT PENAL DE LA DELINQUANCE
DES MINEURS : LE STATU QUO CONTESTABLE
DU LEGISLATEUR PENAL CAMEROUNAIS***

**EL TRATAMIENTO PENAL DE LA DELINCUENCIA
JUVENIL: EL CUESTIONABLE STATU QUO DEL
LEGISLADOR PENAL CAMERUNES**

**THE CRIMINAL POINT OF VIEW OF JUVENILE
DELINQUENCY: THE DUBIOUS STATUS QUO OF
CAMEROONIAN PENAL LEGISLATOR**

**O TRATAMENTO PENAL DA DELINQUENCIA
JUVENIL: O STATUS QUESTIONAVEL DO
LEGISLADOR PENAL CAMARONES**

Dr. NKOA François Nestor Patrice^a

nkoapatrice@yahoo.fr

Fecha de recepción: septiembre 04 de 2018

Fecha de revisión: septiembre 24 de 2018

Fecha de aceptación: octubre 08 de 2018

RÉSUMÉ

Les travaux de révision intervenus au travers de la loi n° 2016/007 ont été guidés par la nécessité d'adapter la loi aux mutations sociales et assurer l'équilibre entre l'efficacité et la garantie des droits individuels. Au regard de l'évolution du monde, les besoins et exigences de la société nécessitent un droit pénal modernisé, qui soit précis, cohérent et simple. Seulement, les changements apportés au texte sont limités.

Nous pouvons déplorer le fait que l'article 80 portant sur la minorité n'a pas été touché par la révision du code. Il est commode, il est même courant d'affirmer que la délinquance des mineurs donne trop souvent lieu à un débat idéologique au mauvais sens du terme, où les jugements ne sont pas confrontés au réel. Si la délinquance des mineurs n'est pas un phénomène nouveau, la situation actuelle est réellement préoccupante, parce que cette délinquance s'est massifiée, qu'elle est plus violente et concerne des mineurs plus

Para citar este artículo:

Patrice, F. (2019). Le traitement pénal de la délinquance des mineurs : Le statu quo contestable du législateur pénal camerounais. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 97 -112.

* Artículo de reflexión

a. Docteur en droit privé, Ph.D, Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II-SOA (Cameroun).

jeunes. Les mineurs délinquants ont souvent des personnalités fragiles, peu construites: « délinquance par absence d'être ». Leurs victimes sont souvent elles-mêmes des mineurs. La justice apporte bel et bien des « réponses » à la délinquance des mineurs, mais ces réponses ne font pas sens parce qu'elles interviennent trop tardivement, parce qu'éducation et sanction sont généralement dissociées. Notre arsenal législatif n'est pourtant pas inexistant pour sanctionner les mineurs ou ceux qui les utilisent, pour exercer une contrainte sur les parents défaillants... Mais, comme en d'autres matières, les règles ne semblent faites que pour n'être pas utilisées, chacun prenant dans la loi ce qui lui paraît acceptable au regard de ses propres conceptions.

Il existe un anachronisme entre les dispositions de l'article 80 du code pénal et l'évolution actuelle de la délinquance des mineurs. Ces changements de mentalité et de comportements des mineurs, sont souvent inspirés ou amplifiés par les technologies de l'information et de la communication.

MOTS CLÉS

Juridiction des mineurs, délinquance juvénile, droit pénal des mineurs, législation, sanctions éducatives, seuils d'âge

RESUMEN

Los trabajos de revisión realizados mediante la Ley N°2016/007, fueron adelantados por la necesidad de adaptar la normatividad a los cambios sociales y asegurar el equilibrio entre la eficiencia y la garantía de los derechos individuales. A la luz de la evolución del mundo, las necesidades y exigencias de la sociedad requieren un Derecho penal modernizado que sea preciso, coherente y sencillo; sin embargo, los cambios hechos al texto son limitados.

Podemos deplorar el hecho de que el artículo 80, referente a la minoría de edad, no haya sido incluido en la revisión del código. Es cómodo y hasta corriente afirmar que la delincuencia de los menores, muy a menudo, da lugar a un debate, en el mal sentido del término, donde los juicios no confrontados con la verdad.

Si la delincuencia de menores no es un fenómeno nuevo, la situación actual es realmente

preocupante, pues esta se ha masificado, es más violenta e involucra menores más jóvenes. Los menores delincuentes tienen a menudo personalidades frágiles, poco construidas: "delincuencia por ausencia de ser". Sus víctimas son, en la mayoría de los casos, los propios menores. La justicia da "respuestas" a la delincuencia de menores, pero estas no tienen sentido ya que intervienen tarde y también porque educación y sanción están dissociadas. Sin embargo, nuestro arsenal legislativo no es inexistente para sancionar a los menores o a quienes los utilizan, para ejercer una presión sobre los padres que no asumen su autoridad. Pero, al igual que en otras materias, las reglas no parecen elaboradas para ser utilizadas, pues cada uno escoge de la ley lo que le parece aceptable según sus propias concepciones.

Existe un anacronismo entre las disposiciones del artículo 80 del Código Penal y la evolución actual de la delincuencia de menores. Estos cambios de mentalidad y comportamiento de los menores son a menudo inspirados o amplificados por las tecnologías de la información y comunicación.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción juvenil; delincuencia juvenil; derecho penal juvenil; legislación; sanciones educativas; umbrales de edad.

ABSTRACT

The revision works done through Law N° 2016/007 were developed because of the necessity to adapt normativity to social changes and to assure balance between efficiency and the safeguarding of individual rights. In the light of world evolution, the needs and demands of society require a modernized, accurate, consistent and simple Criminal Law, however the changes made to the Law are limited.

We can deplore the fact that article 80 regarding underage status has not been included in the revision of the legislation. It is convenient and even common to affirm that youth criminality, very often results in a debate in a negative sense where judgments are not being confronted with the truth.

If juvenile delinquency is not a new phenomenon the current situation is really disturbing because it has become massive, is more violent and involves younger minors. Juvenile delinquents often have frail, scantily built personalities: “delinquency because of absence of being”. Its victims are, in most cases, minors themselves. Justice gives “answers” to youth criminality, but these make no sense since it takes action too late and also because education and penalty are dissociated. Nevertheless, our legislative arsenal is not nil to punish minors or to whom use them to exercise pressure on parents who do not assume their authority. But, as well as in other matters, rules do not seem to have been elaborated to be used because each person chooses from the law what he or she finds acceptable according to his or her understandings.

There is an anachronism between the dispositions of the article 80 of the Criminal Code and the current evolution of juvenile delinquency. These changes of mentality and behaviour of minors are often inspired or amplified by information and communication technologies.

KEY WORDS

Juvenile jurisdiction, juvenile delinquency, juvenile criminal law, legislation, educational sanctions, age thresholds

RESUMO

Os trabalhos de revisão realizados pela Lei nº 2016/007 avançaram pela necessidade de adequar a regulamentação às mudanças sociais e garantir o equilíbrio entre eficiência e garantia dos direitos individuais. À luz da evolução do mundo, as necessidades e demandas da sociedade exigem uma lei criminal modernizada que seja precisa, coerente e simples; no entanto, as alterações feitas no texto são limitadas.

Deplorar que o artigo 80, relativo à minoridade, não tenha sido incluído na revisão do código. É confortável e até atual afirmar que a delinquência de menores, muitas vezes, leva a um debate, no mal sentido do termo, em que as provações não são confrontadas com a verdade.

Se a delinquência juvenil não é um fenômeno novo, a situação atual é realmente preocupante, pois se tornou mais difundida, é mais violenta

e envolve crianças mais novas. Os infratores menores geralmente têm personalidades frágeis e pouco construídas: «delinquência devido à ausência de ser». Suas vítimas são, na maioria dos casos, os próprios menores. A justiça dá «respostas» à delinquência juvenil, mas isso não faz sentido, uma vez que elas intervêm tarde e também porque a educação e as sanções são dissociadas. No entanto, nosso arsenal legislativo não é inexistente para sancionar menores ou aqueles que os usam, para pressionar os pais que não assumem sua autoridade. Mas, como em outros assuntos, as regras não parecem elaboradas para serem usadas, porque cada um escolhe da lei o que parece aceitável para ele de acordo com suas próprias concepções.

Há um anacronismo entre as disposições do artigo 80 do Código Penal e a evolução atual da delinquência juvenil. Essas mudanças de mentalidade e comportamento das crianças são frequentemente inspiradas ou amplificadas pelas tecnologias de informação e comunicação.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição juvenil; delinquência juvenil; direito penal juvenil; legislação; sanções educacionais; limiares de idade.

INTRODUCTION

Depuis toujours, dans toute société, même les plus archaïques, quel que soit le système juridique dans lequel on se trouve, la délinquance des mineurs a toujours été traitée avec une réponse pénale spécifique. Cette particularité s’est aussi révélée même lorsque le mineur n’était pas titulaire de droits. En réponse à cette délinquance des mineurs, toujours en évolution, étroitement liée à l’état du moment de la société, la politique criminelle¹ en direction des jeunes oscille entre une réponse pénale plus ou moins ferme, mais elle conserve toujours une préoccupation éducative. La justice des mineurs reflète ainsi et toujours la place de l’enfant dans la société². S’il

1. La politique criminelle étant ici la connaissance des moyens que peut trouver le législateur selon la disposition spéciale des Etats pour empêcher les délits et protéger le droit naturel de ses sujets.

2. Dans une allocution, COMBY Bernard rappelait que compte tenu de la fragilité de l’enfant et surtout de sa dépendance au monde qui l’entoure, la responsabilité de l’adulte et de la société est lourde de conséquences pour son avenir. Ainsi, quelles que soient ses potentialités, l’influence de son environnement social,

ne fait point de contestation que le système répressif revendique l'étiquette du libéralisme, en revanche, l'économie générale de sa législation pénale nous invite à une plus grande prudence dans l'analyse des options de la politique pénale camerounaise. Il n'est donc pas inutile de rappeler que les politiques publiques en matière pénale au Cameroun ont évolué tout en s'articulant sur le modèle français, dont l'édification s'est faite autour de logiques opposées³. D'un côté la logique de l'État dont le corollaire est la dynamique de l'ordre et l'autre, la logique de l'être humain ayant pour corollaire pour reprendre un auteur la dynamique de la liberté⁴. C'est dans cette perspective que certains systèmes pénaux se sont ouverts au consensus suivant lequel, dans la mobilisation du *ius puniendi*⁵, un constant équilibre doit être recherché entre les impératifs de répression et la prise en compte de la dimension humaine du justiciable ayant enfreint la norme pénale⁶.

La légitimation théorique d'une peine imposée à quelqu'un pour ce qu'il est, n'est pas admissible ; elle n'est admissible que pour ce qu'il a fait. Dans cette lancée, le droit pénal a hérité des principes résultant du droit pénal moderne, tel que l'a énoncé la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789⁷ inspirée par la pensée de Cesare Beccaria⁸. S'il est admis que le droit pénal doit

effectivement punir tous les types de délinquance, de la délinquance bénigne au crime le plus grave, il faut dès lors reconnaître que le droit pénal vise selon le Doyen MINKOA SHE à atteindre un idéal d'humanité, de liberté et de justice⁹. Aussi, malgré que le principe de l'intervention du droit pénal soit largement admis, c'est très souvent sur le plan de l'application effective de la législation que se posent des problèmes.

La délinquance est une transgression de la règle pénale et le fait de transgresser la loi permet de considérer son auteur comme délinquant et de lui attribuer un statut qui implique que l'on puisse prononcer à son égard une sanction pénale. Aussi, tout acte de délinquance implique une réaction sociale contre son auteur. Par délinquance juvénile on entend l'ensemble des infractions commises en un temps et en un lieu donnés par des mineurs pénaux. On ne saurait méconnaître le fait que le mineur est un adulte en devenir, un être inachevé qui n'a pas la possibilité de se défendre seul. Le droit apparaît alors comme un moyen nécessaire pour garantir à celui-ci une protection contre l'ensemble des comportements contraires à son intérêt¹⁰. S'interroger sur l'état de la minorité dans le code pénal peut sembler paradoxal à première vue, mais il n'en est rien. Le droit pénal est défini comme l'ensemble des règles juridiques organisant la réaction de l'Etat vis-à-vis des infractions et des délinquants¹¹. Etudier le traitement pénal des mineurs permet de connaître la manière dont notre code pénal aborde la question de la délinquance des mineurs. De la même façon, lorsque l'on évoque le « traitement pénal » cela renvoie aussi à l'arsenal pénal c'est-à-dire à l'ensemble des mesures qui peuvent être prononcées à l'encontre d'un mineur auteur d'une infraction. Il avait déjà été rappelé qu'un Code pénal avait pour vocation première de protéger l'être humain et qu'il devait renforcer cette protection pour les personnes les plus vulnérables¹². Une étude des règles pénales de

culturel et économique peut orienter sa vie future sur la voie du rêve ou sur celle du cauchemar. Extrait d'une communication faite lors du séminaire de formation en Justice des mineurs, Ouagadougou 2004.

3. DE GOUTTES (R), « Droit pénal et droit de l'homme », RSC 2000, pp. 133 et s.

4. BIKIE (F R), « Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi. Réflexion sur l'État démocratique à l'épreuve de la loi camerounaise n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme » revue des droits de l'homme, 11/2017, n° 2, pp. 2.

5. Il est possible de distinguer le droit pénal objectif (*ius pœnale*), qui concerne les normes juridiques pénales mêmes, du droit pénal subjectif (*ius puniendi*), qui contemple l'imposition de sanctions aux auteurs ayant adopté des comportements de nature à créer un trouble grave en société par rapport aux hypothèses prévues par le droit pénal objectif. On sait qu'il appartient au droit de contrôler les activités des hommes qui vivent en société et qui entretiennent des relations avec les autres individus. Ainsi, le droit cherche à protéger la paix sociale avec des normes qui sont imposées par l'autorité, qui, à son tour, a le monopole de l'usage de la force.

6. AMADOU NDIOGO (T), *Réflexions sur la nouvelle législation sénégalaise antiterroriste, Droits fondamentaux*, n° 16, janvier 2018, p 2.

7. La Déclaration de 1789 a, en effet, posé en principe que : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et [que] nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

8. En résonance avec les thèses de Beccaria, le principe de légalité des délits et des peines répond à un double objectif : faire cesser

l'arbitraire qui sévissait sous l'Ancien régime, en privant le juge du pouvoir d'incriminer les comportements et de fixer, à sa guise, les sanctions, en lieu et place de la loi.

9. MINKOA SHE (A), *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*; Thèse, Université de Strasbourg 1987, T1. P 150

10. MANCEAU (PO), *Le mineur victime en droit pénal international*, Thèse, Université de Limoges 2016, p13

11. MERLE (R) et VITU (A), *Traité de droit criminel*, T1, 7^{ème} édition, Paris, Cujas, 1997, n°146

12. NERAC CROISIER (R), « L'efficacité de la protection pénale

fond de la responsabilité pénale des mineurs s'affirme dès lors pour mieux appréhender le traitement pénal des mineurs délinquants.

Schématiquement, il existe deux modèles opposés de traitement de la délinquance des mineurs : un modèle pénal dans lequel les mineurs sont pénalement responsables, et un modèle non pénal où les mineurs sont soumis à des mesures éducatives¹³.

Le modèle pénal de justice des mineurs affirme très clairement le principe de la responsabilité pénale des mineurs, auxquels sont appliquées des peines, souvent identiques à celles encourues par les majeurs, par des juridictions relativement peu marquées par des spécificités liées à la minorité. Ce modèle est adopté par de nombreuses législations, avec plus ou moins de pureté, et donc de rigueur¹⁴.

Le modèle non pénal (ou tutélaire) de justice des mineurs délinquants adopte une vision différente du mineur. On considère que le mineur délinquant est, avant tout, un mineur en danger, de sorte qu'il doit lui être appliqué des mesures de protection et d'éducation, et non des peines, et ces législations adoptent souvent des modalités d'évitement du procès pénal avec des procédures déjudiciarisées¹⁵. Un troisième modèle, intermédiaire, semble avoir la faveur des politiques criminelles contemporaines, si l'on en juge par l'évolution récente des législations

pénales des mineurs¹⁶. Plusieurs législations adoptent en effet, parfois même depuis une date récente, ce système mixte¹⁷, combinant éducation et répression. Ce troisième modèle repose sur un équilibre entre éducation et répression, entre le souci de préserver la rééducation du mineur à tous les stades de la procédure, et celui de l'efficacité de la procédure, notamment en termes de constatation et de poursuite des infractions¹⁸. C'est le système choisi par le Cameroun et plusieurs autres pays africains¹⁹.

Le droit pénal des mineurs s'intéresse aux mineurs de deux façons différentes selon qu'ils sont victimes ou auteurs d'infraction²⁰. Dans le premier cas, il s'agit d'apporter aux mineurs victimes une protection qui se justifie d'autant plus que, du fait de leur minorité, les victimes sont particulièrement vulnérables ou fragiles. C'est ce qui explique la grande diversité des incriminations, la répression renforcée des auteurs d'infractions sur ces mineurs et une adaptation partielle de la procédure. Dans le second cas, c'est-à-dire à l'égard des mineurs délinquants, le droit pénal s'efforce d'apporter une réponse originale entre éducation, prévention et répression. Cela se traduit notamment par des mécanismes particuliers de responsabilité par paliers, par une coexistence de mesures de différentes natures (mesures éducatives, sanctions éducatives et peines)²¹ et par une procédure largement dérogatoire en raison d'une

du mineur victime d'abus sexuel », In *Le mineur et le droit pénal*, NERAC CROISIER Roselyne (dir.), Ed. L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », Sciences criminelles, 1997, p. 13

13. On parle aussi de modèle de protection et de modèle de justice. Cf. ZERMATTEN (J), *La prise en charge des mineurs délinquants : quelques éclairages à partir de grands textes internationaux et d'exemples européens*, Institut international des droits de l'enfant, Rapport juillet 2002, spé. p. 10 et s.

14. C'est le cas de certains Etats des USA (seules des peines sont prévues, avec parfois une anticipation de la majorité pour les mineurs proches de l'âge de 18 ans). Avec plus de nuances, c'est aussi ce modèle qui est retenu en Angleterre et au Pays de Galles, spécialement suite notamment au *Crime and disorder act* de 1998 et au *Powers of criminal courts (sentencing)* ; là encore seules des peines sont prévues, mais de façon moins sévère que celles applicables aux majeurs. Cf. PRADEL (J), *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^{ème} éd., n° 562, p. 589 ; cf. également MARCUS (P), *The juvenile justice system in the United States*, RIDP 2004 1/2, p. 535 et s.

15. C'est ce modèle qui est applicable, là encore avec certaines nuances, au Canada, au Portugal, ou encore en Belgique depuis une loi du 8 avril 1965. cf. HASTINGS (R), *La justice des mineurs au Canada : réflexions sur quelques développements récents*, in *La justice pénale des mineurs en Europe*, sous la dir. De BAILLEAU (F) et CARTUYVELS (Y), L'Harmattan, 2007, p. 45 et s.

16. BAILLEAU (F) et CARTUYVELS (Y) (dir.), *La justice pénale des mineurs en Europe*, 2007, p. 45 et s.

17. DÜNKEL (F), *Le droit pénal des mineurs en Allemagne : entre un système de protection et de justice*, *Dév. et soc.* 2002, p. 297 et s. cf. également De la COSTA (J-L), *Le nouveau statut pénal du mineur en Espagne*, RPDP 2003, p. 791 et s.

18. GATTI (U) et VERDE (A), *S'éloigner du système pénal : une approche du problème de la délinquance juvénile en Italie*, *RICPT* 1988, p. 49 et s ; CARACENI (L), *La justice pénale des mineurs dans le système italien*, *Dév. et soc.* 2002, p. 329 et s. cf. également ZAPPALA (E), *Les projets de réforme du procès pénal des mineurs en Italie*, RPDP 2006, p. 57.

19. Voir pour le système algérien, ZERGUINE (R), « Algérie / La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal* 2004/1 (Vol. 75), pp. 103-119. PODA BAIMANAI (A), « la réforme du droit pénal des mineurs au Burkina Faso par la loi du 13 mai 2014 », *Revue Cames, SJP*, n°001/2016, p. 51-75

20. BONFILS (Ph), « Libres propos sur la situation du mineur délinquant devenu majeur », *Droit pénal* n° 12, Décembre 2007, étude 25, RENUCCI (J F), COURTIN (Chr), *le droit pénal des mineurs*, coll PUF (Que sais je ?), 2001.

21. BONFILS (Ph), « Le droit pénal substantiel des mineurs », *AJ pén.* 2005, p. 45 et s.

spécialisation des juridictions²². Mais ces deux ordres juridiques se rencontrent parfois, pouvant alors faire naître des interférences auxquelles on n'aurait sans doute pas pensé.

Conformément aux instruments internationaux ayant trait aux droits fondamentaux des enfants et des adolescents ainsi qu'à la justice pour les mineurs les Etats s'engagent à défendre et à promouvoir le bien être de l'enfant et de sa famille. Le législateur camerounais n'a pas dérogé à cette règle. Il consacre l'article 80 du Code pénal à la minorité et selon la tranche d'âge envisagée. Dès lors, on peut en effet, se demander comment la délinquance des mineurs est elle perçue dans le Code pénal camerounais ? Mieux encore, comment le législateur camerounais envisage la responsabilité pénale des mineurs ? *Lorsque le mineur a enfreint la loi, doit-il être soumis au même régime qu'un individu majeur ?* Lorsque l'on évoque le « traitement pénal » nous faisons également ici allusion, à l'arsenal pénal c'est-à-dire à l'ensemble des mesures qui peuvent être prononcées à l'encontre d'un mineur auteur d'une infraction.

Devant l'augmentation de la délinquance des mineurs et son aggravation, se pose avec acuité la question de la responsabilité des mineurs. Ceux-ci doivent ils, en raison de leur âge, de leur immaturité échapper au droit pénal, ou faut il au contraire, leur faire porter le poids des actes commis en reconnaissant leur responsabilité pénale ?

Il est peu de domaines qui soient aussi mouvants que ne l'est le droit pénal des mineurs et il nous apparait important de venir en fixer les limites et règles indétronables, tant l'enjeu est capital sur un plan sociétal. L'enfant est effectivement un être en devenir immature et vulnérable, dont le futur dépend parfois étroitement de la protection et de l'éducation que lui offriront les adultes et, plus largement, la société. Lorsqu'on parle de mineur ici, il s'agit de tous les individus n'ayant pas atteint 18 ans, âge de la majorité pénale. Est considéré comme mineur pénal « l'individu n'étant pas âgé à l'époque des faits, de plus de dix huit ans, âge de la majorité pénale »²³.

22. GOUTTENOIRE (A), « Les principes du droit processuel relatif au mineur délinquant », *Aj pén.* 2005, p. 49.

23. SOYER (J-C) *Droit pénal et procédure pénale*, 18^{ème}, coll. Manuels, éd. LGDJ, p. 401. La Convention Internationale des Droits de l'Enfant fixe le même seuil d'âge en assimilant les notions de mineur et d'enfant. L'expression « enfant » désigne une

Ainsi, l'article 80 définit le profil du mineur délinquant. Ce profil tient inévitablement compte du développement de la personnalité de celui-ci. Il sera considéré irresponsable parce que n'ayant pas le discernement des ses actes (mineur de 10ans) ou responsable parce qu'ayant agi avec intelligence et volonté. L'état de la minorité dans le code pénal ne se limite pas seulement aux dispositions de l'article 80. On retrouve dans notre code pénal des aspects où la minorité constitue soit une condition préalable, soit une circonstance aggravante.

L'intérêt de cet article est de mettre en lumière la position du législateur camerounais face à la délinquance des mineurs et de faire ressortir le particularisme du droit pénal des mineurs. Un droit qui est né pour concilier l'intérêt de l'enfant avec celui de la société²⁴. Ce droit dérogatoire applicable au mineur doit permettre d'atténuer la responsabilité pénale de celui-ci en fonction de son jeune âge. Une des raisons principales est à rechercher dans l'émergence du mouvement d'affirmation des droits de l'homme et des droits fondamentaux marqués par la protection des intérêts individuels des personnes. C'est ainsi que le code pénal a été irrigué par cette dynamique des droits de l'homme, ce qui a conduit les législateurs successifs à accorder une place grandissante à la protection de la personne, mouvement qui a culminé quand le code pénal de 2016 a placé les infractions contre les personnes au premier rang de ses préoccupations.

En tout état de cause, pour affirmer l'idée selon laquelle le législateur manifeste aujourd'hui la volonté de définir un principe d'ensemble de la responsabilité pénale des mineurs appelé à s'insérer dans un ensemble de principes que constitue le droit pénal, il est indispensable d'envisager que le législateur camerounais en l'état actuel consacre une responsabilité pénale à forte coloration éducative au-delà de 10 ans (I) et une irresponsabilité absolue des mineurs de moins de 10 ans (II). la responsabilité reconnue à cette catégorie de mineurs (au-delà de 10 ans) permet de retirer ceux-ci de la compétence des juridictions de droit commun, de déterminer les

période plus ou moins longue de la vie humaine. Elle prend fin à la majorité. La définition de la Convention Internationale sur les droits de l'enfant de 1989 est reprise par la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant en son article 2.

24. PODA BAIMANAI (A), « la réforme du droit pénal des mineurs au Burkina Faso par la loi du 13 mai 2014 », *Revue Cames, SJP*, n°001/2016, p 51-75

instances compétentes lorsqu'une infraction est imputée à un mineur ainsi que les mesures ou sanctions susceptibles d'être prononcées à son encontre. Mais une interrogation et inquiétude subsistent concernant l'irresponsabilité absolue des mineurs de 10 ans. Au regard de l'évolution de la criminalité et l'existence d'une délinquance précoce persistante, ne doit-on pas considérer que cette irresponsabilité est archaïque, dépassée et contraire aux réalités sociales nouvelles ? Lorsqu'on sait qu'avec la prolifération des NTIC, le mineur d'aujourd'hui n'est plus celui d'hier. Il ressurgit là encore la question de l'opportunité de reformer en profondeur la justice pénale des mineurs que nous avons déjà relevés lors de nos travaux de thèse²⁵.

1. Une responsabilité pénale progressive acceptable au-delà de 10 ans

Dans la plupart des systèmes juridiques, la question de la responsabilité pénale du mineur fait l'objet d'âpres controverses doctrinales. Du fondement retenu dépendent en effet d'importantes conséquences pratiques : fixation de l'âge de la majorité pénale, nature et quantum des sanctions et des mesures éducatives, compétence des organes judiciaires spécialisés²⁶, etc.

En dépit de la consécration généralisée du principe de la légalité dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, le fondement trouve rarement sa source explicite dans la loi. La plupart du temps, il résulte des conséquences que le législateur en a tiré de façon implicite. En la matière, deux grandes conceptions s'affrontent :

La première conception, d'inspiration classique, fonde la responsabilité pénale du mineur sur le modèle de la responsabilité pénale des majeurs. Dès lors que le mineur n'a pas atteint l'âge de la majorité pénale, il est présumé irresponsable. De cette présomption tantôt absolue, tantôt relative en fonction de l'âge du mineur, dépend la plupart du temps la peine quant à sa durée ou son quantum.

25, Important d'adapter le Code pénal aux nécessités de notre temps, la loi n°2016/007 du 12 juillet 2016, malgré quelques innovations apportées dans certains domaines, les dispositions de l'article 80 sont restées inchangées aussi bien en ce qui est de la forme que pour le fond.

26, OTTENHOF (R), « Aspects actuels de la minorité pénale. », Archives de politique criminelle 1/2008 (n° 30), p. 37-44

La seconde conception apparue récemment sous l'influence de la criminologie, considère que l'aptitude du mineur à répondre de ses actes n'est pas fondée sur le concept de responsabilité mais sur celui de capacité pénale²⁷. S'appuyant sur la notion criminologique d'état dangereux, elle cherche à mesurer la dangerosité sociale du mineur, justifiant ainsi l'intervention *ante delictum*.

Tout compte fait, et comme nous l'avons déjà observé, le législateur camerounais a fondé cette responsabilité pénale des mineurs suivant les tranches d'âge. Il est souvent avancé que le concept d'irresponsabilité pénale des mineurs ne correspond plus à la réalité sociale, culturelle ou psychologique de la jeunesse d'aujourd'hui. On invoque volontiers une plus grande précocité des comportements délinquants²⁸. Désormais, tenant compte de la croissance de la délinquance, tout en préservant la spécificité du mineur délinquant, la responsabilité pénale reconnue aux mineurs varie suivant les seuils d'âge (A), avec une finalité éducative (B).

1.1. Une responsabilité variable suivant les seuils d'âge

En droit camerounais, la majorité pénale est fixée à 18 ans. En dessus de cet âge, diverses mesures sont reconnues de manière générale aux mineurs. La fixation de l'âge de la majorité pénale paraît, *a priori*, une question simple à résoudre dans la mesure où, principe de la légalité oblige, cet âge est expressément fixé par la loi²⁹. Le principe une fois posé, reste la question plus délicate de l'âge à partir duquel va s'appliquer le régime de responsabilité pénale des majeurs³⁰. Si, dans la très grande majorité des cas, les législations nationales, suivant en cela les recommandations formulées dans les textes

27, La capacité pénale est l'aptitude du délinquant à bénéficier de la sanction après son jugement, OTTENHOF (R), « La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », Rapport Général, RIDP, 2004/1-2, (vol.75), p.25-49 ; « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », in « Justice des mineurs », Arch. Pol. crim. n°22, 2000, Pedone, p. 74.

28, V. sur ce point le plaidoyer du Prof. LAZERGES (Chr) en faveur de la reconnaissance de ce principe, sous une forme spécifique au mineur, in « Fallait-il modifier l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 ? », RSC, 2003, p. 172 et s. ; V. dans le même sens, OTTENHOF (R), « Coupables, mais pas responsables : l'ambiguïté de statut du mineur dans le nouveau Code Pénal », in Criminologie et psychiatrie, sous la direction de Th. ALBERNHE, Ed. Ellipses, 1997, p. 374 et s. ; « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », Archives de politique criminelle, n° 22, 2000, p. 71 et s.

29, Voir l'article 80 du Code pénal

30, OTTENHOF (R), « Aspects actuels de la minorité pénale. », Archives de politique criminelle 1/2008 (n° 30), p. 37-44

internationaux³¹ fixent cet âge à dix-huit ans, certains pays retiennent un seuil inférieur soit en fonction de l'âge chronologique du sujet. Les tranches d'âge auxquelles la responsabilité du mineur peut être engagée sont deux aux termes de l'article 80 du Code pénal. Nous avons donc et c'est ce qui fera l'analyse ici, le seuil de 10 à 14 ans (1) et le seuil d'âge de 14 à 18 ans (2). Le majeur de dix-huit ans étant pleinement responsable³². Cette dernière disposition de l'article 80 a pour but de préciser que la majorité pénale est pour tous de dix-huit ans ; sans qu'il soit question pour le juge de s'attarder sur le statut personnel du délinquant. L'âge de dix-huit ans n'est que l'entrée dans la juridiction des adultes.³³ Ces seuils manifestent une prise en compte légale d'une maturité différenciée³⁴.

1.1.1. Du seuil de 10 à 14 ans

D'après l'article 80 alinéa 2, ces mineurs sont responsables mais ils « ne sont pas pénalement punissables pour les faits qu'ils ont commis ; ils ne peuvent faire l'objet que des mesures spéciales prévues par la loi ». Le mineur de dix à quatorze ans peut donc répondre de ses actes devant un tribunal. Toutefois, si le juge le trouve coupable, il ne peut prononcer contre lui une peine pénale. L'alinéa 2 de l'article 80 du code pénal pénalise ainsi l'acte incriminé et conçoit le mineur comme un sujet à rééduquer³⁵. La culpabilité du mineur est établie, mais le législateur décide en raison de son âge et du particularisme de sa situation de ne pas prononcer contre lui une véritable sanction mais de lui prescrire un traitement approprié³⁶. Il a également été admis qu'à cette tranche d'âge, le mineur est inapte de subir une sanction pénale. Cette inaptitude à la sanction constitue en réalité, une excuse absolutoire. La circonstance de la

minorité va entraîner l'absolution et le mineur ici, ne sera pas condamné à une peine, mais à une mesure éducative qui, n'étant pas une sanction, doit être prise dans le seul intérêt de l'enfant afin d'enrayer les causes de son inadaptation.

Au fond, lorsqu'un enfant de dix à quatorze ans est en conflit avec la loi, « les différents acteurs de l'administration de la justice juvénile s'attachent beaucoup moins au méfait dont il s'est rendu coupable, qu'aux causes ayant provoqués son comportement blâmable, dans le but non pas de trouver la peine appropriée qui le dissuaderait de recommencer, mais de lui administrer la mesure adéquate garantissant son amendement et sa réinsertion au sein de son groupe, de sa famille, de sa société ».³⁷ C'est le but même de la politique criminelle³⁸ humaniste de la défense sociale nouvelle donc Marc ANCEL fut le précurseur et qui préconise l'individualisation de la sanction pénale pour tenir compte de la personnalité du délinquant, mais aussi de la finalité de la mesure à prendre qui est d'aider le délinquant à se réinsérer dans la société³⁹. La reconnaissance du principe de culpabilité à l'égard des mineurs de 10 à 14 ans permet et même fait obligation à la juridiction compétente, de reconnaître l'existence d'une infraction pénale, d'un acte fautif. Une telle reconnaissance peut avoir en soin un caractère éducatif, elle présente en outre l'avantage de fonder juridiquement la réparation.

1.1.2. Du seuil de 14 à 18 ans

Les mineurs de 14 à 18 ans sont pénalement responsables et aptes à subir de véritables sanctions pénales. Toutefois, ils bénéficient d'une excuse légale atténuante. Ainsi, le juge adaptera sa sanction à la capacité pénale du mineur en appréciant l'opportunité de prononcer une peine ou une mesure de rééducation selon les cas.

Le législateur camerounais a prévu à l'égard de cette catégorie de délinquants des mesures

31, la Convention internationale sur les droits de l'enfant du 20 nov. 1989 ; Traité de Rome instituant la Cour Pénale internationale, article 26 ; Règles de Beijing (résolution 40133, AG des Nations Unies, 21 nov. 1995).

32, Cf. alinéa 4 de l'article précité

33, WALGRAVE(L), *Les peines dans le droit pénal des mineurs en Europe, Droit pénal européen des mineurs, colloque d'Aix-en-Provence 1991, presse universitaire d'Aix Marseille 1992, p.79*

34, JACOPIN (S), « La mise en conjonction des diversités préservées en matière de minorité », *Recueil Dalloz 2001, p. 2768.*

35, SALAS (D), *Model tuteur ou model légaliste dans la justice pénale des mineurs ? Réflexions inspirées par l'arrêt de la cour d'appel de Reims du 30 juillet 1992 et les « dispositions applicables aux mineurs » de la loi du 4 janvier 1993 R S C, n° 2 juillet 1993, P. 238*

36, Voir Nicole Claire NDOKO, *op cit, « le mineur étant le citoyen de demain, on préfère lui enseigner ses devoirs à cet égard plutôt que de le punir », p46*

37, ESSOLA(P-D), *Rééducation et resocialisation de l'enfant en conflit avec la loi, séminaire de formation à la justice juvénile, tenu à Douala du 13 au 16 février 2006, p. 2*

38, C'est la réponse de l'État à la criminalité. Mieux, l'ensemble des objectifs que l'État poursuit devant le phénomène criminel (prévention, répression) ; des moyens qu'il met en œuvre à ces fins (peines, mesures de sûreté), et à la racine des raisons de mesurer la part de chaque type de réaction sociale (rétribution de la faute, amendement du coupable, protection de la société.) Cf. CORNU (G), *Vocabulaire juridique, association Henri CAPITANT, 8^{ème} éd., P U F 2007, p. 632*

39, MAKOUGOM FAHA (F), *L'âge en droit pénal, Thèse Université de Yaoundé 2, 2011, p 92*

parallèles. Outre la possibilité de les soumettre aux mesures bienveillantes évoquées pour les délinquants âgés de plus de dix et de moins de quatorze ans, il envisage la possibilité de les condamner à des peines d'emprisonnement. Toutefois, avant le jugement définitif, une éventuelle détention provisoire est possible. L'article 705 du code de procédure pénale permet d'ailleurs de placer ce mineur en détention ; cependant, dans des conditions exceptionnelles, c'est à dire lorsque cette mesure paraît indispensable. Dès lors le problème est de savoir à quel moment cette condition est réunie. Sur quel principe faut-il se baser pour affirmer que la détention provisoire du mineur paraît indispensable ? Cette formule mal déterminée à notre avis peut laisser la porte ouverte à beaucoup de liberté de la part du juge. Or, la détention avant jugement pour les mineurs comme pour les majeurs doit être ordonnée uniquement lorsque la mesure est absolument nécessaire.

De toute évidence, la responsabilité pénale reconnue aux mineurs au-delà de 10 ans a une finalité éducative.

2. Une responsabilité à prédominance éducative

Il est nécessaire que le mineur prenne conscience de sa responsabilité. La responsabilité présente une vertu pédagogique qui participe du processus de resocialisation. Il est donc utile d'affirmer la responsabilité du mineur dès lors que ce dernier est doté de discernement⁴⁰. Une des spécificités du droit pénal des mineurs est la diversité des mesures encourues, en fonction de l'âge des mineurs. Respecter l'âge de l'enfant dans la justice des mineurs, c'est choisir les mesures compatibles avec l'objectif de faire sortir ces jeunes de ce désarroi et non pas simplement de les punir. La délinquance des mineurs est une affaire de tous. L'enfant en conflit avec la loi est également un enfant en danger. Selon OTTENHOF Reynald, le mineur « dangereux » peut se révéler être un mineur en danger⁴¹. Lorsque le procès pénal n'a pas pu être évité, le législateur offre des garanties pour que la sanction du mineur ne porte pas foncièrement un préjudice à son évolution. Le juge

40, DREUILLE (J.F). *La justice pénale des mineurs: vers quelle autonomie ? La justice des mineurs en Europe : une question de spécialité*, Oct 2009, Lyon, France, p 2

41, OTTENHOF (R). « la responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », RIDP 2004/1 (vol75), p 29

qui prononce la peine est aussi un juge éducatif. Il doit incarner une justice moins formelle et plus humaine. Car, il s'agit pour la société moins de punir l'enfant que de le préserver⁴².

2.1. Une diversité des mesures éducatives

La primauté de l'éducatif constitue la pierre angulaire du droit pénal applicable aux mineurs, tant du point de vue substantiel que processuel. L'autonomie du droit pénal des mineurs se caractérise à la fois par la grande diversité et par la grande originalité des mesures applicables à ces derniers. Leur importance dans le droit substantiel justifie que l'on envisage précisément leur contenu qui diffère selon que l'on se place dans le milieu ouvert ou dans le milieu fermé.

Les mesures éducatives peuvent s'appliquer à tout moment de la procédure, tant au moment de l'instruction de l'affaire⁴³, en phase pré-sentencielle, qu'au stade du jugement, après déclaration de culpabilité. L'une d'entre elle, la mesure d'aide ou de réparation, peut même être décidée par le parquet dans le cadre des mesures alternatives aux poursuites. Les mesures éducatives peuvent être appliquées aux mineurs de 10 à 14 ans contrairement aux peines qui ne sont applicables qu'aux mineurs de plus de 14 ans et par le tribunal statuant en matière de délinquance juvénile⁴⁴. La plupart des mesures éducatives sont communes à tous les mineurs, même si, comme on l'a observé plus haut, quelques différences existent. Les mesures éducatives, qui, on l'a compris, constituent la règle en matière de minorité pénale, peuvent être classées dans la catégorie des mesures de sûreté, d'inspiration positiviste, même si leur régime est largement calqué sur celui des peines. Comme le font remarquer les Professeurs Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE⁴⁵, « il n'est, du reste, pas innocent qu'elles soient nées en 1912, dans la lignée de l'influence des théories positivistes imaginées par les criminologues italiens à la fin du XIX^{ème} siècle »⁴⁶.

42, CARTUYVELS (Y), « les horizons de la justice des mineurs en Belgique : Vers un retour « soft » du pénal ? *Déviance et Sociétés* 2002/3 (Vol26), p 284

43, Voir l'article 702(1) du CPP.

44, Aux termes de l'article 725 CPP, la peine n'est prononcée que si le mineur âgé de plus de 14 ans et moins de 18 ans est déclaré coupable.

45, BONFILS(Ph), GOUTTENOIRE (A), *Le droit des mineurs, ouvrage, op. cit. p 713, n°1263.*

46, Ibid.

2.2. Les sanctions répressives comme ultime recours

L'emploi des sanctions répressives n'intervient que lorsque les mesures éducatives imposées au mineur délinquant n'ont pas réussi. Il existe dès lors des sanctions éducatives comme peines et les peines proprement dites.

Les sanctions éducatives ont pour objet d'apporter une réponse mieux adaptée aux faits commis par les mineurs lorsque les mesures éducatives se révèlent inappropriées et que le prononcé d'une peine constituerait une sanction trop sévère⁴⁷. La mise en détention d'un mineur est une mesure ultime à laquelle il ne peut être fait recours que lorsque les voies proprement éducatives sont vaines. L'incarcération des mineurs les plus ancrés dans la délinquance est parfois une nécessité à un moment du parcours d'un jeune qui rejette toute forme de solution éducative. Elle ne peut pas, cependant, être considérée comme une solution satisfaisante puisqu'elle révèle une forme d'échec de la justice spécifique des mineurs⁴⁸. Michel Foucault ne déclarait-il pas : « Il y a dans la justice moderne et chez ceux qui la distribuent une honte à punir »⁴⁹ ? C'est toute la philosophie politique de la prise en charge du mineur délinquant qui est ici en jeu, avec en toile de fond la question de l'utilité ou de la pertinence de la prison comme réponse à l'acte délinquant. Jusqu'à 14 ans, le tribunal adresse une admonestation⁵⁰ avant de prononcer l'une des mesures pour l'assistance, la surveillance et l'éducation du mineur mis en cause. Par ailleurs, lorsqu'une peine d'emprisonnement ferme est prononcée à l'endroit du mineur de plus de 14 ans, celle-ci est assortie de la liberté surveillée⁵¹.

47. DOUMIT-EL KHOURY (A) et al., « Les sanctions éducatives », *VST - Vie sociale et traitements* 2005/3 (n° 87), p. 13-17.

48. Rapport VARINARD ; *Adapter la justice des mineurs : Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales*, 70 propositions, p 40

49. FOUCAULT (M), « Surveiller et punir, histoire de la prison », Paris, Gallimard, 1975.

50. L'admonestation consiste alors en un avertissement en présence des parents et éventuellement de la victime fait au mineur par le juge au stade de jugement et au terme d'une déclaration de culpabilité.

51. C'est une mesure qui intervient quand le mineur a commis une infraction qualifiée de crime ou délit. Une fois que celle-ci a été décidée, le mineur et ses parents ou les personnes qui en ont la charge sont avertis de cette mesure et des obligations qu'elle comporte. Cf. NKOA (F), *les principes directeurs de la justice pénale des mineurs au Cameroun*, Thèse Université de Yaoundé 2, 2016, p 147.

3. Une irresponsabilité absolue discutable des mineurs de 10 ans

La subordination de la justice pénale au principe de la légalité criminelle implique bien évidemment qu'une juridiction ne peut infliger une sanction à un individu qu'après avoir été convaincu de sa responsabilité pénale. C'est-à-dire lorsqu'il a été établi qu'il a participé matériellement et intellectuellement au fait incriminé et que le caractère délictueux de ce fait ne se trouve pas neutralisé par une cause de justification reconnue par la loi.

Le domaine du droit répressif apparaît ainsi comme celui d'élection d'une sécurité juridique qu'affermir le principe de non rétroactivité de la loi pénale. Si elle est par essence contraignante, la loi pénale est aussi l'affirmation d'une liberté, dans la mesure où tout ce qu'elle n'interdit pas, demeure permis. Le principe de l'irresponsabilité pénale des mineurs est traditionnellement déduit des articles 1 et 2 de l'Ordonnance française de 1945 dont le domaine a été précisé par la jurisprudence⁵². Le législateur pénal camerounais l'a aussi consacré. Aux termes de l'article 80 alinéa 1 du Code pénal, « le mineur de 10 ans n'est pas pénalement responsable ». A la lecture de cette disposition, il ressort que la minorité est une cause de non imputabilité. Déjà dans l'ancien droit, on y voyait soit une cause d'irresponsabilité, soit une excuse atténuante abaissant la peine. Dans un cas comme dans l'autre, le mineur pouvait être soit acquitté, soit subir une peine au bénéfice de l'excuse de minorité. Nul n'ignore que l'enfant dans ses premières années, quand sa raison bégaye encore, ne peut pas être responsable de ses actes. Car, et comme l'admet Mme le Professeur Nicole Claire NDOKO, celui-ci ne comprend pas la moralité⁵³. L'article 74 alinéa 2 du code pénal définit le pénalement responsable comme « ... *celui qui volontairement commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction ...* ». Autrement dit, une personne responsable est celle qui est punissable, celle qui doit répondre des conséquences de ses actes délictueux. Et à ce titre FAUCONNET écrivait « *La responsabilité est la qualité de ceux qui doivent, l'irresponsabilité la qualité de ceux qui ne doivent pas en vertu de la règle*

52. NERAC CROISIER (R), « Irresponsabilité ou responsabilité des mineurs ? », In *le mineur et le droit pénal*, NERAC CROISIER (R) (dir.), L'Harmattan, coll. « logiques juridiques », 1997, p 137

53. NDOKO (N C), *La culpabilité en droit pénal camerounais*, LGDJ, 1985, p 42.

être choisi comme sujets passifs d'une sanction »⁵⁴. Alors qu'est-ce qui justifie cette irresponsabilité absolue à l'égard de cette catégorie de mineurs ? Pourquoi ce délinquant est pénalement épargné⁵⁵ ? La réponse à cette question nous amène à envisager que l'irresponsabilité absolue du mineur de 10 ans tient compte de l'absence de discernement (A) de ces derniers. Ce qui implique *de jure* une présomption légale de non imputabilité (B).

3.1. L'absence de discernement comme critère fondamental contestable

Condition première de l'application du droit pénal des mineurs délinquants, le discernement⁵⁶ est une référence ancestrale, de tout temps traversée par des vicissitudes et objet de controverses, qui mérite que l'on la déconstruise pour mieux en saisir les enjeux et surtout la portée. La question de la responsabilité du jeune enfant et plus étroitement à celle du discernement⁵⁷. Le discernement fait référence à la faculté de juger et d'apprécier avec justesse⁵⁸, ou encore à l'aptitude de distinguer le bien du mal⁵⁹. Le discernement peut être sommairement défini comme la capacité à distinguer le bien du mal. C'est une notion cadre en droit des mineurs, une condition importante d'exercice des droits de l'enfant.

La spécificité du droit pénal des mineurs délinquants s'est construite autour du discernement. Comme le soulignent MM. Laurent GEBLER et Ivan GUITZ, « *l'histoire des réponses judiciaires à la délinquance des mineurs s'est longtemps cantonnée dans un débat assez sommaire sur le discernement. En d'autres termes, la principale question posée au juge pénal a souvent été de savoir si l'enfant pouvait avoir conscience de commettre quelque chose de mal, d'interdit, condition requise pour qu'il soit punissable* »⁶⁰.

54. FAUCONNET, *La responsabilité*, Alcan 1920, cité par PRADEL (J), *Droit pénal général*, Paris, Cujas ed 2001 p. 361

55. LAPOYADE DES CHAMPS (C), *Les petits responsables (responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant)* Dalloz Sirey, chroniques, 1988, p. 300

56. *Le discernement est l'aptitude du mineur à distinguer le bien du mal. C'est son aptitude à se rendre compte de la valeur comme de la portée de ses actes.*

57. NKOA (F.N.P), *Les principes directeurs de la justice pénale des mineurs au Cameroun*, Thèse université de Yaoundé 2, Juin 2016, p 37

58. *Dictionnaire de la langue française*, Le ROBERT, V. discernement ; *Dictionnaire de la langue française*, LITTRÉ, T. 2, 1998, V. discernement.

59. REY (A) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le ROBERT, V. discernement.

60. GEBLER (L) et GUITZ (I), *Le traitement judiciaire de la*

En droit civil, la question du discernement de l'enfant se pose également parfois, même si la jurisprudence a rompu avec cette exigence en matière de responsabilité. On sait que la représentation et la position de l'enfant au sein de la société a évolué dans le temps, avec un passage de « l'homme miniature inachevé » à « l'adulte en devenir ». L'article 12 de la CIDE impose aux Etats l'obligation d'entendre l'enfant capable de discernement. Le traitement pénal des mineurs et la position du discernement n'ont pu y être indifférents. Les enfants et adolescents n'existaient pas en tant que tels socialement avant le XIX^{ème} siècle⁶¹. Néanmoins, on a toujours distingué entre l'adulte et l'enfant et ce, précisément, en raison d'un développement intellectuel non encore pleinement atteint et donc d'un discernement incomplet. Selon la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, « *l'enfant en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance* »⁶². C'est en raison de son inachèvement, que l'enfant ne saurait être responsable comme l'adulte. Plusieurs conceptions de la responsabilité pénale ont été développées par la doctrine et adoptées par les législations successives. Selon le modèle de responsabilité retenue, la place du discernement n'est pas la même. Il est fondamental en matière de responsabilité pénale du mineur.

Le système camerounais reprend le dualisme qu'on rencontre généralement dans le droit contemporain et comporte à côté du droit commun, un ensemble juridique propre aux mineurs. Contrairement à l'Ordonnance de 1945, qui soulève des problèmes d'interprétation, la législation camerounaise place la question du discernement au centre du problème de la minorité pénale⁶³. Elle établit ainsi une présomption de non-imputabilité pour les mineurs de dix ans, qui sont réputés irréfragablement ne pas encore posséder de discernement minimum pour agir avec intelligence et volonté. Le législateur pénal camerounais va plus loin que son homologue

délinquance des mineurs, ASH éd., 2004, n°5.

61. ARIÈS (P), *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien-régime*, Seuil, coll. « Points », 1973 ; n°58.

62. *Préambule, CIDE*, <http://www.ohchr.org.fr>.

63. MINKOA SHE (A), *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun de puis l'indépendance*, Thèse, Université de Strasbourg 1987, T1, p 352

français de 1945. L'irresponsabilité du mineur de dix ans n'implique pas seulement l'inaptitude à subir la sanction pénale, mais bien l'incapacité de commettre un acte qualifié d'infraction.⁶⁴ Il en résulte qu'en dessous de l'âge de 10 ans, le mineur est soustrait à l'application de la loi pénale. Plus précisément, tout fait commis par un mineur sera considéré comme ne lui étant pas moralement imputable et, pour cette raison, comme ne constituant pas une infraction pénalement punissable⁶⁵.

Dans cette option, le Code pénal camerounais y a consacré une place importante. En effet, la responsabilité pénale fait l'objet d'un titre particulier⁶⁶. En principe, l'article 74 alinéa 1 de ce Code dispose : « aucune peine ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'une personne pénalement responsable ». La responsabilité est donc « ...une notion-clé qui doit se retrouver à la base de toute condamnation pénale quelle que soit la nature de l'infraction »⁶⁷. L'intelligence est une qualité fondamentale de l'être humain. Elle lui confère le monopole de la responsabilité puisqu'elle lui donne la possibilité de discerner le bien et le mal⁶⁸. Une personne dont les qualités intellectuelles sont insuffisantes ou inexistantes ne comprend pas clairement la portée de son acte qui ne peut donc pas lui être imputé. Aussi avant de déclarer un individu coupable d'une infraction, il faudra préalablement s'assurer qu'il possède réellement cette faculté de comprendre⁶⁹. Or, la raison de l'homme ne se lève pas douée tout à coup de toute puissance. Elle participe à la longue faiblesse du corps, elle en suit pas à pas les progrès et les développements⁷⁰. L'intelligence s'acquiert avec une certaine maturité que l'on possède pas dans l'enfance.

Le principe selon lequel ne peut commettre un fait qualifié infraction a toujours été admis. Doctrine et jurisprudence considèrent que la principale conséquence de la présomption d'absence de discernement est le fait que le

mineur auteur d'un fait infractionnel ne peut pas faire l'objet d'une peine. Cet aspect particulier de leur acte n'est supprimé qu'en raison de leur personnalité insuffisamment développée, donc des facteurs subjectifs.

Le discernement est un critère nécessaire dans la responsabilité pénale. Dans sa dimension morale, il est constitutif même de l'infraction. Seulement, tout dépend du système dans lequel on se trouve. Certains pays, ont fixé un âge précis sous lequel un individu ne devrait pas faire l'objet des poursuites pénales ; d'autres encore se fixent sur la capacité du discernement.

4. La présomption légale de non imputabilité

En droit pénal pour qu'une personne soit pénalement responsable, il faut qu'elle dispose de toutes ses facultés intellectuelles et de son entière volonté. Quand ces éléments ne sont pas réunis, on considérera la personne comme irresponsable pénalement. Le Code pénal prévoit à ce titre plusieurs hypothèses, généralement qualifiées par la doctrine de causes de non-imputabilité, permettant à celui qui s'en prévaut de s'exonérer de sa responsabilité pénale. L'existence de ces causes de non-imputabilité permet d'en déduire, *a contrario*, que l'imputabilité est indispensable à la responsabilité pénale.

Dire donc que le mineur de moins de dix ans est incapable de comprendre revient à dire qu'il ne dispose pas d'une conscience, d'une volonté suffisante lui permettant de franchir en toute liberté les limites du permis et du défendu, mieux d'agir ou de ne pas agir. L'imputabilité est un préalable indispensable à l'affirmation de la responsabilité du délinquant ; sans elle ce dernier ne saurait être coupable. L'imputabilité est un concept assez complexe à appréhender⁷¹. La doctrine s'accorde néanmoins pour considérer que l'imputabilité traduit l'idée selon laquelle la responsabilité pénale d'un individu ne peut être engagée que lorsque sont remplies certaines conditions tenant à son état mental ou plus largement à sa psychologie. C'est pourquoi de nombreux auteurs considèrent l'imputabilité comme la condition subjective de

64. *Ibid.*

65. MOREAU (T), « Belgique / La responsabilité pénale du mineur en droit belge », *Revue internationale de droit pénal* 2004/1 (Vol. 75), p. 151-200.

66. Il s'agit du titre III du livre I intitulé « De la responsabilité pénale »

67. NDOKO (N-C), *La culpabilité en droit pénal Camerounais*, Paris LGDJ, 1985, p. 19

68. NDOKO (N.C), *La culpabilité en droit pénal camerounais*, *ibid*, p 32.

69. *Ibidem.*

70. CHAUVEAU et HELIE, *Théorie du code pénal*. 4^{ème} édition, 1861. Tome I, p 478. Cité par NDOKO (N.C), *op cit.*

71. LEVASSEUR (G), *L'imputabilité en droit pénal*, RSC 1983, p. 1. Cité par MARGAINE Clément, *La Capacité pénale*, thèse, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2011, p 148.

la responsabilité pénale⁷². Certains auteurs vont même plus loin en analysant l'imputabilité comme une aptitude à la responsabilité⁷³.

Le mineur de dix ans est considéré comme entièrement irresponsable ; puisque la responsabilité suppose une volonté raisonnable et libre⁷⁴. La délinquance des mineurs constitue l'une des meilleures illustrations des difficultés qu'éprouve le législateur contemporain à adapter le droit pénal aux personnes dont le discernement est inexistant ou incomplet. C'est ainsi que, saisis sur le fondement de poursuites pour coups et blessures involontaires impliquant un mineur très jeune, les juges répressifs ont eu à définir la capacité délictuelle dans un arrêt fondamental devenu classique, l'arrêt *Laboube*⁷⁵. Cette décision, rappelons-le, concernait un jeune mineur de six ans qui avait crevé l'œil d'un de ses camarades. Les juges du fond avaient conclu à l'absence d'infraction mais avaient prononcé à l'encontre du jeune garçon une remise à parents comme le prévoyait l'article 15 de l'ordonnance du 2 février 1945. A la suite d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la Chambre criminelle a finalement censuré la décision des juges du fond, en décidant qu'il fallait « conformément aux principes généraux du droit, que le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reproché est établie, ait compris et voulu cet acte ; que toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ». L'apport de cet arrêt est fondamental car il démontre à la fois la nécessité de certaines facultés psychologiques pour pouvoir caractériser une infraction pénale et vient en préciser le contenu, à savoir « l'intelligence et la volonté ». Certains auteurs analysent pourtant cet arrêt différemment en considérant qu'il poserait ou rétablirait plutôt, l'exigence de l'imputabilité de l'infraction d'un

mineur⁷⁶. Selon l'un de ces auteurs, l'arrêt *Laboube* consacrerait une conception subjective de l'infraction, faisant de l'exigence d'imputabilité un élément de l'infraction⁷⁷.

L'irresponsabilité absolue des mineurs de 10 ans peut être débattue aujourd'hui. Il est bien vrai que le législateur et une majorité des auteurs considèrent le droit pénal des mineurs comme dérogatoire au droit pénal commun, fortement marqué par des considérations plus sociales que juridiques, s'appliquant à des sujets en état de dépendance, liée à leur état de minorité, et mis en œuvre par une catégorie de professionnels spécialisés, assez différents du personnel judiciaire habituel⁷⁸. Cette vision ancienne n'a plus cours aujourd'hui. Pour un auteur⁷⁹, les raisons de cette mutation sont multiples. On se bornera à signaler, sans entrer dans les détails : l'intérêt envers les questions relatives à l'enfance, l'essor démographique, la montée de la délinquance juvénile, le développement des services sociaux, etc... Le législateur camerounais devra ainsi revoir ses dispositions sur la minorité pénale. D'ailleurs, l'évolution du droit des mineurs a souvent conduit les législateurs nationaux à réformer souvent profondément la législation en vigueur. Dans l'ensemble, la très l'augmentation de la délinquance des mineurs, entraînent d'importantes réformes législatives, traduisant généralement un rapprochement du droit pénal des mineurs vers celui des majeurs, et, par-là même, une aggravation de la répression. Néanmoins, il faut reconnaître que chaque législation reflète l'attitude adoptée à l'égard d'une réalité nationale marquée par le contexte historique, social, culturel influençant la politique criminelle propre à chaque Etat.

CONCLUSION

Conçu comme un instrument permanent de régulation sociale, le code pénal est certes d'inspiration répressive. Mais, en cela, il tranche avec les législations des régimes dits « de police », dans lesquels, selon l'expression du doyen

72. BERNARDINI (R), *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 399 et 401 fine ; CONTE (Ph) & MAISTRE DU CHAMBON (P), *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n° 351 ; SOYER (J-C), *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2008, n° 61

73. « l'imputabilité est véritablement synonyme d'aptitude à la responsabilité pénale », DREYER (E), *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 722.

74. AVRIL (P), « Pouvoir et responsabilité », *Mélanges offerts à Georges BURDEAU*, Paris LGDJ 1977, p.17

75. Cass. crim., 13 déc. 1956, *Laboube* : D. 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; A propos d'un arrêt récent en matière de minorité pénale, RSC 1957, p. 363, note de J.-L. COSTA.

76. A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 86 à 89.

77. *Ibid.*

78. OTTENHOF (R), « La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal* 2004/1 (Vol. 75), p. 25-49.

79. *Ibid.*

CARBONNIER, « d'avance l'autorité empêche tout, sauf à concéder des autorisations ». La loi pénale, symbole le plus éloquent de l'emprise des valeurs sociales sur le droit, reflète, parfois avec un certain décalage, les mutations de la société.

Au terme de cette analyse spécifique au traitement pénal de la délinquance des mineurs, on ne saurait trop insister sur le fait que l'arme pénale, l'une des plus puissantes qui soit aux mains du législateur⁸⁰, ne doit être utilisée qu'en dernier recours, pour des actes déterminés d'après des textes précis. C'est dans cette seule mesure que sera pleinement admise l'importance qu'il convient d'accorder en premier lieu à la réalisation d'une politique réfléchie de prévention contre les mineurs.

Notre modeste objectif était ici de proposer quelques réflexions sur le traitement pénal de la délinquance des mineurs. Nous avons pu ainsi montrer qu'au-delà de la fonction répressive du droit pénal, il est essentiel de rappeler que les règles pénales sont avant tout le miroir de notre société et le marqueur des valeurs qu'elle défend. Le droit pénal n'est plus uniquement punitif, il doit désormais réinsérer⁸¹, soigner, éduquer⁸², responsabiliser, prévenir la récidive, et même réparer le préjudice de la victime. Bref, pour reprendre la conclusion d'un auteur, « *les frontières du droit pénal n'ont plus grand-chose de commun avec ce qui existait en 1810* »⁸³.

Le législateur entend énoncer avant toute chose, par ces règles, les valeurs fondamentales qui structurent notre société⁸⁴. Ces évolutions seront marquées par la nécessité de réprimer les formes nouvelles de délinquance, souvent liées aux évolutions techniques ou technologiques. Ces bouleversements vont toutefois, de manière principale, se traduire par l'importance croissante portée aux infractions contre les personnes.

La responsabilité pénale est par essence subjective⁸⁵. Les rédacteurs du code pénal s'y sont attardés. Ainsi, le mineur de dix à quatorze ans ne peut faire l'objet que de l'une des mesures prévues par la loi. Le mineur de quatorze à dix-huit ans pénalement responsable bénéficie de l'excuse atténuante. Le majeur de dix-huit ans est pleinement responsable.

Tout code nouveau se veut rupture avec le droit antérieur. En ce sens, la codification d'une nouvelle institution pénale en fait presque toujours un choix majeur de politique criminelle⁸⁶. Sauf que le législateur de 2016 en instituant un nouveau code pénal, n'a pas saisi l'occasion pour reformer les dispositions relatives à la minorité pénale. Or, et comme nous l'avons déjà évoqué, il existe un anachronisme entre les dispositions de l'article 80 du code pénal et l'évolution actuelle de la délinquance des mineurs. Il serait opportun pour le législateur d'instaurer une politique pénale réformée pour traiter une délinquance des mineurs en évolution, marquée par un rajeunissement des jeunes concernés.

80. DANET (J), *Justice pénale, le tournant*, Gallimard, coll. « *Le Monde Actuel* », 2006, p. 20.

81. *L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive*

82. *Le système éducatif consacré par le droit pénal des mineurs en est le meilleur exemple.*

83. J. PRADEL, *Rapport de synthèse du colloque précité consacré aux frontières du droit pénal*, RPDP 2011, n° 2, p. 370.

84. NADAL (J.L), alors Procureur Général près la Cour de cassation

85. *C'est à dire qu'elle varie en fonction du délinquant.*

86. NTONO TSIMI (G), « *Le devenir de la responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais. Des dispositions spéciales vers un énoncé général ?* », *Archives de politique criminelle* 2011/1 (n° 33), p. 221-244.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- **BONFILS(Ph), GOUTTENOIRE (A)** : *Le droit des mineurs*. Précis Dalloz 2008
- **CORNU (G)** : Vocabulaire juridique, association Henri CAPITANT, 8^{ème} éd., P U F 2007.
- **Dictionnaire de la langue française**, LITTRÉ, T. 2, 1998
- **MERLE Roger et VITU André** : *Traité de droit criminel*, T1, 7^{ème} édition, Paris, Cujas, 1997
- **PRADEL Jean** : *Droit pénal général*, Paris, Cujas éd. 2001
- **REY (A)** (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*.
- **SOYER (J-C)** : *Droit pénal et procédure pénale*, 18^{ème}, coll. Manuels, éd. LGDJ.

Ouvrages spéciaux

- **ARIÈS (P)** : *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien-régime*, Seuil, coll. « Points », 1973 ; n°58.
- **BAILLEAU (F) et CARTUYVELS (Y)** : (dir.), *La justice pénale des mineurs en Europe. Entre modèle Welfare et inflexions néolibérales*, Paris, Harmattan, coll. Logiques sociales, 2007
- **GEBLER (L) et GUITZ (I)** : *Le traitement judiciaire de la délinquance des mineurs*, ASH éd., 2004.
- **JACOPIN (S)** : « La mise en conjonction des diversités préservées en matière de minorité », Recueil *Dalloz* 2001.
- **DANET Jean** : *Justice pénale, le tournant*, Gallimard, coll. « Le Monde Actuel », 2006
- **DREUILLE Jean-François**. *La justice pénale des mineurs: vers quelle autonomie ? La justice des mineurs en Europe : une question de spécialité*, Oct 2009, Lyon, France, p 2
- **LAPOYADE DES CHAMPS (C)** : *Les petits responsables (responsabilité civile et responsabilité pénale de l' enfant)* Dalloz Sirey, chroniques, 1988
- **FOUCAULT Michel** : « *Surveiller et punir, histoire de la prison* », Paris, Gallimard, 1975.

- **NDOKO Nicole Claire** : *La culpabilité en droit pénal camerounais*, LGDJ, 1985
- **PRADEL Jean** : *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^{ème} éd.
- **RENUCCI Jean François, COURTIN Christine** : *le droit pénal des mineurs*, coll PUF (Que sais-je ?), 2001.

Articles de doctrine

- **DOUMIT-El KHOURY Arlène et al.** : « Les sanctions éducatives », *VST - Vie sociale et traitements* 2005/3 (n° 87), p. 13-17.
- **AVRIL Pierre** : « Pouvoir et responsabilité », *Mélanges offerts à Georges BURDEAU*, Paris LGDJ 1977, P.17
- **BONFILS (Ph)** : « Le droit pénal substantiel des mineurs », *AJ pén.* 2005, p. 45 et s.
- **BONFILS Philippe** : « Libres propos sur la situation du mineur délinquant devenu majeur ». *Droit pénal* n° 12, Décembre 2007, étude 25,
- **CARACENI (L)** : *La justice pénale des mineurs dans le système italien*, *Dév. et soc.* 2002, p. 329 et s.
- **LAZERGES Christine** : « Fallait-il modifier l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 ? », *RSC*, 2003, p. 172
- **DÜNKEL (F)** : *Le droit pénal des mineurs en Allemagne : entre un système de protection et de justice*, *Dév. et soc.* 2002, p. 297 et s.
- **BIKIE Fabrice Roland**, « Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi. Réflexion sur l'État démocratique à l'épreuve de la loi camerounaise n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme » *Revue des droits de l'homme*, 11/2017, n° 2.
- **GATTI (U) et VERDE (A)** : *S'éloigner du système pénal : une approche du problème de la délinquance juvénile en Italie*, *RICPT* 1988, p. 49 et s
- **NTONO TSIMI Germain** : « Le devenir de la responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais. Des

dispositions spéciales vers un énoncé général ?», *Archives de politique criminelle* 2011/1 (n° 33), p. 221-244.

- **GOUTTENOIRE (A)** : « Les principes du droit processuel relatif au mineur délinquant », *AJ pén.* 2005, p. 49.
- **De la COSTA Jean Louis** : Le nouveau statut pénal du mineur en Espagne, *RPDP* 2003, p. 791 et s.
- **NERAC CROISIER Roselyne** : « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », *In le mineur et le droit pénal*, NERAC CROISIER Roselyne (dir.), coll. « logiques juridiques », 1997, p. 13
- **OTTENHOF Reynald**, « Aspects actuels de la minorité pénale. », *Archives de politique criminelle* 1/2008 (n° 30), p. 37-44
- **Paul MARCUS**: The juvenile justice system in the United States, *RIDP* 2004 1/2, p. 535 et s.
- **PODA BAIMANAI Angelain** : « la réforme du droit pénal des mineurs au Burkina Faso par la loi du 13 mai 2014 », *Revue Cames*, *SJP*, n°001/2016, p. 51-75
- **OTTENHOF Reynald** : « la responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *RIDP* 2004/1 (vol75), p. 29
- **DE GOUTTES Régis**, « Droit pénal et droit de l'homme », *RSC* 2000, pp. 133 et s.
- **HASTINGS Ross.** : La justice des mineurs au Canada : réflexions sur quelques développements récents, in *La justice pénale des mineurs en Europe*, sous la dir. De BAILLEAU Francis et CARTUYVELS Yves, L'Harmattan, 2007, p. 45 et s.
- **SALAS Denis** : Les « dispositions applicables aux mineurs » de la loi du 4 janvier 1993 *RS C.*, n° 2 juillet 1993, P. 238
- **SALAS Denis** : Model tutélaire ou model légaliste dans la justice pénale des mineurs ? Réflexions inspirées par l'arrêt de la cour d'appel de Reims du 30 juillet 1992
- **AMADOU NDIOGO Thierno**, Réflexions sur la nouvelle législation sénégalaise antiterroriste, *Droits fondamentaux*, n° 16, janvier 2018.

- **MOREAU Thierry** : « Belgique / La responsabilité pénale du mineur en droit belge », *Revue internationale de droit pénal* 2004/1 (Vol. 75), p. 151-200.
- **CARTUYVELS Yves** : « les horizons de la justice des mineurs en Belgique : Vers un retour « soft » du pénal ? Déviance et Société 2002/3 (Vol26), p. 284.
- **ZAPPALA (E)** : Les projets de réforme du procès pénal des mineurs en Italie, *RPDP* 2006, p. 57.
- **ZERGUINE (R)** : « Algérie / La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal* 2004/1 (Vol. 75), pp. 103-119.

Thèses et mémoires

- **MAKOUGOU FAHA Firmine** : L'âge en droit pénal, Thèse Université de Yaoundé 2, 2011
- **MANCEAU Pierre Olivier** : Le mineur victime en droit pénal international, Thèse, Université de Limoges 2016.
- **MINKOA SHE Adolphe**. Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance; Thèse, Université de Strasbourg 1987, T1.
- **NKOA François Nestor Patrice** : Les principes directeurs de la justice pénale des mineurs au Cameroun, Thèse université de Yaoundé 2, Juin 2016

Rapports, Conférences et colloques

- **ESSOLA (P-D)** : Rééducation et resocialisation de l'enfant en conflit avec la loi, séminaire de formation à la justice juvénile, tenu à Douala du 13 au 16 février 2006
- **VARINARD André** : Adapter la justice des mineurs : Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales, 70 propositions
- **ZERMATTEN Jean** : La prise en charge des mineurs délinquants : quelques éclairages à partir de grands textes internationaux et d'exemples européens, Institut international des droits de l'enfant, Rapport juillet 2002, spé. p.10 etc.

LOS PROBLEMAS URBANOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN EN MÉXICO*

URBAN PROBLEMS AS A CONSEQUENCE OF THE MEXICAN CONSTITUTION

OS PROBLEMAS URBANOS DERIVADOS DA CONSTITUIÇÃO NO MÉXICO

Enrique Rabell García^a
erabell@mail.com

Fecha de recepción: agosto 08 de 2018
Fecha de revisión: noviembre 08 de 2018
Fecha de aceptación: diciembre 15 de 2018

RESUMEN

El desarrollo urbano en México ocasiona problemas de pobreza, dispersión, vivienda, movilidad y mayores costos. Parte de esta problemática proviene del propio texto constitucional que propicia que el orden jurídico y los planes en la materia, otorguen competencias opuestas entre los gobiernos. Como hipótesis se establece que la Constitución y demás normas propician la falta de coordinación ocasionando los problemas citados. El análisis se apoya en la interpretación sistemática y hermenéutica de las normas jurídicas. Se comprueba la existencia de dicha problemática y se proponen reformas legislativas y administrativas.

Para citar este artículo:
Rabell, E.(2019). Los problemas urbanos derivados de la Constitución en México. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 113 - 127.

* Artículo de investigación científica que presenta resultados de las investigaciones del Cuerpo Colegiado en "Constitucionalismo y Gobierno", UAQ.

a. Profesor e Investigador de Tiempo Completo Universidad Autónoma de Querétaro, México Investigador Nacional, Conacyt.

PALABRAS CLAVE

Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Desarrollo Urbano, Administración Pública y Federalismo.

ABSTRACT

Urban development in Mexico causes problems like poverty, dispersion, housing, mobility and increased costs. Part of this problem comes from the constitutional text that promotes legal order and urban plans on the matter to provide attributions that are opposed among governments. The hypothesis of this study states that the Constitution and other regulations, triggers a lack of coordination causing the abovementioned problems. The analysis relies on the systematic and hermeneutic interpretation of the entire legal order. The problems are verified and legislative and administrative reforms are proposed.

KEY WORDS

Constitutional Law, Administrative Law, Urban Development, Public Administration, Federalism.

RESUMO

O desenvolvimento urbano no México causa problemas de pobreza, dispersão, moradia, mobilidade e custos mais altos. Parte desse problema vem do próprio texto constitucional, que permite que a ordem jurídica e os planos na matéria concedam poderes opostos entre os governos. Como hipótese, estabelece-se que a Constituição e outras normas favorecem a falta de coordenação causando os problemas acima mencionados. A análise baseia-se na interpretação sistemática e hermenêutica das normas legais. A existência deste problema é verificada e reformas legislativas e administrativas são propostas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional, Direito Administrativo, Desenvolvimento Urbano, Administração Pública e Federalismo.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día se aprecian los múltiples problemas que existen en México en materia urbana. Saltan a

la vista cuestiones de movilidad, pobreza urbana, contaminación, vivienda, insuficientes obras de infraestructura urbana, políticas incorrectas en uso de suelo, problemas de abasto de agua, entre otras muchas. Al efecto, existirá una relación entre los incentivos o consecuencias que genera la aplicación del orden jurídico en materia de desarrollo urbano en México frente a dichos problemas. Aunque es claro que las normas correspondientes no son la única variable de estos problemas, se busca analizar si el espíritu de estas, así como los procesos institucionales y administrativos que nacen de las mismas, son parte esencial de dicha problemática. Así mismo, con dicho análisis se busca vislumbrar posibles soluciones al marco jurídico para generar incentivos positivos y, por ende, mejores políticas públicas en la materia.

De ahí la importancia que tiene el conocer cuáles son las normas principales, los procesos desde la planeación hasta la ejecución, así como los procedimientos y actores institucionales en el desarrollo urbano. En particular destacan los instrumentos de planeación que tienen los tres niveles de gobierno para regular y controlar el desarrollo urbano; así como la capacidad legal y administrativa para su aplicación y seguimiento puntual. Al respecto, se plantea como hipótesis que la Constitución y demás normas tienen competencias incompatibles que propician la falta de coordinación entre los niveles de gobierno, ocasionando los problemas citados.

Se utiliza como técnica jurídica la interpretación sistemática y hermenéutica de las normas jurídicas; y como marco teórico la nueva escuela del institucionalismo para aplicar una visión multidisciplinaria que ayude a tener una panorámica más amplia de esta problemática. Al efecto se utiliza la historia de México, análisis sociales y económicos en materia urbana, así como el estudio de la Constitución y normas vigentes en la materia. Todo ello para desarrollar una interpretación integral y armónica que permita vislumbrar las causas de estos problemas.

Por tanto, los capítulos subsecuentes corresponden en primera instancia a la metodología, comprendiendo los métodos y técnicas de interpretación jurídica aplicados a este estudio; así como la descripción teórica de la nueva escuela de la economía institucional, el cual tiene un enfoque multidisciplinario

en el estudio de los fenómenos sociales. El capítulo segundo corresponde a la evolución del desarrollo urbano en México principalmente en el siglo XX. El tercero continúa con el siglo vigente, pero ya en una perspectiva de la problemática que se presenta desde lo social y económico. El capítulo cuarto corresponde al análisis de las normas, el cual comprende desde la Constitución, leyes secundarias, problemas jurídico administrativos, así como la jurisprudencia. Finalmente, en las conclusiones se reflexiona en torno a los problemas encontrados en los capítulos anteriores y se presentan una serie de consideraciones para reformar el orden jurídico y, por ende, mejorar las políticas en la materia; además de servir de modelo de interpretación jurídica para los jueces en la materia.

METODOLOGÍA

Métodos y técnicas jurídicas

De acuerdo a los fines de esta investigación, se presenta una metodología propia al Derecho y otra relativa a las ciencias sociales que complementa y auxilia las técnicas jurídicas a presentarse. Desde la perspectiva jurídica, las técnicas de interpretación gramatical no son las adecuadas para el presente estudio por sus limitaciones ya que se pretende analizar toda la normativa jurídica en forma simultánea. En este orden de ideas, la interpretación sistemática, “es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado ateniendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte” (Anchondo, 2010, p. 41). Por tanto, tiene la ventaja de permitir un análisis en conjunto de un texto jurídico y así trascender el significado literal.

Sin embargo, dicha técnica sólo considera parámetros o variables estrictamente dentro del texto jurídico y no permite considerar circunstancias sociales, económicas o culturales que estén fuera del texto jurídico y que sin duda se relacionan a éste. De ahí la necesidad de utilizar enfoques más amplios de interpretación como el histórico, genético o teleológico, los cuales abarcan los contextos y circunstancias que influyeron sobre la voluntad del legislador. En este orden de ideas, Arráez *et al* señalan que

la interpretación (o integración) hermenéutica permite incorporar criterios más amplios y vigentes, no sólo los históricos:

De lo que se infiere que el texto una vez que fue escrito adquiere personalidad, asume independencia, y va pasando por el devenir histórico. El texto mismo tiene su contexto, que se ensancha con el paso del tiempo y con las múltiples interpretaciones de que es objeto; por consiguiente, el intérprete debe recibir no sólo el texto en su presencia física, objetiva, sino con los variados comentarios que se han hecho de él. Por consiguiente, puede el intérprete criticar, argumentar, captar en una totalidad las diferentes partes del texto, ubicándolos en el amplio contexto social; utilizar los procedimientos dialécticos que amplíen los significados captados con anterioridad, pues toda interpretación implica innovación y creatividad en la medida en que la interpretación del texto o de la acción humana enriquezca su descripción o comprensión (Martínez, 1999). (Arráez *et al*, 2006: 180).

De ahí la importancia del método o técnica hermenéutica para poder considerar todas las normas jurídicas en conjunto que afectan la problemática urbana en estudio. Sin embargo, aunque la visión hermenéutica ya utiliza otras ciencias para auxiliarse en sus reflexiones; es imprescindible saltar de una visión jurídica de los problemas a un enfoque diferente en las ciencias sociales en razón de la complejidad propia de los problemas urbanos que son multidisciplinarios. En consecuencia, la perspectiva metodológica de la nueva economía institucional representa la mejor herramienta para complementar las técnicas jurídicas y así incrementar el análisis y conclusiones en forma armónica.

Marco teórico, la nueva economía institucional

Mediante la nueva economía institucional se busca acreditar la relación entre los incentivos o efectos que generan las normas jurídicas al momento de su aplicación frente a los problemas existentes en materia de urbanismo. La visión de la nueva corriente del institucionalismo y, en particular, la “Nueva Economía Institucional” (NEI), permiten complementar la interpretación

de las normas al brindar información sobre la estructura y funcionamiento de las instituciones, los incentivos que se crean, las reglas y tratos entre los actores que intervienen, así como una serie de características (por ejemplo, los derechos de propiedad y costos de transacción), que influyen en las conductas de las personas, así como su forma administrativa de aplicar las leyes.

North (1990, pp. 3-5) señala que las acciones humanas se encuadran dentro del marco institucional y ofrecen una estructura para la vida diaria con la doble finalidad de reducir la incertidumbre, al mismo tiempo que limitan las alternativas de los individuos; en pocas palabras, las instituciones surgen para dar seguridad y facilitar la vida al reducir las alternativas en la toma de decisiones. Por su parte Crawford y Ostrom (1995, p. 582) señalan que las instituciones son “regularidades duraderas de la acción humana, estructuradas por reglas, normas y estrategias compartidas, así como por el medio físico. Las reglas, normas y estrategias compartidas son constituidas y reconstituidas por la interacción humana en situaciones repetitivas.”

En particular el institucionalismo busca encontrar todas aquellas características y rasgos que expliquen el éxito o fracaso de todo tipo de instituciones, sean formales o no. Carrasco y Castaño (2012, p. 43) son partidarios utilizar varias disciplinas con un enfoque institucional; considerando que:

(...) la finalidad de la NEI es explicar la importancia de las instituciones en la vida social, utilizando el lenguaje económico, pero integrando conceptos de disciplinas como el derecho, la ciencia política, la sociología, la historia, o la antropología. Autores destacados y precursores de la NEI son los cuatro galardonados con el Premio Nobel de Economía: Ronald Coase (1991), Douglas North (1993), Oliver Williamson (2009) y Elinor Ostrom (2009).

De esta forma, los estudios aplicados al urbanismo en México, derivados del enfoque del nuevo institucionalismo, deben brindar información valiosa que permita conocer los efectos de la aplicación de las normas urbanas en los tres niveles de gobierno.

1. ANTECEDENTES DEL URBANISMO EN MÉXICO

1.1 Los inicios del urbanismo en el siglo XX

Se pretende presentar un muy breve repaso sobre los antecedentes urbanos en México, como un referente de la forma en que se ha desarrollado esta temática. Es así que durante el Porfiriato inicia la expansión urbana con nuevos fraccionamientos y colonias en la Ciudad de México (por ejemplo, las colonias Roma, Condesa, Coyoacán); la consolidación de ciudades importantes en el centro y el norte como Querétaro, Puebla, Monterrey o Chihuahua; así como la ampliación de centros de población como León, Tijuana, Tampico y Tuxtla Gutiérrez entre otros (Cárdenas, 2012, p. 30). En este período se utilizaron los esquemas adoptados del urbanismo francés y estadounidense, derivados de la ideología del gobierno para tener mayor modernidad, así como competitividad comercial e industrial. Se dio un gran dinamismo de construcción y múltiples inversiones del sector capitalista; la población se incrementó y surgió la especulación por el uso y destino del suelo; las haciendas, ranchos, molinos y potreros cercanos a la capital mexicana e incluso tierras comunales y ejidales se vendieron para construir solares y fracciones de terreno destinados a la vivienda residencial del nuevo estilo burgués de aquellos años.

Se puede señalar que la planeación urbana, como tal, quedó detenida durante la Revolución mexicana hasta lo que podríamos llamar la pacificación institucional durante la presidencia de Lázaro Cárdenas (1934 - 1940). De esta forma en esta primera etapa se verifica el inicio de la migración masiva del campo a las ciudades, así como el inicio de la planeación mediante los Planes Quinquenales impulsados en el sexenio de Cárdenas.

Ya para el período de 1950 a 1970 se experimenta un intenso crecimiento demográfico (de 30 millones a 50 millones de habitantes aproximadamente) y económico. Inicia la verticalidad y reciclamiento en la edificación urbana, así como una mayor expansión urbana y aparición masiva de los suburbios (particularmente el Valle de México). En esta época surgen, entre el sector público y privado,

los primeros “Planos Reguladores” en materia de desarrollo urbano a un nivel sub sectorial (Cárdenas, 2012, p. 36).

Destaca, al inicio de los setentas, la creación de la Subsecretaría de Bienes Inmuebles y Urbanismo, como la primera instancia federal para regular este tema. Se elabora una metodología oficial para desarrollar estudios y planes en este ámbito. Se realiza el primer estudio nacional de desarrollo urbano, del cual se desprenden planes municipales y otros de desarrollo urbano por parte del sector privado.

Como ejemplo de esta etapa se concibe al municipio de Cuautitlán Izcalli usando como base los planos de ciudades europeas y estadounidenses (Edward Bassett impulsó el *zoning* en New York desde 1910), para transformar los terrenos en áreas apropiadas para el establecimiento de centros de trabajo, de servicio y de habitación con la idea de contar con áreas deportivas e industriales, zonas residenciales y áreas verdes; ejemplo que se desarrolló en varias ciudades más.

1.2 La expansión urbana

Del período de 1976 a 1990 se da la transformación definitiva de un entorno rural a uno urbano mayoritariamente concentrado en centros de población. Aparecen ciudades conurbadas con sus problemáticas (Valle de México, Guadalajara, Monterrey principalmente). Se promulgó la Ley General de Asentamientos Humanos, la cual es rectora de toda la planeación urbana; y como consecuencia la creación de instancias formales para regular la Ley, como la Subsecretaría de Desarrollo Urbano adscrita a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas de ese entonces. Se crean también las comisiones para la planeación de las zonas metropolitanas. Así mismo, aparecen los planes de desarrollo en los tres niveles de gobierno (por ejemplo: en los ochentas se hacen los primeros planes parciales de desarrollo urbano de las delegaciones del Municipio de Querétaro). Además, se promulgó el primer Plan Nacional de Desarrollo Urbano en 1978. Destaca también por su injerencia en el tema la promulgación de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.

Gutiérrez (2009, p. 61) opina que no obstante el impulso ya anotado a la planeación urbana, la preeminencia que se dio al Sistema Nacional

de Planeación Democrática de mediados de los ochentas, cambió como eje principal del Gobierno federal la cuestión económica, desplazando con ello a la cuestión urbana. Señala, además, que en lugar de que en los noventas los asuntos urbanos recuperarían un importante papel en las políticas públicas, la cuestión social junto con la económica serán las principales, “con el impulso de programas como el de “Ciudades Medias” y el de “100 Ciudades” en los cuales la planeación urbana asume un carácter secundario limitado a la regulación del crecimiento de las ciudades desde una perspectiva espacial carente de una visión integral y sin mostrar signos de avance.”

En la última década del siglo anterior continua el crecimiento demográfico al alcanzarse los 100 millones de habitantes, 70% de ellos en centros urbanos de las ciudades importantes, así como en ciudades fronterizas. A pesar de la ya existencia de instrumentos legales y planes en la materia, la caracteriza principal es el incremento de la construcción incontrolada de infinidad de conjuntos habitacionales, urbanos y mayoritariamente de carácter popular o interés social, ubicados en forma adyacente a los centros de población, ocasionando infinidad de problemáticas por la gran dispersión urbana.

2. PROBLEMÁTICA ACTUAL

2.1 Aspectos socio económicos

La situación actual se abordará desde una perspectiva socio económica e institucional, señalando los problemas demográficos, de dispersión, vivienda, movilidad y costos públicos.

En lo relativo a lo social, la problemática es notoria desde una primera visión demográfica. Según el Consejo Nacional de Población (CONAPO, 2007) el 77% de la población (alrededor de 86 millones) en México es urbana y se calcula que para el 2030 la proporción subirá a un 81%. Además, el Centro de Investigación de la Casa (CIDOC, 2012) señala que las urbes en México generan el 86.5% del PIB. Sin embargo, dichas ciudades son responsables de la concentración de la pobreza y desigualdad social según la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL, 2009, p.3), ya que alrededor del 40% de la población urbana vive en condiciones de pobreza. Los más pobres están obligados a vivir en la periferia urbana o zonas de riesgo, carecen de acceso a los servicios básicos y,

en su mayoría, en condiciones de irregularidad de la propiedad de la tierra que ocupan.

El crecimiento de la población, así como de las zonas urbanas, no implica por sí mismo una carga negativa, ya que es posible que se dé en forma ordenada. El problema central consiste en la dispersión de la ciudad, la cual genera múltiples problemas. Por lo cual resulta importante justificar su existencia. Como primer análisis se compara el crecimiento de la población frente a la mancha o área urbana contenido en el análisis de planes de movilidad del Instituto de Políticas para el Transporte y el Desarrollo (ITDP, 2012, p. 17). Al considerar el período de 1980 al 2010 tenemos como ejemplos que: en Querétaro creció la población 9.3% y el área urbana un 14%; en Puebla la población 4.5% y el área 13.4%; la Laguna 2.9% frente a 11% del área; en León un 4% y la mancha un 10.1%; Juárez la población un 4.4% frente a 9.6%; Monterrey 3.5% comparado a 8.3%; Guadalajara 3.5% frente a 6.9%; y el Valle de México un 1.8% frente a un área urbana de 6.6%.

Esta muestra de ciudades confirma que ha existido una gran dispersión al permitir desarrollos inmobiliarios y demás obras en las periferias de las ciudades, lo que ocasiona que crezca más rápido la mancha urbana que la población, creando con ello un sinnúmero de problemas. Problemas que inclusive son reconocidos en forma oficial en el Programa Nacional de Desarrollo Urbano 2014-2018, el cual señala en forma puntual:

Un segundo efecto del proceso de urbanización en México es la expansión desproporcionada de la mancha urbana. En las ciudades mexicanas el crecimiento del territorio urbano no siempre ha respondido a la tendencia del crecimiento poblacional. Así, mientras la población urbana se duplicó durante los últimos treinta años, la superficie urbana se multiplicó por seis (Programa Nacional de Desarrollo Urbano 2014-2018, 30 de abril del 2014).

2.2 Ineficiencia institucional

Siguiendo el mismo Plan citado arriba, se especifica que otras de las consecuencias del proceso de expansión desordenado de las ciudades fue la política de vivienda. Al efecto, señala que el modelo de atención a las necesidades

habitacionales privilegió el otorgamiento masivo de financiamiento para vivienda nueva sin considerar su impacto territorial, urbano y ambiental al tiempo que la industria desarrolladora encontró una oportunidad de negocio en la producción de vivienda de interés social en lugares donde el suelo era más barato, lugares cada vez más alejados de los centros urbanos consolidados.

En el mismo sentido el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO, 2011, p. 15) señala que el actual modelo de crecimiento urbano ha sido determinado por el mercado inmobiliario, siendo disperso, desordenado, con bajas densidades, sin usos de suelo mixto e insustentable. La construcción masiva de vivienda se ha disparado ocasionando dicha problemática. Por ejemplo, el Instituto Nacional de Vivienda (INFONAVIT) otorgó poco más de 3.2 millones de créditos más que en comparación con los 30 años anteriores. Además, el propio INFONAVIT (2010, p. 32) cita que para el 2010, el 26% de las viviendas financiadas por esta vía se encontraban desocupadas o abandonadas; siendo el 21% de los casos el resultado de la distancia que separa las viviendas de la ciudad.

El Programa Nacional de Desarrollo Urbano ya citado, señala además que un efecto adicional de esta política de vivienda, “fue el reforzamiento del patrón de urbanización periférica de baja densidad con usos predominantemente habitacionales, modelo que hasta el día de hoy tiene importantes efectos negativos en la cohesión social, la economía y la conectividad de las ciudades.”

Respecto de la movilidad, el ITDP encontró problemas relacionados entre la dispersión y la movilidad; puntualizando al efecto:

(...) la actual política de vivienda ha fragmentado el espacio urbano, aumentado las distancias y tiempos de traslado y ha puesto en jaque la estructura territorial y ambiental de las ciudades mexicanas. Un patrón de desarrollo disperso, de baja densidad y sin usos de suelo mixtos, obliga a los ciudadanos a vivir menos la ciudad, a recorrer distancias más largas, a utilizar el automóvil y a caminar menos. Este patrón de desarrollo urbano hace costoso y difícil establecer sistemas de transporte público, trasladarse en bicicleta o

caminar. La lejanía también obliga a consumir una mayor cantidad de energía para el transporte y a destinar espacio público para vialidades (2012: 17).

De tal forma que la dispersión genera servicios de transporte públicos ineficientes (las soluciones de transporte como trenes elevados, subterráneos y similares, requieren mayores densidades de población), además de hacer inútiles las soluciones para privilegiar las bicicletas o caminar; contando con el aumento exponencial del tráfico vehicular y contaminación respectiva. El Programa Urbano aludido reporta los problemas derivados para llegar a los trabajos, generando costos muy altos en dinero y tiempo.

El 15% de los hogares en zonas urbanas reporta que gasta aproximadamente entre 51 y 200 pesos diarios para trasladarse de su casa al trabajo. En el Valle de México, el porcentaje de hogares que paga dicha cantidad aumenta a 16% y en las ciudades de más de un millón de habitantes aumenta a 21%. En cuanto al tiempo de traslado se refiere un 62% de los hogares encuestados reportan que a la persona que más aporta al gasto familiar le toma entre 23 y 38 minutos llegar a su centro de trabajo (Programa Nacional de Desarrollo Urbano 2014-2018, 30 de abril del 2014).

Respecto de los costos, el Programa menciona que además de los incluidos a los ciudadanos de movilidad y derivados de la distancia, se incluyen los públicos. El modelo de ciudad extendida genera mayores costos en la provisión de servicios básicos por parte del gobierno, aunado a la debilidad financiera de las recaudaciones locales, se traduce en desigualdades en la calidad y oportunidad con la que los gobiernos locales proveen bienes públicos a los ciudadanos. El costo de introducción de servicios públicos, una vez que se han consolidado los asentamientos humanos que no fueron planeados, es 2.7 veces mayor. La provisión de servicios básicos como estrategia para conectar desarrollos alejados de las ciudades, sumando al abandono de los centros de las ciudades debido al deterioro de inmuebles provoca subutilización del equipamiento e infraestructura e incluso genera incentivos para la especulación del suelo. De esta forma se aprecia la razón por la cual muchas políticas a nivel local (ciclo vías, tráfico, obras públicas, seguridad pública, medio ambiente,

etc.) no podrán tener un impacto significativo en tanto no exista una política urbana principal que busque compactar la ciudad.

3. MARCO CONSTITUCIONAL Y JURÍDICO

3.1 La Constitución

En primer plano los artículos 25° y 26° de la Constitución Política de la República de 1917 establecen el sistema de planeación democrática para el gobierno. Esto es, cada nivel de gobierno tendrá su plan general de gobierno en cada inicio de sus administraciones (cada seis años en lo federal y estatal y 3 a nivel municipal). Además, el artículo 27° establece las modalidades públicas de la propiedad e intervención en la privada, las cuales corresponden también a todos los niveles de gobierno; así como el régimen de la propiedad pública estatal de los recursos naturales, dominio que corresponde al orden Federal.

En particular la materia urbana presenta competencias no tan claras, ya que el artículo 73, fracción XXIX-C constitucional, establece en forma puntual la concurrencia de los tres niveles de gobierno en materia de "Asentamientos Humanos". Lo cual le da a la Federación una preeminencia en esta materia (ya que compete a la Federación legislar en forma inicial) y, en forma indirecta, lo relativo al desarrollo urbano por medio de esta competencia (Reformado: DOF, 6 de febrero de 1976). Este mismo esquema se repite en relación con la materia de protección al ambiente y preservación y restauración del equilibrio ecológico en términos de concurrencia. Materias que son esenciales en el concepto de desarrollo urbano sustentable (Reformado: DOF, 10 de agosto de 1987).

Sin embargo, además de la concurrencia ya citada, el artículo 115° constitucional establece competencias específicas para los municipios. En particular la fracción V establece las competencias para formular y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; crear y administrar sus reservas territoriales; formular planes de desarrollo regional en concordancia con los de la Federación y Estado; autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo; intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana; otorgar licencias y permisos para construcciones; participar en la creación y administración de

zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia; intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros; celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales (Reformada: DOF, 23 de diciembre de 1999); y, fracción VI, cuando dos o más centros urbanos situados en territorios municipales de dos o más entidades federativas formen o tiendan a formar una continuidad demográfica, la Federación, las entidades federativas y los municipios respectivos, en el ámbito de sus competencias, planearán y regularán de manera conjunta y coordinada el desarrollo de dichos centros con apego a la ley federal de la materia (Reformada: DOF, 3 de febrero de 1983).

Por tanto, se puede apreciar una primera complejidad ya que por un lado existe la concurrencia en materia de Asentamientos Humanos y Ecología, lo cual es aplicable al desarrollo urbano; y por otra parte existen competencias “únicas” para los municipios en materia de desarrollo urbano; creando al efecto una serie de conflictos al interpretar y aplicar estos principios constitucionales.

3.2 La legislación secundaria

Esta situación se aprecia con claridad en el contenido de la normativa federal relativa a la Ley General de Asentamientos Humanos (2016), la cual parece que confirma la preeminencia del orden Federal. Destacan las siguientes atribuciones conferidas a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano federal: coordinar la planeación del desarrollo regional; prever a nivel nacional reservas territoriales para el desarrollo urbano; formular y ejecutar el programa nacional de desarrollo urbano; así como participar en la ordenación y regulación de zonas conurbadas, entre otras.

Mediante el capítulo III, el orden federal tiene bajo su responsabilidad, por medio del Sistema Nacional de Planeación Democrática, el programa nacional de desarrollo urbano, el cual es el eje rector en la materia para los tres órdenes de gobierno. El capítulo cuarto otorga responsabilidades de trascendencia para las situaciones de conurbación o ciudades metropolitanas, esto es, cuando una ciudad se junta con otra, o sobrepasa sus límites entre municipios. Inclusive su existencia jurídica

depende de un decreto federal que tiene que ser publicado en el Diario Oficial de la Federación.

El capítulo quinto relativo a la regulación de la propiedad en los centros de población otorga competencias a los estados y municipios. Por ejemplo, la fundación de los centros de población deberá expedirse por las legislaturas estatales; los planes y programas municipales de desarrollo urbano deberán prever la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; los requisitos que debe contener la legislación estatal en materia de desarrollo urbano o las políticas de zonificación de acuerdo con esta Norma federal; todas estas competencias supeditadas a los programas y políticas nacionales en la materia.

El capítulo sexto prevé la coordinación en materia de reservas territoriales. El séptimo los mecanismos de participación social para los tres niveles de gobierno. El octavo que habla sobre fomento al desarrollo urbano establece incentivos por los cuales la Federación podrá conducir políticas como instrumentos financieros y fiscales, protección del patrimonio cultural; modernización de los sistemas catastrales y registrales, o aplicación de tecnologías en la materia, entre otras. Por último, el capítulo noveno sobre control de desarrollo urbano establece como uno de sus mecanismos la disposición de que no surtirán efectos los actos, convenios y similares relativos a la propiedad o cualquier otro derecho relacionado con el aprovechamiento de áreas y predios que contravenga esta ley, la legislación estatal en la materia y los planes o programas de desarrollo urbano. Por tanto, resulta clara la superioridad de la ley federal frente a la legislación estatal y municipal en esta materia; así como sus actos administrativos.

En el ámbito estatal existe en principio la subordinación a la ley anterior. Al tomar el Estado de Querétaro como ejemplo (lo cual se repite en este orden tanto por mandato Constitucional como por las prácticas centralistas), aunque existen varias disposiciones en la materia (por ejemplo: las leyes respectivas a la Protección del Ambiente y sobre la Planeación democrática; Ley para la Regularización de los Asentamientos Humanos Irregulares, entre otras), el principal instrumento consiste en el Código Urbano, el cual entró en vigor en junio de 2012. Siguiendo la normativa federal,

destaca en el título primero la concurrencia entre el Estado y sus municipios, así como las competencias de las autoridades en materia inmobiliaria, desarrollo urbano, construcción, agua, caminos, carreteras, entre otras.

El título segundo versa sobre la planeación urbana, ordenación y regulación territorial, así como asentamientos humanos. En este destaca el Sistema Estatal de Planeación Urbana, el cual tiene por una de sus finalidades la expedición de los programas Estatal de Desarrollo Urbano, Subregionales de Desarrollo Urbano, Ordenación de zonas metropolitanas; municipales de Desarrollo Urbano, Desarrollo Urbano de Centros de Población, y parciales de Desarrollo Urbano (por ejemplo, a nivel de las delegaciones de los municipios). Es importante recalcar que su importancia y jerarquía van del primero al último citado, por tanto, los programas inferiores no podrán contravenir disposiciones de los superiores. Estos programas tendrán que tener un horizonte no menor a 10 años. Destaca al finalizar el presente título la creación de la Procuraduría Estatal de Protección al Medio Ambiente y Desarrollo Urbano (sección segunda); la Acción Popular (sección tercera); y los observatorios urbanos (sección cuarta); como instrumentos para afianzar las políticas públicas en la materia.

El título tercero se avoca a la regulación de los desarrollos inmobiliarios, el cual es esencial para regular la urbanización y tipos de vivienda. El título cuarto que establece las reglas principales para la construcción en terrenos y edificaciones públicos y privados, así como sus modalidades. El quinto relativo a las obras de urbanización mediante el sistema de obras por cooperación y captación; como un importante complemento al desarrollo urbano. El título sexto sobre el agua potable, alcantarillado y saneamiento, el cual incluye la creación de la Comisión Estatal de Aguas. El título séptimo sobre carreteras, caminos y otras vialidades, creándose al efecto la Comisión Estatal de Caminos del Estado. Y el título octavo sobre cuestiones administrativas generales al Código.

A nivel municipal en el Estado de Querétaro, se encuentran la Ley Orgánica Municipal de 2001; y, en el caso del Municipio de Querétaro, se encuentra el Código Municipal de 2004, destacando dentro de su título primero el Apartado Tercero sobre las atribuciones del municipio en materia de Desarrollo Urbano; así

como los reglamentos en materia Ambiental; de Construcción; y de Parques, Jardines y Áreas Verdes, entre otros.

3.3 Los planes urbanos

Derivados de las normas ya citadas, los principales instrumentos para ordenar el desarrollo urbano consisten en los planes en la materia. En atención a la Ley General de Asentamientos Humanos el plan de mayor jerarquía es el Programa Nacional de Desarrollo Urbano, pudiendo derivar de éste planes particulares por materia (movilidad, pluviales, económicos, etc.) o geográficos cuando abarquen dos o más estados, llamados regionales o metropolitanos si involucra manchas urbanas interestatales. En este orden de jerarquía le siguen los planes estatales en la materia, de los cuales pueden derivarse por materia o regionales si involucran a dos o más municipios.

En el nivel municipal y siguiendo los planes arriba citados; así como las normas propias del municipio, se agregan los planes municipales de desarrollo, los cuales tienen una vigencia de tres años; así como los planes de desarrollo urbano municipal y parcial para las delegaciones en los casos correspondientes, como instrumentos fundamentales de planeación y políticas públicas urbanas de mediano y largo plazo.

3.4 Los conflictos jurídicos

Aunque parece un orden jerárquico y lógico en la normativa revisada, se encuentran los siguientes problemas de la revisión de las normas en cuestión: la autoridad federal no tiene una competencia clara o directa para regular cuestiones municipales de urbanismo por medio de las competencias en materia de asentamientos humanos; existe una gran dispersión en la materia de desarrollo urbano al existir normativa en muchas materias relacionadas (medio ambiente, agua, protección civil, reglamentos de imagen urbana, usos de suelo agrícolas y forestales, vías de comunicación, etc.), lo cual crea una gran complejidad jurídica y administrativa; debido a los ciclos de gobierno, los planes estatales y municipales siempre están desfasados del Federal; el municipio con fundamento el 115 constitucional nacional y sus propios reglamentos, por medio del ayuntamiento tiene la capacidad jurídica para tomar decisiones unilaterales que

puedan ir en contra de las normas y planes federales y estatales en la materia (ejemplo de ello se aprecia en materia metropolitana, cambios de uso de suelo en contra de zonas estatales o federales con otra vocación, crecimiento de la mancha urbana, entre otros).

Desde una perspectiva legal y administrativa, el ITDP (2012, pp. 22-23) en referencia a los planes de desarrollo urbano encontró que: 60% de los documentos tienen la intención de aplicar un enfoque integral, sin embargo sólo el 40% se acerca a una visión sustentable de movilidad; ningún documento considera la gestión de movilidad; se justifican grandes inversiones en infraestructura pero se da muy poca importancia a la búsqueda de soluciones que afecten menos al medio ambiente, tales como reducción de energéticos; un 53% considera la movilidad ciclista; sólo una tercera parte hace propuestas en referencia a la movilidad peatonal; no existe claridad en las dependencias responsables de la aplicación de los planes integrales de movilidad urbana, por lo que sus planes son susceptibles a los cambios políticos y administrativos (salvo Monterrey y Distrito Federal); sólo cuatro documentos incluye la participación social; debido a que la Ley y el Sistema de Planeación no tiene claridad en cuanto al PIMUS, cada ciudad ha realizado un ejercicio distinto, lo cual hace imposible un sistema nacional de información y realizar comparaciones.

Esta conflictiva jurídica también se acreditó al realizar una serie de entrevistas aplicadas a funcionarios de los tres niveles de gobierno, con motivo de las reuniones anuales que realiza la Secretaría de Desarrollo Sustentable y Territorial federal; siendo en esta ocasión la **“Reunión de Trabajo del Panel de Alto Nivel de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que evaluará a ONU-Hábitat en México, efectuada en mayo del 2017.** Al efecto se pudieron realizar 15 entrevistas, aplicadas a servidores de la Secretaría ya citada (3), de nivel estatal de secretarías de desarrollo económico y obras públicas (6 diferentes estados); y a nivel municipal en secretarías afines (6 diferentes municipios). Si bien la muestra no es representativa desde la disciplina estadística, si permite vislumbrar una tendencia importante, en virtud de la homogenización del orden jurídico, vía la concurrencia en la materia contenida en el artículo 73 de la Constitución federal y

Ley General de Asentamientos Humanos, así como la reglamentación municipal derivada del artículo 115 constitucional. Las entrevistas fueron abiertas (ver guía en anexo I), siendo los principales resultados:

- a) Los servidores públicos federales no cuentan con instrumentos o instancias legales para hacer cumplir los planes y programas federales a nivel estatal y municipal; las controversias constitucionales o inconstitucionalidad de leyes es muy raro que se promuevan y no ayudan a resolver los problemas de coordinación.
- b) A nivel estatal todos destacaron que, en la elaboración de leyes y planes, si se acatan las leyes y planes federales correspondientes, y que existe colaboración con dichas autoridades para su elaboración. Sin embargo, para su aplicación y seguimiento, aunque si existen reuniones con los otros niveles de gobierno, ellos cuentan con la competencia para hacerlo en forma unilateral.
- c) En el ámbito estatal, en muy pocas ocasiones existe un litigio formal frente a la Federación, a nivel municipal, en cambio, este es más frecuentes. Los conflictos jurídicos más comunes con la Federación corresponden a la interpretación de las competencias concurrentes (asentamientos, medio ambiente, movilidad, etc.), lo que ocasiona la complejidad para elaborar los planes y la gran dificultad para hacer planes conjuntos con la Federación o los regionales con otras entidades; además de la forma para efectuar la evaluación, especialmente con organismos descentralizados (ejemplo Comisión Nacional del Agua, Procuraduría del Medio Ambiente federal, etc.). Esto ocasiona que las políticas en urbanismo sean lentas y vayan siempre rezagadas.
- d) Los funcionarios estatales consideran que tienen preeminencia sobre las políticas municipales. Sin embargo, no dudaron en señalar que la conflictiva con los municipios es mucho mayor, ya que se reproducen los anteriores problemas en materia de concurrencia, además de las competencias derivadas del artículo 115 constitucional, que utilizan dichos funcionarios para fundamentar sus actuaciones. Así, denotaron también la falta de instrumentos ágiles para hacer valer los planes y programas estatales frente a los municipios.

- e) En el ámbito local se aprecia que los municipios con mayor capacidad técnica sí toman en cuenta la normativa y planes desde lo Federal a lo estatal, en la elaboración de sus propias políticas. Sin embargo, todos coincidieron que el ayuntamiento (órgano máximo de gobierno del municipio) tiene la competencia directa para realizar cualquier modificación, no sólo a dicha normativa superior, sino inclusive a sus propios planes y programas en la materia, con el fundamento que otorga el artículo 115 constitucional. Señalando además que es frecuente que en cada sesión de cabildo se den modificaciones.
- f) Todos citaron que es un reto poder contar con una política urbana en forma coordinada, ya que no sólo está la complejidad de los tres niveles de gobierno, sino que también en el propio nivel existen otras secretarías y entidades que tienen competencias en la materia.

4.5 La actividad de la Corte

La conflictiva jurídica llega hasta la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea vía amparo de los particulares (muy común para obtener permisos en áreas no convenientes), o vía controversia constitucional entre autoridades de diferentes niveles. Apreciándose tanto en el buscador de la Corte, así como en otros, la gran cantidad de actividad judicial en esta materia. Al respecto y con objeto de citar algunos casos representativos, la controversia constitucional 94/2009 entre el Municipio de San Pedro Garza García en contra del Estado de Nuevo León, consideró al valorar los artículos 73° fracción XXIX-C y 115 de la Constitución, en el numeral Séptimo:

Pues bien, ni de la redacción de la fracción V del artículo 115, ni de los orígenes de la facultad concurrente en materia de asentamientos humanos, se desprende que el Municipio tenga una facultad exclusiva y definitiva en la materia de desarrollo urbano. Los casos de la fracción V del artículo constitucional citado deben entenderse en el contexto de las facultades concurrentes distribuidas constitucional y legalmente, y que deben ser desarrolladas: “en los términos de las leyes federales y estatales relativas (Sentencia de Controversia Constitucional 94/2009, julio de 2011).

De dicha redacción y considerando que la reforma constitucional al artículo 73° fracción XXIX-C, que establece la concurrencia en la materia, fue anterior a la reforma al artículo 115° en materia de desarrollo urbano, se concluyó la jerarquía de la regla de la concurrencia (y por ende de la legislación federal), por encima de supuestas facultades “únicas” de los municipios, con lo cual se negaron las pretensiones de dicho Municipio de hacer valer facultades exclusivas en su favor.

En un sentido similar se pronunciaron dos sentencias en contra del Instituto de Vivienda del Estado de Quintana Roo por dos municipios diferentes (SCJN, 2013, p. 173). Sin embargo, aunque es anterior a las otras, la controversia en contra de la Ley de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano para el Estado de Nayarit, encontró la legalidad de ciertos artículos de dicho Ordenamiento, así como la ilegalidad de otros, con lo cual reconoció que el municipio sí cuenta con ciertas facultades exclusivas o propias en materia de desarrollo urbano. Y así como estos ejemplos hay suficientes que muestran la diversidad de opiniones de la Corte. Por lo que se aprecia que tampoco existe un criterio uniforme en el más alto Tribunal del País, acreditándose la gran complejidad en la materia y repercusiones que esto tiene.

Si bien la jurisprudencia de la Corte tiene la finalidad de interpretar, integrar o resolver estos casos conforme se vayan presentando, la enorme cantidad de problemas jurídicos y administrativos, hace ineficiente para las cuestiones de desarrollo urbano, la espera y resoluciones muy particulares o reducidas en lo que resuelven frente al problema de urbanismo que es mucho más amplio y complejo.

CONCLUSIONES

A. Acreditación de la hipótesis

El presente estudio buscó analizar los problemas que generan las normas jurídicas en materia de desarrollo urbano en México. Al respecto, se planteó como hipótesis que la Constitución y demás normas tienen competencias incompatibles que propician la falta de coordinación entre los tres niveles de gobierno, ocasionando diversos problemas institucionales que afectan desde la planeación, ejecución y control en materia de desarrollo urbano.

Se demostró que los problemas urbanos hoy en día no sólo provienen del aumento demográfico en las ciudades, sino que existe una gran dispersión urbana que genera problemas de pobreza, vivienda, movilidad, contaminación y altos costos particulares y también al erario público al elevarse el precio de los servicios públicos. Esta problemática, coincide con diversos estudios urbanos que tienen como fundamento una visión institucional. Por ejemplo, Abonce (2014) considera como paradigmas a resolverse los temas de peatonalidad; conectividad; diversidad de usos de suelo, clases sociales y tipos de vivienda; calidad de la arquitectura y diseño urbano; la preservación de patrones urbanos y arquitectónicos; la redensificación de determinados sectores estratégicos de la ciudad; transporte público eficiente; y la participación social en la construcción de la ciudad.

Por su parte Gutiérrez (2009, p. 61) señala que, debido a la influencia de los modelos de desarrollo social y económico, junto con el intenso proceso de elaboración de planes en todo el país, se ha provocado un retroceso en la concepción, desarrollo y consolidación de la planeación urbana. Además, Kunz (2014) señala como problemas fundamentales: la falta de fortaleza de las instituciones en materia de planeación urbana y propiedad; la capacidad técnica de los equipos responsables de la aplicación de los planes en la materia; y la falta de voluntad política o visiones distintas para la administración del sistema en su conjunto.

Acreditando con ello la existencia de problemas en materia urbana. En cuanto al aspecto jurídico, si bien no es la única variable responsable de esta situación, se puede inferir que si contribuye en esta problemática al señalar las siguientes situaciones o relaciones entre éstas:

- a) La materia de desarrollo urbano debe aplicar diversas disciplinas científicas y una coordinación u homogenización en su ejecución para conseguir una política eficaz. Sin embargo, la Constitución nacional presenta una gran dispersión, respecto a la forma de dividir las competencias entre los niveles de gobierno; encontrándose materias estrictamente federales, otras concurrentes y otras municipales; además de existir otras materias y competencias correlativas o indirectas al urbanismo que las aplican autoridades diferentes. Lo cual complica la coordinación
- o jerarquía al permitirse a muchas autoridades seguir su propia competencia.
- b) La Constitución federal inicialmente da una preeminencia a la Federación en materia de asentamientos humanos (fracción XXIX-C del artículo 73); pero otorga otras competencias en favor del municipio respecto de usos de suelo y relativas (artículo 115), lo cual confronta la materia de urbanismo.
- c) Situación que se aprecia en el orden secundario. En materia federal, la Ley de Asentamientos Humanos divide las competencias entre los tres niveles de gobierno y crea como principales instrumentos en la materia los planes de desarrollo urbano. Esta jerarquía federal desciende a las leyes y planes estatales, así como al propio nivel municipal. Sin embargo, la problemática surge cuando los estados y municipios, por medio de otras materias y el artículo 115 constitucional para el caso municipal, no siguen dicha jerarquía y plasman en sus planes y programas sus propios intereses particulares con fundamento en dichas competencias (ejemplo claro se aprecia en las modificaciones constantes a las políticas de uso de suelo).
- d) Los conflictos jurídicos se amplían en virtud de que, desde la Constitución y las leyes y reglamentos correspondientes, presentan una serie de lagunas o formas de interpretar que favorecen la aplicación unilateral de criterios y, por consiguiente, de políticas. Ejemplo de ellos se aprecia en quién debería ser la autoridad para evaluar los planes y, sobre todo, corregir los desvíos de los mismos.
- e) Inclusive en la intensa actividad de la Suprema Corte de Justicia en esta materia se aprecia la complejidad y falta de resolución uniforme de estos problemas. Aunque se puede apreciar una ligera mayoría en favor de la Federación por medio de sus competencias de asentamientos humanos, sigue siendo una constante fallar a favor de municipios frente a los estados al citar el artículo 115 constitucional.
- f) No es posible contabilizar los casos de omisión o inacción de las autoridades en esta materia. Es frecuente que diversas autoridades promuevan e intenten políticas en coordinación, y fracasen cuando las otras partes no cooperan aduciendo que tienen su propia competencia (ya sea por cuestiones técnicas o políticas). Ejemplo claro es en materia metropolitana en la cual no existe colaboración ni instrumentos puntuales que ayuden a resolver estas situaciones.

B. Propuesta legal y administrativa

Si bien estos problemas se pudieran seguir resolviendo vía amparo o controversias constitucionales; lo cierto es que se ha demostrado que estos problemas rebasan dichas vías, además de considerar lo lento que es, frente a la rapidez y urgencia que se necesita en estas materias. Además, se constata que muchas jurisprudencias son “recientes” frente a las reformas y aun así las problemáticas anteriores continúan bajo otros aspectos técnicos. Por tanto, se proponen como principales reformas jurídicas y administrativas las siguientes:

- a) Definir y puntualizar en la Constitución nacional, la jerarquía de la Federación, vía las competencias en materia de “asentamientos humanos”, frente a las competencias municipales en materia urbana contenidas en el artículo 115 constitucional. El modelo urbano de “autonomía” municipal en esta materia claramente no ha podido frente al fenómeno de expansión urbana.
- b) En las leyes y planes federales, contemplar varios modelos urbanos y territoriales, en atención a las características socioeconómicas propias de cada región; y, en la normativa estatal realizar el mismo ejercicio en relación a las diferencias entre sus municipios.
- c) Dotar con autoridad y personalidad jurídica, a cuerpos colegiados de los tres niveles de gobierno; regionales; y gabinetes sectoriales en cada nivel de gobierno; para que exista la especialización en la materia de desarrollo urbano; los cuales sean no sólo los impulsores de una planeación coordinada, sino que exista autoridad efectiva en la evaluación, modificación y correcciones en la ejecución de la política urbana.
- d) En los planes de desarrollo urbano, establecer competencias y responsabilidades específicas para las autoridades correspondientes, tanto para su aplicación como en su evaluación y seguimiento.
- e) En relación con los cambios de uso de suelo y disposiciones que afectan en forma fundamental el desarrollo urbano municipal; al no existir congruencia con los planes correspondientes (sin importar el nivel de gobierno del plan) o representar una política que por sus dimensiones refleje un cambio importante en la política urbana (densidades, alturas, afectación o cambio de grandes vías de comunicación, grandes afectación de territorio respecto a cambio de uso de suelo; etc.), contar con un dictamen o certificación de dichos cuerpos colegiados para verificar la pertinencia y congruencia de la petición de dichos cambios urbanos. Es importante recalcar que, en la integración de dichos organismos colegiados de gobierno, estén presentes entidades de gobierno especializadas en estos temas (institutos de planeación, del medio ambiente, etc.), así como participación ciudadana efectiva.
- f) Establecer mecanismos ciudadanos alternos que no sólo den seguimiento a los planes de desarrollo urbano, sino que tengan competencia para revertir o anular aquellas autorizaciones gubernamentales que vayan en contra de lo estipulado en las normas y los planes de desarrollo urbano.

La finalidad de estas propuestas y reformas, tanto jurídicas como administrativas, consiste en reducir la problemática e incentivos negativos que existen hoy en día en el orden jurídico; y así iniciar un debate en torno a estas propuestas con la finalidad de buscar los mejores esquemas que permitan una mayor coordinación entre los tres niveles de gobierno, evitar la toma de decisiones unilaterales, seguir con mayor eficiencia la planeación y ejecución de las políticas urbanas; así como aumentar en forma eficiente la participación ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA

- Abonce Meza, Ramón (2014). *Desarrollo Urbano*, Conferencia Magistral en el Diplomado de Desarrollo Urbano: Querétaro, Instituto Municipal de Planeación, junio.
 - Anchondo Paredes, Víctor Emilio (2010). "Métodos de Interpretación Jurídica": México, IJ-UNAM [en línea]. Disponible en: www.juridicas.unam.mx. [Consultado: 26 de abril de 2012].
 - Arráez Morella, et. al. (2006). "La Hermenéutica: una actividad interpretativa". *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, vol. 7, núm. 2, diciembre 2006, pp. 171-181.
 - Cárdenas Elorduy, Enrique (2012). *Historia del Desarrollo y la Planeación, Urbanos en México*: México, Asociación Mexicana de Urbanistas.
 - Carrasco Monteagudo, Inmaculada y Castaño Martínez, Ma. Soledad (2012). "La Nueva Economía Institucional". *ICE, Nuevas Corrientes de Pensamiento Económico*, Madrid, marzo-abril, pp. 43-53.
 - CIDOC-SHF (2012). *Estado actual de la vivienda en México 2012*: México, Centro de Investigación y Documentación de la Casa y Sociedad Hipotecaria Federal.
 - CONAPO (2007): "Población en México" [en línea]. Disponible en <http://www.conapo.gob.mx/>. [Consultado: 15 de julio 2014].
 - CRAWFORD, S. y OSTROM E. (1995). "A Grammar of Institutions". *American Political Science Review*, 89 (3), pp. 582-600.
 - Foladori, Guillermo y Humberto Tommasino (2000). "El concepto de desarrollo sustentable treinta años después". *Desenvolvimento e Medio Ambiente*, UFPR, n. 1, jan-jun, pp. 41-56.
 - Guimarães, Roberto P. (1994). "El Desarrollo Sustentable: ¿Propuesta Alternativa o Retórica Neoliberal?". *Revista Eure*, Vol. XXI, No. 61, Santiago de Chile, diciembre, pp. 41-56.
 - Gutiérrez Chaparro, Juan José (2009). "Planeación Urbana en México: Un análisis crítico sobre su proceso de evolución". *Revista Asuntos Urbanos Internacionales*, 19, Concepción, Chile, mayo, pp. 52-63.
 - IMCO (2011). *Viviendas para Desarrollar Ciudades. Índice de Competitividad en Materia de Vivienda 2011: México*, Instituto Mexicano para la Competitividad.
 - INFONAVIT (2010). *Plan Financiero 2011-2015*: México, Infonavit.
 - ITDP (2012). *Planes Integrales de Movilidad: Lineamientos para una movilidad urbana sustentable*. México: ITDP, Embajada Británica en México, CentroEure.
 - Kunz B., Ignacio (2014). *Introducción a la Economía del Suelo*: Conferencia en el Diplomado de Desarrollo Urbano, Querétaro, IMPLAN, julio.
 - LÉLÉ, S.M. (1991). "Sustainable Development: a critical review". *World Development*, v. 19, n. 6, june, pp. 607-21.
 - NORTH, D.C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*: Cambridge, University Press.
 - OECD (2008). "Sustainable Development: Linking Economy, Society, environment" [en línea]. Disponible en <http://www.oecd.org/insights/41774475.pdf>. [Consultado: 20 de julio 2014].
 - SEDESOL (2009). "Diagnóstico del Programa Hábitat. México" [en línea]. Disponible en http://www.sedesol2009.sedesol.gob.mx/archivos/802567/file/Diagnostico_Habitat.pdf. [Consultado: 08 de noviembre de 2013].
 - WILLIAMSON, Oliver E. (2000). "The New Institutional Economics". *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII, september, pp. 595-613.
- Normativa citada**
- Código Municipal (11 de mayo del 2204). *Gaceta Municipal y Periódico Oficial La Sombra de Arteaga*: Municipio de Querétaro, México.
 - Código Urbano (30 de junio de 2012).

Periódico Oficial La Sombra de Arteaga: Estado de Querétaro, México.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Última reforma (15 de septiembre del 2017). *Diario Oficial de la Federación:* México.
- Ley General de Asentamientos Humanos (28 de noviembre de 2016). *Diario Oficial de la Federación:* México.
- Ley Orgánica Municipal del Estado de Querétaro (24 de mayo del 2001). *Periódico Oficial La Sombra de Arteaga:* Estado de Querétaro, México.
- Programa Nacional de Desarrollo Urbano 2014-2018 (30 de abril del 2014). *Diario Oficial de la Federación:* México.

Jurisprudencia citada

- Sentencia de Controversia Constitucional 81/2007 (17 de noviembre 2012). Suprema

Corte de Justicia de la Nación, promovida por el Municipio de San Blas, Estado de Nayarit. *Diario Oficial de la Federación.*

- Sentencia de Controversia Constitucional 94/2009 (julio de 2011). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Municipio de San Pedro Garza García en contra del Estado de Nuevo León. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo XXXIV.*
- Sentencias de Controversias Constitucionales (11 de junio de 2013). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Vivienda del Estado de Quintana Roo. *Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Pleno, Libro XXIII, Tomo 1, agosto. Y Controversia Constitucional 13/2011.*

ANEXO I

Guía para entrevistas

1. ¿Qué cargo ostenta?
2. ¿Cuáles son sus competencias en materia urbana?
3. ¿Qué relación, políticas o programas tiene frente a un Plan de Desarrollo Urbano?
4. ¿Qué relación tiene entre el Plan de Desarrollo Urbano y el Plan de Gobierno?
5. ¿Tiene y participa en alguna instancia de evaluación y seguimiento de dichos planes?
6. ¿Existen mecanismos jurídicos para interpretar o corregir las desviaciones de dichos planes?
7. ¿En qué grado considera que se respeta puntualmente y sin cambios legales el Plan de Desarrollo Urbano?
8. ¿Con qué otras autoridades de su propio nivel de gobierno necesitan coordinarse por ley en sus actividades?
9. ¿Cuáles son esas actividades?
10. ¿Con qué otras autoridades de otro nivel de gobierno necesitan coordinarse por ley en sus actividades?
11. ¿Cuáles son esas actividades?
12. ¿En qué actividades, que no son obligatorias, pudiera coordinarse con otras autoridades?
13. ¿Qué tipo de conflictos o tensiones jurídicas tiene con otras autoridades?
14. ¿Qué tipo de conflictos tiene frente al público?
15. ¿Qué litigios tiene vigente frente a otra autoridad o frente al público?

**CONFLICTO Y VIOLENCIA
SOCIOPOLÍTICOS VISTOS POR EL
MODELO CENTRO-PERIFERIA***

**SOCIOPOLITICAL CONFLICT AND
VIOLENCE ANALYZED WITH THE
CENTER - PERIPHERY MODEL**

**CONFLITO E VIOLÊNCIA
SOCIOPOLÍTICA VISTOS PELO
MODELO DE CENTRO-PERIFERIA**

Marguerite Wotto^a
marguerite_wotto@yahoo.fr

Fecha de recepción: diciembre 05 de 2018
Fecha de revisión: enero 29 de 2019
Fecha de aceptación: febrero 23 de 2019

RESUMEN

Conflicto y violencia, dos palabras muy comunes, muy importantes para la conciencia individual y colectiva, son conceptos empleados en el lenguaje común para significar y normar malestares de grados diversos. En consecuencia, son a menudo confundidas cuando viene el momento de describir ciertos hechos y gestos. Este artículo propone una definición de estos conceptos, además de estudia la particularidad que ellos aportan al análisis de lo político en un contexto específico. A la luz del modelo centro-periferia, se analizan los factores importantes que influyen en las manifestaciones de los conceptos.

PALABRAS CLAVE

Conflicto; violencia; colectiva; política; centro-periferia

Para citar este artículo:
Wotto, M. (2019). Conflicto y violencia sociopolíticos vistos por el modelo centro-periferia. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 129 - 145.

** Artículo de reflexión.*

a. Dr. Marguerite Wotto, Profesora asociada al Departamento de la Educación Especializada de Université du Québec à Montreal (DEFS-UQAM), Coordinadora y el Investigadora en el Centro interdisciplinario de investigación y desarrollo sobre el aprendizaje de toda la vida (CIRDEF-UQAM)

ABSTRACT

Conflict and violence are two words that are very common, very important for the individual and collective conscience. These are two concepts used in everyday language to stand for and to standardize discomforts of varying degrees. Consequentially, they are often confused when describing certain facts and actions. This article proposes a definition of these concepts. It studies the singularity that each provide to a political analysis in a specific context. In the light of the center-periphery model examines the important factors that influence these concepts manifestations.

KEY WORDS

Conflict; violence; collective; politic; center-periphery

RESUMO

Conflito e violência, duas palavras muito comuns, muito importantes para a consciência individual e coletiva são dois conceitos utilizados em linguagem comum para significar e regular desconfortos de diferentes graus. Como resultado, eles são frequentemente confundidos quando se trata de descrever certos fatos e gestos. Este artigo propõe uma definição desses conceitos. Estudar a particularidade de que eles contribuem para a análise do político em um contexto específico. À luz do modelo de periferia central, analisa os fatores importantes que influenciam as manifestações dos conceitos.

PALAVRAS-CHAVE

Conflito; violência; ação coletiva; política; centro-periferia

INTRODUCCIÓN

Conflicto y violencia son dos conceptos frecuentemente utilizados para describir numerosas acciones y comportamientos que van en contra de la de paz, la tranquilidad, la armonía y la seguridad. Estas acciones se manifiestan en diferentes espacios y actores como: personas, familia, parejas, grupos rivales, lugares de trabajo, entre gobernantes y organizaciones sociales, y entre el gobierno y la sociedad. Estos comportamientos no deseados han sido ampliamente estudiados por las ciencias humanas (psicología, sociología,

antropología, comunicación, etc.), pero es bajo el ángulo político que se analizarán en este escrito.

Según Amnesty International, numerosos dirigentes en muchas partes del mundo multiplicaron los discursos de odio y de miedo que favorecían el desarrollo de una retórica de «nosotros contra ellos». El organismo en su informe de 2017 y 2018, comprueba que muchos de estos discursos amenazan directamente los derechos y las libertades de millares de personas, ya que proclaman el miedo, la acusación y la división y se ensañan con grupos enteros de población.

La violencia y el conflicto son nociones generalmente confundidas por la prensa y las personas del común, sobre todo cuando se habla de política. Representan, en efecto, el punto de anclaje de una multitud de análisis políticos, aunque los significados que les son concedidos sean variables. Sin embargo, debemos clarificar estos conceptos en su sentido real ¿Qué es el conflicto y qué es la violencia? ¿Cuáles son las particularidades de cada uno de estos conceptos?, ¿Si consideramos que estos fenómenos participan en la reestructuración sociopolítica, nos permiten hacer una entrega en la estructuración de lo político?, ¿Cómo afectan la política y cuál lectura nos permiten hacer si consideramos el modelo centro-periferia? Estas son las preguntas fundamentales que intentamos responder en las tres partes que conforman este artículo. La primera parte intenta clarificar los conceptos fundamentales conflicto y violencia. La segunda, propone una problemática y estructura de la argumentación alrededor de la violencia social y política. Y finalmente, se proponen cimientos de un modelo de lectura de lo político, apoyándose esencialmente en las dimensiones de: el centro, los lugares de expresión, lo imaginario y la figura del pueblo.

1. DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS**1. 1. El conflicto**

El Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales, considera que: “el conflicto es primordialmente un problema de percepción, pudiendo encontrar que una de las partes afectadas no percibe que la otra le afecta negativamente” (2008: 6). Ciertamente, podemos expresar nuestra comprensión de la violencia con los mismos términos y darle el mismo sentido.

Como lo subraya Chevalier (1978), “la naturaleza, el individuo y la sociedad se producen y reproducen en/por el conflicto, rompiéndose ellos mismos entre principios antagónicos de funcionamiento» (p. 4). Así, el conflicto es un estado permanente del medio social que se manifiesta en varios niveles. Bélanger y Lemieux (1996) lo definen como una relación social que se presenta bajo la forma de una secuencia de acciones, que resulta del rechazo de un actor por estar sometido a control, y de la persistencia del otro actor, a quién se lo impone. Según el análisis de estos autores, el conflicto representa las situaciones de tensiones y de dependencia que animan la acción colectiva y la capacidad diferenciada por los individuos llamados a sostener y vivir estas situaciones.

El Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales considera que la aparición de un conflicto está determinada por una serie de elementos como: la existencia de posiciones, intereses y necesidades enfrentadas; la necesidad de la intervención y/o percepción de dos o más partes; la existencia y/o aparición de emociones: frustración, tensión, enfado, etc. Esta organización subraya que los efectos negativos que conlleva un conflicto son: descontento, tensión y hostilidad pudiendo desencadenar en estrés; bloqueo y dificultad en la comunicación; incremento de las diferencias entre las partes: se tiende a ver al otro como un rival, como un enemigo y conduciendo a comportamientos destructivos (Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales, 2008).

Según su causa se observan numerosos tipos de conflictos, entre los que se distinguen: el conflicto intrapersonal, cuyo origen se encuentra en la propia persona debido a valores contradictorios -por ejemplo: se nos pide en el trabajo que realicemos algo que va en contra de nuestras creencias-; el conflicto interpersonal que implica varias partes; el conflicto intragrupal que interviene entre los miembros de un grupo; el conflicto interorganizacional que sobreviene entre organizaciones; el conflicto relacional que tiene su origen en una falta de comunicación; el conflicto de información; el conflicto armado, entre otros. Para Barrera el conflicto político sugiere cuatro tipos de circunstancias:

1. Cuando al interior de una sociedad un grupo ha sido excluido o exige su reconocimiento dentro de la asociación política.

2. Cuando la presencia de otro grupo social altera el orden y provoca el replanteamiento de la identidad propia, causando un encuentro con violencia para eliminar al oponente.

3. Cuando un grupo dentro del orden social se inconforma con el lugar o la función que se le ha designado.

4. Cuando se plantea la posible reforma del consenso jurídico social. En este punto identificamos la denominada reforma del Estado, que tanto asusta pero que no es nada nuevo (Barrera, 2008: 54).

Este último punto nos devuelve al sentimiento que tenemos delante un acto de violencia, podemos, incluso, concluir que ciertos efectos del conflicto son manifestaciones de la violencia. Pero, ¿qué representa la violencia?, o simplemente ¿qué es la violencia?

2. La violencia

Moreno (2009) considera que la violencia es un tema complejo de investigación para las ciencias sociales, representa un reto desde su conceptualización misma, por cuanto los debates teóricos sobre la inherencia de la violencia en los seres humanos o su aprendizaje social no están todavía acabados. La autora ha añadido que, como concepto, no se trata de algo estático pues su significado varía según el tiempo, la sociedad o la cultura desde la cual se define, no obstante, el ejercicio desigual del poder es la constante en la definición y su presencia en todo el mundo, en sus diferentes formas, es un hecho.

Esta consideración es compartida por Martín (2004) al afirmar que: “la violencia es una regulación de los conflictos discriminatoria y perjudicial” (p. 224). El autor subraya que las explicaciones e interpretaciones que se han dado sobre la violencia varían de acuerdo con patrones personales, culturales, ideológicos o simbólicos. En este sentido es posible decir que la violencia podría ser vivenciada como la ruptura de un «orden establecido», de una armonía preexistente, de unas condiciones de vida en las que se cifran las expectativas de existencia de la especie humana. Esto se debe a que, frente a los diversos proyectos y objetivos que existen para regular los conflictos, se opta por discriminar el usufructo de los recursos disponibles perjudicando innecesariamente a alguna de las partes. Los dos autores reconocen que cuando se refieren a la

violencia se trata de la justicia, de los derechos humanos, si ella no existiera probablemente no hablaríamos de la paz.

La violencia desde el derecho ha sido estudiada por numerosos autores desde dos corrientes de pensamiento: el derecho natural y el derecho positivo. Según Benjamín (2012) quien hizo una crítica filosófica de la violencia, el concepto de violencia se definió por dos dimensiones fundamentales: los fines y los medios. Estas dos dimensiones son tanto identificadas por el derecho natural como el derecho positivo. Infortunadamente para el autor esta consideración no permite decir cuál es el premio y cuál es el fin. El autor afirma que el criterio esencial de toda investigación sobre la violencia es la de legitimidad, sin embargo, el significado de la distinción de la violencia legítima e ilegítima no es evidente así no más. Hay que tomar en cuenta también otros criterios, sin necesariamente insistir sobre las mismas dimensiones, hay que definir la violencia para incluir allí tanto al que tiene la percepción de afectado como al que la ejerce.

Molina y Muñoz (2004) clasifican la violencia según ciertas dimensiones, indicando

que hay que reconocer que aunque el conflicto y la violencia son dos fenómenos de naturaleza diferente, ambos se escriben en una linealidad. La línea puede ser discontinua o continua y, en este último caso, la violencia deviene de la consecuencia del conflicto. En otras palabras, el conflicto en ciertas condiciones puede dar origen a la violencia. En este caso, hablamos de conflictos que degeneran en violencias, por ejemplo, conflictos armados o guerras contra el narcotráfico.

Los conflictos parecen haber ganado terreno con un aumento de la violencia en los últimos años en todo el mundo. Lo que podemos llamar incremento de los grados de violencia, depende de las causas de determinadas actuaciones humanas que provocan que millones de personas no satisfagan sus necesidades, así los niveles productivos y tecnológicos lo permitan. Esto depende también de cómo son resueltos los conflictos, de los procesos y también del resultado de estos. Según Martín (2009) numerosos factores de riesgo interactúan unos con otros y crean condiciones propicias para que se desencadenen conflictos violentos. Estos factores se dividen de la siguiente manera.

Tabla 1. Factores de riesgo para desencadenar conflictos violentos.

Factores políticos	- la ausencia de procesos democráticos - el acceso desigual al poder
Factores económicos:	- la distribución excesivamente desigual de los recursos, el acceso desigual a los recursos, el control de los recursos naturales esenciales- el control de la producción o comercialización de drogas
Factores sociales y de la comunidad	- la desigualdad entre grupos; - la instigación al fanatismo de los grupos, aprovechando características étnicas, nacionales o religiosas; - la disponibilidad de armas pequeñas y de otro tipo. Es el caso de los indígenas.
Factores demográficos	- los cambios demográficos rápidos. Es el caso de la violencia urbana en las grandes áreas metropolitanas.

Fuente: Elaboración propia a partir de Martín, 2009.

La Clasificación de la violencia de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS) distingue tres tipos de violencia: La violencia auto infligida (comportamiento suicida, autolesiones); la violencia interpersonal (familia, pareja, menores, amistades, extraños) y la violencia colectiva. Es este último tipo el que nos concierne especialmente.

1.2.1. Violencia colectiva

Para Krug, Dahlberg, Mercy y Zwi (2003), la violencia colectiva se define como:

(...) el uso de la violencia como instrumento por parte de personas que se identifican a sí mismas como miembros de un grupo -ya sea transitorio o con una identidad más permanente- contra otro grupo o conjunto de individuos, para lograr objetivos políticos, económicos o sociales (p. 235).

Por su parte, Buvinic, Morrison y Shifter (1999) han reconocido diversas formas de violencia colectiva según el hecho que hay un acto criminal o no como aparece en el cuadro siguiente.

Tabla 2. Crimen vs. violencia: ejemplos

Conducta	Definición legal	
	Violencia Criminal	Violencia no criminal
	Violenta	Robo a mano armada Asalto Violación por un desconocido Asesinato
No Violenta	Robo con allanamiento de morada Prostitución Soborno /corrupción	--

Fuente: Buvinic, Morrison y Shifter (2000: 4).

1.2.2. La violencia política

La violencia política es un tipo de violencia colectiva, pero con esta diferencia subrayada por Martín (1999):

(...) a diferencia de la acepción «violencia colectiva», la violencia política tiene más definido su campo semántico: la acción violenta de grupos organizados para modificar la estructura de poder; su distribución o la forma en que se ejerce. Se habla de violencia política cuando se puede atribuir a sus protagonistas un propósito relacionado con el poder y con sus principales protagonistas políticos: partidos, organizaciones, gobiernos o instituciones. La violencia política se entiende en estructuras propiamente políticas (p. 28-29).

Molina y Muñoz (2004) se interesan en la expresión de violencia e indican que:

Frente a otras formas de acción política, la violencia política se caracteriza por la utilización de la fuerza, es decir la utilización

de este medio para quebrantar la voluntad de los representantes de una forma dada de gobierno, así como de la representación u organización social, de tal manera que se subvierten sus deseos e intenciones (p. 260).

Por su parte, Aróstegui (1994) menciona que la violencia política presenta históricamente una elevada gama de ideologizaciones y justificaciones, de estrategias o formas de ejercerse, de instrumentaciones o de *organizaciones ad hoc* para ejercerla. El amplio campo de la violencia política comprende para muchos teóricos e historiadores un elevado número de manifestaciones: los motines, las huelgas, las rebeliones, insurrecciones, revoluciones, las represiones, los golpes de Estado, etc. Un elevado número de formas de ejercerse: resistencia, lucha armada, guerrillas, terrorismo, acción miliciana urbana, control social, persecución policial, y para otros teóricos pertenecen a este mismo género de fenómenos las guerras, los diversos géneros de guerras. También hay múltiples instrumentaciones: células,

bandas, organizaciones guerrilleras, sectas, organizaciones paramilitares de partido, cuerpos policiales, ejércitos. Incluyen también las guerras, el terrorismo y otros conflictos políticos violentos que ocurren dentro de los estados o entre ellos, la violencia perpetrada por el Estado, como el genocidio, la represión, las desapariciones, la tortura y otras violaciones de los derechos humanos y la delincuencia violenta organizada, como los delitos perpetrados por bandas de malhechores y las guerras de pandillas.

2. ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA POLÍTICA

Volvamos ahora sobre la definición del conflicto de Bélanger y Lemieux (1996) mencionada en la primera parte. Esta definición subraya dos aspectos importantes: a) la negativa de estar sometida a un control incluso a una regulación y b) la capacidad diferenciada por acción de los individuos. Estos dos aspectos son constitutivos de la violencia y de la política y, por consiguiente, de la violencia política. La particularidad de una violencia política se explica posiblemente por una condición amplia y socialmente vivida, repartida, y abiertamente expresada. En consecuencia, la permanencia de la violencia política tiene una importancia igual que la misma existencia de la sociedad en acción, para su transformación. Según Touraine (1994), la violencia toma una naturaleza política cuando actores sociales casi se transforman en Estados que luchan contra otros Estados y se identifican con valores que son directamente amenazados por un enemigo definido, como el mal o la barbarie, por ejemplo. En esta caracterización, que pide prestada de los análisis de tendencia centro-periferia, la noción de Estado se vuelve ineludible en el análisis de la violencia que invierte el campo de política. ¿Pero, no es simplemente la violencia un hecho político? El tema de violencia política aparece en este marco como una negativa de política. La violencia, sobre todo cuando es compartida y colectiva, es política. Se trata de ver en ella un substrato más sustentable, que es la causa profunda de su manifestación, entonces, más que la violencia, lo que es importante es el factor político que le da origen. Para desenredar un hilo entre la madeja de análisis, significaciones e interpretaciones de las manifestaciones conflictivas, es en el hecho político mismo en el que hay que retrasarse.

Sobre los análisis que intentan explicar lo político y encontrar su existencia en la concepción hegeliana, y el justificante por esta última, debe

indicarse que se retrasan al ver lo político como un lugar hegemónico - centro de racionalidad que define y regula, en el sistema político encarnado por un Estado, las demandas de una sociedad heteróclita que tiene intereses variados. Toda manifestación o movimiento social entonces está interpretado como una voluntad de acceso a la esfera política o al centro-Estado.

En esta perspectiva, encontramos la tesis de Touraine (1994) quien, al considerar la vida sociopolítica latinoamericana, representa una puesta de integración de dos sistemas de representación: el sistema social y el sistema político. Define la violencia política como un fenómeno inscrito en la realidad de las sociedades dependientes latinoamericanas, como un fenómeno de naturaleza dual que puede ser, o una parte -o el contrario-, de los regímenes nacionales-populares. Por otro lado, un concepto que es muy particular en los escritos de Touraine es la noción de Estado (incluso casi estados) que parece indicar que hay política solo en el seno del Estado o en sus representaciones: los regímenes.

También encontramos una forma de estigmatización de política que, en el caso de Galeano (1981), encuentra en el capitalismo, las funciones y el papel del poderoso, de un Tercero que vacía el centro-Estado de sus prerrogativas, imponiéndole sus leyes y, por ahí, sujetando la sociedad a sus propios principios. Entonces, podemos comprender lo político solo en la perpetuación de las estructuras de despojos y de desposesiones de la sociedad latinoamericana.

Si permanece monopolista e «industrializando» como lo describía Lenin, el capitalismo imperialista actual se constituyó, con la complicidad de los gobiernos y de la burguesía local, en importador de capitales que laboraba en la descapitalización y el norte - americanización de la economía latinoamericana (Galeano, 1981: 284).

Así, según Lenin citado por Galeano (1981), la causa, el origen y las manifestaciones del hecho político residen en las estructuras de la expoliación y su práctica. Esta tesis es también compartida por muchos otros analistas, es el caso de Collombat (2005) que subraya que:

(...) las instituciones financieras internacionales (Banco mundial, Fondo

monetario internacional) así como la Organización mundial del comercio (OMC) a partir de su fundación en 1993, por la puesta en ejecución de programas de inspiración neoliberal, han engendrado numerosos movimientos sociales en América latina (p.67) ².

La “financiación” globalizada y la tercera revolución industrial contribuyeron fuertemente a extender las huellas estructuralizantes del capitalismo. En América Latina, estas huellas tienen un carácter muy particular según Gutiérrez y Osorio (2008) que produce dos consecuencias importantes. La primera es estipulada como: a) según las recetas neoliberales, se trata entonces en América Latina de construir un Estado mínimo al cual se quita su papel de planificador, de empresario, de proveedor de servicios públicos, de redistribuidor de riquezas y de beneficios sociales y, finalmente, de mediador en las luchas de intereses y en los conflictos sociales. El segundo se deduce del cambio de centro como el autor lo subraya. b) Para conseguir la despolitización de las necesidades sociales, hay que trasladárselas del Estado al mercado. El instrumento para llegar allá es la separación de política y de lo económico y, en consecuencia, de lo social. Así, la política, perdiendo su capacidad de intervenir en lo económico, se hace un sistema funcional auto centrado. Se asegura y se protege la estabilidad económica frente a las políticas y las demandas sociales.

Con esto, comprobamos que el análisis, que es mutante, no evacua el modelo centro-periferia. Cardoso (1998) subraya que se acaba en la dictadura de los mercados que reemplaza las dictaduras militares y se regresa en fuerza la dominación americana aliada a las elites locales. En el perfeccionamiento actual de la economía, las regiones económicamente desarrolladas con fuertes capitales y las instituciones financieras mundiales se constituyen en centro. La periferia entonces está formada por regiones en desarrollo porque hay que promover la integración social. Sin salir de la teoría centro-periferia, esta concepción permite, no obstante, resituar el centro que se hace Centro-capitalismo mundial y, allí, lugares de violencia que pertenecen al tandeo Sociedad-Estado. El capitalismo se constituye, *de facto*, en un lugar de política que tiene por resultado una violencia inducida por la mano invisible de la economía y del comercio. Podemos concluir que la política es un fenómeno no especializado

cuya manifestación hace recurso a un referente espacial y temporal bien definido.

3. PROPUESTA DE UNA LECTURA SEGÚN EL MODELO CENTRO-PERIFERIA

La generalización del capitalismo y el desplazamiento del centro no evacúan las cuestiones de revoluciones y proyectos nacionales de desarrollo, de una integración social que debe tener en cuenta la heterogeneidad social. A lo mejor, levantan más con agudeza la necesidad y la existencia de un centro nacional político que es el Estado, aunque este debe tener prerrogativas mínimas. En efecto, con un centro trasladado, las sociedades parecen haber perdido su existencia en el sentido hegeliano y los estados han perdido su hegemonía. Si la tesis de los defensores del centro capitalista tiene el privilegio de levantar las cuestiones relativas a la soberanía, también la cuestión de los derechos individuales debe ser abordada.

Se puede creer que, con un centro-capitalismo mundial, los ciudadanos han perdido sus aspiraciones, intereses, necesidades y, sobre todo, su derecho y deseo de expresarse. En consecuencia, si consideramos solo la perspectiva del centro mundial, ¿cómo vamos a considerar la sociedad en la escala de cada país, los grupos sociales y los individuos accionantes en la búsqueda de vivir juntos y construir su devenir colectivo?

3.1 Discusión teórica a favor de una propuesta de lectura

De la política definida por el marco de las alianzas y de las corrientes de pensamientos internacionales¹, de las regulaciones y normas cuya huella sobre la sociedad da forma al retrato de síntomas semejantes y de vividos partidos, nos encontramos entonces dentro de los límites geográficos de los países, en sistemas bipartidistas. Sistemas donde el centro no queda al nivel del Estado, y donde la sociedad no está posiblemente más en la periferia, ¿dónde se hace política? Tanto los analistas, las alianzas internacionales, el Estado y la sociedad usan cada uno formas de expresión cuyo contenido asegura una inevitable reinvencción

1. Es la tesis de los que sostienen que las crisis de América latina provienen de alianzas, actores y limitaciones.

2. Traducción libre de la autora

de política. En consecuencia, este trabajo hace la siguiente hipótesis:

Lo político está en la articulación del individuo y del colectivo, del racional y del irracional, un proceso auto generador y un lugar de acción y poder que, sin límite, se reinventa. Esta reinención obedece a factores nuevos o viejos, dominables y evolutivos o no, dominados o no dominables.

En su manifestación en el seno de los procesos sociopolíticos con poderes polinucleicos, de dominación, de exclusividad y de organización, la política participa en la reinención de la acción colectiva, las reglas y las normas de vivir juntos y del devenir colectivo. Su explicación valora sobre todo los planes políticos, económicos, antropológicos, sociológicos y psicosociológico, entre otros. La investigación distingue tres partes: a) la política según los determinantes de los artículos; b) la política por el modelo centro-periferia; c) la propuesta de una segunda lectura de análisis.

3.2. Lo político según sus determinantes

Si con la globalización, la política se hizo un fenómeno no especializado, como se analizó en la problemática, hay que verlo como un espacio de expresión, un lugar de emergencia y de subjetividad. También hay que encontrar nuevas funciones en su explicación y analizar sus efectos en el espacio particular de América Latina. En consecuencia, es importante en primer lugar privilegiar las cuestiones de sentido y definir las dificultades particulares con las cuales nos confronta esta elección. Con el concepto de regímenes nacionales populares que es importante para Touraine (1994), el análisis de la violencia política en un enfoque centro-periferia dominante como lo mencionamos en análisis de la situación, presenta la acción colectiva según tres tipos de objetivos nacionales: acción nacional antiimperialista, integración nacional y lucha de clase modernizadora. Para estos tres objetivos, una nación, un pueblo o una sociedad se reorganizan creando nuevos polos o centros políticos de diferentes escalas espaciales.

Por ejemplo, esta reorganización acaba en varios grupos de acciones o lugares de expresiones políticas que son : a) el de las vanguardias

revolucionarias menos sociales: es la tesis de los que sostienen que las crisis de América Latina provienen de alianzas, actores y limitaciones - es el caso del Caribe y de América central donde existe la distancia entre populismo-nacionalismo revolucionario y focos formas diversas no infranqueables; b) el de la guerrilla local - es el caso de Guatemala; c) el de los grupos de extrema izquierda y de la lucha de clases entre guerrillas y el gobierno; d) el comunitarismo revolucionario que representa formas de descomposición o de debilidad del sistema político - es el caso de los gobiernos comunistas libres en Colombia que valoriza las guerrillas (fuertes - débiles) pero no poniendo en marcha la gran movilización política. Para Touraine, una reorganización de tipo particular se encuentra en Cuba: es el foquismo o el castrismo, el movimiento de liberación nacional que se representa como una sucesión de liquidación de formas populistas de movilización política, de movilización político-militar de una integración burocrática de la población en los objetivos del poder central. Rompiendo con un movimiento democrático desarticulado roído por la ideología o con un Estado dictatorial, esta forma de reorganización mantiene una gran distancia entre la guerrilla y el movimiento de masa que tiene como objetivo: la rotura con la dominación, la construcción de la nación, la formación de un poder revolucionario concentrado y personalizado.

El análisis a la tendencia marxista, se retrasará por estudiar los movimientos sociales y los diversos eslabones de su integración en los lugares de poderes tales como el populismo, la figura del pueblo, etc. (Torunczyk, et al., 2010). De su parte, Peñafiel (2008) recurriendo a la tesis de un populismo estructurante y a sus raíces, distingue tres épocas históricas de su despliegue y muestra el papel jugado por la figura del pueblo en la constitución de las escenas políticas en cien años de historia: el período populista, el post-populismo y el período de resurgencia política. El post-populista que se presenta en los años 80 y es favorecido por las marcas de numerosas relaciones dialogadas. Con la vuelta del populismo en el curso de los diez últimos años, Peñafiel (2008) constata un abandono de la producción de las relaciones sociales y una vuelta al cierre tecno-administrativo de las escenas políticas. Las poblaciones excluidas se constituyen en sujetos protagonistas. El autor, crítico del modelo centro-periferia, encuentra el centro en la

figura legitimada del pueblo como lo menciona: « la forma populista se encuentra por todas partes intensamente en América Latina porque la figura del pueblo está en el centro de la representación política en el curso de los cien últimos años de su historia» (p. 101). Es ella que deviene figura de la estabilidad y de los otros criterios impuestos por el contexto internacional. Pero, es transformada, sobre todo, por la lengua política y la soberanía individual. Peñafiel encuentra el origen de política en la lengua política. La representación de política alrededor de la figura del pueblo instituye la realidad social que crea y reproduce el pueblo. El discurso se hace allí en un fenómeno social que crea prácticas discursivas en un espacio y una temporalidad dados y se hace, en consecuencia, en una convergencia estratégica de posiciones divergentes. Las lenguas constituyen reglas comunes constitutivas de una comunidad que permiten la circulación de las estrategias narrativas. Los narradores ceden la plaza al pueblo y se borran. Un nuevo orden político se sustituye al antiguo: es el de la práctica discursiva y de las reglas de dispersión de la formación discursiva. El pueblo es accionante. Mismo si el pueblo es neutralizado, él conserva su poder como accionante. Es la figura de legitimación y de distribución de valor modal. Una serie de actores políticos buscarán legitimar su acción con arreglo al pueblo. El número de actores aumenta, la figura del pueblo y sus actores se hacen verdaderos, deseables y reproducen las prácticas discursivas (acciones e instituciones conforme con las pretensiones de los actores). El ejercicio del poder depende del poder y de contar con la competencia enunciativa. Estamos en el estatismo, en la legitimación del Estado o la anticipación prospectiva de su devenir.

¿Debemos comprender que el populismo es la consecuencia de una frustración endógena? Sería muy ilusorio considerarlo como un conjunto de movimientos esporádicos. Aunque se consideran a menudo las manifestaciones del populismo sobre el plan ideológico, la utilidad del fenómeno es innegable. En efecto, participa en el dinamismo de política. La perspectiva de Peñafiel coloca el centro en la sociedad y en la población. La figura legítima del pueblo aparece como el nuevo centro de poder y de racionalidad. Este será despojado, no obstante, por estructuras e instituciones del centro-Estado. Por lo tanto, expresará de modo inasequible la negativa de estar sometida a una regulación o representará

la expresión de la capacidad diferenciada por acción del pueblo. Esta forma del inasequible es bien la prueba de la dinámica de la reinención de política. En este tipo de manifestación del derecho a la ciudad y del poder plebeyo, la lengua tiene la naturaleza de organización, el discurso es fuerza de movimiento. Asistimos también a una nuclearización multiforme del pueblo y la multiplicación de los centros. El centro no es más el centro estático, se vuelve mutante construyéndose y suprimiéndose con las coyunturas políticas, nacionales o internacionales, con las aspiraciones y los canales para llevarlos a la realización. Con la lengua y el discurso, volvemos a una forma dinámica.

También para Negri y Cocco (2006), las tesis desarrolladas y la dependencia son hoy caducas. El modelo centro periférico fue suspendido porque no supo innovar para imponer el mercado como espacio de movilización social. Los autores consideran que estas tesis hacen superficial un fenómeno que tiene raíces profundas y cuya explicación sube a la herencia oligárquica y colonial con la cual jamás hay rotura. A pesar de las causas históricas de los movimientos sociales, resulta que la situación singular incluso problemática de la sociedad latinoamericana es la misma fuente de su regeneración y de su dinamismo.

La perspectiva histórica será también utilizada por Beaucage (2005) que hace, con la ayuda del trayecto del indianidad, un análisis antropológico de política y la acción social en América Latina. El autor nos coloca en una perspectiva antropológica y política y hace la hipótesis siguiente: « las construcciones fabricadas dominantes, creadas en lo imaginario y por las prácticas y las representaciones en la dinámica de las relaciones entre dominantes y dominados y según un trayecto triple teológico, antropológico y político» (p. 3) pueden ser explotadas por los dominados para crear nuevos movimientos. Del lado estatal y los dominantes, elaboramos políticas polarizadas donde el indígena siempre es visto como el débil. Históricamente, el discurso teológico da sus fundamentos al discurso político. Encontramos una definición de indianidad subrayando los sacrificios humanos, pero no nos interesamos por los potenciales de los habitantes del nuevo mundo. Luego, colocamos una ideología de la conquista que se inscribe en la Reconquista. Las vías de la colonización europea son múltiples.

La teología del « mal indio », el desarrollo rápido de las industrias mineras en Nueva-España y en Perú luego la refuncionalización forzada de las repúblicas de soplones (*repúblicas de indios*) proveedores de mano de obra con la regulación pública del corregidor que provocan la reestructuración social y espacial. Como consecuencia, conjuntos vastos y sociopolíticos son fragmentados en comunidades dotadas de una administración interna elegida (el cabildo) y dos castas distintas que evolucionan en el mantenimiento de la diferencia. En relación con la ideología del progreso, la definición política asociará al amerindio con superfluo, con ocupante provisional de un territorio. El modelo de Beaucage se presenta como una combinación de la tesis de los usuarios del modelo centro-periferia y de sus críticas. Sin referirse al enfoque centro-periferia ni situar el centro de poder, entramos con este autor dentro de las sociedades latinoamericanas por la dimensión de los recursos, los grupos y las interacciones sociales. Dentro de los Estados, encontramos una sociedad dividida en clases que sufren por fuera la influencia de la metrópoli colonizadora y se dan forma a merced de las mutaciones de esta última.

El ejemplo de la tesis de Peñafiel y la de Beaucage ofrece nuevas perspectivas: la utilización del discurso por las dominadas, el proceso de legitimación del pueblo y el proceso de formación del discurso. Por otro lado, encontramos allí un centro por fuera que no es el capitalismo sino la potencia colonizadora y sus mutaciones. Podemos ver que la política se presenta como un proceso irracional unas veces programada con determinantes irracionales. Es generado tanto por el colectivo allí dónde se encuentra una vía de expresión directa o por el individuo y, de momento, se encuentran unas vías y medios de expresión en y por el colectivo. Encontramos también, la importancia y el interés marcados para los discursos políticos por los cuales la política se vuelve especializada y hecha referencia. Sin entrar aquí en el detalle, subrayemos, una vez más con riesgo de quedarse englobante, la pertinencia de la escena internacional que vuelve decorado lo político de legitimación, y de la validación de las aspiraciones de los autóctonos. Por fin, observemos la utilidad y el uso con una agudeza singular de las representaciones por las causas políticas.

En suma, la política se imagina y se manifiesta por la articulación del individuo

y de colectivo, del racional y del irracional. Obedece a factores dominables, evolutivos, pero igual cambiantes, factores todavía no controlados y no dominables. En su evolución, los países, a pesar de su singularidad, presentan un sistema político amordazado en sus instituciones y alianzas internacionales, cuajado en la regulación y las normas, viven al margen de un rol social que gasta todas las formas de expresión cuyo lenguaje es indecible o a veces violento cuya existencia es latente, implícita y explícita. En un proceso político bipartidista, encontraremos la clase dominante y su compañero excluido, de quien intenta muy a menudo escapar. No obstante, esta dualidad representa solo una forma simplista de política.

La política apoyada sobre el plan internacional presenta otras dimensiones que tienen, a menudo, más importancia, olvidando todas las dimensiones internas. ¿Por qué la política debe ser reparada privilegiando uno o el otro de estos polos? Con las perspectivas ofrecidas por los autores citados, la política es un espacio ilimitado dentro de una articulación positiva entre la representación-contribución de los ciudadanos y la acción de los elegidos que tienen poder y función de representación. Contrapoderes que se autorizan, se invisten en una eficacia simbólica cuyo objetivo no es de suplirse a las instituciones de poder oficial Bourdieu (2002). No obstante, su poder esporádico no debe ser descuidado. ¿Qué decir de la lectura de la política presentada en la literatura y cómo comprender los factores importantes?

3.3. Reflexión y propuesta de una lectura

Con la perspectiva que el modelo centro-periferia queda todavía vivo a pesar de numerosas críticas, y considerando que política es un proceso polinucleico, auto generado, articulado por el colectivo y el individuo, un proceso que se reinventa sin cesar y que participa en los procesos sociopolíticos de dominación, de exclusividad y de organización, en la reinención de la acción colectiva, las reglas y las normas de vivir juntos y del devenir colectivo. ¿Todavía podemos explicar la evolución de la política en América Latina por medio del modelo centro-periferia?

A pesar de las críticas, el modelo centro-periferia permanece presente en numerosos análisis. El ejemplo del modelo sistémico de

Berterlanfy, se constituye en la entidad de dos componentes. Esta dualidad predefine la clasificación de todos los factores de generación de la política y de la reinención de la acción social devolviendo esta clasificación estática. Hay que clasificar en el centro todo lo que depende del conocimiento, las reglas, las normas y el funcionamiento - dependiendo del convenio social u otro - adoptados y respetados por todos. En la periferia, clasificaremos todo lo que es marginal, nuevo, espontáneo, no regulado. En tal proceso bipartidista encontraremos la clase dominante y su compañera - la sociedad excluida-, a la que siempre procura evitar. El análisis apoyado sobre el plan internacional intenta presentar la misma bipolaridad a una escala extendida. De este hecho, podemos fácilmente reducir la escala a individuos o grupos de individuos en la sociedad. A esta escala, la política es presentada con otras dimensiones que tienen tanta importancia como los factores conocidos habitualmente. No obstante, estas dimensiones no son tomadas en consideración por la dualidad que representa solo una forma simplista de un proceso muy dinámico.

En una lógica dinámica, la visión ideológica de centro de poder es vista de nuevo por Chevalier que escribe:

Así concebido, el modelo centro-periferia permite poner en evidencia la lógica que dirige el desarrollo de los procesos políticos; transportable a las órdenes diversas de realidad política, macro y microscópicas, abastece un marco general de análisis, en el que las implicaciones parecen particularmente ricas y el que puede, desde entonces, ser puesto a prueba sobre una serie de campos particulares de investigación (1978: 131).

En una lógica centro-periferia arraigada en la teoría del caos, disociada la interpretación económica de la dependencia, el centro es orden y la periferia es desorden. No obstante, estos dos elementos participan en la misma realidad y son inseparables: «se parasitan mutuamente: reflejando la división, la separación, la contradicción provocada por la aparición de un sistema organizado, quedan, como tal, unidas simbióticamente» (p. 128). Para Chevalier (1978), la constitución del espacio político es un proceso de co-construcción por la instancia dirigente y por la sociedad.

(..) el modelo centro-periferia se encuentra pues a todos los niveles políticos, bajo la forma de un corte fundamental entre un principio de orden y de cohesión, y elementos desordenados y disparatados. Este corte es a la vez desgarrador, en la medida en que introduce una división irreducible por la cual va a deslizarse el informe de dominación-sujeción, y necesario, ya que hace posible el trabajo político y asegura la reproducción del sistema: el sistema político teme aún menos a la muerte como es más activo y ya que los intercambios internos y externos entre ambos polos opuestos son más intensos (Chevalier, 1978: 15).

El autor sobrepasa la visión dual política / sociedad para retrasarse más bien los intercambios y las interacciones entre los sistemas (políticos y sociales). En un orden instituido, estos intercambios presentan dos aspectos contradictorios, en primer lugar el de la consideración de un sistema político global de reproducción de la sociedad sin control total y, en segundo lugar, el de los flujos moleculares que deriva de elementos moralizados endurecidos u ordenados según el mismo plan de organización (partidos, sindicatos, administraciones) y “que circulan por los intersticios del poder vienen perturbarlo, minarlo, corroerlo y crean una tensión permanente” (Chevalier, 1978: 15).

Es en la articulación del individuo y del colectivo, del racional y del irracional el político se mueve obedeciendo a factores dominables, evolutivos, pero igualmente cambiantes, factores todavía no controlados y no dominables. En su evolución, los países a pesar de su singularidad, presentan un sistema político, amordazado en sus instituciones y alianzas internacionales, cuajado en la regulación y las normas, viviendo al margen de un rol social que gasta toda forma de expresión, cuyo lenguaje es indecible o a veces violento pero cuya existencia latente implícita y explícita asegura inevitablemente la emergencia. En esta perspectiva, la política se constituye en proceso político multipartito con poderes polinucleicos de organización, de dominación, de desestimación, de inclusión y de exclusividad. Es en la perspectiva con la que contamos y que nos empuja a elaborar un modelo que permita la segunda lectura política de las sociedades latinoamericanas.

3.4. Hacia la propuesta de una nueva lectura según el modelo centro-periferia

Si el modelo centro-periferia en su forma dinámica todavía puede explicar el modelo político integrando las dimensiones - figura del pueblo, el discurso, la lengua y los lugares de expresión singulares. Para hacerlo, es importante invertir la pirámide del modelo centro-periferia. En efecto, la sociedad debe hacerse el centro de la política. En este caso, ¿cómo estructurar lo social?

Los modelos sociológicos sistematizan la reflexión alrededor de ambos ejes prioritarios: (1) las relaciones entre las estructuras y su funcionamiento, (2) los actores y sus poderes, los sistemas de dominación y de exclusión o la combinación de estos elementos. En los modelos emergentes -como el análisis estratégico de Crozier y de Friedberg (1977), el constructivismo estructuralista de Bourdieu (1987), la estructuración dual de Giddens (1987). - estos dos ejes son integrados según orientaciones variables entre ellos. Desde estos modelos, el análisis de la política puede hacerse observando las condiciones siguientes: (1) disociar el interaccionar del estructural en el social distinguiendo las diferentes funciones sociales; (2) estructurar o reestructurar el social según su modo de funcionamiento identificando los componentes que aseguran este funcionamiento. Para hacerlo, es importante distinguir dos dimensiones: (a) la estabilizante o «la estabilizadora» que da las indicaciones momentáneas de un mundo social, (b) la regeneradora y reformadora del génesis social existente de este mundo.

La dimensión estabilizante o «la estabilizadora» se compone de factores de contingencia de toda acción social. Son factores condicionantes como el espacio-tiempo que constituyen una dimensión ineludible de la acción según el modelo de Giddens. Están constituidos de: (1) el medio ambiente físico, el de los fenómenos físicos y químicos y los organismos vivos, que también es una dimensión espacial que no se integra en el sistema general de acción y, (2) la realidad, es decir la estructuración de las orientaciones significativas, incluidas las respuestas cognitivas que cumple el sistema cultural, que sirve de intermediario fundamental con la acción.

La dimensión estabilizante es también estructural. En el análisis estructural, la sociología de la acción articula, de buenas a primeras, la función de la regulación normativa de la acción que considera ser asumida por las instituciones y los sistemas sociales. En los modelos del sistema político, encontramos las instituciones representativas de autoridad de la sociedad. Esta enumeración de las estructuras objetivas hace estática la concepción de las representaciones y estigmatiza la dimensión regeneradora. Para Giddens (1987), estas estructuras constituyen más bien un conjunto de relaciones de transformación como propiedades de sistemas sociales. Según Bourdieu (1987), hay que distinguir dos tipos de estructuras: (1) las estructuras objetivas independientes de la conciencia y de la voluntad de los agentes quienes son capaces de orientar o de forzar sus prácticas o sus representaciones; (2) las constructivistas de un génesis social que existe en el mundo social mismo. Esta segunda dimensión se constituye, según el autor, de ambos factores que son: (1) el *habitus* y (2) los campos. Esta diferenciación cartesiana - materia versus espíritu- vuelve a aceptar el carácter racional de ciertas estructuras y el carácter difuso de otros. En efecto, como lo subraya Bourdieu (1987), el *habitus* son unos esquemas comunes de percepción, de pensamiento y de acción, disposiciones socialmente adquiridas que corresponden a un conjunto sostenible y transportable de esquemas que afectan los comportamientos y las actitudes. Son, según Di Méo (1991) productoras y producidas de la historia, las prácticas individuales y colectivas. Constituyen elementos de permanencia. También son elementos de transformación como lo subraya el autor:

el pasado sobrevive pues en el actual, tiende a perpetuarse en el futuro, pero se actualiza constantemente bajo la forma de prácticas estructuradas, «a través de las cuales se ejercita continuamente la ley de las necesidades externas». Así se renuevan y se reconstruyen los esquemas de percepción, de pensamiento y de acción (Di Méo, 1991: 256).

La interpretación y la comprensión del *habitus* reenvían una a la otra dimensión, es decir la de la incertidumbre. Pélabay (2001), con este fin, subraya que la noción de *habitus* reenvía a esta ineludible interpretación de la regla a una forma de comprensión a la vez situada, circunstanciada,

y voluntaria. La comprensión de las prácticas depende de su inscripción en el tiempo y en el espacio. Esta naturaleza espacio-temporal le permite a Taylor, citado por Pélabay, insistir en el hecho que la acción se sitúa siempre en la incertidumbre.

Hacer abstracción del tiempo y del espacio de la acción vuelve a pasar al lado del sentido de las prácticas. Toda acción significativa, aunque es dictada por una regla debe hacer frente a una incertidumbre que puede producir cambios en la realización de una práctica común. Al mismo tiempo, la incertidumbre hace el intercambio social más rico, pero igual muy angustioso Pélabay (2001: 198).

El concepto de incertidumbre también constituye un elemento central en la explicación del juego de los actores en casa de Crozier y Friedberg (1977: 215). Para estos autores, la incertidumbre (particularmente la relativa a situación de conflicto) genera el poder, la dependencia y la desigualdad. La incertidumbre puede ser una limitación, una oportunidad o hasta considerada como un fin o un objetivo que se interesa a reducir o a extender. En estos diferentes casos, permite comprender las causas y la naturaleza de la acción, el comportamiento de los actores según las circunstancias y, las estrategias puestas en ejecución. Giddens concibe las reglas de la vida social como las “técnicas o los procedimientos generalizables empleados en la actualización y la reproducción de las prácticas sociales” (1987: 70).

El ejemplo de las relaciones sociales, constituyen una dimensión de la acción. Son a la vez las condiciones y los resultados de las actividades cumplidas por agentes que forman parte del sistema. Para Crozier y Friedberg (1977), hay que distinguir las reglas del sistema y las reglas de las relaciones que se dan entre los actores para resolver los problemas diarios de la organización. Como tales, las reglas se constituyen de elementos estables y fundamentales y de elementos cambiantes. Las reglas fundamentales como las que definen el contexto legal van a cambiar más lentamente en la base de los arreglos, los convenios y las normas o las reglas más detalladas de los pisos superiores de la sociedad. Volveremos sobre estos aspectos en la parte subsecuente que se referirá en las lógicas de interpretación de las representaciones.

A ejemplo de las reglas, los recursos y el sistema cultural participan en el estructural. Esta es a la vez apremiante y, según Giddens, reenvía conjuntamente a las nociones de limitación y de competencia. El estructural, en casa de Giddens, no es estático. Se inscribe en una tríada teórica que lo disloca en tres dimensiones: estructural fruto de la acción, estructural forzada y estructural oportunidad. Esta tríada estructural es mudada por otra tríada, funcional esta vez, que se constituye de la función de generación, la función de regulación y la función de reproducción. En este caso estructural de Giddens, encontramos las normas, las reglas y los recursos en su aspecto dinámico e inducido. Bélanger y Lemieux (1996), reenvían los contextos de poderes, de intereses, de lucha, de conflictos. La movilización de los recursos va a constituir un motivo de lucha de poderes y de intereses que oponen las partes en presencia, se consagran un sentido a su ganancia o pérdida del control. Actores que buscan racionalmente sus intereses y ventajas y sus coaliciones que tienen en el monopolio del poder, y en la representación de los intereses y el control exclusivo van a andarse con rodeos a la objetividad de la representación. La cuestión de los recursos - tanto para administrar como para buscar- puede crear una dependencia frente a otras estructuras y debilitar el principio de soberanía.

Para las doctrinas marxistas, los recursos establecen también un contexto objetivo donde se registran las limitaciones desigualmente sufridas según el rango, el haber, el saber y el poder. El problema de todos se hace en la movilización de los recursos para conseguir las contribuciones que se necesitan, Simmel (1992). El poder también es el poder de asignaciones de los recursos. En suma, todo en la dimensión estabilizadora es fuente de poder sean las reglas, los recursos, las estructuras mismas, el conocimiento, los valores y la incertidumbre. Sin embargo, es en la interacción que reside la manifestación del poder. Justo en la acción social cercada en la diferenciación que le deja una plaza ancha al actor que se expresa el poder. Así, el campo de acción constituye en cuanto a él, un campo que hay que explorar.

La dimensión estructuralista o “estructuralizante” es una dimensión subjetiva donde se elaboran y se manifiestan interactivamente las respuestas y las reacciones. Encontramos en esta dimensión, el discurso y la lengua de Peñafiel (2008). En las tendencias

marxistas, fuertemente subrayadas, se privilegian las relaciones sociales en el seno de las cuales se organizan las relaciones de producción y de reproducción social. La reproducción en el sentido de Giddens es una modalidad del anclaje sociocultural. Es un sistema homeostático que Giddens define como sigue: «el sistema homeostático de reproducción puede concebirse como un conjunto de rizos causales en los cuales las consecuencias intencionales de acciones retroactúan, y reconstituyen las circunstancias iniciales que hicieron posibles estas acciones» (1987: 77). El modelo explicativo de la reproducción de Giddens presenta tres conceptos centrales de la gestión sistémica y de la estructuración. (1) La estructural y las estructuras, definidos por las reglas, los recursos o un conjunto de relaciones de transformación como propiedades de sistemas sociales que hacen caso omiso de la presencia del sujeto; (2) los sistemas sociales son definidos por las relaciones entre actores o colectividades, reproducidas u organizadas como prácticas sociales regulares; (3) la estructuración es el conjunto de las condiciones que rigen la continuidad o la transmutación de las estructuras. Incluye las modalidades del anclaje del estructural y de los sistemas sociales. En el estructural, encontramos la dimensión estabilizante de la representación tal como la hemos estudiado al punto precedente. Los sistemas sociales no son unos sistemas que simplemente rigen el marco de la acción, se mueven y se reproducen con arreglo de las relaciones y las actividades de los agentes y de las colectividades situados en el tiempo y en el espacio. Haciendo esto, participan en la estructuración de las condiciones que definen las modalidades del anclaje del estructural y de los sistemas sociales en la realidad tiempo-espacio.

La estructuración se define por las condiciones que rigen la continuidad o la transmutación de las estructuras y la reproducción de los sistemas sociales. En el estructural, encontramos las estructuras y sistemas sociales, es decir del tiempo, del espacio, recursos, reglas y relaciones. Estos conceptos son, en el sentido de Giddens, todas las contextualidades, es decir caracteres instituidos por la interacción o las dimensiones contextuales de la acción. De este hecho, existen, de una parte, una interdependencia entre las estructuras y los agentes y por otra parte interacciones entre agentes. La interacción y la interdependencia representan, ambas, un postulado aceptado por numerosos autores interaccionistas.

Moscovici (1994) hace una distinción entre la interdependencia de los individuos y sus interacciones. Comprueba que la primera es una realidad dada y la segunda una construida. Estos dos conceptos, comprendidos en la perspectiva integrativa, pueden ser explicados debido al principio de reciprocidad y de la integración de las actividades, con arreglo a la categoría de los actores, las relaciones de autonomía y de dependencia entre actores y de la reciprocidad de prácticas entre actores o colectividades (Giddens, 1987). La diferencia entre interdependencia e interacción se sitúa al nivel del contexto definido como arreglo de las variables espacio y el tiempo. Crozier y Friedberg (1977) añaden a la interdependencia, la noción de cooperación. A partir de una reflexión sobre la organización como un problema que hay que explicar como fenómeno artificial, el modelo de raciocinio de estos autores propone dos tipos posibles de integración para comprender la naturaleza y las dificultades de la acción colectiva: a) la sumisión impuesta o consentida por las voluntades parciales de los participantes en la voluntad y en los objetivos del conjunto (la limitación o su corolario, la manipulación afectiva y o la ideología); b) el contrato, es decir la negociación y el regateo que puede celebrarse de modo explícito tanto como implícito. En cambio, la interacción es introducida por la integración social. Supone una complementariedad funcional en que los actores pueden hacer caso omiso en el contexto global. Como si la unidad de los sistemas se reconstituye alrededor de entidades más pequeñas, la entidad considerada se constituye por los individuos - agentes, actores o sus pequeñas reagrupaciones. El agente es considerado en sus competencias o en su peritaje según sus posibilidades de control y de influencia. Esto conduce a relaciones que tienen un carácter asimétrico según Crozier y Friedberg (1977).

Esta asimetría es entretenida por el saber y la destreza que, *ipso facto*, fundan la autoridad. La proporción de autoridad y de influencia que se establece entre dos elementos es producida por la fuerza de una de ambas partes compensada por una debilidad de la otra parte en un campo dado (Pélabay, 2001). Para Crozier y Friedberg, toda relación al otro es estratégica. Contiene un componente de poder y es de una naturaleza conflictiva-colaborativa o competitiva. Esta visión del fenómeno conflictivo por la vía de la acción colectiva, las racionalidades y las estrategias individuales fuerza la reflexión

sobre dos conceptos: el poder y el conflicto. El poder es la capacidad de producir resultados. Como tal, no es, un obstáculo a la libertad o a la emancipación de los actores. Al contrario, es el médium por lo cual se articulan sus acciones, hasta si posee propiedades apremiantes (Simmel, 1992). Según Crozier y Friedberg (ibíd.), el poder en el corazón de la cooperación es humano como una dimensión irreducible y normal de las relaciones humanas en el trabajo, para que sean armoniosos o conflictivos. Interviene en la formulación y la puesta en ejecución por los actores de estrategias deliberadas. Se expresa en términos de descubrimiento de las oportunidades diversas más o menos evidentes e inherentes a la posibilidad de asumir y de sostener las dificultades y los riesgos relativos a cada estrategia racional. Pero, la comprensión teórica de los fundamentos del comportamiento del actor encuentra, también, su explicación en las motivaciones de la acción, en los conceptos de la acción de control reflexivo, de la dialéctica del control o de la competencia. Para Giddens (1987), los actores saben lo que hacen y por qué lo hacen. Su competencia como actores depende más de la conciencia práctica. Esta es una ventaja tácita y el agente no puede siempre expresarla de modo discursivo.

El segundo nivel es el individual y psicológico del actor. Al nivel del actor, dos dimensiones pueden ser evocadas: la dimensión psicológica y la dimensión política. Para la dimensión psicológica, un ensayo de comprensión del conflicto puede ser pedido prestado de Sartre; que encuentra en la estructura de una relación la fuente de los mecanismos afectivos profundos y poderosos cuyo objetivo es el reconocimiento o la destrucción del otro. Crozier y Friedberg (1977) consideran que los problemas afectivos implican una relación de poder y de dependencia. Podríamos concluir la existencia de una implicación doble o de una equivalencia entre la estructura de la relación y los mecanismos afectivos. Estos autores sobrepasan, no obstante, esta dialéctica relacional ya que conciben que las elecciones de un individuo sean

dictadas no solamente por sus propios objetivos, sino también por sus ventajas y su capacidad. Cada actor representa la realidad de otro modo según su plaza, su costumbre, su estrategia, su trayectoria personal y los intereses que son asociados a él. Con esta perspectiva, encontramos la influencia de las características intrínsecas del sujeto individual: competencias, conocimiento, saber y diálogo.

CONCLUSIÓN

La mayor parte de este artículo está dedicado a analizar los enfoques teóricos contenidos en los conceptos de conflicto, de violencia, de violencia política y de los hechos relativos a ellos. A lo largo de este análisis se ofrecen pistas que aconsejan la comprensión de los hechos en el contexto político y propone una perspectiva analítica de lectura con la teoría centro-periferia. Esta relectura tiene en cuenta los condicionantes simbólicos, ideológicos y culturales. En resumen, podemos decir que el político es un proceso policéntrico, cuyo desarrollo participa en la creación de nuevas órdenes de acciones o de nuevas formas de regularidad. Desde entonces, los procesos sociopolíticos se mueven hacia procesos de compromiso que hacen un esfuerzo por anclar la acción política en la construcción social. Sin embargo las metamorfosis, para el humano y, en el último hacia el humano, tienen cada una la complejidad difícil de aprender según un solo modelo. Con la figura del pueblo, las movilizaciones sociales pueden, hacer frente a ciertas puestas, provocar un trastorno del orden político o el desplazamiento temporal de los lugares formales de poderes. En el análisis del contexto, importa subrayar el dinamismo del fenómeno político volviendo a definir el centro y la periferia. La sociedad tomada como centro presenta una lógica más inclusiva del análisis. Permite tener en cuenta factores nuevos. El poder deja de ser el determinante principal del análisis. El caso es entonces representársela tanto como un lugar de expresión como un accionante que contiene dos dimensiones: una dimensión estabilizadora o estabilizante y una dimensión estructuralizante.

BIBLIOGRAFÍA

- Aróstegui, J. (1994). Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia. *Ayer*, (13), 17-55
- Barrera, E. (2008). Globalización, geoestrategía y relaciones mundiales. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública. ESAP.
- Beaucage, P. (2005). Parcours de l'indianité: théologie, politique, anthropologie. *Cahiers des imaginaires*, (3).
- Bélanger, A. J., y Lemieux, V. (1996). *Introduction à l'analyse politique. Coll. «Politique et économie»*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- Benjamín, W. (2012). Critique de la violence. En Corten, A., Huart, C., y Peñafiel, R. ed. *L'interpellation plébéienne en Amérique latine: violence, actions directes et virage à gauche*. Québec: Éditions Karthala, Presses de l'Université du Québec.
- Bourdieu, P. (1987). *Choses dites*. Paris: Ed. de Minuit.
- Buvinic, M., Morrison, A., y Shifter, M. (2000). Violencia en América Latina y el Caribe: Un Marco de Referencia para la Acción. En: *Violencia en América Latina y el Caribe: Un Marco de Referencia para la Acción*. Washington: BID.
- Cardoso de Mello, J. M. (1998). La vision centre-périphérie de Prebisch et la théorie du sous-développement de Celso Furtado. *Cahiers du Brésil Contemporain*, 33 (34), 73-78.
- Chevallier, J. (1978). *Centre, périphérie, territoire*. Paris : Presses universitaires de France.
- Collombat, T. (2005). Le mouvement syndical international dans les Amériques. État des lieux et enjeux, *Travail, Capital et Société*, 38 (2), 66-93.
- Crozier, M. et E. Friedberg. (1977). *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*. Paris: Éditions du Seuil, 289 p.
- di Méo, G. (1991). *L'homme, la société, l'espace*. Paris: Anthropos.
- Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales. (2008). *Violencia laboral en trabajo y sus manifestaciones*. Madrid: Secretaria de Salud laboral y Medio Ambiente UGT. Recuperado de <http://www.fspmadridugt.org/dependencia/documentacion/Guias%20y%20manuales/Gu%C3%ADa%20Violencia%20en%20el%20trabajo.pdf>.
- Friedberg, E. (1997). *Le pouvoir et la règle : dynamiques de l'action organisée*. 1^{ère} éd. 1993. Paris: Éditions du Seuil.
- Galeano, E. (1981). *Les Veines ouvertes de l'Amérique Latine*. Paris: Pocket.
- Garmendia Lorena, F. (2011). La violencia en América Latina. *Anales de la Facultad de Medicina*, 72, (4), 269-276.
- Giddens, A. (1987). *La constitution de la société : éléments de la théorie de la structuration*. Paris: Presses universitaires de France.
- Krug, E. G., Dahlberg, L., Mercy, J., Zwi, A., Lozano, R., et al. (2003). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington: Organización Panamericana de la Salud. Recuperado de: <http://www.who.int/iris/handle/10665/112670>
- Moreno, F. (2009). Violencia colectiva, violencia política, violencia social. Aproximaciones conceptuales. *Violencia y salud mental*, 19. Recuperado de <http://documentacion.aen.es/pdf/libros-aen/coleccion-estudios/violencia-y-salud-mental/parte1-algunos-conceptos-sobre-la-violencia/019-aproximaciones-conceptuales.pdf>
- Morillas, J. M. M. (2003). *Los sentidos de la violencia*. Granada: Universidad de Granada.
- Martín, J. (2004) Qué es la violencia. En: B. Molina y F. Muñoz, ed., *Manual de paz y conflictos*. Granada: Universidad de Granada, 225-248.
- Moscovici, S. (1994). *La société contre nature*. Paris: Éditions du Seuil.
- Muñoz, F. A. y Molina, B. (2004). Manifestaciones de la violencia. La violencia política in Molina Rueda, B., & Muñoz Muñoz, F. A. *Manual de paz y conflictos*. Universidad de Granada. p. 251-276.

- Negri, A., y Cocco, G. (2006). *Global: biopoder y luchas en una América Latina globalizada*. Buenos Aires: Paidós.
- Gutiérrez, E. y Osorio, P. (2008). Modernización y transformaciones de las familias como procesos del condicionamiento social de dos generaciones. *Última Década*, (29), 03-135.
- Pélabay, J. (2001). Charles Taylor, penseur de la pluralité. Paris: Presses de l'Université Laval.
- Peñafiel, R. (2008). Le rôle politique des imaginaires sociaux: quelques enjeux théoriques autour de leur conceptualisation. *Politique et sociétés*, 27, (1), 99 – 128.
- Simmel, G. (1992). *Le conflit*. Paris: Circé.
- Torunczyk, D., Borgeaud-Garciandia, N., Penafiel, R., & Tizziani, A. (2010). Penser le politique en Amérique latine : La recreation des espaces et des formes du politique.
- *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies*, 35, (70), 273-275.
- Touraine, A. (1994). *Qu'est-ce que la démocratie ?* Paris : A. Fayard
- Guízar, F. (2009). Wixaritari (huicholes) y mestizos: análisis heurístico sobre un conflicto intergrupalo. *Latinoamericanistas Indiana*, núm. 26, pp. 169-207.

EL TRASFONDO DE LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR EN MÉXICO*

THE BACKGROUND OF THE INTERNAL SECURITY LAW IN MEXICO

O PLANO DE FUNDO DA LEI DE SEGURANÇA INTERNA NO MÉXICO

José Fernando Vázquez Avedillo^a
fvaasesoria@gmail.com
Raúl Ruiz Canizales^b
raul.canizales@hotmail.com
Rafael Zúñiga Domínguez^c
r181093z@icloud.com

Fecha de recepción: julio 04 de 2018
Fecha de revisión: febrero 27 de 2019
Fecha de aceptación: marzo 07 de 2019

RESUMEN

La idea de gobierno al seno de un país implica necesariamente el ejercicio del poder y para ello es menester contar con ciertos elementos para lograrlo. Históricamente el uso de las fuerzas armadas ha sido el sostén de muchos gobernantes en todo el mundo y en el caso de México no es la excepción. La publicación de la Ley de Seguridad Interior fue realizada con la intención de empoderar al presidente de la República y a partir de ahí mantener la gobernabilidad a partir del uso de las fuerzas armadas en funciones de seguridad pública bajo el disfraz de la seguridad nacional, circunstancia que implicaría flagrantes violaciones a los derechos humanos de la población.

Podemos señalar que los resultados que arrojó la investigación fueron el haber encontrado un patrón de conducta en los

Para citar este artículo:
Vázquez, J., Ruiz, R. y Zúñiga, R. (2019).
El Tránsito de la Ley de Seguridad Interior en México. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 147 - 162.

*Artículo de reflexión.

a. Doctor en Derecho, Profesor de tiempo completo adscrito a la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Cuerpo Académico "Derechos Humanos y Globalización".

b. Doctor en Derecho, Profesor de tiempo completo adscrito a la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Cuerpo Académico "Derechos Humanos y Globalización".

c. Pasante de la licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Querétaro. Exp. 233685.

gobernantes, consistente en el uso y abuso de las fuerzas armadas para el mantenimiento de la gobernabilidad democrática del país; la ley contenía en su articulado sendas expresiones que dotaban de poderes extraordinarios al titular del Poder Ejecutivo, a efecto de llevar a cabo labores de seguridad pública mediante el uso de las fuerzas armadas, y que con la ley criticada, se pretendía legitimar el uso de las fuerzas armadas para asuntos de naturaleza civil, circunstancia que fue considerada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para efecto de declarar a la ley en comento como inconstitucional.

PALABRAS CLAVE

Gobierno; poder; fuerzas armadas; ley.

RESUMO

A ideia de governo dentro de um país implica necessariamente o exercício do poder e para isso é necessário ter certos elementos para alcançá-lo. Historicamente, o uso das forças armadas tem sido o apoio de muitos governos em todo o mundo e, no caso do México, não é a exceção. A publicação da Lei de Segurança Interna foi feita com a intenção de capacitar o Presidente da República e de lá manter a governabilidade do uso das forças armadas em funções de segurança pública sob o disfarce de segurança nacional, uma circunstância que envolveria violações flagrantes dos direitos humanos da população.

Podemos apontar que os resultados da investigação foram a constatação de um padrão de comportamento nos governantes, consistindo no uso e abuso das forças armadas para a manutenção da governança democrática no país; A lei continha em seus artigos cada expressão dando poderes extraordinários ao chefe do Poder Executivo, a fim de realizar o trabalho de segurança pública através do uso das forças armadas, e que, com a lei criticada, pretendia legitimar o uso de as Forças Armadas para assuntos de natureza civil, circunstância que foi considerada pelo Supremo Tribunal de Justiça da Nação com a finalidade de declarar a Lei inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Governo; poder; forças armadas; lei.

ABSTRACT

The idea of a government in the heart of a country necessarily implies the exercise of power and to obtain it is necessary to have certain elements. Historically the use of the armed forces has been the mainstay of many rulers worldwide and Mexico has not been an exception. The publication of the Internal Security Law has been done with the intention of empowering the president of the republic and from there to maintain governability through the use of the armed forces in public security functions under the disguise of national security, a circumstance that would imply a gross violation of the human rights of the population.

We can point out that the result that the investigation has shown a pattern of behavior of governors consisting of the use and abuse of armed forces to maintain the democratic governability of the country, the law held in its articles expressions that gave extraordinary powers to the head of the Executive Power, for the purpose of carrying out public security tasks by the use of armed forces for civil issues, condition that has been considered by the National Supreme Court of Justice to declare this law as unconstitutional.

KEYWORDS

Government; power; armed forces; law.

Introducción

Siempre se ha pensado que las reglas tienen que ver con la regulación de situaciones al seno de una sociedad o para dar estructura, organización y funcionalidad a un órgano de gobierno, sin embargo, la teleología de un dispositivo legal constantemente conlleva otras finalidades, que no siempre son visibles a todos, y que por lo tanto, solo son comprendidas por algunos cuantos dedicados a ciertos temas como lo puede ser el ámbito meramente legal, pero también aquellos relacionados con ciencia política, sociología, etc.

En virtud de lo anterior, la pretensión de este trabajo va dirigida a demostrar que la Ley de Seguridad Interior, más allá de justificar la intervención de las fuerzas armadas en asuntos de seguridad, estaba encaminada a empoderar al titular del Poder Ejecutivo en México, el cual, desde hace algunos años ha

venido experimentando la pérdida formal y sobre todo material de poder, dando pauta al repunte del legislativo, del judicial e incluso de los gobernadores de las entidades federativas.

A efecto de lograr la empresa señalada y con el instrumental del método inductivo, desde un enfoque cualitativo y utilizando técnica de investigación documental, se hará una breve puntualización de cómo ciertos gobernantes a lo largo del tiempo, han logrado su cometido cuando han contado con el apoyo de las fuerzas armadas, circunstancia que nos dará la posibilidad de analizar para el caso mexicano, el cómo ha sido la distribución del poder en México, particularmente en lo referente al uso del ejército como el principal punto de apoyo para alcanzar pleno poder; hecho esto, daremos paso a un análisis de los aspectos torales de la Ley de Seguridad Interior, de los cuales se advertirá esa pretensión de empoderamiento del titular del Poder Ejecutivo, culminando con algunas reflexiones que consideramos pertinente tener en cuenta a efecto de demostrar la idea primigeniamente planteada.

1. LA BALANZA DEL PODER EN MÉXICO

Comenzaremos por hacer una precisión que resulta por demás necesaria en este punto del trayecto y se refiere a la temporalidad que implica un análisis del tópico del poder en un país como el nuestro. En este sentido, para poder demostrar claramente el sentido que pretendemos dar a este trabajo de investigación, nos referiremos al fenómeno de la distribución del poder, digamos, de los albores del siglo XX a nuestros días, algo así como un estudio de alrededor de 100 años de historia, particularmente referida hacia el sistema de gobierno¹ que hemos tenido en este tiempo, sin que esto sea óbice para hacer alguna referencia hacia fenómenos semejantes ocurridos en otras latitudes y en otros tiempos.

Para poner un punto de partida, haremos referencia a lo que debemos entender por Estado, desde el punto de vista de Jellinek quien señala lo siguiente: "(...) el Estado es la unidad de asociación dotado originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio" (2004: 171).

1. No confundir la forma de estado, la forma de gobierno y el sistema de gobierno.

Lo que Jellinek nos quiso señalar es que el Estado es una corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio. Derivado de esta definición, sale a colación el asunto del poder, el cual termina siendo ejercido por un gobierno en representación del pueblo; ese gobierno puede tener una composición diversa, dependiendo del lugar y la época de la que hablemos.

Para comprender lo anterior, recurriremos inicialmente a Nicolás Maquiavelo, quien desempeñándose como consejero de príncipes o de reyes, estableció que la preservación del poder político siempre estaría por encima de cualquier consideración de orden ético; además, señalaba que la fuerza es el origen del poder y pasa por encima de las razones y de los pactos entre pares. (Maquiavelo, 1993).

Esta idea de Maquiavelo sobre el ejercicio del poder y el uso de la fuerza dentro de los que en su época se denominó como el Estado, no fue desconocida para pueblos de la antigüedad; para poner un ejemplo contundente nos referiremos al Imperio Romano, donde el emperador en turno sostenía buena parte de su posición gracias al apoyo que le brindaba el ejército y particularmente la guardia pretoriana, la cual fue concebida por Augusto durante su mandato.

La guardia pretoriana fue fundada por Augusto en 27 o 26 a.C. En principio se crearon nueve cohortes, aunque su número fluctuó hasta que a finales del siglo I d.C. se estableció en diez. Cada cohorte contaba con unos 480 hombres más un complemento de alrededor de cien jinetes llamados *equites pretoriani*. Se cree que en la primera mitad del siglo II d.C. se aumentó a mil el número de efectivos por cohorte. Al mando de la guardia pretoriana había normalmente dos prefectos del pretorio, que debían ser militares experimentados pertenecientes al orden de los caballeros, la clase adinerada que ocupaba importantes cargos en la administración y el ejército. Entrar en la guardia pretoriana era sumamente apetecible, no solo por el honor que suponía custodiar al emperador, sino también por las ventajas económicas que el puesto traía aparejadas. El sueldo de los pretorianos era el más elevado de todas las unidades del ejército romano. A finales del gobierno de Augusto, la cantidad base anual ascendía a

3.000 sestercios, mientras que un legionario cobraba 900. Hay que considerar también los donativos extraordinarios que les otorgaban los emperadores en acontecimientos como el ascenso al poder, campañas victoriosas o celebraciones especiales, y que eran siempre mayores que las que pudieran ofrecerse a las tropas legionarias. En su testamento, Augusto ordenó que se entregaran 1.000 sestercios a cada pretoriano, por solo 300 a los legionarios, y muchos de sus sucesores les hicieron generosos donativos nada más acceder al poder para asegurarse su fidelidad: Claudio les concedió 15.000 sestercios, y Marco Aurelio y Lucio Vero, ya en el siglo II d.C., 20.000. (National Geographic, 2018)

Al igual que los romanos, muchos otros pueblos alrededor del mundo han basado la supervivencia de su gobierno con base en el uso de la fuerza, particularmente de la fuerza militar.

Esta idea del ejercicio del poder sustentada por Maquiavelo, fue retomada por Hobbes en su obra *Leviatán*, donde señaló: “que el hombre se encuentra en un estado permanente de guerra, y donde los individuos se enfrentan los unos a los otros en busca de beneficios específicos mediante el uso de la fuerza” (Hobbes, 2006: 104-107).

Por otra parte, Max Weber, cuando define al Estado, hace referencia a la reivindicación que este realiza del monopolio del uso legítimo de la fuerza dentro de un territorio, circunstancia por la que puntualiza que el Estado es la fuente de la legitimidad del uso de la violencia, siendo la policía y los militares sus principales instrumentos de acción. (Weber, 2002: 662)

Aunque podríamos seguir citando a diversos autores que nos hablan del uso de la fuerza como herramienta para el ejercicio del poder, lo importante es dejar asentado el hecho de que el uso del ejército en diversos lugares y épocas ha sido decisivo para obtener y conservar el poder.

Ahora bien, y siguiendo por la línea del ejercicio del poder, para nuestro caso, es decir, el mexicano, podemos hacer referencia a la tipología clásica de la división del poder, misma que nos refiere a la existencia de tres, a saber: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Habrá que señalar que esta tipología clásica de la división del poder ha sido superada con la aparición de

funciones emergentes como las desarrolladas por los órganos constitucionales autónomos.

Dejando un momento de lado la tipología del poder, daremos cuenta particularmente del sistema de gobierno que hemos tenido desde hace cien años aproximadamente y de manera casi ininterrumpida, es decir, el sistema presidencial.

Cuando hablamos del sistema de gobierno, nos referimos al fenómeno de la distribución del poder, es decir, el poder en manos de una persona o en manos de una asamblea, derivándose de estos dos posibilidades: el sistema parlamentario y el sistema presidencial.

Hablar de un sistema parlamentario implica que el ejercicio del poder recae en una asamblea de naturaleza legislativa tal como es un parlamento, el cual domina el escenario e impone condiciones a quien encarna la función ejecutiva que en el caso suele ser un primer ministro, el cual junto con toda la cartera de ministros son elegidos por ese órgano colegiado y por lo tanto se encuentran supeditados al mismo. En este caso es claro señalar que el pueblo elige a los miembros del parlamento, pero no a la rama ejecutiva del poder. Un caso que ejemplifica claramente el modelo parlamentario es justamente el caso de Inglaterra, donde el Parlamento se encuentra integrado por la Cámara de los Comunes, la Cámara de los Lores y desde luego, la Reina. Esta asamblea se encarga de elegir al Primer Ministro y al resto de los miembros de la rama ejecutiva, quienes como ya se dijo están subordinados al Parlamento.

En el caso del sistema presidencial, quien domina el escenario es justamente el titular de la función ejecutiva, la cual tiene como característica su independencia de la función legislativa, quedando por ello de manera independiente, puesto que su nombramiento generalmente proviene de un proceso electoral donde es el pueblo quien lo elige de manera directa y periódica, y además, por un espacio determinado de tiempo, de manera que es prácticamente imposible su separación por determinación del legislativo.

Lapalombara, (2006) afirma que en un sistema presidencial, el presidente, quien es jefe de estado y de gobierno a la vez, es independiente del poder legislativo y por tanto no depende mayor ni continuamente de este para su existencia y sobrevivencia; los poderes legislativo

y ejecutivo son interdependientes: el legislativo no está obligado a aprobar los proyectos de ley que provienen del ejecutivo, el presidente puede vetar las leyes del legislativo; el presidente tiene la facultad de realizar nombramientos, el legislativo tiene la facultad de autorizar o no recursos económicos; el ejecutivo puede apelar directamente al pueblo a través de plebiscitos y referendos, el legislativo puede juzgar y remover al presidente (Carpizo, 2006: 12,13).

Dicho lo anterior, el caso mexicano corresponde a un sistema de gobierno presidencial, cuyo sustento se encuentra en los artículos 41, 49 y 80 constitucionales, donde se deja de manifiesto la separación de las funciones del poder y la preponderancia del ejecutivo respecto del legislativo y judicial –al menos desde el punto de vista formal-.

Habiendo dejado anotados los elementos básicos para ubicar lo que debemos entender por sistema de gobierno y desde luego ubicando el mexicano como un régimen presidencial, ahora, toca en turno hacer un brevísimo recorrido histórico para tratar de comprender el porqué de nuestro actual sistema de gobierno, como resultado de una serie de acontecimientos sociales, culturales y desde luego políticos.

Remontémonos hacia el inicio de la etapa posrevolucionaria², donde existen una serie de liderazgos que luchan encarnizadamente por llegar a la presidencia de la república, apareciendo en el mapa político un personaje que vino a poner orden mediante el uso de la fuerza y desde luego con el apoyo del ejército, y nos referimos al general Álvaro Obregón, quien, tras las elecciones de septiembre de 1920, tomaría la presidencia de la república hasta el año de 1924.

Una de las características medulares de aquel régimen presidencial era justamente la hegemonía que tenía el presidente, el cual era gracias a su carisma y liderazgo político y social, sino también al apoyo del ejército y de su grupo político, el cual también se encargó de colocar a determinados personajes en puestos clave de la función legislativa, circunstancia con la que Álvaro Obregón, al ser el líder del movimiento y presidente de la república dominaba sin problema alguno todo el escenario político del país.

2. *Hacia el año de 1920.*

Bajo esa tesitura, siguieron otros muchos presidentes que se erigieron como el hombre fuerte del país, capaces de transformar la realidad mexicana con solo un elemento: su voluntad, ya que el resto de las funciones del poder se encontraban supeditadas a ese gran tlatoani³. En este sentido resulta a todas luces pertinente referirnos al General Plutarco Elías Calles y por supuesto al General Lázaro Cárdenas, quienes con el apoyo militar también lograron consolidar sus gobiernos. El caso del General Elías Calles es muy interesante pues mantuvo el control del gobierno durante su cuatrienio y seis años posteriores desde bambalinas, periodo conocido como el Maximato, mismo que culminó con el arribo del General Lázaro Cárdenas a la presidencia de la república, circunstancia que sucedió, entre otras cosas, por el apoyo militar con el que contaba. Maximato lo describe Medin (2003).

El periodo que se extiende desde 1928 hasta 1934-5 es conocido como el Maximato, es el periodo en el que Plutarco Elías Calles fue reconocido como el Jefe Máximo de la Revolución y durante el cual era el factor decisivo de las decisiones políticas (Medin, 2003: 23).

Desde luego no debemos olvidar el hecho de la conformación partidista en aquel momento de la historia de México, que naturalmente incluía en un inicio al sector militar. De lo anterior se desprende la aparición en 1928 del Partido Nacional Revolucionario (PNR), el cual se transformaría en el año de 1938 en Partido de la Revolución Mexicana (PRM), para modificarse en 1946 en el actual Partido Revolucionario Institucional (PRI).

Ahora bien, desde el 1o. de diciembre de 1940 el presidente Manuel Ávila Camacho hizo que desapareciera del PRM el “Sector Militar”, circunstancia que dio pauta a que, para las elecciones de 1946, llegara el primer presidente de la república de origen civil y nos referimos a Miguel Alemán, el cual siguió contando con el apoyo de las fuerzas armadas pero sin el peligro de que estas tuvieran un acceso directo a la presidencia de la república, como sucedió con sus antecesores.

Básicamente podemos señalar que casi todo el siglo XX transcurrió bajo esa característica en la distribución del poder, donde el presidente

3. *Palabra náhuatl para designar a un gobernante.*

era amo y señor del país, sobre todo manejando de facto muchas atribuciones que no estaban expresamente señaladas ni en la Constitución ni en las leyes, circunstancia que fue conocida como el ejercicio de las facultades metaconstitucionales. Serrano, (2006) comenta:

Una vez terminado el periodo armado de la Revolución mexicana, la sociedad y la política en este país emprendieron un proceso de estabilización y crecimiento que se extendió durante más de setenta años. Diversas circunstancias incidieron para que, a lo largo de los años, el presidente de la República ocupara espacios de poder cada vez más grandes y efectivos. Relacionado con esta concentración de poder, las diversas fuerzas públicas, los poderes y las agrupaciones de base y de Estado, coincidieron en afianzar el poder presidencial en torno al cual orbitaban. Todo esto incluyó la formación de facultades que si bien no se encontraban en la Constitución, eran respaldadas o avaladas por todos los actores políticos y ejercidas por el titular del Ejecutivo, al grado de que existía una idea generalizada y compartida tanto del derecho del Ejecutivo para ejercerlas, como del deber de respeto que los actores políticos debían a dichas atribuciones; en resumen, el sentimiento generalizado de legitimidad de las mismas. Esto es, se formó un grupo de facultades metaconstitucionales con efectividad real. (Serrano, 2006: 1)

Es hasta el sexenio de Ernesto Zedillo donde se empieza a observar un cambio en la distribución del ejercicio del poder, particularmente entre 1997 y 2000, donde en la composición de la 57ª Cámara de Diputados federal, el partido del presidente, es decir, el Partido Revolucionario Institucional pierde la mayoría, alcanzando solamente 239 curules, mientras que la oposición, particularmente el Partido Acción Nacional y el de la Revolución Democrática alcanzaban 121 y 125 respectivamente. (Senado 2006).

Es justamente esta circunstancia la que nos da pauta para hablar del sexenio del presidente Zedillo, donde comienza un proceso de transición en el ejercicio del poder en México.

El presidente Zedillo tomó el poder el 1º de diciembre de 1994 y su sexenio se caracterizó en su primera fase por estar en crisis debido a

la insurrección armada en el sureste del país encabezada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, así como el conflicto económico de magnitud global en el que nos encontrábamos y que fue conocido como el efecto tequila, circunstancias que generó un caos financiero. A pesar de este escenario tan difícil, el régimen logró reunir a las fuerzas políticas del país a efecto trabajar conjuntamente en la búsqueda de soluciones a los problemas existentes y justamente Zedillo logró hacer un pacto denominado Compromisos para el Acuerdo Político Nacional, el cual fue suscrito el 17 de enero de 1995 por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido de Acción Nacional (PAN), el Partido de la Revolución Democrática (PRD) y el Partido del Trabajo (PT), todos con representación en el Congreso de la Unión. Krauze, (2007) expone:

Fue un acto esperanzador. La crisis de México no tenía precedentes desde tiempos de la Revolución, era una crisis integral: económica, social, política. Había inseguridad y violencia en las calles, desánimo y desconfianza en las conciencias. No existían soluciones mágicas o providenciales para lograr la recuperación de los niveles de vida. Quedaba un largo y doloroso trecho por recorrer, pero la condición especial para abordarlo era la reforma democrática. Así lo expresaba Zedillo en privado y en público. En cierto momento habló de la necesidad de crear y mantener una sana distancia entre el presidente y el PRI. Parecía convencido de que la solución de fondo a los problemas de México radicaba en reconocer la quiebra de la vieja empresa, acabar con la simulación, cerrar el teatro (Krauze, 2007: 496).

Dada la conformación política de nuestro país durante el sexenio de Zedillo, a este ya no le fue posible actuar como lo habían hecho sus antecesores, es decir, con absoluta libertad, pues en el caso de aquéllos tenían el famoso carro completo⁴, pero en el caso de Zedillo esto ya no sucedió, como se había relatado líneas arriba. Esta circunstancia lo limitó en su margen de actuación sometiéndolo en todo momento al marco legal y dejando de hacer muchas cosas que habían sido conocidas hasta ese momento –como ya se había mencionado– como las facultades

4. Se dice que se tiene carro completo cuando el presidente de la República cuenta con el apoyo total del Poder Legislativo, por ser la mayoría miembros del mismo instituto político del presidente.

metaconstitucionales del presidente; esta circunstancia también abonó al hecho de que el presidente Zedillo se convirtiera en artífice de una transición democrática en el año 2000 Cárdenas, (1994), cuando Vicente Fox ganó las elecciones presidenciales, siendo abanderado por el Partido Acción Nacional. Para Serrano (2006)

El control del presidente(*sic*) de la república sobre los otros poderes federales y sobre los gobiernos locales (que no dudaron en reproducir este modelo autoritario en su ámbito) modificó en los hechos el sistema presidencial previsto en la Constitución y degeneró en un modelo de presidencialismo autoritario de tal envergadura que no dudaron en llamar “dictadura perfecta” o “presidencia imperial”. La clave para entender la gestación y la evolución de las facultades metaconstitucionales está en comprender la dinámica que el sistema político mexicano mantuvo por más de siete décadas. (Serrano, 2006: 4).

Desde luego, la llegada de un presidente abanderado por el hasta entonces partido de oposición (PAN), no fue suficiente para lograr una mejoría en las condiciones de vida del pueblo mexicano. El presidente Fox llegó a la presidencia de la república queriendo utilizar las viejas reglas del juego del sistema político mexicano donde la fórmula exitosa requería contar con la mayoría en el Congreso de la Unión, sin embargo, esto no sucedió así ya que en ese momento al seno de la 58ª Legislatura Federal, el PRI mantuvo 208 diputados y 58 senadores, el PRD 53 diputados y 15 senadores y el PAN solamente 207 diputados y 47 senadores, circunstancia que nos hablaba de un escenario dividido, lo cual provocó un encontronazo entre la rama ejecutiva y la legislativa, sin que se llegaran a grandes acuerdos que posibilitaran un sexenio tranquilo y con buena marcha.

Durante la primera mitad del sexenio de Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012), la Cámara de Diputados de la 60ª Legislatura federal tuvo una composición donde el Partido Acción Nacional ocupó 206 curules, mientras que el Revolucionario Institucional solamente tenía 104 y el de la Revolución Democrática 126, circunstancia que ponía de manifiesto que el partido “oficial” ahora el PAN, nuevamente carecía de la mayoría para hacer su voluntad, hecho que se vio de manifiesto con los constantes desacuerdos entre ejecutivo y legislativo.

En el año 2012, el PRI recuperó la presidencia de la república, y la 62ª legislatura federal mostró cierto empoderamiento del Partido Revolucionario Institucional, el cual obtuvo 212 curules y 52 escaños senatoriales, mientras que el PAN se redujo a 114 curules y 38 escaños y el PRD 104 curules y 22 escaños. Para la 63ª legislatura federal, el PRI obtuvo 205 curules y 56 escaños, el PAN obtuvo 109 curules y 37 escaños y el PRD se adjudicó 54 curules y 9 escaños. En este sentido, habrá que recordar que con la aparición del Movimiento de Regeneración Nacional (Morena), la fuerza del PRD mermó significativamente.

Como puede observarse de las cifras vertidas en los párrafos anteriores, desde el año 2000, la presidencia de la república ya no contaba con el apoyo absoluto del Congreso de la Unión, debido a que su partido postulante no representaba esa mayoría absoluta, circunstancia que nos habla claramente de una pérdida de poder de la rama ejecutiva, lo que pudiese haber dado pauta desde aquella presidencia de Fox, a la aparición de coaliciones de gobierno, sin embargo, lo único que se ha observado en estos últimos años ha sido la negativa a colaborar con otras fuerzas políticas, compartiendo el poder, hecho que podría darse a través de las coaliciones, proveyendo al país de un esquema de gobernabilidad democrática mucho más amplio y estable. Valadéz (2016) afirma.

(...) una gobernabilidad democrática entendida como un proceso de decisiones tomadas de manera legal, razonable, responsable y eficaz, adoptadas por autoridades legítimas, que garantizan a la población el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales, en un ámbito de libertades y de estabilidad, y que atiende los requerimientos de la sociedad mediante políticas que promueven justicia y equidad, prestaciones para el bienestar, y servicios regulares, suficientes y oportunos. (Valadéz, 2016: 14).

El resultado de todos estos procesos fue palpable pues la figura presidencial a partir de Fox, ha sido hasta objeto de burla y escarnio público, pues ya no representa al poder. Quién no recordará amargamente cuando un joven le pone cuernos a Vicente Fox en una foto oficial, o las críticas tan duras contra Calderón debido a su guerra contra el narco o su supuesto alcoholismo y desde luego las múltiples críticas a Enrique

Peña Nieto e incluso al actual presidente López Obrador; quien a pesar de recién haber iniciado su mandato constitucional, tampoco se salva del ataque de muchos sectores del país.

Pero más allá de la crítica a la persona que encarna la función ejecutiva, el problema radica en que el poder presidencial se ha visto mermado significativamente, circunstancia que ha venido a afectar al propio sistema político mexicano basado en la figura del hombre fuerte que todo lo puede y todo lo resuelve.

Hoy en día, la figura del hombre fuerte ya no existe y hasta pudiéramos decir que la función legislativa y la judicial han cobrado mayor fuerza que el propio presidente, y aún más, pues hoy vemos a un grupo organizado de gobernadores que también se disputan parte del pastel político en el país.

La Conferencia Nacional de Gobernadores (CONAGO) es un foro permanente, el cual busca fortalecer el federalismo mediante mecanismos democráticos, manteniendo pleno respeto de las instituciones de México. Éste, es un espacio incluyente, abierto a todas las entidades del país, sin distinción de partidos políticos. (enero de 2013) La Conferencia Nacional de Gobernadores.

De esto último podemos reiterar que el poder no desaparece, sino que solamente cambia de manos y cuando el ejecutivo dejó de utilizar aquellas facultades metaconstitucionales, ese poder fue redistribuido entre los demás entes de gobierno y lamentablemente en algunos ajenos a este, los cuales no necesariamente representan los intereses del pueblo mexicano.

Pero ¿qué es lo que está sucediendo hoy en día en materia de ejercicio del poder?, pareciera que la figura presidencial estuviera de regreso por sus fueros, intentando hacerse del mayor cúmulo de los hilos del poder a efecto de recuperar ese lugar privilegiado que por tanto tiempo se tuvo en nuestro país. En este sentido hay que señalar que parte de ese poder político del que gozaba la presidencia de la república se basaba en la lealtad que le propinaba las fuerzas armadas, siendo esta circunstancia un elemento toral para poder mandar y ser obedecido, so pena de hacer uso de la fuerza que esta noble institución posee.

Una constante en los presidentes mexicanos ha sido el hecho de que una de sus primeras reuniones de gobierno ha sido con las fuerzas armadas, tanto con la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) como con la Secretaría de Marina (SEMAR), a efecto de consolidar su vínculo con la Presidencia de la república, hecho que se ha venido dando de manera reiterada al inicio de un nuevo sexenio desde mediados del siglo pasado, sin que el sexenio que recién inicia haya sido la excepción.

A efecto de mostrar alguna evidencia de esta afirmación, es decir, que la fuerza del titular del Poder Ejecutivo radica en gran medida en el vínculo que mantiene con las fuerzas armadas, justamente se procederá al análisis de la Ley de Seguridad Interior⁵, que a juicio de los que suscribimos, abona en su contenido un amplio espectro de poder a favor del titular de la rama ejecutiva, ya que le posibilita el uso de las fuerzas armadas para mantener la seguridad interna del país, circunstancia que veremos a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR

El pasado 21 de diciembre del año 2017, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, tras grandes discusiones la nueva Ley de Seguridad Interior, la cual pese a haber sido tachada de inconstitucional por diversos actores de la vida política en México al momento de su publicación, al menos en los albores del año que corre, no había sido objeto de impugnación, ya que por el dicho del ministro presidente, Luis María Aguilar Morales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no había recibido ninguna acción de inconstitucionalidad (Proceso 2018), sin embargo, el 9 de enero de 2018, la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió a trámite la primera controversia constitucional presentada por el municipio de Cholula, Puebla, para impugnarla, la cual quedó registrada bajo el expediente 4/2018, en donde se resolvería si la norma impugnada se apegaba a la Constitución en materia de derechos humanos y de división de poderes. A esta impugnación le siguieron otras, cuyos conceptos acusaron a la ley en comento de falta de transparencia, de

5. Con fecha 15 de noviembre de 2018, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) invalidó la Ley de Seguridad Interior publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 2017.

invasión competencial, de amenazas a la libertad de expresión y de uso indiscriminado de términos vagos y excesivamente amplios (Ángel, 2018).

Volviendo a los orígenes de la ley, es preciso señalar que, en el Senado de la República, fue aprobada por 76 votos a favor contra 44 en contra y 3 abstenciones.

(...) tras casi 12 horas de debate con más de 40 participaciones en tribuna, escaso debate y con el voto fragmentado de la bancada del Partido Acción Nacional (PAN), que se partió: una mitad aprobó el proyecto junto con PRI y Verde, mientras que otra se sumó al bloque PT-Morena, PRD e independientes en contra. (Proceso, 2018).

Aprobada por el Senado como Cámara de origen pasó a los diputados, quienes el 30 de noviembre también la aprobaron por 262 votos a favor, 25 en contra y cero abstenciones.

Como se puede observar no hubo una uniformidad en la votación respecto de esta ley, especialmente en el Senado, particularmente por los poderes que, disfrazados de mecanismo de protección para la sociedad civil, son otorgados al titular de Ejecutivo como se verá más adelante.

La realidad es que esta nueva legislación fue criticada ampliamente no solo por instancias nacionales como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Transparencia, acceso a la Información y Protección de datos personales, sino también por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y desde luego la Organización de las Naciones Unidas.

El proyecto de Ley de Seguridad Interior clasifica información y es contrario a los principios de máxima transparencia en México, por lo que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) la criticó este jueves.

El INAI considera que el artículo 9 del dictamen “trasgrede los principios de máxima publicidad, de temporalidad en la reserva y de progresividad, los cuales deben imperar para el ejercicio del derecho humano de acceso a la información”, detalló el órgano en un comunicado. (Expansión, 2017).

Como era de esperarse, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió invalidar por completo la ley, debido a que su contenido transgredía al texto constitucional.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) invalidó la totalidad de la Ley de Seguridad Interior publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 2017. Por decisión de la mayoría de sus integrantes, el Tribunal Constitucional de nuestro país determinó, en esencia, que dicha ley resultaba inconstitucional al contener disposiciones que pretendían normalizar la utilización de las Fuerzas Armadas en temas de seguridad pública, lo que es contrario al orden constitucional y convencional. Asimismo, una parte de sus miembros se pronunció por la incompetencia del Congreso de la Unión para legislar en la materia de seguridad interior. Con esta resolución la Suprema Corte dio por terminada la revisión de la acción de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018 y 11/2018, promovidas por diputados federales, senadores, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Partido Político Movimiento Ciudadano, en contra de la referida Ley de Seguridad Interior. (SCJN, 2018).

Ahora bien, más allá de las críticas a esta ley, el elemento central de este breve trabajo versa sobre el empoderamiento que pretendía el Poder Ejecutivo, el cual, desde la época de la presidencia de Ernesto Zedillo había experimentado –como ya se dijo– una clara disminución de su poder, sobre todo después de que dejase de ejercer aquellas facultades que eran conocidas como metaconstitucionales (Carpizo, 2006: 190-199).

Comenzando el análisis de la Ley de Seguridad Interior, nos enfocaremos en su artículo 1º, el cual establecía que la materia de la misma es justamente la seguridad nacional, la cual por disposición de la fracción VI del artículo 89 Constitucional resulta ser una competencia exclusiva del presidente de la república, circunstancia con la que no existe objeción alguna.

VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o

sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018).

Para comprender lo anterior, debemos precisar que por seguridad nacional se entiende “a todos aquellos programas, medidas e instrumentos que cierto Estado adopta para defender a sus órganos supremos de un eventual derrocamiento violento por un movimiento subversivo interno o una agresión externa.” (IIJ-UNAM, 2004: 383).

Un nuevo concepto de seguridad nacional supondría formular nuevos fundamentos para que sea socialmente aceptado, políticamente correcto y culturalmente unificador. Es decir, conseguir que la idea deje de asociarse de manera automática a una concepción represiva, para que sea susceptible de convertirse en un parteaguas que defina los intereses nacionales con independencia de la ideología política profesada. Finalmente, lo más útil para todos sería que la idea de seguridad nacional pudiese emparentarse con la garantía de conseguir los objetivos plasmados en el proyecto nacional, el elemento constitutivo de toda comunidad nacional. (Curzio, 2008: 81).

Derivado de lo antes expresado, también conviene definir qué debemos entender por seguridad interior, pues es ese término uno de los elementos centrales de nuestros comentarios, el cual queda representado en el artículo 2º de la Ley de Seguridad Interior.

La Seguridad Interior es la condición que proporciona el Estado mexicano que permite salvaguardar la permanencia y continuidad de sus órdenes de gobierno e instituciones, así como el desarrollo nacional mediante el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional. Comprende el conjunto de órganos, procedimientos y acciones destinados para dichos fines, respetando los derechos humanos en todo el territorio nacional, así como para prestar auxilio y protección a las entidades federativas y los municipios, frente a riesgos y amenazas que comprometan o afecten la seguridad nacional en los términos de la presente Ley (LSI, 2018).

Como puede observarse, la seguridad interior nos habla de la institucionalidad (...salvaguardar la permanencia y continuidad de sus órdenes de gobierno e instituciones, así como el desarrollo nacional mediante el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional.), y de cómo ciertos riesgos y amenazas vinculadas con lo anterior pueden comprometer la seguridad nacional, es decir, el derrocamiento violento de los órganos supremos de gobierno por un movimiento subversivo interno o una agresión externa.

Ahora bien, como puede apreciar el lector, el tema de la seguridad interior planteado como lo hacía la ley en comento, naturalmente corresponde a lo que comúnmente conocemos como seguridad pública, ya que posibilita el uso de las fuerzas armadas en temas focalizados como el narcotráfico, la delincuencia organizada, etc., temas que si bien pudieran escalar y llegar a poner en jaque al gobierno constitucional, en primera instancia se observan como un asunto de seguridad pública, la cual por disposición constitucional depende de cuerpos de policía ubicados en los ámbitos municipal, estatal y federal, como primera fuerza de respuesta ante problemas del más diverso índole.

La seguridad pública, que es para cuidar la vida y la propiedad de los mexicanos, fue convertida por Carlos Salinas de Gortari en Seguridad Nacional. De entonces a la fecha, y siguiendo puntualmente los deseos de Washington (desde Reagan en 1986), se ha involucrado a las fuerzas castrenses en el combate al narcotráfico y la delincuencia organizada. A cambio, y esto no fue invento de Calderón, se ha aumentado el presupuesto de las fuerzas armadas permanentes, además de adquirir nuevo armamento (Rodríguez, 2011).

De todos es conocido que estas fuerzas policíacas encargadas del orden público han sido infiltradas por el crimen organizado, circunstancia que nos ha llevado a observar un alto nivel de corrupción y por tanto de ineficacia en sus quehaceres cotidianos, hecho que ha provocado que la población ya no confíe en sus instituciones. Ante esta circunstancia, en el sexenio del presidente Calderón fuimos testigos de lo que el propio presidente denominó como la guerra contra el narco, hecho que llevó

al ejército, armada y fuerza aérea a combatir delitos, vigilar calles, etc., es decir, fue una sustitución de las fuerzas policiales de naturaleza civil por el ejército, sin que se tuviera legalmente esa competencia, de lo cual originó múltiples violaciones a los derechos humanos, derivadas principalmente de la falta de formación profesional por parte de las fuerzas armadas a efecto de atender un tema propio de otras instancias de gobierno, es decir, como muchos lo señalaron, se militarizó la seguridad pública.

A partir de los ochenta, pero sobre todo después del levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el 1º de enero de 1994, las Fuerzas Armadas han ido tomando un papel cada vez más protagónico en diversos ámbitos de la vida social y política de México (Sandoval, 2000).

José Antonio González Fernández señala que el dilema de la seguridad pública es realizar su función para lograr el mantenimiento de la paz y el orden, sin afectar los derechos y las libertades de los individuos. Las instituciones encargadas de la seguridad pública deben lograr un equilibrio entre la coerción y el respeto de los valores éticos tutelados por el derecho. Así, la protección de los valores fundamentales del hombre legitimará el ejercicio de la fuerza. (Como se cita en Peñalosa y Garza, 2002).

Algo que debemos preguntarnos es ¿a quién corresponde naturalmente la seguridad pública?, y la respuesta nos la brinda el artículo 21 Constitucional, que nos refiere lo siguiente:

(...) La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública

y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública (...) (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018).

El texto del artículo precedente lo señala puntualmente: la seguridad pública debe recaer en instituciones de carácter civil a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios, de manera que la intervención de las fuerzas armadas contraviene tal dispositivo legal. Desde luego hay que entender que al dispersar el control sobre las instituciones de seguridad pública, son muchos los mandos que de ahí surgen, pues aparecen en la escena los presidentes municipales, sus secretarios o directores de seguridad pública, los gobernadores y sus secretarios del ramo en comento y en el ámbito federal el presidente y el secretario de Gobernación, al ser titular de la Comisión Nacional de Seguridad y por tanto de la policía federal; como se observa, el titular del Poder Ejecutivo Federal solamente incide respecto de la instancia de seguridad federal, excluyéndolo del resto, lo cual implica falta de control y de poder.

Bajo esta circunstancia, la participación de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública resulta inconstitucional, tal y como lo resolvió recién nuestro máximo tribunal.

Asimismo, el Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN), ha mencionado que seguridad nacional y seguridad pública no son sinónimos, pero al final del camino son ideas complementarias, circunstancia que debe considerarse para el análisis.

De acuerdo con la Constitución, la Seguridad Pública es una función concurrente a cargo de los tres niveles de gobierno. Comprende la prevención, investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas.

La Seguridad Pública puede convertirse en asunto de Seguridad Nacional en el grado en que la manifestación del fenómeno criminal represente un riesgo para la integridad, estabilidad y permanencia del Estado, para el orden constitucional, las instituciones democráticas fundadas en el desarrollo social, económico y político, y en el grado en que constituyan un obstáculo para que las autoridades actúen contra la delincuencia organizada (CISEN, 2018).

En relación a lo anterior, cuando el CISEN habla de que la seguridad pública puede convertirse en un asunto de seguridad nacional, se requiere de un fenómeno que represente un riesgo, y justamente la fracción III del artículo 4 de la Ley de Seguridad Interior menciona que hay riesgo cuando una situación potencialmente puede convertirse en una amenaza, y aquí surge la incógnita de quien hará esta interpretación, derivándola hacia el propio presidente de la República por disposición del artículo 5°, lo cual evidentemente lo empodera, dándole la oportunidad de disponer de las fuerzas armadas de manera bastante libre para efectos de atender asuntos de seguridad pública, y con ello tener presencia y dominio en todo el territorio nacional, desplazando a las autoridades civiles locales.

Ahora nos conviene referirnos al artículo 9° de la Ley de Seguridad Interior, porque también incide en ese proceso de empoderamiento del titular del Poder Ejecutivo. Este artículo señala que “La información que se genere con motivo de la aplicación de la presente ley, será considerada de Seguridad Nacional, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables.”

El texto del artículo precedente nos refiere a la posibilidad de guardar información pública bajo el manto protector que se otorga a la información de seguridad nacional, la cual, por disposición de las Leyes General y Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, queda como información reservada y por tanto restringida.

Artículo 110. Conforme a lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley General, como información reservada podrá clasificarse aquella cuya publicación: I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable; (LGTAI, 2018).

Artículo 113. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya publicación: I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable; (LGTAI, 2018).

Resulta curioso el texto del artículo 8° de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en el sentido de señalar que aquella información vinculada con violaciones graves a derechos humanos no podrá ser

considerada como reservada y entonces nos preguntamos ¿qué sucederá con las acciones derivadas de la aplicación de la Ley de Seguridad Interior que violenten derechos humanos?, ¿se considerarán como un asunto de seguridad nacional y por ello información reservada o no?, la realidad es que el asunto pareciera derivar en un bonito enredo legal que desde luego lastima nuestro estado de derecho y muestra una cara desaseada de nuestro sistema jurídico.

Artículo 8. No podrá clasificarse como reservada aquella información que esté relacionada con violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, de conformidad con el derecho nacional o los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. (LFTAIP, 2018).

Hay que señalar que esta circunstancia resulta claramente violatoria de derechos humanos, lo cual también se traduce en un empoderamiento en favor del presidente, pues le ampliaría las posibilidades de actuación sin preocuparse de la responsabilidad que implica sacar a las fuerzas armadas a la calle a cumplir funciones de seguridad pública -aspecto para el que no se encuentran debidamente capacitadas-, amparados en preceptos que nuestra Suprema Corte de Justicia señaló como inconstitucionales.

Dicho esto, pasemos a analizar el contenido del artículo 11 de la (LSI) Ley de Seguridad Interior, el cual, grosso modo establecía que el presidente de la República tendría la facultad de ordenar por sí mismo la intervención de las fuerzas federales para la realización e implementación de Acciones de Seguridad Interior; es decir, se posibilitaba la intervención del Ejército armada y fuerza aérea para realizar e implementar acciones de seguridad interior, lo que implica en pocas palabras, que su intervención sería en materia de seguridad pública, circunstancia que solamente requería de una declaratoria de protección por amenazas a la seguridad interior del país.

Amenazas a la Seguridad Interior: Las que afecten los principios establecidos en el artículo 3 y las contenidas en el artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional que tienen su origen en territorio nacional; las emergencias o desastres naturales en un área o región geográfica del país; las epidemias y demás contingencias que afecten la salubridad

general; o las que afecten los deberes de colaboración de las entidades federativas y municipios en materia de seguridad nacional; (LSI, 2018).

Artículo 3.- Para efectos de esta ley, por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conllevan a:

I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;

II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;

III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V. La defensa legítima del Estado mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y

VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes. (LSN 2018).

Artículo 5.- Para los efectos de la presente ley, son amenazas a la Seguridad Nacional:

I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;

II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado mexicano;

III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;

IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;

VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación;

VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático;

VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;

IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;

X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;

XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y

XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

Si bien es cierto que el artículo 12 de la ley en comento señalaba que el presidente de la República, previa consideración del Consejo de Seguridad Nacional, determinaría la procedencia de la intervención de la Federación, no debemos perder de vista cual era la relación que guardaba dicho Consejo con el titular del Ejecutivo. En este sentido debemos afirmar que el Consejo era una instancia deliberativa encabezada por el propio titular del Ejecutivo Federal, a efecto de establecer y articular las acciones y políticas en materia de Seguridad Nacional, hecho que fácticamente lo deja bajo su comando y dirección.

Artículo 12.- Para la coordinación de acciones orientadas a preservar la Seguridad Nacional se establece el Consejo de Seguridad Nacional, que estará integrado por:

I. El titular del ejecutivo federal, quien lo presidirá;

II. El secretario de gobernación, quien fungirá como secretario ejecutivo;

III. El secretario de la Defensa Nacional;

IV. El secretario de la Marina;

V. El secretario de Seguridad Pública;

VI. El secretario de Hacienda y Crédito Público;

VII. El secretario de la Función Pública;

VIII. El secretario de Relaciones Exteriores;

IX. El secretario de Comunicaciones y Transportes;

X. El procurador general de la república, y

XI. El director general del Centro de Investigación y Seguridad Nacional.

Los integrantes del Consejo no podrán nombrar suplente. En caso de ausencia del

presidente, el Secretario Ejecutivo presidirá la reunión. El Consejo contará con un Secretario Técnico, que será nombrado por el presidente de la República, dependerá directamente de él, contará con un equipo técnico especializado y un presupuesto asignado en el Presupuesto de Egresos de la Federación. Este no será integrante del Consejo. (LSI, 2018).

Otro elemento determinante en el empoderamiento del titular de la rama ejecutiva tiene que ver con las declaratorias de protección a la seguridad interior, la cual en primera instancia se mostraban benévolas en términos de que la intervención de la federación debía estar sujeta a una vigencia específica, lo cual parecería brindar certeza jurídica, sin embargo, el propio artículo 15 de la ley en crítica puntualizaba que las condiciones y la vigencia de esas declaratorias podían modificarse o prorrogarse por acuerdo del Presidente de la República, dejándole con ello un efecto discrecional de dimensiones potencialmente peligrosas.

En México, mucha gente está muy acostumbrada a creer que todas las cosas pueden darse por decreto y que de esta forma todo puede suceder, dejando de lado consideraciones como la cultura y la idiosincrasia de la gente.

Dicho esto, el artículo 17 de la multicitada ley señalaba que: a partir de la expedición de la Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior, las acciones que realizaran las autoridades federales para su atención y cumplimiento, se considerarían como Acciones de Seguridad Interior. (LSI, 2018).

Para efectos prácticos, la sola Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior, convertía de un plumazo a todos los actos desplegados como acciones de seguridad interior, es decir, justificaba los actos realizados por las fuerzas armadas equiparándolos incluso a actos de seguridad pública, aunque el legislador señalaba en el propio artículo 18 que esto no sucedería. Resulta evidente que la sustitución que hicieran las fuerzas armadas respecto de las autoridades civiles era para asumir sus roles, que particularmente tenían que ver con la seguridad pública.

Es claro que la situación que reina en nuestro país en materia de seguridad pública es bastante crítica; y pareciera que las autoridades

locales están completamente rebasadas; que los particulares ante tal situación están tomando la justicia en sus manos, circunstancia que hemos estado viendo con los cada vez más frecuentes linchamientos de presuntos delincuentes. Esta situación, aunque crítica no debe llevarnos a tomar medidas desesperadas que pueden generar mayores problemas de los que ya tenemos.

Buscar el empoderamiento de la figura presidencial a costa de trastocar el orden constitucional y sobre todo pisotear derechos humanos, simplemente no puede ser. Hoy debemos comprender que la gobernabilidad democrática en un país debe construirse todos los días a partir de acuerdos entre las fuerzas políticas, sobre todo en países como el nuestro donde ya no existe un predominio del Ejecutivo sobre las demás funciones. Hoy más que nunca es tiempo de considerar las coaliciones de gobierno para alcanzar esos acuerdos y llevar a México a un mejor estadio de vida.

CONCLUSIONES

Resulta evidente que el ejercicio del poder requiere de herramientas adecuadas para lograr su cometido. En el caso mexicano – como en muchos otros países- el uso de las fuerzas armadas ha sido un elemento central en el ejercicio del poder.

La delincuencia y la corrupción en las instituciones encargadas de la seguridad pública se han desbordado y han contribuido a reducir el margen de maniobra de los gobiernos en México, razón por la que han echado mano de las fuerzas armadas para mantener la gobernabilidad democrática en el país, circunstancia que ha derivado en sendas violaciones a los derechos humanos.

La emisión de la Ley de Seguridad Interior respondió a esa búsqueda del empoderamiento que requería el gobierno de Enrique Peña Nieto, sin embargo, el contenido de la ley resultó violatorio del texto constitucional, particularmente por orientar el uso de las fuerzas armadas para funciones que evidentemente eran de seguridad pública, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a autoridades civiles.

Si bien es cierto que la ley ya fue declarada como inconstitucional, su creación y orientación nos dieron el pretexto necesario para mostrar

cómo es que el Poder Ejecutivo pretendía seguir utilizando a las fuerzas armadas, circunstancia que parece que se repetirá con el actual gobierno, ya que se pretende crear una guardia nacional con cierto contenido de naturaleza militar, para atender asuntos de seguridad pública.

Es tiempo de pensar en mejores estrategias de velar por la seguridad pública, la cual comienza ahí en las comunidades, donde debiera haber fuerzas de seguridad pública confiables, bien adiestradas y con remuneraciones dignas, que impidan –en la medida de lo posible– la infiltración del crimen organizado entre sus filas.

Hoy debemos reconocer que existen muchos servidores públicos y particularmente elementos de seguridad pública honrados y verdaderamente comprometidos con su difícil tarea, a quienes hay que apoyar para que sociedad y gobierno logren salvaguardar un estilo de vida decoroso, donde las personas se sientan tranquilas y dispuestas a trabajar para lograr un mejor futuro para todos, un futuro que todos deseamos y al que podemos aspirar si es que unimos fuerzas, teniendo como bandera el pleno respeto por los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ángel, A. (2018). *Las 5 razones por las que la Ley de Seguridad Interior es inconstitucional, según amparos*. Recuperado de: <https://www.animalpolitico.com/2018/05/5-razones-ley-seguridad-interior-es-inconstitucional/>
- Carpizo, J. (2006). *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo XXI Editores.
- CISEN. (2018). *Seguridad nacional y seguridad pública*, Recuperado de <http://www.cisen.gob.mx/snPrincipiosTema1.html>
- CONAGO. (2018). *Sobre la Conago*. Recuperado de <https://www.conago.org.mx/acercade/sobre-la-conago>
- Congreso Constituyente. (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf
- Curzio, L. (2008). *La seguridad nacional en México*. Recuperado de http://www.cisan.unam.mx/pdf/lc02_04.pdf
- Expansión. (2017). *El INAI advierte que la Ley de Seguridad Interior es contraria a la transparencia*. Recuperado de: <http://expansion.mx/nacional/2017/12/07/el-inai-advierte-que-ley-de-seguridad-interior-es-contraria-a-la-transparencia>
- Hobbes, T. (2006). *El Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (2004). *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. México: Porrúa-UNAM.
- Jellinek, G. (2004). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Krauze, E. (2007). *La presidencia imperial*. México: Fabula Tusquets Editores.
- Ley de Seguridad Interior. (LSI). (2017). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSInt_211217.pdf
- Ley General de Transparencia y Acceso a La Información Pública (LGTAIP). (2015). Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>
- Ley Federal de transparencia y acceso a la información pública. (LFTAIP). Ley de Seguridad Interior. (LSI). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf
- Maquiavelo, Nicolás. (1993). *El Príncipe*. México: Porrúa.
- Medin, Tzivi. (2003). *Ideología y praxis política de Lázaro Cárdenas*. México: Siglo XXI Editores.

- NATIONAL GEOGRAPHIC, (2014). *La guardia pretoriana, la escolta de los emperadores*. Recuperado de http://www.nationalgeographic.com/es/historia/grandes-reportajes/la-guardia-pretoriana_8142/5
- Peñaloza, P. (2002). *Los desafíos de la seguridad pública en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Revista Proceso. (2018). *Nadie ha impugnado la Ley de Seguridad Interior: SCJN*. Recuperado de <http://www.proceso.com.mx/517012/nadie-ha-impugnado-la-ley-de-seguridad-interior-scn>
- Rodríguez, O. (2011) *De seguridad pública a seguridad nacional. En La Jornada. 8 de septiembre de 2011*. La Jornada. Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2011/09/08/opinion/022a1pol>
- Sandoval, J. (2000). Militarización, seguridad nacional y seguridad pública en México. *Espiral*, 6 (18), 183-222. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13861806>
- Senado de la República. (2006). *Conformación del Congreso de la Unión. Boletín informativo*, Año I, No. 40. Recuperado de http://www.senado.gob.mx/library/archivo_historico/contenido/boletines/boletin_40.pdf
- Serrano, F. (2006). *Facultades metaconstitucionales del poder ejecutivo en México*. Buenos Aires: Universidad de Palermo. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Fernando_Serrano.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2018). *La Suprema Corte de Justicia de la Nación invalidó la ley de seguridad interior en su totalidad*. Recuperado de <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5794>
- Valadés, D. (2016). *Los gobiernos de coalición en América Latina*. México: Colegio Nacional.
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

RÉGIMEN DE HIPERCUALIFICACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO*

HYPER-QUALIFICATION OF MURDER REGIME IN SPANISH CONTEMPORARY LAW

REGIME DE HIPERQUALIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO NO DIREITO ESPANHOL CONTEMPORÁNEO

Gabriel Fernández García^a
gabriel.fdez.garcia@gmail.com

Fecha de recepción: marzo 08 de 2019
Fecha de revisión: marzo 12 de 2019
Fecha de aceptación: marzo 15 de 2019

RESUMEN

La regulación de los delitos contra la vida humana independiente en España sufrió importantes modificaciones a través de las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015. La más destacable fue la contemplación de unas modalidades de asesinato hipercualificado cuya comisión conllevaba la aplicación imperativa de una de las penas más sonadas de la reforma: la prisión permanente revisable. Un mero repaso por la cronología de los asesinatos más relevantes de los años precedentes a la Reforma atestiguan cómo el grupo parlamentario popular aprovechó la ocasional alarma social para

Para citar este artículo:
Fernández, G. (2019). Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 163 - 195.

* Artículo de investigación científica desarrollado sobre la actual regulación de los delitos contra la vida humana independiente en España, concretamente sobre los de asesinato hipercualificado que contempla el artículo 140 del Código penal vigente. Este trabajo se enmarca dentro de las actividades desarrolladas como investigador predoctoral consistentes en el análisis dogmático y político-criminal en clave crítica de la regulación penal española vigente acaeciente sobre materias tan candentes en nuestros días como son las penas largas e indefinidas de prisión, el tratamiento jurídico-penal del terrorismo o las colisiones del tipo puniendi estatal sobre derechos fundamentales como la libertad de expresión.

a. Doctorando en el programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Huelva, Departamento Theodor Mommsen. Máster en Criminología y Ciencias Forenses por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Graduado en Derecho por la Universidad de Salamanca.

convertir la reforma de estos preceptos y la consiguiente pena en una auténtica consigna electoral. Precisamente el apresuramiento y oportunismo que acompañó a estas leyes deparó una defectuosa regulación del homicidio y asesinato y sus correspondientes cualificaciones, contaminada por una moralización de los injustos que se entendía históricamente superada, inquietantemente alejada la inexcusable vinculación de la intervención penal a los bienes jurídicos identificables, plagada de vaguedades terminológicas, carente de compleción sistemática y proclive a numerosos problemas concursales. Además, las soluciones que se han esgrimido frente a este galimatías legislativo no siempre han sido pacíficamente compartidas por la doctrina y operadores jurídicos. Por todo ello, cabe concluir que sólo cabe una vuelta a una regulación sobria y sistemática de estos tipos penales, que prescinda de prejuicios sin base empírica y ajuste la técnica legislativa con el exigible respecto a los principios político-criminales y garantías penales que enraízan en la Constitución de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Asesinato; homicidio; Derecho penal; política criminal; Ley Orgánica 1/2015; asesinato hipercualificado.

RESUMO

A regulamentação dos crimes contra a vida humana independente na Espanha sofreu modificações importantes através das Leis Orgânicas 1/2015 e 2/2015. O mais notável foi contemplação de modalidades de assassinato hipercualificados, cuja comissão demandou a aplicação imperativa de uma das penas mais famosas da reforma: a prisão permanente susceptível de revisão. Uma simples revisão da cronologia dos assassinatos mais importantes dos anos anteriores à Reforma mostra como o grupo parlamentar popular, tomou a reforma como alarme ocasional social para converter esses preceitos e consequente punição em um slogan eleitoral real. Precisamente a pressa e o oportunismo que acompanhou essas leis mostrou regulamentação defeituosa de homicídio e assassinato e suas qualificações, manchada por uma moralização dos injustos, foi feita historicamente superado, estranhamente, longe o link imperdoável entre a intervenção criminosa

dos interesses legais identificáveis, atormentado por imprecisão terminológica, a falta de conclusão sistemática e propensa a numerosos problemas de falência. Além disso, as soluções que foram apresentadas contra essa ladainha legislativa nem sempre foram compartilhadas pacificamente pela doutrina e pelos operadores legais. Portanto, concluiu-se que apenas ser um retorno a um regulamento sóbria e sistemática destas infracções, que dispensa preconceitos, sem base empírica e ajustar a técnica legislativa exigível sobre princípios político criminal e garantias criminosas enraizadas na a Constituição do nosso Estado social e democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE

Assassinato; homicídio; Direito Penal; política criminal; Lei Orgânica 1/2015; assassinato hipercualificado.

ABSTRACT

The regulation of crimes against independent human life in Spain suffered an important modification through the Organic Laws 1/2015 and 2/2015. The most remarkable was the consideration of one of the modalities of hyper-qualified murder which led to the imperative application of one penalty with major repercussions: revisable permanent imprisonment. A review on the chronology of the most relevant murders before the reform attests on how the popular parliamentary group benefitted from the occasional social alert to turn the reform of these precepts and, thus this penalty, into an authentic electoral slogan.

Precisely, the haste and opportunism that accompanied these laws turned out into a flawed regulation of homicide and murder and their correspondent qualifications, contaminated by a moralization of the unfair that had been allegedly surpassed, disturbingly inexcusable vinculation of penal intervention to the identifiable legal assets, plagued of terminological imprecisions, devoided of systematic completion and susceptible to numerous problems on proceedings. Furthermore, the solutions that have been wielded against this legislative gibberish have not always been peaceably shared by the doctrine and legal practitioners. For all that, it can be concluded that only a return to a sober and systematic regulation of this penal

types is possible, free of prejudices without an empiric basis and that adjusts the legislative technique with the proper political-criminal principles and Criminal Guarantees that take hold in the Constitution of our social and democratic State of law.

KEY WORDS

Murder, homicide, criminal law, criminal policy, Organic Law 1/2015, hyper-qualified murder

METODOLOGÍA

La metodología asumida en la ejecución de esta investigación parte de la función crítica que el jurista debe desempeñar en tanto evalúa el ordenamiento jurídico-penal a través del método axiológico, conjugando los principios y valores que integran la base del sistema jurídico vigente (libertades y derechos de índole constitucional sobre los que se desarrollan los principios y garantías penales) con el problema concreto a solucionar, para señalar con ello los aciertos o carencias del Derecho positivo y elaborando propuestas *de lege ferenda*.

A la metodología axiológica le sumaremos el método comparativo, ubicando los preceptos a analizar en su contexto histórico, socio-político, nacional e internacional, para poder efectuar una valoración normativa que no se encalle en elementos meramente coyunturales, trascendiendo a la crítica “desde el sistema” y abocándonos a una auténtica perspectiva criminológica sobre la que introducir nuevos enfoques político-criminales.

INTRODUCCIÓN

Si bien el grueso de la ciudadanía no atesora conocimientos sobre los pormenores de las actuales cuestiones esenciales que ocupan la discusión dogmática y político-criminal, los más graves delitos contra la vida y libertad e indemnidad sexuales gozan de un espacio de especial significancia a efectos de la reacción social que generan e involucran *de facto* a la colectividad ciudadana en cuestiones criminológicas. La investigación y análisis jurídico-penal de estas modalidades delictivas no pueden (ni deben) sustraerse de los fenómenos socio-culturales que discurren a propósito su intermitente acontecimiento práctico y la incidencia que ello

vierte en la elaboración del correspondiente Derecho positivo.

Este trabajo trata de acometer un análisis jurídico y político-criminal de ciertos aspectos especialmente significativos de los delitos de asesinato más intensamente agravados, a los que denominaré “hipercualificados” o “hiperagravados”. La regulación de los mismos fue modificada en última ocasión a través de la LO 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹, y es uno de los puntos más candentes de la reforma penal que protagonizó esta ley por cuanto prevé abstractamente para la citada tipología de asesinatos la archiconocida pena de “*prisión permanente revisable*”. La creación de esta pena supone una insólita recuperación de la pena de cadena perpetua en el acervo punitivo español (Cámara, 2016: 1), pues pese a que el legislador rehusara tal referencia nominal ideando un término eufemístico, reconoce que se trata de una “*prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión*”².

Huelga señalar que existen claros indicios de que la modificación de los delitos contra la vida humana independiente no fue llevada a cabo por una auténtica conciencia o voluntad legislativa de reforma individualizada de los mismos, puesto que las deficiencias técnicas y valorativas que entraña el nuevo articulado parecen indicar que la reforma solo buscó apresuradamente crear un mero acomodo en la parte especial que posibilitara formalmente la implantación de la cuestionable prisión permanente revisable.

Si bien la prisión permanente revisable no solo se predetermina como sanción respecto a asesinatos hipercualificados, el estudio de estos es especialmente trascendente en tanto que la reacción social que el legislador toma como

1. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entrando en vigor el día 1 de julio 2015 en virtud de su disposición final octava. Esta Ley Orgánica, junto a la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, conforma la extensa y polémica reforma del Código Penal realizada por el Grupo Parlamentario Popular en la legislatura que abarcó el período 2011-2015.

2. El propio pre legislador emplea tales términos a modo de explicación sobre esta institución en el segundo apartado de la exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código penal de 16 de julio de 2012. <http://www.juecesdemocracia.es/Actualidad/MJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf>. (Cámara, 2016: 7)

elemento legitimador de la implantación de esta pena se había generado a raíz de la comisión, a lo largo de las últimas décadas, de esporádicos asesinatos cuyas características fueron tomadas en la descripción de los actuales tipos penales. Estos hechos desataban una efímera, pero virulenta alarma en amplios sectores de la ciudadanía, desarrollándose en tales contextos airadas demandas de endurecimiento punitivo que fueron canalizadas en términos electorales a través de un discurso de punitivista huérfano de fundamentos empíricos y técnicos y carente de respaldo generalizable por parte de operadores jurídicos y doctrina.

En los años inmediatamente anteriores a la aludida Reforma, el prelegislador solo trajo a la palestra la cuestión de una alteración del régimen jurídico-penal de los delitos contra la vida humana independiente con motivo de la implantación coetánea de la cadena perpetua. Buena parte de la doctrina jurídico-penal entiende que esta sanción choca con distintos derechos y principios constitucionales³, mostrando también su disconformidad con tal cuestión entidades de representación de colectivos de operadores jurídicos con una gran representatividad, como el Consejo General de la Abogacía Española o Jueces para la Democracia⁴. Los detractores de esta sanción no solo han focalizado sus críticas en los aspectos político-criminales, sino que la regulación que la contempla, como sucede en gran medida respecto al resto de la reforma, adolece de graves problemas de índole dogmática y técnica. El furor legislativo que acompañó a la reforma de la LO 1/2015 fue ajeno a un mínimo esfuerzo procurar un mínimo encaje sistemático de las

nuevas cualificaciones que afectan al delito de homicidio y asesinato, como se tendrá ocasión de apreciar en el desarrollo de este breve análisis.

El objetivo de este análisis será obtener una comprensión global de los factores sociales, culturales y políticos que han incidido en recientes modificaciones del régimen jurídico-penal de los delitos contra la vida, para evaluar posteriormente, y a partir de lo anterior, las modalidades más agravadas del delito de asesinato en orden a conseguir acotar la incidencia material sus difusos contornos típicos y efectuar las pertinentes consideraciones críticas. La hipótesis de la que parte quien escribe, tras la lectura de los materiales citados, es que la actual configuración legal de estos específicos delitos adolece una gran imprecisión jurídico-conceptual, conduciendo a frecuentes concursos de leyes y delitos además de incoherencias semánticas y penológicas, habiéndose producido ello mismo por el apresuramiento y oportunismo electoralista que impulsó su modificación en 2015.

1. LA REACCIÓN SOCIAL COMO FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL DE LA REFORMA DEL DELITO DE ASESINATO Y LA PRISIÓN PERPETUA

Como ya se ha advertido, el discurso político que pugnó fervientemente por la modificación de los delitos contra la vida humana independiente en España lo hizo a propósito de la coetánea introducción de una auténtica “cadena perpetua” (aun revisable) prevista en las modalidades más fuertemente cualificadas de aquellos. Ello se alimentó por todo un clima de alarma social desencadenada por sucesos criminales muy puntuales y de extraordinaria gravedad, en gran medida asesinatos sobre personas vulnerables como niños. La opinión pública mayoritaria ha tendido a enervar ante estos casos una exigencia de aumento de la represión penal, caracterizada habitualmente por un endurecimiento punitivo consistente en el alargamiento de las penas privativas de libertad e importantes limitaciones sobre los beneficios penitenciarios.

Se pueden señalar como ejemplos paradigmáticos de ello mismo ciertos crímenes especialmente cruentos que escandalizaron a la opinión pública en consideración a la temprana edad o vulnerabilidad de las víctimas, como el

3. *En ese sentido: Arroyo et al, 2016; Cuerda, 2011; Ríos, 2016; Serrano y Serrano, 2017; Cervelló, 2015; Cámara, Fernández y Fernández, 2016; Cámara, 2016; Juanatey, 2012; Cámara, 2015; Cancio, 2013; del Carpio, 2013; Sáez, 2013: 7; López, 2018: 7-8, y Gim-bernat, E, 2018. Otra palpable manifestación del ostensible rechazo que en sede doctrinal (y en algunos casos también forense) ha suscitado esta pena lo hallamos en el significativo texto emitido por el Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto contra la cadena perpetua” (<http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/viewFile/21839/23512>)*

4. *“La Abogacía Española reitera que la prisión permanente revisable es inconstitucional”, web del Consejo General de la Abogacía Española, 22 de enero de 2015 (<https://www.abogacia.es/2015/01/22/la-abogacia-espanola-reitera-que-la-prision-permanente-revisable-es-inconstitucional/>); “Comunicado Jjpd contra la prisión permanente revisable”, Jueces y Juezas para la Democracia, 7 de febrero de 2018 (<http://www.juecesdemocracia.es/2018/02/07/comunicado-jjpd-la-prision-permanente-revisable/>)*

caso "Sandra.Palo" en 2003⁵, "Marta del Castillo" en 2009⁶ o "Ruth y José" en 2011⁷.

En el análisis de estos hechos que tan notoriamente sacuden la sensibilidad de la sociedad no se puede omitir la mención de aquellos ataques graves cometidos con motivación política o ideológica, pues es innegable que dentro de los delitos que más conmocionan y enardecen a la opinión pública en su reprobación y exigencia de la más grave punición, el terrorismo cuenta con

una posición preminente. Si bien es cierto que el estudio de los delitos terroristas contra la vida, especialmente tras las últimas reformas penales, merecen una profundización y detenimiento que no puede efectuarse completamente aquí por sobrepasar el objeto central de este trabajo, es necesario ofrecer ciertas notas político-criminales desde su consideración como modalidades de homicidios fuertemente cualificadas.

La respuesta penal frente al terrorismo se ha agudizado a raíz de la promulgación de

5. Para conocer un análisis detallado y riguroso del impacto mediático y social, ver: Botella y García, 2009: 183-184. Es muy representativo de la alarma social que desató este crimen, en el que se agredió sexualmente y después asesinó a la menor, el titular y contenido marcadamente alarmista de la siguiente noticia subida en el portal web de El País, pasados ya varios años desde los hechos: "Uno de los cuatro asesinos de Sandra Palo quedará en libertad tras cumplir su condena", 12/06/2007, fuente: http://elpais.com/elpais/2007/06/12/actualidad/1181636224_850215.html (Última visita en 13/03/2019)

6. Es especialmente relevante el caso de Marta del Castillo puesto que conllevó fuertes repercusiones políticas y legislativas, convirtiéndose en poco menos que una auténtica consigna electoralista de la cadena perpetua. La menor fue asesinada en Sevilla c. 24 de enero de 2009. La sentencia que en última instancia decidió la responsabilidad penal de los acusados mayores de edad fue la STS 62/2013 de 29 de enero de 2013, en la que se mantuvo el Fallo recogido en la SAP de Sevilla 1/2012 pero se agregó una condena a Miguel Carcaño por un delito contra la integridad moral conforme al art. 173.1 CP por el que se impuso una pena de 1 año y 3 meses de prisión. Este cometió tal delito al verter manifestaciones sobre la localización del cadáver cuya falsedad conocía, obviamente, generando continuas expectativas en las víctimas que después eran dolorosamente defraudadas, lo cual enardeció todavía más, si cabe, el clamor popular. La SAP de Sevilla de 24 de marzo de 2012 condenó a Miguel Carcaño a 20 años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, absolviendo al resto de acusados. Y la Sentencia del Juzgado de Menores de Sevilla de 24 de marzo de 2011 condenó a Francisco Javier García Marín (aka "El Cuco") por un delito de encubrimiento a 3 años de internamiento en régimen cerrado. Toda la familia y el entorno de la víctima exigieron la introducción de la cadena perpetua respecto a este tipo de delitos en la legislación penal española, especialmente cuando, una vez finalizado el proceso penal por los delitos cometidos sobre la menor, hallaron insuficiente la dureza de las penas que recayeron sobre los condenados). De esta petición se hizo eco la opinión pública, que ya se encontraba sobrecogida por la crudeza de los hechos y la juventud de la víctima, a la vez que gozaba de cierta aceptación la idea de que el Código Penal castigaba de forma excesivamente laxa a asesinos y a violadores. Los medios de comunicación dieron primacía a este caso dado el amplio interés que suscitaba en la ciudadanía, y con todo ello se fueron asentando ciertas reclamaciones colectivas de endurecimiento punitivo respecto a estos tipos penales que, si bien no se podrían respaldar como empíricamente mayoritarias, fueron un caldo de cultivo idóneo para que el padre de la joven asesinada pudiera obtener más de un millón y medio de firmas en favor de la implantación de una cadena perpetua en crímenes especialmente cruentos. Este caso adquiere una especial trascendencia como ejemplo paradigmático de la normalización social de una idea de política-criminal basada en fulminantes respuestas ad hoc colectivas, no existiendo por contraparte una contestación social generalizable que cuestione esta dinámica y sus consecuencias. Al respecto, en un primer momento PSOE, PP, IU y ERC

recordaron la inconstitucionalidad de la cadena perpetua en nuestro ordenamiento jurídico. El presidente del gobierno por aquél entonces, José Luis Rodríguez Zapatero, se entrevistó con Antonio del Castillo el 24 de febrero de 2009, pero no respaldó la propuesta de éste sobre la inclusión de una cadena perpetua en el Código Penal español, con base en los límites que marca la Constitución al ius puniendi. No obstante, el grupo parlamentario popular pronto vio en la reivindicación de la cadena perpetua un tentador instrumento electoral con el que diferenciarse frente a la ciudadanía respecto al grupo parlamentario socialista y canalizar una demanda punitivista quizá no mayoritaria pero que adquirió gran virulencia. La inicial reticencia de aquella fuerza política respecto a esta institución penal se transmutó por los citados motivos en una firme propuesta parlamentaria que tras ser esgrimida por primera vez en una enmienda al Proyecto de 2010 de reforma del Código Penal, e incluirse posteriormente en un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal en 2012, pasó finalmente a formar parte de la legislación positiva en 2015 a través de la LO 1/2015.

La reciente consecución de casi dos millones de firmas (1.883.000 a la fecha de redacción de este trabajo) a través de la plataforma web "change.org" para reabrir el caso, además del reciente procesamiento del Cuco por falso testimonio en el proceso suscitado ante el Juzgado de Menores de Sevilla en 2011, dan fe de la trascendencia y crispación social que todavía hoy, tras una década de su comisión, se ha conferido a estos hechos criminales. Vid. "¿Por qué al Cuco no le duran los abogados defensores?", Portal web de El Mundo, 08/03/2019.

Para un acercamiento sobre toda esa reacción social y política, vid. las siguientes noticias;

- "Miles de personas piden la cadena perpetua en Madrid"; Portal web de El País, 22/02/2009.

- "Los padres de Marta entregan 1,6 millones de firmas para la cadena perpetua"; Portal web de Radio Televisión Española, 17/11/2010.

- "Las fuerzas políticas recuerdan la "inconstitucionalidad" de la cadena perpetua"; Portal web de RTVE, 18/02/2009.

- "Zapatero dice al padre de Marta que trabaja para el cumplimiento íntegro de las penas"; Portal web de El País, 24/02/2009.

- "Rajoy visita a los padres de Marta entre gritos de "cadena perpetua" y "justicia"; Diario de Sevilla, 04/03/2009.

- "Rajoy promete a los padres de Marta del Castillo instaurar la "prisión permanente revisable"; Portal web de RTVE, 17/11/2010.

7. En este caso concreto, nos da una muestra muy significativa de cómo sobrecogió a la ciudadanía que José Bretón asesinase a sus dos hijos en 2011 una noticia publicada en el portal web de El Mundo, cuyo titular reza: "Ruth Ortiz sobre José Bretón "Me gustaría que se muriera quemado como mis hijos, sería un alivio" (17/10/2016). Que un medio de comunicación de los que cuenta con mayor alcance nacional considere noticiable, años después de producirse los hechos, una manifestación de carácter puramente visceral de la víctima avala cómo ha ganado peso exclusivamente la perspectiva de la víctima a la hora de noticiar

la LO 2/2015 fruto del “pacto antiyihadista”, pese a que en el momento de acometerse la reforma, no se habían dado ataques terroristas generadores de daños personales en los últimos años en España, desde los atentados de 2004 en Madrid (con la lamentable excepción del último ataque de ETA en Mallorca en 2009 que acabó con la vida de dos guardias civiles). No obstante, aunque hasta el acometimiento de tal modificación legal no existiera un clamor popular punitivista de la misma intensidad que alcanzó en los casos mediáticos de la tipología de asesinatos anteriormente referida, sí existía un malestar social y una tendencial reclamación de endurecimiento de penas relativas a los delitos de terrorismo.

Esta reacción social no es equivalente a la surgida por la tipología de asesinatos aludida anteriormente, pues en este caso se genera básicamente a propósito de un “goteo” de excarcelaciones de miembros de ETA que fueron condenados por multitud de delitos terroristas de la más grave índole, a las que también se sumaban las esporádicas de reos de delitos sexuales y particularmente violaciones, e incluso homicidios, que también finalizaban la ejecución de sus penas. Huelga subrayar que una de las cuestiones que desató más desaprobación social y enardeció los ánimos en ese sentido fue la emisión de la STEDH que desestimó la pretensión estatal en el caso del Río Prada contra España⁸ (en resolución de la Gran Sala de 21 de octubre de 2013 que confirmaba la dictada por la sección tercera el 10 de julio de 2012⁹), determinando que la doctrina jurisprudencial “Parot” era inválida por vulnerar el art. 7 del CEDH (párrafos 77 a 118) en relación con el art. 5 (párrafos 123 a 132) en tanto comportaba una la aplicación retroactiva de disposiciones penales en materia de aplicación de la pena. Ello conllevó una efectuación de un recálculo de las penas conforme a la legislación vigente en el momento de comisión de los hechos punidos, y la consiguiente liberación de la recurrente y muchos otros antiguos miembros de ETA que se encontraban en la misma situación que aquella¹⁰. Como se puede comprobar en la

prensa y medios de comunicación que trató tales cuestiones, amplios sectores de la opinión pública emitieron valoraciones desaprobatorias de lo que entendían que se trataba de normas jurídicas que sobreprotegían e impedían el adecuado castigo de los reos de los más graves delitos, además de suponer una sangrante afrenta respecto a las víctimas¹¹. En conclusión, cabe entender que las demandas de endurecimiento punitivo gravitaban hasta el momento de acometerse la reforma, básicamente, sobre asesinatos que muestran una especial crueldad o depravadas tendencias sexuales, o cuyas víctimas mostraban una gran indefensión o inocencia, aunque la excarcelación con base en el cumplimiento íntegro de las penas de antiguos terroristas y violadores contribuyó efectivamente a reforzar esa alarma social y descontento con el sistema penal. Nuevamente, estamos ante un modelo de política-criminal populista que rentabiliza electoralmente el sentimiento de venganza venganza acometida a través de la pena a través de un tratamiento mediático que fomenta la visceralización de los conflictos penales, a través de la primacía informativa que se otorga a la sentimientos vindicativos propios de las víctimas y sin embargo no abordándose desde la perspectiva político-criminal y popular una reflexión relativa a cómo podría ayudarse a la víctima a largo plazo en compensación de los daños materiales y psíquicos producidos (Kury, 2001: 293).

Tampoco existen datos que avalen empíricamente una reforma tal y como se produjo, puesto que siendo la tasa de homicidios de España una de las más bajas de Europa e incluso del mundo¹², los mismos descendieron sensiblemente en los años precedentes a la reforma, alcanzando su punto más bajo en 2014 con 0,65 homicidios por cada 100.000 habitantes.

esta clase de sucesos a la opinión pública.

8. STEDH de 21 de octubre de 2013, caso del Río Prada contra España.

9. STEDH de 10 de julio de 2012, caso del Río Prada contra

España.

10. Sobre las implicaciones y ejecución de la STEDH de 21 de octubre de 2013, ver Sáez y Ríos (2014: 30).

11. La web de RTVE, en una noticia de 27 de octubre de 2013, titulada “La AVT protesta por el fin de la ‘doctrina Parot’”, muestra reveladoras imágenes de una acalorada manifestación en protesta por el fin de ésta y auspiciada por tal asociación.

12. Los datos ofrecidos por Eurostat sitúan a España como el cuarto país con menor tasa de homicidios por 100.000

2010	2011	2012	2013
0,85	0,96	0,85	0,67
2014	2015	2016	2017
0,65	0,76	0,72	0,71

Figura 1. Evolución de la tasa de homicidios en España. Elaboración propia a partir de datos del INE.

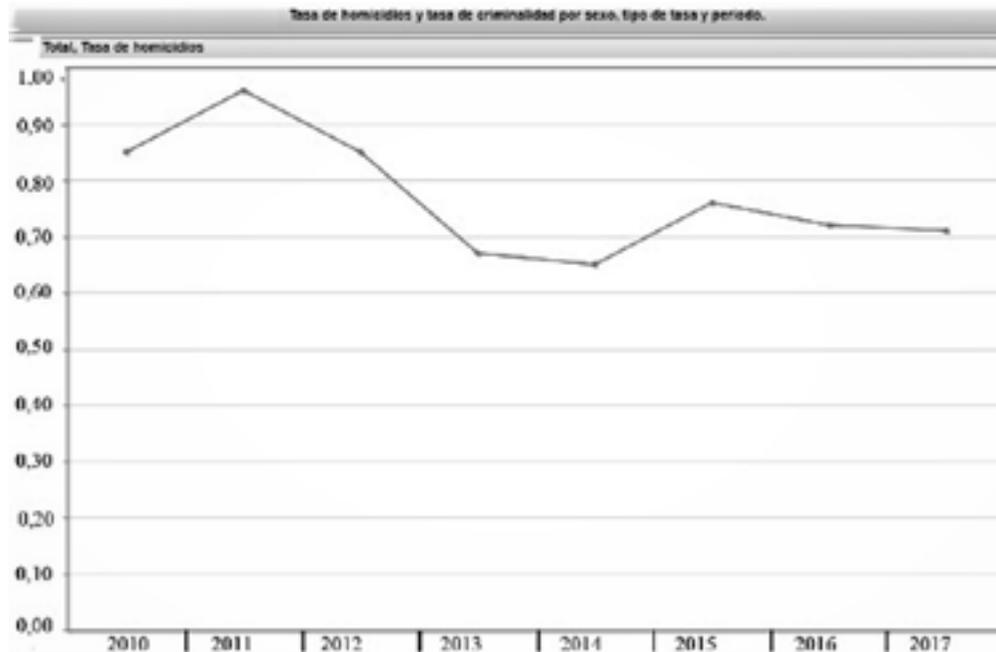


Figura 2. Tasa de homicidios por sexo. Elaboración propia a partir de datos del INE.

Por todo lo anterior, entiendo que un análisis que requiera profundizar en la fisonomía político-criminal de los delitos contra la vida humana independiente y su actual regulación en España no puede desasirse de las descritas reacciones sociales y populismo punitivo como auténticas fuerzas motoras de la Reforma en 2015. Las prisas y oportunismo que impregnaron a esta, que fue sacada adelante por el grupo parlamentario popular, aprovechando su mayoría absoluta por entonces y sin contar con ningún otro apoyo, depararon una redacción enormemente problemática del nuevo articulado de los delitos de homicidio y asesinato. Interesa especialmente el acometimiento de este análisis en cuanto se trata de modalidades delictivas que, pese a su escasez, merecen una construcción jurídica y político-criminal madurada y prudente en

tanto estamos ante las limitaciones de derechos fundamentales más fuerte que pueden producirse a través del ius puniendi, mereciendo el máximo esfuerzo garantista en su interpretación y aplicación. Dentro de las configuraciones típicas que revisaremos, nos detendremos en mayor medida ante los asesinatos hipercualificados por razón de la vulnerabilidad de la víctima¹³ que recoge el art. 140.1.1^a CP, puesto que pese a la destacable escasez de asesinatos en nuestro país, se trata del delito que prevé prisión permanente

habitantes, después de Eslovenia, Austria y República Checa.
13. La LO 1/2015 establece la siguiente relación de delitos que serán castigados imperativamente con prisión permanente revisable:
a. El asesinato hipercualificado (art. 140 CP), concurriendo esta modalidad típica cuando:
i. La víctima sea menor de 16 años o una persona especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o discapacidad física o mental.
ii. El asesinato sea subsiguiente a un delito contra la libertad

que cuenta con una mayor prevalencia estadística de comisión, como así lo demuestra el que estemos ante el único supuesto dentro de los delitos castigados con la mentada pena sobre los que ha habido ya pronunciamientos jurisprudenciales.

2. LA EVOLUCIÓN DEL FUNDAMENTO MATERIAL DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

2.1. Fundamentación jurídica y político-criminal hasta 2015

El análisis sustantivo que nos concierne se desplegará esencialmente respecto a los arts. 138, 139 y 140 del actual Código penal español. Tales preceptos contemplan el castigo del homicidio y el asesinato, además de fórmulas cualificadoras de los mismos. Se trata de delitos cuyo bien jurídico protegido es la vida humana independiente, que se consagra en el art. 15 CE¹⁴, además de estar garantizada conforme a otras disposiciones internacionales entre las que destaca paradigmáticamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948¹⁵. La interpretación de este bien jurídico se efectúa trascendiendo el plano estrictamente biológico, pues su ámbito de protección se despliega sobre la integridad psíquico-corporal de un ser humano valorada a través de una interpretación normativa¹⁶. Conforme a la misma se admite la despenalización del aborto en determinados supuestos o la justificación de la muerte causada en legítima defensa¹⁷.

sexual sobre la víctima.

iii. *Se cometa por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.*

iv. *El reo de asesinato hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas.*

b. *El homicidio o asesinato con el que se diera muerte al Rey o Reina, Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485.1 CP).*

c. *El delito de terrorismo que cause la muerte de una persona (art. 573 bis CP).*

d. *El homicidio o asesinato con el que se diera muerte a un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado que se halle en España (art. 605.1 CP).*

14. M. y BLANCO CORDERO, I. *Comentarios prácticos al Código penal: Artículos 138-233, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2015, pp. 39 y ss; MORALES PRATS, F. "Art. 138. Homicidio", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. *Comentarios al (...) op. cit., p. 954, BACIGALUPO, E. Los Delitos de homicidio, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp.1 y ss.**

15. Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. A. y ROXIN, C. *Interrupción voluntaria de la vida humana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 113.*

16. Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. A. y ROXIN, C. *Interrupción voluntaria (...)*

El comienzo de la vida humana, según el criterio mayoritario imperante en España, se ubica en el momento en que se culmina el entero desprendimiento del claustro materno, ya que hasta entonces y respecto al proceso de parto, se considera que el niño está naciendo¹⁸.

La acción típica que se establece el tipo objetivo de la modalidad básica de homicidio en el Código penal español y las subsiguientes modalidades agravadas del mismo es la de causar la muerte de otra persona, debiendo estar ligados la acción de matar con el resultado de muerte por una relación causal que habilite la imputación objetiva¹⁹. La muerte causada por uno mismo, como suicidio, es impune²⁰. De tal modo, el suicidio y la tentativa de su comisión son atípicos en tanto la acción típica de matar ineludiblemente debe ser dirigida "contra otro"²¹.

En el ámbito de los homicidios y sus formas cualificadas es posible la apreciación de la comisión por omisión conforme al art. 11 CP²² (vid. STSS 459/2018 de 10 de octubre²³ y 64/2012, de 27 de enero²⁴), operando como límites a ello los que materialmente se derivan respecto a los elementos constitutivos del asesinato que por su naturaleza no se pudieran producir a través de una conducta omisiva.

La vida humana posibilita el disfrute de los demás bienes y derechos, y es por ello por lo que se le otorga una especial primacía en su protección jurídica, destacando al respecto la

op. cit., pp. 114 y ss.

17. Vid. MORALES PRATS, F. "Art. 138" (...) *op. cit., p. 954; NÚÑEZ PAZ, M. A. y ROXIN, C. Interrupción voluntaria (...) op. cit., pp. 114 y ss.*

18. Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. A. y ROXIN, C. *Interrupción voluntaria (...) op. cit., p. 123.*

19. Vid. BACIGALUPO, E. *Los Delitos (...) op. cit., pp. 12 y ss.*

20. Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C. "Art. 138" (...) *op. cit., p. 40, NÚÑEZ PAZ, M. A. y ROXIN, C. Interrupción voluntaria (...) op. cit., pp. 178 y ss.*

21. Cfr. BACIGALUPO, E. *Los Delitos (...) op. cit., pp. 13.*

22. Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C. "Art. 138" (...) *op. cit., p. 40.*

23. STS 459/2018 de 10 de octubre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&referencia=8533727&links=&optimize=20181016&publicinterface=true>

24. STS 64/2012, de 27 de enero. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&referencia=6292727&links=&optimize=20120305&publicint>

ejercida a través del Derecho penal²⁵, deparando en consecuencia y por lógica sistemática penas comparativamente superiores respecto a otros delitos contra bienes jurídicos personales.

Es necesario señalar que, en la fundamentación material de los delitos de homicidio, y concretamente respecto a los de asesinato, gozan de una gran trascendencia ciertos elementos del injusto que tradicionalmente se han recogido en su tipificación que no se sujetaban a un necesario incremento material del daño causado a la vida e integridad de la vida sino a prejuicios y presunciones de raigambre social y ética²⁶. De tal forma, la tendencia histórica en torno al delito de asesinato ha venido marcada por los incrementos punitivos fundamentados en la peligrosidad o temibilidad que evoca la figura del asesino²⁷.

Tradicionalmente, en el Derecho positivo se consideraba al delito de asesinato como un injusto autónomo respecto al homicidio por la naturaleza especialmente execrable de los motivos, métodos o sujeto pasivo de las acciones dolosas conducentes a acabar con la vida de una persona. De hecho, en el Derecho histórico español la conceptualización del asesinato se ha erigido sobre la “muerte alevosa o traición”²⁸. En tiempos en los que se encontraba plenamente vigente la pena de muerte o la cadena perpetua, gozaba de un sentido fuertemente simbólico la contemplación de este delito autónomo como representación de las conductas destinatarias de la más alta severidad punitiva. En ese sentido, en la regulación del Código penal de 1822 se preveía la pena capital para tales delitos²⁹. Dentro de los elementos típicos que aportaban esa entidad propia de delito autónomo destaca como figura persistente a lo largo del Derecho histórico la premeditación, a la que se sumaban en el Código penal de 1848 la alevosía, la concurrencia de precio o promesa remuneratoria, el empleo de inundación,

incendio o veneno y el ensañamiento (art. 333.1)³⁰. Bajo esta perspectiva pretérita, el objeto de la desvaloración que fundamenta la especialidad e intensificación punitiva respecto al homicidio no radica necesariamente en un incremento en la lesión material de la vida (debemos analizar estas regulaciones en un contexto de inexistencia de la noción de bien jurídico en sede penal), sino que desde el paradigma de la moral imperante se establecía un reproche adicional basada en la apreciación de la especial amoralidad y desviación social que presentaba el reo³¹. En consonancia con ello, sirva de ejemplo la circunstancia prevista en el Código penal de 1928, entre otras 7, de dar muerte “por impulso de perversidad brutal” como elemento constitutivo de la tipicidad del asesinato (art. 549.6)³².

Sin embargo, con la promulgación de la Constitución de 1978 se comienza la empresa de ajustar la normativa jurídica al nuevo régimen democrático, debiendo desarrollarse un Derecho penal fundamentado desde los principios generales de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE) y el inexorable principio de legalidad (art. 9 CE), y el consiguiente respeto de los derechos fundamentales que caracterizan al Estado social y democrático de Derecho en que se constituye España. Ello implica una estricta asepsia en cuanto a la moralización de las disposiciones jurídico penales, que deben proteger bienes jurídicos entendidos como circunstancias dadas o finalidades con pleno anclaje constitucional que escapen al reproche penal de todo aquello que exceda al desvalor de la acción y resultado típicos conforme a tales bienes³³.

Es por todo ello que, pese a la tendencia histórica a la subjetivización de ciertas parcelas típicas de los injustos contra la vida, las exigencias constitucionales

erface=true

25. Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. A. y ROXIN, C. *Interrupción voluntaria*(...) op. cit., p. 114.

26. Cfr. MORALES PRATS, F. “Art. 138” (...) op. cit., Pp. 947 y ss.

27. Vid. MORALES PRATS, F. “Art. 139. Asesinato”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. *Comentarios al (...) op. cit.*, pp. 969 y ss;

28. Cfr. GOYENA HUERTA, J. “Artículo 139”, en GÓMEZ TOMILLO, M. y BLANCO CORDERO, I. *Comentarios prácticos (...) op. cit.*, p. 52.

29. Vid. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “La Reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *Cuadernos de política*

criminal, N° 117, 2015, p. 8.

30. *Código penal español de 1848*. <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>; Vid. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “La Reforma”(...) op. cit., p. 8.

31. Vid. MORALES PRATS, F. “Art. 138” (...) op. cit., pp. 949 y ss.

32. *Código penal español de 1928*, *Gaceta de Madrid*. Núm. 257, 13 de septiembre de 1928, p. 1453: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1928/257/A01450-01526.pdf>

33. En ese sentido, tomamos la útil conceptualización de Roxin en torno al bien jurídico como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. Cfr. ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*, Civitas,

actuales pugnan por la asunción de un “*Derecho penal de la culpabilidad del hecho*”, que debe operar fijando los preceptos punitivos en relación al desvalorar material de la acción y excluyendo un “*Derecho penal de la culpabilidad del autor*” que despliegue la acción penal sobre circunstancias personales del autor ajenas a la lesión de bienes jurídicos como su personalidad y asocialidad³⁴.

Una reforma trascendental afectante a la modalidad delictiva del asesinato fue la efectuada por la LO 10/1995, con la que se promulga el llamado “Código penal de la democracia”³⁵. En ella el legislador acentúa la conceptualización jurídica de este tipo penal como una figura cualificada del tipo básico del homicidio, lo cual ya se puede percibir por su inclusión en el Título I del Libro II, que ostenta la rúbrica “*Del homicidio y sus formas*”³⁶. Por otro lado, que las circunstancias que transforman un homicidio en un asesinato se recogen también en el art. 22 CP como agravantes genéricas refuerza la tesis de la comprensión de los elementos determinantes de la existencia de un asesinato como circunstancias cualificantes y no elementos constitutivos de un injusto autónomo³⁷.

La autonomía o vinculación del asesinato respecto al homicidio cobra una gran relevancia práctica bajo el ámbito de aplicación del art. 65 del Código penal, que establece, como ya lo hacían los anteriores Códigos penales, la comunicabilidad respecto a los partícipes de los elementos consistentes en la ejecución material del hecho o medios empleados para realizarlo siempre que hubieran tenido conocimiento de ello, mientras que las circunstancias agravantes de naturaleza personal solo serán aplicables en quienes concurren³⁸. Considerándose el asesinato como una modalidad agravada de homicidio, que es la opción que conforme lo expuesto parece sistemáticamente más adecuada, rige la incomunicabilidad respecto

a partícipes de elementos de naturaleza personal, que ostentarían una comunicabilidad absoluta y vulneradora de los principios de lesividad y culpabilidad en caso de considerar el asesinato como delito autónomo respecto al de homicidio³⁹.

Sin embargo, con la conceptualización positiva introducida en 1995 no se produce una ruptura drástica respecto a la histórica del delito de asesinato, sino que se ofrece una solución intermedia tratando de “desmoralizar” o “secularizar” esta categoría delictiva, enraizándola como una forma agravada de homicidio y manteniendo sólo algunas de las clásicas circunstancias tradicionales constitutivas del mismo como fundamento de tal agravación⁴⁰. Ello supone una empresa loable respecto a la adecuación constitucional y de rigor político-criminal de los preceptos penales, que requiere una necesaria vinculación de la prescripción de infracciones y castigos penales conforme al ineludible fin de la protección del bien jurídico, debiendo constatarse además por puro rigor y legitimidad político-criminal la base empírica de esa protección, no bastando con una mera declaración en tal sentido del promotor de las normas⁴¹.

2.2. La reforma de 2015

La reforma de los delitos contra la vida humana independiente efectuada en 2015 se acomete en gran medida por el mero motivo coyuntural de establecer unas formas delictivas agravadas en la parte especial de la legislación penal que den cobertura a la severa prisión permanente, sin atenderse a mayores consideraciones sobre una identificable necesidad material de modificación de tales configuraciones típicas⁴². En mi opinión, ello refleja que el legislador buscaba, ante todo, calmar a la ciudadanía incluyendo una pena de máxima gravedad en el Código penal, entendiendo que la demanda popular se contentaría con esa medida general sin preocuparse de analizar

Madrid, 2014, pp. 56 y ss.

34. Vid. MORALES PRATS, F. “Art. 138” (...) op. cit., p. 952; ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*, Civitas, Madrid, 2014, p. 176 y ss.

35. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, p. 33987. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>

36. Cfr. LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre los delitos de homicidio y asesinato”, *La ley penal*, N° 50, 2008, pp. 4 y ss.

37. Cfr. LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre los” (...) op. cit., p. 5.

38. Vid. NÚÑEZ PAZ, M. A. “Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, A. I. *Curso de*

derecho penal, Experiencia, Barcelona, 2016, pp. 396 y ss.

39. Vid. MORALES PRATS, F. “Art. 139” (...) op. cit., pp. 973-974; LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre los” (...) op. cit., p. 5; GOYENA HUERTA, J. “Art. 139” (...) op. cit., p. 52.

40. Cfr. LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre los” (...) op. cit., p. 5.

41. Cfr. KURY, H. “Sobre la relación” (...) op. cit., pp. 292-293.

42. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra” (...) op. cit., pp. 317 y ss; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “Del homicidio” (...) op. cit., p. 467; PEÑARANDA RAMOS, E. “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código penal” en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces,

respecto a qué ilícitos se preveía. De tal modo, la prisión perpetua es la auténtica *ratio legis* de este concreto cambio normativo, modificándose los delitos contra la vida de forma instrumental para la previsión de aquélla, no habiendo sido contempladas tales reformas sustantivas en modo alguno por parte del grupo parlamentario popular cuando sólo se preveía la pena para el homicidio terrorista.

Este carácter de pena nacida de forma *ad hoc* se trata de disimular, a pesar de ello, haciendo un vano esfuerzo el creador por ampliar el catálogo de delitos que la prevén e incluyendo en él a los reos de regicidio, de homicidio o asesinato de una persona internacionalmente protegida, o de determinados delitos en el marco de la comisión del de genocidio, en atención al daño adicional sobre bienes jurídicos supraindividuales que se produce en tales casos además del de la propia vida o integridad física en el caso concreto para tratar de conservar cierta sistematicidad en el rango penológico del texto punitivo, al perverse ya tan magno castigo para ataques exclusivamente dirigidos al bien jurídico de la vida humana⁴³.

La LO 1/2015 establece una tortuosa y asistemática relación de agravaciones escalonadas sobre el tipo básico de homicidio, brillando por su ausencia en el preámbulo y debates parlamentarios previos a la reforma las explicaciones sobre la oportunidad político-criminal de tales modificaciones. Tampoco existía una demanda consolidada en sede doctrinal que avalara las nuevas disposiciones⁴⁴. La ampliación que se efectúa con esta disposición del espectro típico del asesinato, por otro lado, contradice la tendencia actual de limitar el ámbito de aplicación de tales delitos en contra del ensanchamiento que históricamente han adoptado⁴⁵. A continuación se tratarán algunos de los problemas de mayor calado que suscitan las nuevas configuraciones típicas.

Teniendo en cuenta las consideraciones ya esgrimidas sobre la oportunista voluntas

Madrid, 2016, p. 1258.

43. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M. "Apunte sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho penitenciario", en ARROYO ZAPATERO, L.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Contra la (...) op. cit.*, p. 164.

44. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos contra la vida humana independiente. homicidio y asesinato (art. 138, 139, 140 y 140 bis)", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi Thompson, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 313 y ss.

legislatoris, no procede, sin embargo, asumir que la reforma de los delitos contra la vida humana independiente fue erigida sobre consideraciones criminológicas neutras. Si bien el principal instrumento que se planteaba el creador de la norma para satisfacer las ocasionales demandas sociales punitivistas era la introducción una privación de libertad que posibilitara un encierro perpetuo, los supuestos sobre los que recae fueron considerados en torno a la morfología de los hechos acaecidos en años anteriores que habían despertado esa reacción colectiva (vid. apartado I).

Conforme a ello, se toma como criterio político-criminal la temibilidad y peligrosidad de los autores, asumiendo las circunstanciales reivindicaciones populares que denunciaban la irrecuperabilidad social de los responsables de estos delitos, negando frente a ellos cualquier finalidad reinsertadora de las penas y pugnando por que estas asumieran una naturaleza inocularizadora que protegiera a la sociedad de su perversidad y retribuyera plenamente el daño causado. De hecho, dado el cariz que llegaron a tomar ciertos alegatos que en pos de esta pena se expusieron en sede parlamentaria, cabe entender que la misma responde a una emocionalidad vindicadora airada ocasionalmente por las clases populares, propia de un extralimitado y defectuoso entendimiento de la prevención general positiva, más que a cualquier otra finalidad con una mínima fundamentación empírica de rigor⁴⁶.

El legislador recoge, de tal modo, el testigo de las oleadas sociales y mediáticas punitivistas, positivizando esa mitologizada figura del homicida

45. Vid. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "La Reforma" (...) *op. cit.*, p. 8; MORALES PRATS, F. "Art. 139" (...) *op. cit.*, pp. 972-974.

46. Para ilustrar esta valoración cito una intervención en el Congreso del Diputado de Trillo-Figueroa Martínez-Conde, el 11 de marzo de 2010, en defensa de una enmienda legislativa al proyecto de Reforma del CP de 27 de noviembre de 2009 a través de la cual el Grupo Parlamentario Popular pretendió inicialmente introducir una prisión perpetua revisable: "La prisión perpetua revisable es compatible con la Constitución, es la que demanda una inmensa mayoría de la opinión pública (...) El Grupo Parlamentario Popular quiere un sistema de penas, que podemos seguir trabajando juntos, en donde la retribución —que es su finalidad principal para nosotros, en efecto— signifique ni más ni menos que aquello que recogía Cela en Pascual Duarte, que el que la haga la pague. Con una prevención general que significa que se sepa por todos que el que la hace la paga y una prevención especial que significa que sepan los terroristas, los violadores y los pederastas que causen muerte, que van a tener que arrepentirse cada día de su vida en la cárcel". Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Núm. 146; 11 de marzo de 2010; intervención de Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F. (Grupo parlamentario popular). Fuente: <http://www.congreso.es>.

o asesino que representa ante la sociedad la pura esencia del mal, consternando ampliamente por un crimen que se considera monstruoso en buena medida por la indefensión e incluso candidez de las víctimas y la desdicha de sus familiares, por lo aberrante de las inclinaciones sexuales y violentas del sujeto o por la atemorizante capacidad de asesinar en repetidas ocasiones.

Huelga destacar, finalmente y como aclaración previa, que las circunstancias hipercualificadoras del asesinato recogidas en el art. 140.1 CP, conforme las hemos expuesto, operan también para cualificar el tipo básico de homicidio conforme al art. 138.2.a) que, si bien nominalmente no supondrá su conversión en asesinato, sí depararía la aplicación de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico. De tal modo, se pasaría de los 10 a 15 años de prisión del homicidio ex art. 138.1 CP a un margen de 15 años un día a 22 años y seis meses, lo cual nos sitúa en un rango punitivo cuya hechura se ajusta en gran medida al del asesinato *per se*, coincidiendo el límite mínimo (con la diferencia de un día) y quedándose el límite máximo dos años y seis meses por debajo del de aquél delito. En consecuencia, se analizará a continuación la interrelación de las circunstancias agravantes del artículo 140, sobre las que orbita el objeto de este epígrafe, con otras circunstancias cualificantes de los delitos de homicidio y asesinato.

Huelga reseñar, como breve inciso, la extraña cualificación que recoge el art. 138.2.b) CP en relación con el art. 550 CP, que opera como agravación exclusivamente sobre el tipo básico del delito de homicidio en caso de que el sujeto pasivo de éste fuera una autoridad (uno de sus agentes o funcionarios públicos), cuando se hallen en ejercicio de sus funciones profesionales o con ocasión de aquellas⁴⁷. Huelga señalar que en la desvaloración del injusto adicional que supone la condición profesional de la víctima se produce por esta nueva agravación del homicidio un concurso de leyes respecto al propio injusto del delito de atentado ex art. 550, que se resolverá con la aplicabilidad del tipo cualificado del homicidio con base en el criterio de especialidad que fija el art. 8.1 CP en relación a estos concursos. Las reglas del

es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_146.PDF p. 30.

47. Convenimos con Peñaranda Ramos en resaltar la extrañeza de prever esta agravación exclusivamente para el tipo básico de homicidio y no para el de asesinato, sin haber brindado el legislador mayores aclaraciones al respecto. Cfr. PEÑARANDA

curso ideal ya bastaban con anterioridad a la Reforma para desvalorar en su completa extensión el injusto referido, mas la aplicación de la pena superior en grado parece interesar al legislador meramente por acentuar el rigor punitivo⁴⁸.

2.2.1. El homicidio y asesinato agravado por la finalidad terrorista

Precisamos uno de los puntos más significativos de la reforma versó sobre este tipo de criminalidad, efectuado a través de la LO 2/2015, estableciendo tal disposición que ciertos delitos contra la vida cometidos con alguna de las finalidades terroristas (art. 573.1 CP) serán castigados con la pena que nos ocupa, la prisión permanente revisable, concretamente aquel que “causara la muerte de una persona” (*sic*)⁴⁹. De tal forma, aunque no ocupa el objeto esencial de este estudio, es trascendente ofrecer unas breves notas sobre esta modalidad homicida cuyo rango penológico se asemeja a los referidos asesinatos, pudiendo ser entendida ésta como un homicidio agravado notablemente por razón de la finalidad delictiva. Huelga señalar, por otro lado, que la referencia a la causación de la muerte de una persona es clamorosamente vaga, comprometiendo seriamente el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad. La extraordinaria respuesta penal que se prevé para estos supuestos aconseja, conforme a una valoración adecuada al principio de proporcionalidad y legalidad, la aplicación de este tipo penal en hechos que se subsuman en una causación de la muerte imputable por dolo respecto a su responsable⁵⁰. No cabría la imputación del delito del art. 573.1 CP a un sujeto que, con alguna de las finalidades típicas terroristas, comete una lesión al sujeto pasivo que causan preterintencionalmente su muerte, puesto que no se da cabida en el citado precepto a la aludida causación de la muerte en su modalidad imprudente, quedando ésta descartada conforme al art. 12 CP⁵¹.

RAMOS, E. “Los delitos” (...) op. cit., p. 1268.

48. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho penal: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 38.

49. Vid. GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios al Código penal español*, (...) op. cit., pp. 1891 y ss; ZARAGOZA AGUADO, J. “Artículo 573” en GÓMEZ TOMILLO, M.; JAVATO MARTÍN, A.; y FERNÁNDEZ RODERA, J. A., *Comentarios prácticos al Código penal: Artículos 472-676 quáter*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2015, pp. 611 y ss.

50. En ese sentido, vid. LÓPEZ PEREGRÍN, C. “Más motivos” (...) op. cit., pp. 15 y ss.

51. Como bien recuerda la STS 4356/1999 de 23 de octubre de 2001, la vigencia genérica de la imprudencia (*crimen culpae*) ha desaparecido, pudiendo solo ser apreciada en aquellos casos en

Esta forma particularmente agravada de homicidio se adhiere a un juicio de desvalor por parte del legislador de tal intensidad como el que se suscita en torno a los asesinatos hipercualificados del art. 140 CP, en tanto es castigado al igual que éstos con la pena más drástica del sistema penal. Es más, ese desvalor abstracto que cierne el creador de la norma es más intenso que el referido a los asesinatos hiperagravados del art. 140.1 CP en tanto el régimen de ejecución penitenciaria de la prisión permanente para el homicida terrorista es comparativamente más gravoso que el que se despliega para los reos de aquéllos otros delitos, desplegándose “períodos de seguridad” más extensos en cuanto a permisos de salida, acceso a tercer grado y, por supuesto, a la libertad condicional⁵².

El elemento determinante para la agravación punitiva respecto al resto de homicidios no radica en el daño al bien jurídico individual afectado (la vida de la persona fallecida) sino al bien jurídico supraindividual: el orden público que lesionan los delitos de terrorismo. Desde el entendimiento de que concurre la lesión a ese bien jurídico que excede al ámbito personal de la víctima directa y goza de gran relevancia jurídico-sistémica, este tipo de homicidios sí puede conllevar un incremento del desvalor material como conducta que justificara un castigo reforzado frente tipos básicos de delitos contra la vida⁵³.

El injusto terrorista, en la conceptualización que se le había dado tradicionalmente en España, se erige sobre dos elementos: uno objetivo-estructural y otro subjetivo de naturaleza teleológica⁵⁴. De tal modo, el primero de los elementos requería que los sujetos hubieran cometido los hechos delictivos estando colaborando o estando integrados en grupos dotados de una estructura interna y capacidad material para cometer esta tipología de delitos, y

que expresamente se contemple.

52. Sobre la superior dureza del régimen de cumplimiento del reo de prisión permanente “terrorista” respecto al del resto de reclusos que cumplan la misma, se muestra como un modelo cercano al Derecho penal del enemigo en cuanto se anulan las consideraciones de individualización de la pena en pos de la inoportunidad por razón de la peligrosidad subjetiva que se considera inmanente en los homicidas terroristas a partir de la exteriorización de tales actos. En ese sentido, vid. CANCIO MELIÁ, M. “La pena” (...) op. cit., pp. 7-8; LÓPEZ PEREGRÍN, C. “Más motivos” (...) op. cit., p. 29.

53. Cfr. GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios al (...) op. cit.*, p. 1899 y ss.

54. Vid. ZARAGOZA AGUADO, J. “Artículo 573”, en GÓMEZ TOMILLO, M.; JAVATO MARTÍN, A.; M. y FERNÁNDEZ RODERA, J.

el segundo consistía en la concurrencia de unas determinadas finalidades criminales, siendo éstas hasta la reforma citada reforma la de “*subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*” (art. 571 bajo la redacción originaria del CP y mantenida por la LO 5/2010)⁵⁵.

Sin embargo, la LO 2/2015 reelabora la configuración típica de los injustos terroristas, dejando de ser la pertenencia o colaboración en grupos u organizaciones terroristas elemento esencial de aquéllos, y pasando a serlo a partir de entonces la comisión de determinadas conductas graves como fundamento del tipo objetivo en conjunción con las finalidades terroristas descritas legalmente como fundamento del tipo subjetivo⁵⁶. Respecto a la vertiente objetiva de estos ilícitos y en cuanto al enfoque de este estudio, en tanto nos ocupamos de problemática relativa a los delitos contra la vida, éstos se encuentran obviamente dentro de los recogidos en el actual art. 573.1 CP como susceptibles de ser calificados como terroristas, siempre que concurren otros elementos típicos como el ineludible teleológico-subjetivo.

El elemento teleológico que requiere el art. 573.1 CP para considerar que estamos ante un delito de terrorismo se ubicaría en cualquiera de las finalidades que enuncia: “*Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar*

A., *Comentarios prácticos (...) op. cit.*, pp. 613 y ss.

55. Cfr. ZARAGOZA AGUADO, J. “Artículo 573”, en GÓMEZ TOMILLO, M.; JAVATO MARTÍN, A.; María y FERNÁNDEZ RODERA, J. A., *Comentarios prácticos (...) op. cit.*, pp. 613-65. Otros autores, como García Albero, entienden que el elemento definitorio de los delitos de terrorismo hasta la mentada reforma de 2015 era únicamente el relativo a la pertenencia o colaboración con organización o grupo terrorista, entendiéndose con ello que el requisito de una determinadas finalidades delictivas supone un elemento del tipo subjetivo que se desarrolla sobre el anterior, que es el fundamental. Cfr. GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios al Código penal español, (...) op. cit.*, pp. 1890 y ss. Sin que esta discusión dogmática tenga mayor trascendencia respecto al objeto de este breve estudio, me sitúo en la tesis de Zaragoza Aguado en tanto entiendo que la finalidad delictiva, aun sin contar anteriormente con la relevancia en la configuración de estos injustos que le adjudica la LO 2/2015, constituía un elemento esencial y distintivo de estos tradicionales ilícitos terroristas en España por cuanto era la finalidad subversiva del orden constitucional o gravemente alteradora de la paz pública lo que caracterizaba y desligaba estas modalidades típicas respecto al delito de integración un organización o grupo criminal ordinario (arts. 570 bis, ter y quáter con la LO 5/2010).

56. Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I. “La crisis del Estado de Derecho al afrontar la definición de terrorismo internacional”, en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA, J. M. y GARCÍA ALBERO, R. *Represión penal y estado de derecho: Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur*

gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo (...) Alterar gravemente la paz pública (...) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional (...) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

Sin embargo, como buena parte de la doctrina ha denunciado, la conceptualización legal del terrorismo actualmente se ha efectuado en términos tan amplios y vaporosos que comprometen de tal modo el mandato de taxatividad ínsito en el principio de legalidad y dificultan la admisión, al menos en abstracto, de un fundamento agravatorio de delitos “clásicos” basado en esas finalidades.

En ese sentido, los difusos contornos en que se sitúa este elemento teleológico tras la implementación de la LO 2/2015 contrastan con las aludidas finalidades terroristas, mucho menos expansivas, asimiladas tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia, tales como la subversión del orden político o la grave alteración de la paz pública. Esta nueva reconsideración teleológica amplía el margen de intervención penal bajo el tratamiento excepcional que depara el terrorismo, excediendo materialmente los nuevos términos del injusto al propio sentido del componente de subversión del orden democrático y el fundamento de lesividad material objetivable que podría legitimar la reforzada y poténtísima intervención penal que el Estado proyecta sobre el terrorismo. Máxime cuando este notable ensanchamiento del tipo subjetivo cierne su estirada sombra cualificando cualquier homicidio con tales finalidades, que por la mera concurrencia de las aludidas finalidades pasa de un rango punitivo que parte de los 10 años de prisión en el tipo básico de homicidio a una prisión potencialmente vitalicia como supone la prisión permanente revisable⁵⁷.

Menor (Navarra), 2018, pp. 1022-1023.

57. Así lo han entendido diversos órganos en sus dictámenes y la mayor parte de la doctrina, puesto que aun siendo teóricamente revisable esta pena de duración indeterminada, existe la posibilidad de que el reo no cumpla con las circunstancias requeridas para efectuarse la revisión, se transforma tanto en el plano jurídico como en el fáctico en una auténtica cadena perpetua. De hecho, diversos autores exponen que de la lectura pormenorizada de la actual prisión permanente revisable se puede concluir que las condiciones previstas para el tránsito a la

La hiperagravación descrita del homicidio terrorista es político-criminalmente reprobable porque determina una exasperación punitiva inasumiblemente acentuada que radica en el único injusto de la concreta finalidad delictiva, en este caso político-ideológica, de la acción homicida.

La política criminal basada en la imparable exasperación punitiva respecto a la criminalidad más grave, como sucede de forma paradigmática respecto a la delincuencia terrorista, no es efectiva en términos de disuasión, dado que como ya apunta acertadamente Roxin el éxito preventivo general se consume recorriendo la senda de la intensificación en la persecución penal, con el refuerzo de los medios investigadores y capacidad policial y judicial, y no por el sistemático y omnímodo endurecimiento punitivo⁵⁸. Y precisamente el vaticinio de este fracaso preventivo general se agudiza por cuanto la legislación penal antiterrorista española se dirige en gran medida (como reconoce explícitamente el preámbulo de la LO 2/2015) contra combatientes “yihadistas, que suponen actualmente la amenaza terrorista de mayor entidad en el continente europeo, pues estamos ante sujetos que en sus acciones homicidas más extremas están dispuestos a perder la vida por la causa religiosa que reivindican⁵⁹.

libertad del reo son irrealizables en la práctica (lo cual, bajo mi criterio, es lamentablemente cierto). Vid., entre otros, Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, Madrid, 13 de diciembre de 2012, p. 43). LASCURAÍN SANCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J. y MARTÍNEZ GARAY, L. “Dictamen sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable”, en *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 32-41. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra” (...) op. cit., pp. 317 y ss.; ABEL SOUTO, M. “Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional (arts. 605.1, 607 y 607 bis) en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. Comentarios a (...) op. cit., pp. 1359-1360; GARCÍA ARÁN, M.; intervención en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 18/02/2014, en las Comparecencias para informar en relación con el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-503.PDF#page=33; SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción. “Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°2, 2013, pp. 7 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, C. “Más motivos” (...) op. cit., pp. 7-8; CARBONELL MATEU J. C. “Prisión permanente revisable I (art. 33 y 35)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. Comentarios a (...) op. cit., pp. 213 y ss.

58. ROXIN, C.: *Derecho penal: parte general*, Cívitas, Madrid,

2.2.2. Artículo 139.1.4^a CP. Asesinato por instrumentalización encubridora o medial del homicidio

La LO 1/2015 introduce, respecto a los tres preexistentes desde la promulgación del Código penal de 1995, un cuarto elemento típico cuya concurrencia en un supuesto de homicidio determinaría su elevación a asesinato: matar con el objetivo de facilitar la comisión de otro hecho delictivo o para evitar que se descubra. Ello es importado del Código penal alemán, contemplada en el 211.2 StGB⁶⁰; mas huelga destacar que este modelo es fuertemente criticado en el país bávaro por su fundamentación anacrónica en los postulados del nacionalsocialismo y en un modelo propio de un Derecho penal de autor conforme a la reforma de 1941⁶¹, puesto que el precepto establece como asesinato la acción de dar muerte a una persona por el mero placer de matar, por impulso sexual, por codicia o móviles inferiores, alevosa o cruelmente o con medios generalmente peligrosos o adecuados para facilitar o encubrir la relación de otro delito⁶².

Esta ampliación del precepto es problemática por cuanto añade un motivo que determina una fuerte cualificación que apareja un considerable aumento penológico (que pasa de los diez a quince años de prisión previstos en el tipo básico de homicidio a los quince a veinticinco estipulados para el asesinato) sin contener ninguna precisión que ofrezca luz sobre un desvalor añadido en la conducta material más allá del reproche social o moral que podría suscitar esa "instrumentalización" del homicidio para cometer otro acto que será penado correspondientemente. De hecho, las reglas concursales ya permiten sin óbice alguno el castigo de los delitos intentados o consumados posteriores al homicidio.

El asunto se torna más problemático si tenemos en cuenta que el cuarto inciso del art. 139.1.4^a CP opera como foco creador de

problemas concursales. Si, por ejemplo, un sujeto acaba con la vida de un vigilante de seguridad de un establecimiento para cometer un delito de robo de forma pretendidamente impune, concurriendo la conexión de medio a fin de ambos ilícitos⁶³, ambos injustos podrían ser valorados a través del concurso medial sin recurrir a la forma agravatoria del asesinato para el delito contra la vida. Sin embargo, si castigamos ambos injustos de tal modo, la agravación del art. 139.1.4^a puede suponer un bis in ídem en tanto el injusto material consistente lesivo de la propiedad ya se desvalora con la figura del robo con lo que no hay un incremento del injusto ni de la culpabilidad.

Por un lado, surge la duda respecto a si se subsumen en el ámbito de aplicación del precepto las situaciones en las que el homicida mata para facilitar la comisión de otro delito pero éste es cometido por un tercero. Pese a que la literalidad del precepto no aborde tales cuestiones, bajo el entendimiento de la propia lógica del mismo, que recoge un plus de reproche penal basado en la finalidad delictiva que de forma consustancialmente personal se plantea el agresor, lleva a entender que el art. 139.1.4^a no opera en aquél caso, pues esta agravación sólo se hará efectiva en caso ser el reo de homicidio quien busque la facilitación de la comisión propia de otro delito, en tanto la norma desvalora el *telos* delictivo individual⁶⁴.

Por otro lado, el segundo inciso del art. 139.1.4^a recoge una agravación que se fundamenta en el perjuicio que causa el sujeto activo del delito de homicidio a la Administración de Justicia, tratando de frustrar la persecución penal. Estamos nuevamente ante una cualificación que no se somete a un aumento respecto al peligro o lesión del bien jurídico de la vida, sino que protege otro como es el buen funcionamiento de la Administración de justicia. Sin embargo, el fundamento de ello es débil puesto que como apuntan acertadamente Pantaleón Díaz y Sobejano Nieto, si el injusto adicional fuera

2014, p. 91 y ss.

59. Vid. ; LÓPEZ PEREGRÍN, C. "Más motivos" (...) op. cit., p 16.

60. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos contra" (...) op. cit., pp. 315-317; MARTOS NÚÑEZ, J. A. *El delito de asesinato: análisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal*, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp. 77-78.

61. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos contra" (...) op. cit., pp. 316; Vid. MORALES PRATS, F. "Art. 138" (...) op. cit., p. 953.

62. *Strafgesetzbuch (StGB) § 211 Mord* [https://www.gesetze-im-](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_211.html)

[internet.de/stgb/_211.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_211.html)

63. Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C. "Art. 138" (...) op. cit., p. 48. *De tal modo son aplicables las normas de unidad y pluralidad de delitos, como hemos dicho. Sobre las mismas, vid. GARCÍA RIVAS, N. "Unidad y pluralidad de delitos"; en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. Curso de (...) op. cit., pp. 385 y ss;*

64. Vid. MORALES PRATS, F. "Artículo 139" (...) op. cit., pp. 979-980; ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos

la lesión de los intereses de la Administración de justicia, deberíamos asirnos al canon hermenéutico del delito que paradigmáticamente castiga esta tipología de conductas, que es el de encubrimiento; y conforme al mismo, deberíamos imponer siempre la pena señalada al delito encubierto de tal modo que ésta nunca pueda superar a la prevista para el delito encubierto (art. 452 CP)⁶⁵. Sin embargo, con el régimen jurídico actual no se admiten ese tipo de consideraciones ínsitas en el respeto al principio de lesividad y proporcionalidad, operando por mero automatismo *ex lege* la agravación a asesinato sin ulteriores matices.

2.2.3. Hipercualificación por razón de la vulnerabilidad de la víctima (art. 140.1.1^ªCP)

a. Fundamento material de las agravantes de alevosía, abuso de superioridad y de vulnerabilidad *ex art.* 140.1.1^ª CP.

La circunstancia agravante específica recogida en el art. 140.1.1^ª CP opera cuando la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Al igual que sucede con otras circunstancias coetáneas insertas en el art. 140.1 CP, la regulación de la agravante incurre en serios problemas relativos al concurso de leyes y la prohibición de *bis in idem*. En tal sentido, la agravación prevista en el art. 140.1.1^ª relativa a la vulnerabilidad de la víctima comparte el fundamento del injusto de la alevosía en su modalidad de desvalimiento y de otra figura agravante que se despliega concéntricamente respecto a este tipo de alevosía pero ocupando un espacio de injusto más limitado: el abuso de superioridad por desvalimiento de la víctima.

El núcleo de antijuridicidad de estas dos figuras radica en la reducción de las posibilidades de defensa de la víctima, aumentando la vulnerabilidad del bien jurídico (necesariamente personal) que lesiona la acción típica. Como se desarrollará a continuación, la alevosía comporta la extinción total de esas posibilidades de defensa, y el abuso de superioridad sólo se refiere a una reducción notable de las mismas.

contra" (...) *op. cit.*, pp. 326 y ss.

65. Cfr. PANTALEÓN DÍAZ, M., SOBEJANO NIETO, D. "El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: La propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español", *Revista Jurídica Universidad*

La alevosía cuenta con una definición legal que en el art. 22.1^ª CP, que estipula que concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido". Esta agravante se fundamenta en la comisión delictiva empleando unos determinados medios en pos de tres objetivos: garantizar una más segura ejecución del delito, suprimir cualquier acción defensiva por parte del sujeto pasivo y evitar riesgos que de ella se derivaren para el sujeto activo⁶⁶. Numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desarrollado el contenido de esta circunstancia (Destaca la STS 719/2016 de 27 de septiembre, que se remite a muchas otras resoluciones como las STSS 632/2011 de 28 de junio, 599/2012 de 11 de julio, 703/2013 de 8 de octubre, 311/2014 de 16 de abril, 838/2014 de 12 de diciembre, 86/2015 de 25 de febrero, 467/2015 de 20 de julio, 286/2016 de 7 de abril), estimando la concurrencia de la alevosía en todo supuesto en el que la práctica de la agresión evidencia la intención de su autor de conectar el delito eliminando toda posibilidad de defensa de la víctima.

Estas sentencias desglosan una serie de elementos cuya existencia se debe comprobar para poder aplicar la alevosía, a saber:

- i. Un elemento normativo, que marca que la alevosía solo podrá ser valorada respecto a delitos contra las personas.
- ii. Un elemento objetivo que incide en el "modus operandi", requiriéndose que el autor emplee en la ejecución de los hechos medios, modos o formas objetivamente aptos para asegurarla mediante la supresión de las posibilidades de defensa, sin ser suficiente el mero convencimiento subjetivo del autor respecto a su idoneidad.
- iii. Un elemento subjetivo que exige que el dolo del sujeto activo del delito no sólo se proyecte sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre la aseguración de la ejecución y su orientación a eliminar las posibilidades de defensa del ofendido, impidiendo conscientemente el posible riesgo que suponga para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Por ello, el

Autónoma de Madrid, N^º29, 2016, p. 231.

66. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. "Artículo 22", en GÓMEZ TOMILLO, M. y BLANCO CORDERO, I. *Comentarios prácticos (...)*

agente ha de pretender intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo para sí mismo.

iv. Un elemento cronológico, requiriéndose que la alevosía se simultanee con la comisión del delito⁶⁷.

v. Finalmente, un elemento teleológico que prescribe la necesaria comprobación de si en el caso concreto se produjo una situación de completa indefensión, siendo necesaria la apreciación de un incremento de la antijuridicidad resultante de ese *modus operandi* conscientemente orientado a las expuestas finalidades (STS 1866/2002 de 7 de noviembre, FJ. 5º).

La esencia de la antijuridicidad de la alevosía, en conclusión, se halla en la supresión total de las posibilidades de defensa; o bien *“en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes”* (STS. 178/2001 de 13 de febrero, FJ. Único).

Basándose en todo lo anterior, la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo (en sentencias como la STS 49/2004 de 22 de enero) viene distinguiendo en las últimas décadas tres modalidades de alevosía, además de una cuarta modalidad especial de creación más reciente. En primer lugar, establece que la alevosía “proditoria” es la que se da en situaciones en que el sujeto agresor permanece oculto y cae sobre la víctima en un momento y lugar que aquélla no espera. Por otro lado, la alevosía súbita o inopinada, llamada también “sorpresiva”, es aquella en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina, no pudiendo el ofendido prepararse contra el ataque y reaccionar en consecuencia. La alevosía sorpresiva comprende una submodalidad alevosa denominada “sobrevvenida”, la cual cuenta con la particularidad de que en el momento del inicio de la acción delictiva no se haya presente la agravante, pero en una secuencia posterior de la actuación del actor, se reanuda el ataque aprovechando una indefensión que ha sobrevenido en el sujeto pasivo, que no podía esperar este nuevo ataque en función de las concretas circunstancias del hecho (vid. STSS 10701/2008 de 22 de enero de 2009, 614/2003

op. cit., p. 335.

de 24 de febrero de 2004, 178/2001 de 13 de febrero, entre otras).

La tercera modalidad de alevosía reconocida jurisprudencialmente es la conocida como “de desvalimiento”. Ésta consiste *“en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa”* (Cfr. STSS 49/2004 de 22 de enero de 2004, FJ. 1º, 703/2013 de 8 de octubre, 915/2012, de 15 de noviembre, 1037/2013 de 27 de diciembre, 83/2015 de 13 de febrero, 231/2017 de 4 de abril, 290/2017, de 24 de abril). Ante este tipo de situaciones, el alto Tribunal viene estableciendo que se debe apreciar necesariamente la alevosía por desvalimiento (SSTS 185/2000 de 19 de febrero de 2001, 990/1999 de 19 junio, 462/1996 de 16 mayo, 196/1995 de 4 diciembre), puesto que estamos ante víctimas que cabría denominar como seres “permanentemente” o “constitucionalmente” indefensos, empleando la nomenclatura tradicional de la doctrina⁶⁸.

No obstante, este automatismo en la aplicación de la agravante no ha resultado exento discusión y críticas doctrinales. Éstas versan en se produce una expansión notable del injusto de la alevosía que rebasa los términos de la conceptualización legal de la misma, que se limita a señalar la selección de medios, modos y formas por parte del autor⁶⁹. En el tenor literal del art. 22.1ª CO se omite la referencia al aprovechamiento de circunstancias previamente dadas como la inferioridad y desamparo de la víctima, que no ha pretendido ni provocado el autor⁷⁰, bastando su aprovechamiento “en cualquier momento” (STS 2389/2001 de 14 de diciembre, FJ. 6º). De ese modo se produce una interpretación extensiva contra reo, siendo éste un mecanismo hermenéutico inválido en el Derecho penal.

67. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. “Artículo 22” (...) *op. cit.*, p. 336.
68. Vid. ANTÓN ONECA, J. “El Código penal de 1870”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 23, 1970, p. 244; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 727-728.

69. El Código penal de 1870 ya fijaba la esencia de la alevosía en su art. 10.2 a través del empleo en la ejecución delictiva de “medios, modos o formas”.

El propio Antón Oneca, analizando el Código penal de 1870, resaltaba que la concepción *ex lege* de una alevosía basada exclusivamente en los medios, modos o formas de la comisión excluiría de su ámbito de aplicación, de forma impopular, los casos de agresión sobre el “*permanentemente indefenso*” (señalando a título ejemplificativo los casos del niño o paralítico)⁷¹.

Como breve inciso, huelga destacar la cuarta modalidad de alevosía, considerada “especial” en tanto goza de un reconocimiento jurisprudencial más cercano en el tiempo y novedoso, presentándose en una tipología de situaciones muy concretas. Se trata de la denominada “*alevosía convivencial*”, que se basa en la relación de confianza previa desarrollada a partir de la convivencia que mantiene la víctima con el ofensor, generadora de una total despreocupación y relajación de los recursos defensivos de aquélla frente a un eventual ataque del agresor conviviente (vid. STSS 696/2018 de 26 de diciembre, 16/2012 de 20 de enero, 1284/2009 de 10 de diciembre y 86/1998 de 15 de abril).

Tras estas consideraciones generales, la modalidad alevosa que interesa especialmente en este análisis es la de la alevosía por desvalimiento, puesto que comparte un fundamento antijurídico común al abuso de superioridad y al de la cualificación del art. 140.1.1.^a CP, en tanto todas estas circunstancias agravantes conciernen básicamente el aprovechamiento de una situación de indefensión dada por circunstancias personales del ofendido.

La apreciación circunstancia agravante de abuso de superioridad, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. SSTS 1157/2006 de 10 de enero, 574/2007 de 30 de mayo, 973/2007 de 19 de noviembre, 76/2009 de 4 de febrero, 479/2009 de 30 de abril, 1286/2014 de 5 de marzo, y 889/2009 de 15 de septiembre) exige los siguientes requisitos:

1. Que se produzca una situación de superioridad, que consistirá en un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido y podrá derivar de cualquier circunstancia (como pudieran ser, en los casos tratados aquí, las limitaciones estructurales que sufra la víctima por razón de edad, enfermedad o discapacidad).
2. Que esa superioridad sea tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso, la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una “alevosía menor” o de “segundo grado”.
3. La concurrencia un elemento de naturaleza subjetiva, consistente en el dolo del agente proyectado sobre el abuso de superioridad, conociendo éste esa situación de desequilibrio de fuerzas y aprovechándose de ella para una más fácil realización del delito.
4. La valoración de un elemento normativo, dilucidando en el caso concreto que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Pese a la incontestable homogeneidad entre la alevosía y el abuso de superioridad (STS 501/2014 de 18 de junio), el grado de indefensión es absoluto en cuanto a la alevosía, y notable pero no completo en el abuso de superioridad, denominado por ese fundamento común y contornos más limitados, como se ha indicado, “alevosía de segundo grado”. Consiguientemente, la alevosía se despliega concéntricamente y absorbe el espacio de antijuridicidad del abuso de superioridad, por lo que es incompatible su concurrencia conjunta por razón de *ne bis in ídem*⁷².

En la originaria redacción del CP de 1995 el reproche penal efectuado *ex lege* sobre los homicidios alevosos es notablemente superior respecto a los cometidos con abuso de superioridad, deparándoles a aquéllos una cualificación como agravante específica que los convertía en asesinato castigado con una pena

70. Vid. MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho penal (...)* op. cit., p. 42 y ss. 71. Cfr. ANTÓN ONECA, J. “El Código” (...) op. cit., p. 244. En el mismo sentido se pronunciaban Rodríguez Devesa y Serrano Gómez en el año 1991 respecto al texto punitivo vigente por entonces tras la reforma de 1983, entendiendo que no cabía la alevosía frente a una persona “naturalmente incapaz de defenderse”, citando no obstante toda una jurisprudencia del Tribunal Supremo que se remontaba al siglo XIX y se extendía a lo largo del XX aplicando la cualificación sobre estos supuestos. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 727-728.

72. Vid. MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho penal: parte especial (...)* op. cit., p. 46.

de 15 a 20 años de prisión (casi equiparable a la superior en grado respecto al homicidio en su tipo básico). El reproche penal era más moderado respecto al abuso de superioridad en el homicidio, que a diferencia de la alevosía operaba como circunstancia agravante genérica sobre su tipo básico y, por su concurrencia aislada y conforme a las reglas del art. 66 CP, conllevaba la aplicación de la pena en su mitad superior (de 12 años, 6 meses y un día a 15 años de prisión).

Con la LO 1/2015, El legislador de edifica abruptamente la nueva agravante del art. 140.1.1^a sobre el espacio de antijuridicidad en el que reposa la alevosía por desvalimiento y el abuso de superioridad, desconociendo el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo emitido sobre ello a propósito de homicidios, puesto que la edad en la que éste órgano sitúa como generalizable la completa indefensión de la víctima es en niños de muy corta edad; generalmente menores hasta la edad 3 o 4 años. La casuística forense ha reconocido la aplicación necesaria o automática de la alevosía por una indefensión basada en la reducidísima edad de la víctima en supuestos de un niño de 3 años⁷³ (STS 772/2004 de 16 de junio); de 14 meses (STS 978/2007 de 5 de noviembre); de 3 meses (STS 657/2008 de 24 de octubre); y de 4 años (596/2006 de 28 de abril).

Sin embargo, las STSS 647/2013 de 16 de julio y 888/2013 de 27 de noviembre niegan la concurrencia de la alevosía por la exclusiva cuestión de la edad reducida respecto a niños de 10 años, pero señala consiguientemente que ello no impide que se aplique en tal caso la agravante de abuso de superioridad, puesto que estamos ante casos "límite" en cuanto a la concurrencia de una u otra circunstancias por razón de la completa o parcial indefensión, de ahí que el tratamiento jurisprudencial confiera al abuso de superioridad la entidad de una alevosía de índole menor o de segunda grado.

Por todo ello, huelga calificar como irreflexivo y contrario al principio de lesividad y proporcionalidad el establecimiento de una suposición ex lege de la especial vulnerabilidad

73. Cabe señalar que la STS 80/2017 de diez de febrero, FJ. 3º, en referencia a esa apreciación per se alevosa ante la muerte de un ser humano de cortísima edad (pocos meses en ese caso), y a diferencia de la nomenclatura empleada por la jurisprudencia citada, recoge nominalmente la expresión "seres constitucionalmente indefensos".

de cualquier menor de 16 años, prescindiendo de los márgenes de edades fijados por el TS en atención casuística al concurrente desarrollo psicofísico de la víctima. Sin embargo, sí deberán ser probadas en orden a demostrar en la práctica esa vulnerabilidad aquellas circunstancias cualificadoras como son la edad avanzada, enfermedad o discapacidad, sorprendiendo la divergencia ontológica de las situaciones que iguala normativamente el art. 140.1.1^a⁷⁴, pues no se pueden entender como comparables, por ejemplo, la entidad de la vulnerabilidad de un chico de 15 años con la de una persona con tal demencia que apenas puede comprender y reaccionar ante estímulos externos.

Además, no se debe olvidar que aunque para la aplicabilidad de las circunstancias que determinan la hiperagravación, debe concurrir el dolo, al menos eventual, del autor respecto a la concreta circunstancia cualificante, puesto que en virtud del art. 14.2 CP, "El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación"; y ese error sobre el hecho deberá ser "esencial" en términos de valorar si la discrepancia entre realidad y la figuración mental del autor cuenta con relevancia penal⁷⁵. Para que pueda concurrir la tipicidad de un asesinato ex art. 140.1.1^a, el autor debe conocer la edad del sujeto pasivo menor a los 16 años, o su especial vulnerabilidad por enfermedad, edad o discapacidad (elemento cognitivo), y actuar en consecuencia de tal conocimiento (elemento volitivo)⁷⁶. En caso de darse un demostrado desconocimiento del sujeto activo respecto a una de las concretas circunstancias hipercualificantes del sujeto pasivo, estaríamos en el error sobre el objeto de la acción, y no puede ser aplicable tal hipercualificación⁷⁷.

74. Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. "Del homicidio" (...) op. cit., pp. 469-470; ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos contra" (...) op. cit., pp. 323.

75. Cfr. GARCÍA RIVAS, N. "El error en la teoría del delito"; en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. Curso de (...) op. cit., p. 297.

76. Vid. ROXIN, C.: *Derecho penal: parte general*, Cívitas, Madrid, 2014, p. 477; ARROYO ZAPATERO, L. "El tipo de injusto doloso", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. Curso de (...) op. cit., pp. 188 y ss.

77. García Rivas propone un útil ejemplo para ese tipo de supuestos, que consistiría en un caso en que el sicario yerre sobre la persona a la que le habían encargado matar y lo haga sobre un menor de 16 años cuando en realidad la designada tenía 18 o 20. Sin embargo, el mismo autor plantea una cuestión más problemática como puede ser la inversa: un caso en el que el sicario sea pagado para matar a

Otro motivo clamoroso por el que entiendo que se conculcan líneas básicas de la jurisprudencia existente en la materia consiste en la extraña omisión en la descripción del tipo penal de ciertos supuesto de indefensión relativa o absoluta de las víctimas que sí había venido asumiendo el alto tribunal, que eran aquéllos en que éstas “se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa”.

En definitiva: los supuestos que fija el legislador en el art. 140.1.1^a CP podrían calificarse materialmente como alevosos conforme a la jurisprudencia consolidada anterior a la Reforma, siempre que estuviéramos ante los descritos “seres constitucionalmente indefensos”. Y corresponderían materialmente con el abuso de superioridad todos aquellos otros casos bajo el ámbito de aplicación del art. 140.1.1^a en los que la indefensión no hubiera sido absoluta sino sólo reducida notablemente, como pudiera ser el caso de un niño de 10 años que se demostrara que pudo repeler efectivamente ciertos ataques iniciales aunque finalmente sus agresores consiguieran darle muerte debido a su superioridad numérica y física. Mas esas calificaciones asentadas en la jurisprudencia quedan enturbiadas por el trazo errático de la pluma legislativa.

b. Delimitación típica y aplicabilidad del art. 140.1.1^a CP.

Hemos de recordar que las tres circunstancias que prevé el art. 140.1 CP suponen no sólo una hipercualificación del asesinato (cuya modalidad de agravación “simple” es la que fija el art. 139.2 referente a la concurrencia de más de una de sus circunstancias), sino también una cualificación del homicidio por la vía del art. 138.2.a) CP, que fija el castigo con la pena superior en grado a la del homicidio en tipo básico cuando concurren en él las mismas circunstancias que en caso de asesinato lo hipercualifican.

un menor de 16 años pero se equivoca y termina con la vida de un mayor de edad. Pese a que pueda parecer oportuno establecer un concurso ideal de una tentativa de asesinato hipercualificado (art. 140.1.1^a) con un delito “básico” imprudente, sin embargo, hay que comprender que el menor no estuvo en peligro en tanto la acción desencadenadora del riesgo inicial para la vida que culmina con la muerte se cernió siempre sobre el otro sujeto, con lo que la tentativa es inidónea. Cfr. GARCÍA RIVAS, N. “El error” (...) op. cit., pp. 297-298.

78. La STS 889/2012, de 15 de noviembre, establece que la superioridad numérica de los agresores puede determinar la disminución notable de las posibilidades de defensa del ofendido.

Lo razonable, en una labor legislativa que quiera dotar al ordenamiento penal de una mínima sistematicidad, es organizar los peldaños o rangos de sucesivas agravaciones de forma que discurren, a partir del tipo básico, de una menor antijuridicidad o reproche político-criminal a una antijuridicidad progresivamente superior conforme se agravan sucesivamente los tipos. Y es que, independientemente de que el asesinato suponga una modalidad cualificada de homicidio (como ya se defendió anteriormente) o un tipo penal autónomo, no cabe duda de que se trata de un delito contra la vida autónoma con mayor desvalor que el mero homicidio. Por tanto, las agravaciones específicas que puedan establecerse sobre el asesinato deberían cernirse a éste y no ser aplicables directamente sobre el tipo básico de homicidio, precisamente porque aquellas deben reflejar un aumento de la antijuridicidad del asesinato que per se ya es un injusto más reprochable que el homicidio. Sin embargo, el legislador en 2015 no se sujeta a un criterio sistemático y despliega una caótica amalgama de agravaciones no sujetas al progresivo aumento del desvalor que se ha explicado⁷⁹. Así lo hizo notar el TS en la primera sentencia emitida en casación (STS 716/2018, de 17 enero de 2019) pronunciándose expresamente sobre la prisión permanente revisable, aludiendo a la “ausencia de sistematización en la elección y formulación de las hipercualificaciones” (F.J. 4^o).

La calificación jurídica de un supuesto hipotético de homicidio en el que se plantea como único elemento agravatorio una situación demostrada de indefensión absoluta por desvalimiento de la víctima por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, se enfrenta a un concurso triangular de leyes⁸⁰, en el que concurren el homicidio cualificado ex art. 138.2.a), el asesinato conforme al art. 139.1.1^a CP,

79. Se trata de “una legislación absolutamente casuística, anunciadora de problemas hermenéuticos y sin fin y conculcadora del principio de igualdad, pues textos confusos a lo único que dan lugar es a resoluciones divergentes ante casos similares”. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra” (...) op. cit., pp. 319.

80. Ello lo advierte adecuadamente Suárez-Mira Rodríguez, que denuncia cómo se da esa triple concurrencia de preceptos en un concurso aparente de normas que el Juez se ve obligado a afrontar por la incompetencia del redactor de la norma. Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “Del homicidio” y sus formas” (...) op. cit., p. 481.

y el asesinato hipercualificado del art. 140.1.1⁸¹. Ello debe solventarse a través de las reglas que prevé el Derecho positivo en el art. 8 CP⁸² en tanto estamos ante tres normas que resultan aplicables cubriendo cada una de ellas íntegramente la antijuridicidad de ese elemento, consistente en la mayor debilidad del bien jurídico que comporta el aprovechamiento de la indefensión, como ya se explicó detalladamente⁸³.

La primera regla que fija el art. 8 CP para la resolución de los concursos de leyes, consistente en la aplicación preferente de los preceptos especiales sobre los generales. En este caso no es operativa puesto que las normas en conflicto están ubicadas en el mismo Título del texto punitivo, y funcionan todas como cualificaciones operantes sobre el tipo básico de homicidio, no mediando relaciones de especialidad entre ellas⁸⁴. Tampoco se puede deducir una subsidiariedad, como segundo criterio del art. 8, de la descripción de ninguno de los tipos penales. Hemos de recurrir a la tercera pauta resolutoria: la de consunción o absorción, que pugna por la prevalencia del precepto más amplio o complejo, es decir, que abarque un espacio de antijuridicidad más amplio, frente al más simple o con menor amplitud cuantitativa de antijuridicidad⁸⁵.

Huelga señalar que la relación de consunción no opera en abstracta comparación de tipos penales sino respecto a un supuesto de hecho específico⁸⁶ (STS 35/2012, de 1 de febrero). La situación fáctica que he propuesto calificar encaja materialmente con los casos en que la jurisprudencia del TS aprecia la alevosía por desvalimiento, aunque con el matiz de referirla, a efectos de interpretar la nueva normativo, solo a aquellos casos en que se basa en la edad, enfermedad o discapacidad. El criterio de consunción nos hace decantarnos por la aplicación del asesinato alevoso (art. 139.1.1^a) frente al homicidio cualificado ex art. 138.2.a) y el asesinato hipercualificado del art. 140.1.1^a, puesto que la mera referencia a la vulnerabilidad por los citados motivos corresponde a un espacio antijurídico más limitado, encuadrable en una reducción de las posibilidades de defensa de la víctima pero no en una necesaria supresión total de aquéllas, siendo equiparable al abuso de superioridad, como dijimos. En cambio, la alevosía entraña un espacio de antijuridicidad que se despliega concéntricamente respecto a al abuso de superioridad, pero con un “radio más amplio”⁸⁷ en tanto comporta la absoluta y no parcial eliminación de las posibilidades de reacción defensiva del ofendido.

Puesto que la alevosía ha absorbido el espacio del injusto de esa vulnerabilidad por desvalimiento de la víctima por su edad, discapacidad o enfermedad, no es admisible la aplicación de la hipercualificación del art. 140.1.1^a, en tanto estaríamos desvalorando doblemente el mismo fundamento del injusto (la indefensión del sujeto pasivo), incurriendo en un bis in ídem. Ello se da de forma muy clara en los casos de muertes de seres “constitucionalmente indefensos” por las razones aludidas, como pueden ser los casos paradigmáticos de bebés de pocos meses⁸⁸.

81. En estos casos, siendo estrictos, el concurso aparente de leyes se daría también entre un cuarto y quinto precepto, que son los que castigan la alevosía y el abuso de superioridad de forma general en el art. 22.1 y 22.2 CP. Mas la exclusión de su aplicación no genera ninguna duda cuando está claro que los arts. de los delitos contra la vida tratados recogen agravantes específicas (art. 139.1.1^a respecto a la alevosía y 140.1.1^a respecto al abuso de superioridad, en su caso) que excluyen la aplicación de las genéricas, conforme a la primera de las reglas del art. 8.1 CP que estipula la primacía del precepto especial sobre el general. Vid. GARCÍA RIVAS, N. “Unidad y pluralidad” (...) op. cit., p. 391.

82. Vid. GARCÍA RIVAS, N. “Unidad y pluralidad” (...) op. cit., p. 392. En estos casos, siendo extremadamente estrictos, el concurso aparente de leyes se daría también entre un cuarto precepto, que es el que castiga la alevosía de forma general en el art. 22.1 CP. Mas la exclusión de su aplicación no genera ninguna duda cuando está claro que la concurrencia de la alevosía específica que recoge el art. 139.1.1^a CP respecto al homicidio excluye la aplicación de la genérica, conforme a la primera de las reglas del art. 8.1 CP, que estipula la primacía del precepto especial sobre el general.

83. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra” (...) op. cit., pp. 322.

84. Precisamente Gómez Tomillo fija como ejemplo paradigmático de relaciones de especialidad las que se dan entre los tipos básicos y los cualificados. GÓMEZ TOMILLO, M. “Artículo 8”, Comentarios prácticos (...) op. cit., p...

85. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. “Artículo 8”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. Comentarios al (...) op. cit., pp. 121 y ss.

86. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. Artículo 8, Comentarios prácticos (...) op. cit., p. 121.

87. Empleo la acertada e ilustrativa expresión que respecto a estos elementos plasmó Antón Oneca. Cfr. ANTÓN ONECA, J. Derecho penal, Akal, Madrid, 1986, p. 405.

88. En ese sentido, vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “Del homicidio” y sus formas” (...) op. cit., p. 481.

No obstante, además de todo lo anterior, se ha llegado a contemplar doctrinal⁸⁹ y jurisprudencialmente (SSAP de Vitoria-Gasteiz 278/2018 de 25 de septiembre, y de Madrid 807/2017, de 18 de diciembre) la viabilidad de admitir en ciertos supuestos la concurrencia de un doble elemento alevoso, siempre que cada uno de ellos estuviera basado en un aspecto fáctico distinto y no excluyente que evitara el *bis in idem*, produciéndose de tal modo un doble salto agravatorio que nos catapultaría del homicidio en su tipo básico al asesinato hipercualificado del art. 140.1.1^a. De tal forma, la SAP de Vitoria-Gasteiz 278/2018 de 25 de septiembre establece que, por un mismo homicidio alevoso y sin concurrencia de alguna otra circunstancia, cabe aplicar el art. 140.1.1^a en tanto se entiende que hay dos hechos diferenciados como fue un ataque con alevosía sorpresiva al bebé, y la concurrencia de la alevosía por desvalimiento por la escasísima edad de éste, lo cual generaría que el primer fundamento posibilitara la cualificación del homicidio en asesinato, y el segundo cualificara ese asesinato en virtud del art. 140.1.1^a. La resolución deja entrever la debilidad de esta argumentación en tanto se aduce, además de lo anterior, que en cuanto al planteamiento de la doble y prohibida punición de la indefensión “no viene al caso tratar la cuestión, (...) porque la defensa está de acuerdo con la calificación del hecho como asesinato de los artículos 139.1.1^o y 140.1.1^o” (F.J. 6^o). El empleo de este argumento procesal parece rescatar al órgano judicial de la difícil tarea de adentrarse más en el arenoso terreno de estos tipos penales.

Es interesante la argumentación de un doble fundamento de alevosía y vulnerabilidad que efectúa Álamo Alonso en orden a admitir la hipercualificación cuando concurriera la alevosía en un concepto restrictivo respecto a su descripción legal (medios, modos o formas que tiendan a asegurar la ejecución sin los riesgos que pudieran proceder de la eventual reacción defensiva del ofendido), que excluiría la relativa al desvalimiento, en conjunción con una de las situaciones de vulnerabilidad del art. 140.1.1^a, puesto que en éstas últimas halla el fundamento antijurídico en la protección de un

89. Vid. entre otros, MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho penal (...)* op. cit., pp. 54-55, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “Del homicidio” (...) op. cit., pp. 481-482, ALONSO ÁLAMO, M. “La Reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, Cuadernos de política criminal, N^o 117, 2015, pp. 34 y ss.

bien jurídico que vendría a ser la “igualdad real” que demanda una protección penal más intensa de estas personas⁹⁰.

Sin embargo, entiendo que esta argumentación no se sostiene. La alevosía o el abuso de superioridad son circunstancias agravantes que, si bien pueden ser sometidas a muy diversos matices interpretativos como hemos visto en la abundante jurisprudencia citada, son incompatibles y no pueden desgajarse en una calificación jurídica pretendiendo escalar sucesivas agravaciones por cada variante fáctica en que se presenten, en tanto desvaloran una misma perspectiva del injusto en cuanto a su bien jurídico fundamentador (la vida, en estos casos), que es su mayor debilidad ante la indefensión (total o relativa) de su titular.

La STS 716/2018 señala acertadamente que no es infrecuente criminológicamente la conjunción factual de un ataque sorpresivo con la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, como sucedía en el caso analizado en el de la SAP de Vitoria-Gasteiz 278/2018 de 25 de septiembre. El sustrato fáctico de la indefensión queda desvalorado y agotado con la apreciación de la alevosía en cualquiera de sus modalidades, ya concurren de forma empíricamente individual o entremezclada, puesto que su definición no ha sido modificada en la reforma, siendo la procuración y aprovechamiento de la indefensión de la indefensión de la víctima la esencia de su antijuridicidad (STS 716/2018, F.J. 7^o).

Por todo lo expuesto, y compartiendo el criterio del TS, se puede concluir que ningún asesinato alevoso podrá ser hipercualificado ex art. 140.1.1^a sin incurrir en *bis in idem*. Si, en caso contrario, admitiéramos el canon interpretativo de la doble desvaloración jurídica de la indefensión sobre la base de una doble vertiente fáctica que la fundamenta, debería haberse admitido en tiempos anteriores a la LO1/2015 la apreciación de un asesinato cualificado con razón en la concurrencia de un ataque homicida alevoso sorpresivo (antiguo art. 139.1 CP) y en la aplicación simultánea de una alevosía o abuso de superioridad genéricos (art. 22.1 y 22.2 CP respectivamente) por el

90. Cfr. ALONSO ÁLAMO, M. “La Reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, Cuadernos de política criminal, N^o 117, 2015, p. 38.

desvalimiento basado en la reducida edad del sujeto pasivo, según procediere. Si tamaño dislate nunca se planteó, el enmarañamiento legislativo no puede conducir a los intérpretes a unas similares trampas de bis in idem que la actual regulación favorece.

Cuestión aparte podría ser la de hipercualificar por el art. 140.1.1ª CP un asesinato por razón de las circunstancias 2ª, 3ª o 4ª del art. 139.1 CP, dándose además una indefensión por desvalimiento basado en la edad, enfermedad o discapacidad que no ha sido total sino sólo notable, equiparándose ello materialmente a un abuso por superioridad. Álvarez García y Ventura Püschel, junto con Morales Prats, entienden que en estos casos, al no subsumirse en la alevosía, sería plenamente aplicable el asesinato hipercualificado al no entrar en colisión la hiperagravación con un fundamento agravatorio ya penado como sucede, paradójicamente, con la alevosía por desvalimiento referida a los “seres constitucionalmente indefensos”⁹¹. También señala lo propio Goyena Huerta, apuntando ilustrativamente que “*para evitar la vulneración del principio ne bis in idem, es necesario que esa enfermedad o discapacidad no genere una situación de indefensión*”.

Teniendo en cuenta todo ello, resulta palpable el contrasentido sistemático y penológico que se da, por ejemplo, en los supuestos en que se matara por precio siendo la víctima menor de 16 años pero no constitucionalmente indefensa, en tanto estaríamos ante un asesinato hipercualificado y consiguientemente punido con prisión perpetua⁹², y sin embargo nos situaríamos ante un asesinato agravado ex art. 139.2 CP penado con 20 años y un día de prisión a 25 años en aquellos casos en que se matara por precio a un bebé de pocos meses, o en cualquier otro caso de concurrencia de la alevosía con el resto de circunstancias del asesinato, en tanto responden a un tipo alternativo mixto (como bien señala la STS 716/2018 en el párrafo final

91. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra” (...) op. cit., pp. 322-323; MORALES PRATS, F. “Artículo 139” (...) op. cit., p. 976.

92. Un supuesto específico que muestra la grave ineptitud del legislador pudiera ser el de un sicario al que se la había encargado matar, bajo contraprestación económica, a un adolescente de 15 años experto en artes marciales, que desbarata la acción sorpresiva de aquél y tiene una encarnada pelea, sucumbiendo el sujeto pasivo ante el activo sólo al final del lance.

de su F.J. 7º). De tal modo, y al menos de forma hipotética, podrían concurrir cumulativamente todas ellas implicando la agravación ex art. 139.2 pero sin comportar la hipercualificación.

2.2.4. Cualificación por la muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual (art. 140.1.2ª CP)

La hipercualificación que contempla el art. 140.1.2ª radica en la comisión de un delito contra la libertad sexual (en consonancia con Muñoz Conde, aquí entendemos comprendidos por sistematicidad también los delitos contra la indemnidad sexual por cuanto el sujeto pasivo sea menor de 16 años⁹³) de forma previa a un asesinato. Es reprochable la enorme indeterminación y desajuste con el principio de proporcionalidad que se produce a través de la mención relativa a cualquier delito contra la libertad sexual, no imbricándose la comisión de cualquier otro delito mínimamente aflictivo contra bienes jurídicos individuales como pueden ser los cometidos contra la integridad moral o el aborto, además de que se debiera haber tenido en cuenta que el desvalor material y la penalidad de los delitos contra la libertad sexual presenta unos contornos muy amplios⁹⁴.

Además, si la razón político-criminal que subyace a esta hipercualificación era desincentivar el homicidio posterior a la agresión sexual para así evitar la identificación del responsable, debieran haberse incluido otros supuestos en que las víctimas de cada uno de los delitos sean diferentes pero se hallen vinculadas, como la violación de un menor o incapaz que no pudieran identificar al agresor seguida del posterior homicidio de un eventual testigo de la primera acción delictiva que sí pudiera identificar al agresor⁹⁵.

Por un lado, conforme a este precepto se suscita la cuestión de la temporalidad de las acciones delictivas a analizar, surgiendo la duda relativa a en qué casos estaremos ante dos hechos considerados como acciones separables

93. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho penal: parte especial* (...) op. cit., p. 55.

94. Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “Del homicidio” y sus formas” (...) op. cit., pp. 470-471.

95. Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “Del homicidio” y sus formas” (...) op. cit., p. 471.

jurídicamente a través del concurso real y calificables conforme al art. 140.1.2^a CP, o cuándo estaremos ante un solo hecho con relevancia penal en el que se integra tanto un delito contra la libertad sexual como un delito de asesinato, dándose un concurso ideal.

Ejemplo de ello último fue un caso en el que la fiscalía pidió en primera instancia la aplicación de esta hipercualificación se planteó en la SAP de Sevilla de 6 de junio de 2017, confirmada en apelación por la STSJ de Andalucía de 12 de diciembre de 2017, pero modificada en casación por la STS 472/2018 de 17 de octubre. En este supuesto, el sujeto activo había realizado unos actos extremos sobre una víctima indefensa que había ingerido una cantidad alta de narcóticos que se subsumían tipo agravado de agresión sexual hipercualificado, consistente en violación ex art. 180.1 (en sus circunstancias 1, 3 y 5) Pero, a la vez, la brutalidad de esos actos había ocasionado la muerte por las fuertes hemorragias que produjeron los mismos, con lo que se planteaba un concurso ideal de delitos.

La SAP de Sevilla aplicó un concurso real calificando separadamente un delito de agresiones sexuales hiperagravado y otro de asesinato, entendiendo que no cabía la apreciación del art. 140.2 CP por motivos de tipicidad, en tanto fue solo una acción unitaria (las penetraciones típicas de violación que a su vez causaron heridas mortales) la que produjo el resultado antijurídico contra la libertad sexual y contra la vida (F.J. 10^o). Por otro lado, el órgano vio inaplicable el art. 140.2 también por motivos de bis in ídem, al desvalorarse ya la acción contra la libertad sexual con identidad de sujeto, acción y fundamento ex art. 180.1 CP.

El TS, conociendo el caso en casación, aplica acertadamente el concurso ideal negando la operatividad del real, puesto que aunque la conducta a valorar ataque a dos bienes jurídicos individualizables y distintos (la libertad sexual y la vida), pero a través de un solo hecho unitariamente considerado conforme al art. 77 CP, pues estamos

ante distintas acciones pero ubicadas en un mismo espacio temporal y oportunidad única (STS 125/2018, de 15 de marzo)⁹⁶.

Con base en todo lo anterior, entiendo que para que pueda ser aplicable la cualificación estudiada, deberá considerarse concluida la acción típica vulneradora de la libertad sexual antes del inicio de la homicida⁹⁷.

Por otro lado, de la simple lectura de este precepto se puede apreciar cómo se cierne nuevamente la sombra de otro concurso de leyes por cuanto la muerte de la víctima por parte del autor del delito contra la libertad sexual es proclive a ejecutarse con motivo de evitación de un futuro descubrimiento del delito inicialmente cometido (art. 139.1.4^a CP). Si ese caso se da en la práctica, nuevamente debemos acudir a las reglas del art. 8 CP, puesto que estaríamos ante un concurso de leyes entre los dos fundamentos agravatorios, cubriendo la aplicación de uno solo de ellos el desvalor del injusto, cuyo bien jurídico sería el interés legítimo del Estado en el esclarecimiento y persecución de los hechos delictivos⁹⁸; máxime de los que entrañan tal gravedad. Ello se deduce fácilmente de la redacción del art. 139.1.4^a, pero esa sencillez no se destila de la redacción del art. 140.1.2^a. La conclusión sobre ese bien jurídico que posibilita un espacio del injusto común debe extraerse considerando que el desvalor vertido sobre las acciones contra la libertad e indemnidad sexuales ya se produce con la aplicación (con la concurrencia pertinente de concursos, si procediere) de los tipos que específicamente castigan estas acciones, estando reservado el elemento hipercualificador aludido a desvalorar ese daño a la labor persecutoria penal del Estado (a la vez que el legislador pretendía introducir el citado desincentivo al homicidio tras el ataque sexual).

En este caso, entiendo que es aplicable el criterio de especialidad fijado en el art. 8.1, puesto que la mención del art. 140.1.2.^a CP hace referencia a una tipología de delitos tan específica como son los relativos a la libertad sexual (entendiéndose, como dijimos y por interpretación sistemática, también los relativos a la indemnidad sexual), recogidos en el Título VIII

96. Álvarez García y Ventura Püschel critican con acierto que hubiera resultado más coherente, bajo la lógica que emplea el legislador construir una agravación por homicidio "acompañante" al delito sexual de que se trate, puesto que con la actual redacción (y como sucede en el caso citado que sucedió posteriormente a la emisión de esta crítica doctrinal) no reciben, inexplicablemente, esa agravación las conductas homicidas coincidentes en el tiempo con las atentatorias sexuales. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos contra" (...) op. cit., pp. 322-323.

97. En ese mismo sentido y, como hemos dicho, con anterioridad al proceso penal aludido a título ejemplificativo, vid. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos contra" (...) op. cit., pp. 323-324.

98. En ese sentido, vid. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos contra" (...) op. cit., p. 329.

del Libro Segundo del Código penal, mientras que el art. 139.1.4^a CP efectúa una referencia genérica (la evitación del descubrimiento de “otro delito”) en la que no concreta tipologías delictivas.

2.2.5. Cualificación por pertenencia a un grupo u organización criminal

El art. 140.1.3^a CP hipercualifica el asesinato cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. Cómo notas interpretativas en clave sistemática, conviene apuntar que este asesinato debe ser necesariamente cometido en el marco de la actividad delictiva del grupo u organización criminal⁹⁹, radicando la razón de ser de ésta en la comisión de esta tipología de delitos, pues la ratio de la agravación estriba en la supuesta peligrosidad que para el bien jurídico en cuestión, la vida, supone la grupalidad criminal proclive a conculcarla¹⁰⁰.

También en estos casos puede acaecer fácilmente un concurso de leyes si estamos ante sujetos activos considerables como “sicarios” o, en definitiva, miembros de una organización criminal que realiza homicidios a encargo, con el fin de obtener una contraprestación de carácter patrimonial o guiados por alguna promesa con resultado favorecedor para la organización o grupo criminal. Aquí consideramos aplicable por especialidad (art. 8.1^a CP) el art. 140.1.3^a, puesto que la pertenencia a una organización o grupo criminal comporta una especificidad conductual de mucho mayor calado del que se desprende en la mención relativa al precio, recompensa o promesa¹⁰¹.

2.2.6. Hipercualificación por comisión de asesinatos “en serie”

La última de las hipercualificaciones a tratar es la fijada en el art. 140.2 CP, que concurrirá cuando al reo de asesinato se le condenara por la muerte de más de dos personas, implicando ello el

99. Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *La reforma del Código Penal de 2015: conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, La Ley, Madrid, 2015, p. 159.*

100. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.; *Derecho penal español, Parte especial, Tirant, Valencia, 2015, p. 40.*

101. Para ubicar los conceptos de organización criminal y grupo criminal, nos remitimos en primer lugar al art. 570 bis CP, que estipula que organización criminal es la conformada por dos o más personas que, de manera estable o por tiempo indefinido, actúan con base a los principios de concertación y coordinación, repartiéndose las funciones o quehaceres con el propósito de

salto punitivo que recae en la prisión permanente revisable. Aunque el tenor literal del artículo para evocar a esa figura, el articulado de la legislación penal española no recoge nominalmente un concepto de asesinato “en serie”. No obstante la redacción del tipo del art. 140.2 CP está fuertemente inspirada en tal concepto, y así lo corrobora la mención literal de tal expresión en el preámbulo de la LO 1/2015, en su décimo apartado, refiriéndose al castigo con prisión permanente revisable de “asesinatos reiterados o cometidos en serie”¹⁰². Huelga destacar que éste es un concepto, como advierte Muñoz Conde, que todavía no cuenta con unos contornos criminológicos claramente delimitados que hacen difícil su transposición en Derecho positivo¹⁰³. Entiendo que su contemplación viene impulsada por la reacción social alarmista descrita en el primer epígrafe de este trabajo, satisfaciendo una demanda de endurecimiento punitivo bajo la que subyace una representación mitologizada de este tipo de criminales, los asesinos múltiples, en la que influye fuertemente la caracterización malévol y destructiva de estos sujetos en la literatura y cine contemporáneos, anidada de forma permanente en el imaginario colectivo¹⁰⁴.

cometer delitos (Cfr. GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios al Código penal español, (...) op. cit., p. 1865 y ss.*)

Los grupos criminales se definen de manera subsidiaria en el art. 570 ter CP como la unión de tres o más personas que, sin reunir una o varias de las características de la organización criminal definida en el art. 570 bis CP, tenga por objeto la perpetración concertada de delitos (CUERDA ARNAU, M. L.; *Derecho penal. Parte especial, Tirant, Valencia, 2016, p. 712 (Cap.: Delitos contra el orden público). Igualmente, hemos de tener en cuenta la conceptualización referida por García Albero de grupo criminal como mera unión de sujetos no estable pero con relativa permanencia, y dotada de una estructura elemental, entre más de dos personas con el propósito de delinquir. Tal autor señala precisamente las notas diferenciales del concepto grupo criminal, para delimitarlo en el espacio intermedio que ocupa entre la organización criminal y la conspiración para delinquir. Respecto a su cercanía con la organización criminal, se requiere una “relativa permanencia” de la unión frente a estabilidad de la organización, y “cierta estructura” en la misma, aunque sea elemental, frente a la complejidad organizativa de la organización. En lo que atañe a su distinción con la conspiración para delinquir, señala éste autor que la unión no se agotará en la “puntal y concreta realización de un solo hecho a cuyo único servicio se articula el concierto criminal” (GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios al Código penal español, (...) op. cit., pp. 1865 y ss.*)*

102. Vid. MORALES PRATS, F. “Art. 139”, (...) op. cit., p. 988.

103. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho penal: parte especial (...) op. cit., pp. 56-57.*

104. HERRERO CECILIA, J.; “El fenómeno del asesino en serie como suceso y como comentario mítico-biográfico en el discurso de la prensa”; *Espéculo: Revista de Estudios Literarios, 2009; Texto unitario sin paginación.*

La redacción de esta hipercualificación es muy problemática. Parece que no se cierra la puerta a que puedan desvalorarse homicidios o asesinatos castigados en condenas anteriores del reo de cara a la conducta enjuiciada en el presente, a efectos de subsumirse en el art. 140.2 CP, lo cual plantearía problemas con el principio de proporcionalidad y relativos al *ne bis in idem*. Los principios de lesividad y proporcionalidad se verían gravemente conculcados con una aplicación de esta hiperagravación a partir de un solo asesinato al que se sumara el enjuiciamiento concurrente de al menos otros dos delitos contra la vida como pudieran ser homicidios en su tipo básico, o incluso imprudentes (pues la mención relativa a que el reo de asesinato “hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas” parece no cerrar la puerta, en una interpretación literal, a ese tipo de situaciones). Es por ello que tales interpretaciones literales deben excluirse por asignar una pena clarísimamente desproporcionada en cuanto al desvalor de la acción en cuestión y el rango de antijuridicidad a partir del cual se predispone prever esa pena en el resto de preceptos, debiendo valorarse a efectos del precepto solamente los homicidios dolosos¹⁰⁵.

También interesa matizar las modalidades de concurrencia fáctica de las acciones punibles. En ese sentido, son acertadas las consideraciones de Goyena Huerta respecto a que el ámbito de aplicación del art. 140.2 CP engloba solamente a muertes producidas a través de una pluralidad de acciones (concurso real) y no de una sola acción (concurso ideal)¹⁰⁶, en tanto la exposición de motivos alude a un término que semánticamente implica la consecución de acciones subsiguientes unas a otras: la reiteración de los asesinatos (“asesinatos reiterados o cometidos en serie”).

La valoración de condenas por asesinatos anteriores, estando actualmente, además, ante una pena de tan excepcional gravedad, no es válida tampoco conforme al principio de proporcionalidad, pues se estarían enjuiciando para lograr una hiperagravación punitiva una misma identidad de sujeto, hechos y fundamentos ya desvalorados y punidos previamente, incurriendo palmariamente en bis in ídem que conllevaría en la práctica una agudización punitiva sin parangón.

105. Vid. GOYENA HUERTA, J. “Artículo 140”, en GÓMEZ TOMILLO, M. y BLANCO CORDERO, I. *Comentarios prácticos* (...) op. cit., p. 64.

106. Cfr. GOYENA HUERTA, J. “Artículo 140” (...) op. cit., p. 63.

El Consejo General del Poder Judicial, en su “Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal”, de 13 de diciembre de 2012, también se mostraba crítico con la vaguedad del precepto en cuestión, advirtiendo la posibilidad de aplicarse por su tenor literal sobre situaciones en las que sería desproporcionada con vistas a la “excepcional pena que establece”, recomendando establecer unos contornos típicos más taxativos¹⁰⁷; cuestión que fue desoída por el legislador.

La interpretación más restrictiva del precepto sería la adecuada para salvar las colisiones con los principios referidos¹⁰⁸, con lo que solo concurrirá su apreciación cuando siendo asesinato una de las muertes consideradas, al menos otras dos sean constitutivas de homicidio doloso, requiriéndose que todo ello sea enjuiciado y plasmado en una misma condena¹⁰⁹, sin caber la remisión a condenas anteriores que ciernen la sombra de un Derecho penal de autor¹¹⁰ en el que se incorporara un juicio permanente, imprescriptible y redundante sobre la vida y miserias de determinados sujetos.

CONCLUSIONES

A lo largo del análisis sobre todos los preceptos aludidos y correspondiente crítica, se ha podido comprobar la irreflexión que arrastra la normativa en cuestión. Incluso compartiendo la *ratio legis* del legislador de 2015, las deficiencias de técnica legislativa nos sitúan ante agravios comparativos a nivel penológico e imposibilidad de aplicar ciertos tipos que sospecho que ni siquiera el promotor de la mentada modificación legal deseaba.

Esta regulación es desplegada por el legislador de forma oportunista, pues éste ha buscado

107. A ese criterio se adhieren Álvarez García y Ventura Püschel, cfr. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra” (...) op. cit., p. 331.

108. En ese mismo sentido, vid. MORALES PRATS, F. “Art. 139” (...) op. cit., p. 985.

109. En ese mismo sentido, vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “Del homicidio” y sus formas” (...) op. cit., p. 471.

110. Sobre la cristalización del Derecho penal de autor sobre delincuentes violentos, sexuales o terroristas, vid. Díez Ripollés, J. L. “El abuso del sistema penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 19, 2017, p. 12 y ss.

obtener réditos electorales utilizando la reacción social que genera cierta criminalidad violenta como legitimación para una pena cuyo sentido, meramente simbólico, radica en el contentamiento de la heterogénea masa popular que clama tan furiosa como fugazmente por la reincorporación de la “Ley del Talión” como eje político-criminal.

La deriva autoritaria que aqueja la política criminal cuestionada se obceca en la sistemática exasperación punitiva y abandona consideraciones referentes a los más básicos postulados de un ejercicio y creación del ius puniendi sujeto a los principios y garantías de índole constitucional que vinculan a un Derecho penal garantista ajustado al vigente texto constitucional en España, como es la desafección legislativa por someter la inserción de nuevos tipos al postulado esencial de la afectación a bienes jurídicos.

Por todo lo expuesto, urge la modificación y reencauzamiento garantista de estos tipos penales que tan lamentable involución han sufrido recientemente, máxime si tenemos en cuenta que las actuales tendencias legislativas llevadas a cabo por otros grupos parlamentarios parecen perseverar en la intervención penal simbólica como anodino instrumento de política. El ius puniendi parece desplegarse para cuantos fines se pretenda¹¹¹, salvo, paradójicamente, los

impopulares que tradicionalmente han estado ligados a un Derecho penal garantista en armonía con la Constitución y valores fundamentales del ordenamiento.

Corresponde a la academia jurídico-penal y demás investigadores en criminología el cuestionamiento crítico de tales situaciones, no sólo procurando un mensaje unidireccional hacia las clases políticas y legislador explicando la necesidad de la derogación de esta caótica normativa, sino desmontando frente a la opinión pública todos los prejuicios y mitos que subyacen a este autoritarismo efectista que late en la analizada regulación, consagrando la excepcionalidad jurídica y la estricta exclusión social¹¹² en penas tan abyectas como la prisión temporalmente indefinida, sin aportar fundamento empírico y teórico alguno. No obstante, tal empresa se verá obstaculizada en tanto el “altavoz mediático” sea ostentado y monopolizado en favor de intereses electoralistas, difundiéndose visión parcializada y populista de los más graves fenómenos criminológicos y sus implicaciones. Entre tanto, la labor del penalista seguirá basándose en la impopular labor crítica desempeñada en contestación de los excesos legislativos y la facilitación del cada vez más trabajo del operador jurídico que dota de significación práctica el desatino permanente y difícilmente revisable que habitúa el creador de la norma.

111. Ejemplo de ello es la recentísima LO 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente. En esta disposición se desvaloriza una cuestión insólita: la “la maldad intrínseca (sic) en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido”. Esta suerte de bien jurídico (pues discrepo en que pueda ser denominado como tal, por sus porosidades incontestablemente morales) viene a fundamentar la intervención penal ex post al daño exteriorizable y valorable con rigor, que es el causado sobre la vida humana ya perdida. Nuevamente los prejuicios morales y empleo simbólico del Derecho penal gana terreno a la coherencia teórica y empírica.

112. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “El abuso” del sistema penal” (...) op. cit., pp. 19-20.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, M. (2015). La Reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015. Cuadernos de política criminal, (117), 5-49.
- Antón, J. (1986). Derecho penal. Madrid: Akal.
- ----- J. (1970). El Código penal de 1870. Anuario de derecho penal y ciencias penales, (23), 229-252.
- Arroyo, L.; Lascuraín, J.A.; Pérez, M. y Rodríguez, C. (2016). Contra la cadena perpetua. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Bacigalupo, E. (1999). Los Delitos de homicidio. Bogotá: Temis.
- Berdugo, I.; Demetrio, E. y Rodríguez, A. (2016). Curso de derecho penal. Barcelona: Experiencia.
- Botella, J. y García, M (2009). Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España. Valencia: Tirant lo Blanch. Cámara, S. (2016) Crónica y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española (2012-2015). Revista Aranzadi Doctrinal, (4), 231 - 272.
- ----- (2015). La más criminal de las políticas: La revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España). La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, (116).
- Cámara, S. y Fernández, D. (2016). La prisión permanente revisable: el ocaso del humanismo penal y penitenciario. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- Cancio, M. (2013). La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal. Diario La Ley, (8175).
- Cervelló, V. (2015). Prisión perpetua y de larga duración: Régimen jurídico de la prisión permanente revisable. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cuenca, M. J. (2016) Problemas interpretativos y de "non bis in idem" suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato. Cuadernos de política criminal, (118).
- Cuerda, A. (2011). La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España. Barcelona: Atelier.
- Cussac, J.; Matallín, A. y Górriz, E. (2015). Comentarios a la reforma del código penal de 2015. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Del Carpio, J. (2013). "La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español", Revista penal México, (5), 89 - 108.
- Díez, J. (2017). El abuso del sistema penal, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, (19)
- Fernández, L. y Nistal, J. (2016.) Derecho penitenciario. Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GEPC. Grupo de Estudios de Política Criminal. (2018). Manifiesto contra la cadena perpetua. Crítica Penal y Poder, (14), 1 - 8. Recuperado de: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/viewFile/21839/23512>
- Gimbernat, E. (1998). Concepto y método de la ciencia del derecho penal. Madrid: Tecnos
- Gimbernat, E. (2018). Contra la prisión permanente revisable. El Mundo p. 19.
- Gómez, M. y Blanco, I. (2015). Comentarios prácticos al Código penal: Artículos 138-233. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.C
- Herrero, C. (2009). El fenómeno del asesino en serie como suceso y como comentario mítico-biográfico en el discurso de la prensa", Espéculo: Revista de Estudios Literarios, (43)
- Hidalgo, S. (2013). Estudio jurídico-social sobre la prisión permanente revisable en España., La Toga, (187), 18-20.

- Juanatey; C. (2012). Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 15 (65), 127 - 153.
 - Kury, H. (2001). Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas? En: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho.
 - Lamarca, C. (2008). Sobre los delitos de homicidio y asesinato. La ley penal, (50), 5-18.
 - Lascurain, J.; Pérez, M.; Alcácer, R.; Arroyo, L.; de León, J. y Martínez, L. (2016) Dictamen sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
 - López, C. (2018). Más motivos para derogar la prisión permanente revisable. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 20 (30), 1 - 49.
 - Maraver, N. L. (2015). Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal. Madrid: Dykinson.
 - Martos, J. A. (2017). El delito de asesinato: análisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal. Barcelona: José María Bosch Editor.
 - Morales, F; Tamarit, J. P. y García, R. (2018). Represión penal y estado de derecho: Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares. Navarra: Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
 - Muñoz, F. (2017.) Derecho penal: parte especial, Valencia: Tirant lo Blanch.
 - Núñez, M. (2007). Omisión impropia y Derecho Penal (acerca del artículo 11 del Código Penal español). Revista penal, (20), 141 - 153.
 - Núñez, M. y Roxin, C. (2016). Interrupción voluntaria de la vida humana. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - Pantaleón, M. y Sobejano, N. (2016). El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: La propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, (29), 213 - 237.
 - Peñaranda, E. (2016). Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código penal. En: Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
 - Quintero, G. (2015). Comentario a la reforma penal de 2015. Navarra Cizur Menor: Aranzadi Thompson.
 - Quintero, G. (2015.) Comentario a la reforma penal de 2015. Navarra Cizur Menor: Aranzadi Thompson.
 - Quintero, G. y Morales, F. (2016). Comentarios al Código Penal Español. Navarra Cizur Menor: Aranzadi
 - Rodríguez, J. M. y Serrano, A. (1994.) Derecho penal español. Madrid: Dykinson.
 - Ríos, J. C. (2016). La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad. San Sebastián: Gakoa.
 - Roxin, C. (2014). Derecho penal: parte general. Madrid: Civitas.
 - Sáez, C. (2013). Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español. Revista para el Análisis del Derecho, (2), 1 - 26.
 - Serrano, A. y Serrano, M. I. (2017). Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación. Madrid: Dykinson.
 - Sáez, C. y Ríos, J. C. (2014). Del origen al fin de la doctrina Parot”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, (3), 1 - 43.
- Disposiciones normativas**
- Código Penal español de 1848. <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>
 - Código Penal español de 1928. Gaceta de Madrid. Núm. 257, 13 de septiembre de 1928, p. 1453: <https://www.boe.es/datos/>

- pdfs/BOE/1928/257/A01450-01526.pdf
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, p. 33987. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>
 - Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>
 - Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440>
 - Strafgesetzbuch (StGB) § 211 Mord. https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_211.html
- Documentación parlamentaria:**
- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 146; 11 de marzo de 2010; intervención de Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F., (Grupo parlamentario popular). Fuente: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_146.PDF P. 30
 - Proyecto de Ley, 18 de marzo de 2010, Núm. 52-9. ENMIENDAS E ÍNDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO -121/000052- Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. ENMIENDA NÚM. 384; FIRMANTE: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF
 - Congreso de los Diputados, serie A, núm. 52-9, de 18/03/2010. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF
 - Anteproyecto de reforma del Código penal de 16 de julio de 2012. <http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf>
 - Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, de 4 de octubre de 2013, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF
 - GARCÍA, M. (2014). Intervención en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 18/02/2014, en las Comparecencias para informar en relación con el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-503.PDF#page=33;
- Índice de sentencias**
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos**
- STEDH de 10 de julio de 2012, caso del Río Prada contra España. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112108>
 - STEDH de 21 de octubre de 2013, caso del Río Prada contra España. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128164STS>
- Tribunal Supremo**
- STS 459/2018 de 10 de octubre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8533727&links=&optimize=20181016&publicinterface=true>
 - STS 64/2012, de 27 de enero. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6292727&links=&optimize=20120305&publicinterface=true>
 - STS 196/1995 de 4 diciembre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3201090&statsQueryId=103932574&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20030808&publicinterface=true>
 - STS 462/1996 de 16 mayo. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3126469&statsQueryId=103932569&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20030808&publicinterface=true>

- timize=20031003&publicinterface=true
- STS 86/1998 de 15 de abril. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3143917&statsQueryId=103961544&calledfrom=searchresults&links=%2286%2F1998%22&optimize=20030918&publicinterface=true>
 - STS 990/1999 de 19 junio. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3098161&statsQueryId=103932520&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20031011&publicinterface=true>
 - STS 4356/1999 de 23 de octubre de 2001. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2262620&links=%224356%2F1999%22&optimize=20040614&publicinterface=true>
 - SSTS 185/2000 de 19 de febrero de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3203489&statsQueryId=103963031&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20030808&publicinterface=true>
 - STS. 178/2001 de 13 de febrero. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3203487&links=%22178%2F2001%22&optimize=20030808&publicinterface=true>
 - STS 2389/2001 de 14 de diciembre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2948432&statsQueryId=104081730&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20031203&publicinterface=true>
 - STS 1866/2002 de 7 de noviembre <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2948950&links=%22%201866%2F2002%22&optimize=20031203&publicinterface=true>
 - STS 49/2004, 22 de enero. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2610189&links=%2249%2F2004%22&optimize=20040319&publicinterface=true>
 - STS 1284/2009 de 10 de diciembre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5017743&statsQueryId=103961496&calledfrom=searchresults&links=%221284%2F2009%20%22&optimize=20100128&publicinterface=true>
 - STS 16/2012 de 20 de enero. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6266510&statsQueryId=103961403&calledfrom=searchresults&links=%2216%2F2012%22&optimize=20120213&publicinterface=true>
 - STS 889/2012, de 15 de noviembre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6575804&statsQueryId=104082509&calledfrom=searchresults&links=%22889%2F2012%22&optimize=20121217&publicinterface=true>
 - STS 62/2013 de 29 de enero. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6622693&links=%22%2010145%2F2012%22&optimize=20130207&publicinterface=true>
 - STS 1037/2013, de 27 de diciembre. <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/a29b130313df3ad6>
 - STS 83/2015, de 13 de febrero. www.poderjudicial.es/search/openDocument/9b62f1fd0b0c17bc
 - STS 231/2017, de 4 de abril. www.poderjudicial.es/search/openDocument/da7131773cd0b676
 - STS 290/2017, de 24 de abril. www.poderjudicial.es/search/openDocument/857e345af650b198

- STS 719/2016 de 27 de septiembre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7830890&links=%22719%2F2016%22&optimize=20161005&publicinterface=true>
 - STS 80/2017 de diez de febrero, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7940554&statsQueryId=103932149&calledfrom=searchresults&links=constitucionalmente%20indefensos&optimize=20170222&publicinterface=true>
 - STS 472/2018 de 17 de octubre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8545888&statsQueryId=103996720&calledfrom=searchresults&links=%22472%2F2018%22&optimize=20181024&publicinterface=true>
 - STS 696/2018 de 26 de diciembre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8624355&statsQueryId=103957905&calledfrom=searchresults&links=alevos%C3%ADa%20convivencial&optimize=20190122&publicinterface=true>
 - Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales
 - SAP de Sevilla de 24 de marzo 2012. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=5894675&links=&optimize=20110328&publicinterface=true>
 - STSJ de Andalucía de 12 de diciembre de 2017 <http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/9c02645c86618051c13003b2ec45c8c4a430af12696ec75c>
 - SAP de Vitoria-Gasteiz 278/2018 de 25 de septiembre. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8580390&statsQueryId=103987343&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20181122&publicinterface=true>
- Noticias en medios de comunicación y otros enlaces:**
- Las fuerzas políticas recuerdan la "inconstitucionalidad" de la cadena perpetua. Recuperado de: RTVE, 18/02/2009 <http://www.rtve.es/noticias/20090218/fuerzas-politicas-recuerdan-inconstitucionalidad-cadena-perpetua/233787.shtml>
 - Miles de personas piden la cadena perpetua en Madrid. Portal web de El País, 22/02/2009, Recuperado de: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/02/22/videos/1235257201_870215.html
 - Zapatero dice al padre de Marta que trabaja para el cumplimiento íntegro de las penas. El País. 24/02/2009. Recuperado de http://elpais.com/elpais/2009/02/24/actualidad/1235467020_850215.html
 - Rajoy visita a los padres de Marta entre gritos de "cadena perpetua" y "justicia". Diario de Sevilla, 04/03/2009. Recuperado de: http://www.diariodesevilla.es/sevilla/Rajoy-Marta-cadena-perpetua-justicia_0_237876701.html
 - Rajoy promete a los padres de Marta del Castillo instaurar la "prisión permanente revisable". RTVE. 17/11/2010. Recuperado de: <http://www.rtve.es/noticias/20101117/rajoy-se-compromete-padres-marta-del-castilo-instaurar-prision-permanente-revisable/371981.shtml>
 - Los padres de Marta entregan 1,6 millones de firmas para la cadena perpetua. RTVE. 17/11/2010. Recuperado de: <http://www.rtve.es/noticias/20101117/padres-marta-del-castillo-entregan-congreso-16-millones-firmas-para-cadena-perpetua/371824.shtml>
 - La AVT protesta por el fin de la "doctrina Parot". RTVE. 27/10/2013. Recuperado de: <http://www.rtve.es/alacarta/videos/noticias-24-horas/avt-protesta-fin-doctrina-parot/2102324/>
 - La Abogacía Española reitera que la prisión permanente revisable es inconstitucional.

- Consejo General de la Abogacía Española. 22 /01/2015. Recuperado de: <https://www.abogacia.es/2015/01/22/la-abogacia-espanola-reitera-que-la-prision-permanente-revisable-es-inconstitucional/>
- Ruth Ortiz sobre José Bretón "Me gustaría que se muriera quemado como mis hijos, sería un alivio". El Mundo. 10/10/2016. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/andalucia/2016/10/07/57f7761146163ff1258b46e2.html>
 - Comunicado JJpD contra la prisión permanente revisable. Jueces y Juezas para la Democracia. 7/02/2018. Recuperado de: <http://www.juecesdemocracia.es/2018/02/07/comunicado-jjpd-la-prision-permanente-revisable/>
 - GIMBERNAT, E. Contra la prisión permanente revisable. El Mundo, 29 de junio de 2018. Recuperado de: <https://www.elmundo.es/opinion/2018/06/29/5b34c04a268e3e9f3e8b4775.html>
 - ETA mató por última vez en Mallorca. Diario de Mallorca. 17/03/2019. Recuperado de: <https://www.diariodemallorca.es/mallorca/2017/03/17/palmanova-ultimo-atentado-mortal-eta/1198590.html>
 - ¿Por qué al Cuco no le duran los abogados defensores?. El Mundo. 08/03/2019. Recuperado de: https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-cuco-no-duran-abogados-defensores-201903071202_noticia.html
- Fuentes estadísticas**
- Intentional homicides. (2016). Police-recorded offences per 100 000 inhabitants, Eurostat. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Intentional_homicides,_2016_\(police-recorded_offences_per_100_000_inhabitants\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Intentional_homicides,_2016_(police-recorded_offences_per_100_000_inhabitants).png)
 - Instituto Nacional de Estadística. www.ine.es

DERECHO NATURAL DE ASOCIACIÓN EN LA FIGURA DE LA COALICIÓN ELECTORAL EN MÉXICO*

NATURAL RIGHT OF ASSOCIATION IN THE ELECTORAL COALITION FIGURE IN MEXICO

DIREITO NATURAL DE ASSOCIAÇÃO NA FIGURA DA COLIGAÇÃO ELEITORAL NO MÉXICO

Gabriela Aguado Romero^a
aguadogabriela@hotmail.com

Fecha de recepción: diciembre 03 de 2018
Fecha de revisión: enero 28 de 2019
Fecha de aceptación: marzo 08 de 2019

RESUMEN

La asociación como derecho natural, y llevada a la práctica como un derecho político-electoral, es el punto en el cual los ciudadanos y el Estado se vinculan entre sí, ya que permite a los individuos autorizados para ello participar e intervenir en los asuntos políticos del país y alcanzar los fines comunes por una unión de fuerzas. El derecho de asociación en materia político-electoral ha ido evolucionando como un derecho natural de contenido progresivo¹, el objetivo de asociarse en materia política es la protección de los derechos y resistirse a la opresión, sin embargo aún cuando se reconoce que el derecho de

Para citar este artículo:
Aguado, G. (2019). Derecho natural de asociación en la figura de la coalición electoral en México. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 197 - 211.

1. Al respecto, cabe recordar los principios de los derechos humanos consagrados a nivel nacional dentro del artículo 1º Constitucional: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

* Artículo de reflexión.

a. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro, México. Profesora e investigadora de tiempo completo de la Facultad de Derecho (UAQ), con Reconocimiento Perfil Deseable PRODEP, integrante del Cuerpo Académico Consolidado "Derechos humanos y globalización" Facultad de Derecho (UAQ), miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3733-6459>

asociación o de reunión no se puede coartar; se analiza que ciertas variantes determinadas en la figura de la coalición ofrecen ventajas y desventajas, pues sus límites y conciliación con otros derechos conlleva a oportunos señalamientos.

PALABRAS CLAVE

Derecho natural, asociación, coalición, política.

RESUMO

A associação como direito natural, e colocada em prática como direito político eleitoral, é o ponto em que os cidadãos e o Estado se articulam, pois permite que indivíduos autorizados participem e intervenham nos assuntos políticos do país e alcançar objetivos comuns por uma união de forças. O direito de associação em questões político eleitoral vem evoluindo como um direito natural de conteúdo progressista, mas o objetivo de associar-se a questões políticas é a proteção de direitos e a resistência à opressão, mesmo quando se reconhece que o direito de associação ou reunião não pode ser reduzido, analisa-se que certas variantes determinadas na figura da coligação oferecer vantagens e desvantagens porque os seus limites e conciliação com outros direitos levam a observações oportunas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito natural, associação, coligação, política.

ABSTRACT

The association as a natural right, when put into practice as a political-electoral right is the stage in which the citizens and the State connect with each other because it allows the individuals authorized to do so to participate and intervene in the political affairs of the country and to achieve common goals by joining forces. The right to association in political-electoral matters has been evolving as a natural right of progressive content⁴, the aim of associating in political matters is for the protection of rights and to resist oppression. Nevertheless, even when it is known that the right to associate or to assembly can not be restricted it is observed that certain variants that are determined in the figure of coalition offer advantages and disadvantages since their limits and conciliation with other rights lead to appropriate remarks.

KEY WORDS

Natural right; association; coalition; politics.

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de la presente investigación es evidenciar mediante un estudio analítico, que la forma en la que se encuentra regulado el derecho de asociación y reunión en México, da lugar a que el derecho de asociación en materia política, y en específico, en la figura de la coalición se preste a confusiones, ya que al no ofrecer una clara delimitación, se tienen considerables desventajas consecuencia del ejercicio del mismo, pues al no considerar sus límites y conciliación con otros derechos, conlleva a contradicciones y por lo tanto se desvirtúa la finalidad del ejercicio del derecho humano de asociación, que en materia política tiene como fin la protección de derechos y resistencia a la opresión, así como lograr fines comunes a partir de la unión de fuerzas. Las formas más elaboradas de asociación del ser humano, siempre requerirán de una mayor delimitación de la manera en que son puestas en práctica y por tanto, será siempre necesario establecer un ordenamiento jurídico como elemento indispensable en un Estado de Derecho, si queremos justificar su existencia conforme al derecho natural, solo basta recordar que el hombre naturalmente usa su razón y la plasma formalmente en una norma como una figura de protección para prevenir futuras conductas contrarias al objetivo que busca alcanzar.

La figura de la asociación tiene su fundamento en el derecho natural, ya que la propia experiencia del ser humano le ha llevado a distinguir el resultado de un trabajo individual al de un trabajo colectivo; la razón, como la capacidad humana para establecer relaciones entre ideas y hechos, da lugar a que el hombre busque agruparse con sus semejantes para alcanzar sus objetivos propuestos. Esta figura establecida en la norma como una libertad subjetiva pública conocida como “el derecho de asociación”, se protege sin más limitaciones que las que le impone el propio orden social.

Para efectos de contextualizar el presente trabajo, mencionaremos los principales instrumentos dentro de los cuales se reconoce el derecho en estudio. Para realizar lo anterior, partiremos del ámbito de reconocimiento internacional de carácter universal, posteriormente el ámbito de reconocimiento regional y por último el ámbito nacional.

A nivel internacional, encontramos diversos instrumentos universales que reconocen el derecho de asociación:

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas".

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos lo dispone en el artículo 21, al establecer que "...toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses".

Dentro del ámbito regional, encontramos los siguientes instrumentos:

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 que, en su artículo XXII, dispone que "toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en 1969 en San José, Costa Rica, señala en su artículo 16, numeral 1, que: "Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole."

En México, este derecho ha sido reconocido por nuestro ordenamiento nacional a partir de la Constitución de 1857, que lo disponía de la siguiente manera: "Artículo 9.- A nadie se le puede coartar el derecho de asociarse o de reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República pueden hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país" (Suárez y Jiménez, 1994: 25).

Posteriormente, fue consagrado en la Constitución de 1917², quedando previsto (dentro del mismo numeral), primero como garantía

2. Cabe señalar que desde la publicación de la Constitución de 1917, dicho artículo ha formado parte de los 22 artículos que no han sufrido reforma alguna hasta la fecha. Información obtenida de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.art.htm>

individual y actualmente como derecho humano. A partir de la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, el alcance del derecho de asociación se amplía a las personas (como género), quedando comprendidas con esto, tanto a las personas físicas como a las personas jurídico colectivas.

Por otro lado y desde un marco político electoral podemos decir que el derecho de asociación se encuentra regulado actualmente en la Ley General de Partidos Políticos y la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, sin embargo, su antecedente más remoto, lo encontramos en la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de 1977, que definía a las asociaciones políticas como: "formas de agrupaciones políticas, susceptibles de transformarse conjunta o separadamente en partidos políticos, que contribuyen al desarrollo de una opinión política mejor informada y con mayor densidad ideológica".

Una vez contextualizado el marco normativo del derecho de asociación, lo analizaremos a partir del derecho natural, para posteriormente reconstruir su aplicación político electoral, a partir de la figura de las agrupaciones o asociaciones políticas nacionales. Realizaremos una breve revisión del ordenamiento jurídico mexicano que prevé el derecho político a las coaliciones electorales, realizando un análisis de su definición y poniendo a discusión los principios políticos y filosóficos de la asociación como un derecho natural; por último, señalaremos las ventajas y desventajas de estas variantes del derecho de asociación.

Este análisis pretende reflexionar sobre el derecho de asociación y la coalición como una figura social y política, además de exponer resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica.

1. DERECHO NATURAL DE ASOCIACIÓN

El hombre ha desarrollado la figura de la asociación desde su propia naturaleza humana, la racionalidad obliga a entender que necesitamos de los demás para sobrevivir y la asociación es una manifestación de la necesidad humana a la vida social, a la coordinación y a la cooperación. Ya Aristóteles, citado por Amadeo, decía que

(...) el hombre es un ser sociable por naturaleza... La vida social es un imperioso mandato de la naturaleza. El primero que fundó una asociación pacífica hizo a la humanidad el mayor de los beneficios; porque si el hombre, perfeccionado por la sociedad, es el primero de los animales, es también el último cuando vive sin leyes y sin justicia, (Amadeo, 1922: 21).

De manera muy general podemos afirmar que se da la asociación siempre que un número de personas se unen jurídicamente para un fin común, pues asociarse no significa otra cosa que juntarse para lograr un resultado que de manera individual es imposible o más complicado alcanzarlo. Siendo la asociación, una institución natural que sirve al hombre para complementarse, pues la propia individualidad del ser humano le impide alcanzar objetivos y metas que se vuelven más viables y posibles en el momento en que se da una cooperación de fuerzas, que solo se logra por la unión y la conformación de un conjunto de seres humanos.

La disposición a la vida social, característica de la parte espiritual del hombre, facilita la agrupación, ya que la propia historia del hombre desde sus inicios nos demuestra que es un medio para superar sus posibilidades individuales frente a la ambición de concretar proyectos más complejos de progreso espiritual y material, logrando así llevar a cabo sus mayores empresas.

Podemos señalar a la familia como la primera agrupación (que se reconoce desde la prehistoria como el clan). De esta primera estructura social, habrán de derivarse otros tipos de asociación, diversas en concordancia con sus fines.

La asociación constituye, pues, un resorte del dinamismo de los seres humanos en su camino incesante hacia el progreso, en ese avance constante, la humanidad sigue hasta la implantación de sus ideales; pero es, al mismo tiempo, un fenómeno que aparece en provecho del individuo, un medio natural destinado a protegerlo y desarrollarlo (Núñez, 2011: 52).

Los resultados, consecuencia de la asociación, son los que motivan al hombre a continuar fomentándola, pues consigue resultados que de otro modo serían irrealizables o también su propia experiencia le demuestra que puede alcanzar resultados con mayor facilidad y eficacia, pues aun en cuestiones tan sencillas

como levantar una roca, pudo experimentar que las fuerzas unidas de varios hombres dan un resultado mayor que la fuerza singular, y en algunos casos muchos fines no pueden alcanzarse sin la combinación de las fuerzas.

El hombre se encontró con que su fin individual no necesariamente era ajeno o diverso al de otros hombres, al socializar comprobó que la asociación despliega una actividad más sencilla y más fuerte en la consecución de fines comunes, por esto se le concede gran importancia al fenómeno asociativo y justifican su importancia como instrumento natural de colaboración en las actividades, conjugando inteligencias en la consecución de fines.

Sin embargo, estas asociaciones han tomado diversas formas y se han hecho tan complejas como el propio ser humano ha necesitado conformarlas.

A continuación, revisaremos algunas variantes de las formas de asociación o agrupaciones políticas nacionales y su alcance político-electoral. Estas organizaciones buscan a través de la asociación mejorar y defender las condiciones de los grupos que tienen diversas tendencias políticas o ideológicas, situación necesaria para la democracia de un país y el fortalecimiento de la sociedad. Las manifestaciones más conocidas del fenómeno asociativo son los partidos políticos, sin embargo, previo a su estudio revisaremos lo que son las agrupaciones políticas nacionales.

2. AGRUPACIONES POLÍTICAS NACIONALES

En materia político-electoral, la antesala de los partidos políticos son las agrupaciones políticas nacionales, de lo cual, surge el siguiente cuestionamiento ¿qué es una agrupación política?, para responder esta pregunta, revisamos el artículo 20 de la Ley General de Partidos Políticos que a la letra dispone: “Las agrupaciones políticas nacionales son formas de asociación ciudadana que coadyuvan al desarrollo de la vida democrática y de la cultura política, así como la creación de una opinión pública mejor informada.” Luego entonces podemos afirmar que éstas se presentan como una primer forma de asociación de los individuos, en ejercicio de una ciudadanía que los identifica y los lleva a conformar agrupaciones.

Las agrupaciones políticas nacionales no pueden utilizar las denominaciones de “partido o partido político”, pues como comentamos con antelación son una primer forma de asociación entre ciudadanos que tienen fines políticos, pero que solo podrán participar en procesos electorales federales, mediante acuerdos de participación con un partido político o coalición.

3. PARTIDOS POLÍTICOS

Previo a comenzar con el estudio de las coaliciones electorales, es menester saber qué es un partido político, ya que su definición tiene cierta influencia en el concepto de coalición política, como así lo dispone el artículo 21 de la citada ley: “Los partidos políticos y las asociaciones políticas nacionales podrán confederarse, aliarse o unirse con el fin de constituir coaliciones o frentes”, podemos ver que una forma de asociación se potencializa cuando crea nuevas uniones, buscando conforme al derecho natural alcanzar mayor fortaleza.

Gómez, piensa a la sociedad civil como el lugar en donde se hacen presentes y se desarrollan los conflictos económicos, sociales, ideológicos o religiosos que las instituciones estatales tienen la misión de resolver; la sociedad civil como grupo contrapuesto al Estado esta conformada por clases sociales o por agrupaciones, asociaciones y organizaciones que las representan, junto con los movimientos de clase y grupos de interés, sin embargo, los partidos políticos tienen un pie en la sociedad civil y otro en las instituciones, pues no pertenecen del todo a la sociedad civil ni al Estado (Gómez, 2013:44).

La definición del concepto estudiado, la podemos encontrar dentro, del artículo 3º de la Ley General de Partidos Políticos, que a la letra dispone:

Los partidos políticos son entidades de interés público con personalidad jurídica y patrimonio propios, con registro legal ante el Instituto Nacional Electoral o ante los Organismos Públicos Locales, y tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y, como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2015).

Para analizar el artículo mencionado, lo dividiremos en dos partes. En primer lugar, podemos observar que la ley refiere a los partidos políticos como “(...) entidades de interés público con personalidad jurídica y patrimonio propios, con registro legal ante el Instituto Nacional Electoral o ante los Órganos Públicos Locales (...)”. Este enunciado lo analizaremos desde tres puntos de vista:

- Los partidos políticos se ven como *entidades de una colectividad* considerada como una unidad, teniendo un interés en el bien común de la sociedad.
- Cuentan con la *capacidad* suficiente para hacer valer sus derechos y contraer obligaciones, generándose a través de actividades que requieren de determinada responsabilidad jurídica para su aplicación.
- Son *propietarios y administradores* de sus bienes inmuebles que son indispensables para el cumplimiento de sus fines y que estén debidamente inscritos ante el Instituto Nacional Electoral (en adelante INE).

La segunda parte a analizar, es la referente al fin que persiguen: “[...] tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y, como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público.”, esta parte refiere a los objetivos que persiguen los partidos políticos, dividiéndose para su análisis, en tres fines los cuales son:

- El *promover la participación* del pueblo en la vida democrática ayuda a tener una organización social más eficaz y productiva, para llegar a una cultura de paz y prosperidad
- *Contribuir a la integración de los órganos de representación política* a nivel, local, estatal y federal, estos puestos de representación son: diputados, senadores, presidentes municipales, gobernadores de Estados, presidente de la República, etc.
- El *acceso* de los ciudadanos a los órganos de representación política, como un derecho de los ciudadanos a votar en las elecciones po-

pulares, y poder ser votados para todos los cargos de elección popular³, sin distinción de sexo, raza, religión o ideas, esto en razón del principio de no discriminación que prevé el último párrafo del artículo 1º constitucional.

Para entrar al estudio de las coaliciones electorales, habremos de observar que actualmente en nuestro país, los partidos políticos han visto la necesidad de sumar esfuerzos con otros partidos. Como lo revisamos en el apartado “Derecho natural de asociación”, es la manera más viable de alcanzar uno de los fines antes mencionados, es decir, el acceso al poder⁴.

4. COALICIONES ELECTORALES

Podemos referir que la coalición electoral es una figura jurídica en materia electoral, que se crea a través de un convenio celebrado entre partidos políticos, cuando se asocian varios partidos políticos que tienen un interés público, político, jurídico y social en común, regulados por la Ley General de Partidos Políticos y la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Los partidos políticos podrán confederarse, aliarse o unirse con el fin de constituir coaliciones o frentes, como así lo establece el artículo 85 de la Ley General de Partidos Políticos, al establecer que:

(...) los partidos políticos podrán constituir frentes, para alcanzar objetivos políticos y sociales compartidos de índole no electoral, mediante acciones y estrategias específicas y comunes.

Los partidos y asociaciones que formen parte conservan su personalidad jurídica, registro e identidad; mientras que las coaliciones, se constituyen con fines electorales y tienen por objeto postular los mismos candidatos en las elecciones de presidente, senadores y de diputados de mayoría relativa y de representación proporcional.

De lo anterior, nos surge la siguiente interrogante ¿Cuál es la diferencia entre coalición y frente?, la diferencia entre uno y otro, radica

en que el derecho de asociación del “frente” no es para alcanzar un fin electoral, mientras que para la “coalición”, su derecho de asociación si se ejerce con ese objetivo.

Por su parte, el artículo 87 de la multicitada ley, prevé la figura de la coalición en los siguientes términos:

1. Los partidos políticos nacionales podrán formar coaliciones para las elecciones de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, así como de senadores y de diputados por el principio de mayoría relativa.
2. Los partidos políticos nacionales y locales podrán formar coaliciones para las elecciones de Gobernador, diputados a las legislaturas locales de mayoría relativa y ayuntamientos, así como de Jefe de Gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa de mayoría relativa y los titulares de los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal.

Como podemos ver las formas más elaboradas de asociación del ser humano, siempre darán lugar a una mayor delimitación de la manera en que son puestas en práctica y por tanto será siempre necesario establecer un ordenamiento jurídico como elemento indispensable en un Estado de Derecho, para efectos de la coalición esto se prevé en el artículo 12, párrafo segundo de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales:

El derecho de asociación de los partidos políticos en los procesos electorales a cargos de elección popular federal o local estará regulado por la Ley General de Partidos Políticos. Independientemente del tipo de elección, convenio de coalición y términos precisados en el mismo, cada uno de los partidos políticos aparecerá con su propio emblema en la boleta electoral, según la elección de que se trate; los votos se sumarán para el candidato de la coalición y contarán para cada uno de los partidos políticos para todos los efectos establecidos en esta Ley. En ningún caso se podrá transferir o distribuir votación mediante convenio de coalición (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2014).

Ordenamientos secuenciales y delimitativos cada uno de los mencionados con anterioridad, que, para justificar su existencia conforme al

3. Al respecto, remítase al artículo 35 fracción I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4. Para revisar la historia del marco jurídico de los partidos políticos en México, ver investigación de Corona, 2016.

derecho natural, solo basta recordar que el hombre naturalmente usa su razón y la plasma formalmente en una norma como una forma de protección para prevenir futuras conductas contrarias al objetivo que busca alcanzar.

Para que se forme una alianza preelectoral deben darse determinadas condiciones. La denominada hipótesis de la *desproporcionalidad* sostiene que es más probable que las alianzas surjan en los sistemas electorales desproporcionales si existen más de dos partidos políticos. El supuesto básico es que el sistema electoral tiene un considerable efecto en la formación de coaliciones y alianzas en el periodo preelectoral.

Los sistemas electorales de mayoría/pluralidad, generalmente conceden ventajas a los partidos más grandes. Si contienden más de dos partidos, los más grandes tienden a buscar alianzas preelectorales para incrementar sus oportunidades de lograr la mayoría de los escaños. En este tipo de sistemas electorales, los partidos pueden, por ejemplo, compartir sus votos o incluso, transferirlos de manera sistemática como parte de su alianza electoral.

Otro enfoque para explicar la formación de alianzas preelectorales es el que se sustenta en la denominada teoría del *mecanismo de señales*. La formación de coaliciones previas a las elecciones se interpreta como una *señal o demostración clara* al electorado de que el partido será capaz de gobernar al país bajo una coalición estable. Esto puede ser especialmente válido en situaciones donde los partidos opositores forman grandes coaliciones contra el partido gobernante. Si un gran partido ha gobernado por mucho tiempo, es posible que los partidos opositores traten de acercar sus posiciones para formar una alianza a fin de sustituir al gobierno⁵. Sin embargo, no debemos confundir las coaliciones preelectorales con los gobiernos de coalición, ambos refieren una variante del derecho de asociación, pero la finalidad de cada uno, es distinta.

Las reglas que se aplican a la figura de la coalición, se prevén en el artículo 87 de la Ley

General de Partidos Políticos y son las que a continuación se señalan:

1. Presentar solicitud de registro al presidente del organismo público local, previa acreditación del órgano de dirección nacional de cada uno de los partidos coaligados. Acompañando el programa de gobierno de la coalición o de uno de los partidos coaligados, conforme a los estatutos de cada uno de los partidos.
2. Solo se formarán coaliciones entre los partidos políticos nacionales para elecciones de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, senadores, y diputados por el principio de mayoría relativa.
3. Los partidos políticos nacionales y locales podrán formar coalición para la elección de las autoridades a nivel local.
4. Los partidos políticos no podrán postular candidatos propios donde ya hubiere candidatos de la coalición de la que ellos formen parte. Esto quiere decir que los partidos políticos no podrán imponer a sus candidatos a un puesto de elección de mayoría relativa, cuando ya hay un candidato elegido por la coalición, en que ese partido político ya forma parte.
5. Ningún partido político podrá registrar como candidato propio a alguien que ya ha sido registrado como candidato de alguna otra coalición. De igual manera no podrá ninguna coalición postular como candidato de la coalición a alguien que ya esté registrado como candidato de algún otro partido político.
6. No se podrá registrar a algún candidato de otro partido político, claro excepto que este candidato forme parte de la coalición.
7. Todos los partidos políticos que se coaliguen o que quieren formar una coalición para elecciones, tendrán que celebrar un convenio respectivo. Dicha celebración de convenio se podrá hacer entre dos o más partidos políticos.
8. Solo se podrá celebrar una coalición en un mismo proceso electoral, ya sea local o federal, y la coalición que se forme de esta debe

5. ACE Red de Conocimientos Electorales, "Partidos y candidatos, Partidos y candidatos en el proceso electoral, Coaliciones y alianzas electorales", consultado en página web el 25 de julio de 2018, disponible en: <http://aceproject.org/ace-es/topics/pc/default>

ser uniforme⁶.

9. Los partidos políticos no podrán distribuirse o transferirse votos mediante convenio de coalición⁷.
10. Al finalizar la etapa de resultados de las elecciones de senadores y diputados, se terminará automáticamente la coalición por la que se hayan postulado los candidatos, en el caso de resultar electos los candidatos de la coalición, estos quedarán comprendidos en el partido político en el que se haya señalado dentro del convenio de coalición.
11. Independientemente del tipo de elección, convenio y términos en que los partidos coaligados se comprometieron, cada uno de ellos aparecerá con su propio emblema en la boleta electoral, según la elección de que se trate; los votos se sumarán para el candidato de la coalición y contarán para cada uno de los partidos políticos. Y dichos votos en los que se hubiesen marcado más de una opción de los partidos que tienen una coalición, estos votos serán considerados válidos para el candidato postulado por la coalición y solo contarán como un solo voto.

Existen distintos alcances de la coalición electoral, pues puede haber coaliciones totales, coaliciones parciales o coaliciones flexibles. Alcances de coalición que se dan en razón del porcentaje de candidatos que se postulan a puestos de elección popular por los partidos políticos, coaligados en un mismo proceso electoral. A continuación, realizaremos el estudio de las características de cada una de las variables mencionadas, para lo cual, dentro de cada una de ellas, analizaremos la parte que refiere a las mismas dentro del artículo 88 de la Ley General de los Partidos Políticos:

1. Totales: “Se entiende como coalición total, aquella en la que los partidos políticos

coaligados postulan en un mismo proceso federal o local, a la totalidad de sus candidatos a puestos de elección popular bajo una misma plataforma electoral”.

De lo anterior podemos observar, que existe una regla específica cuando se trata de coaliciones totales, esa regla se refiere a que, si dos o más partidos se coaligan en forma total para las elecciones de senadores o diputados, deberán coaligarse para la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos. En el caso de las elecciones locales si dos o más partidos se coaligan en forma total para las elecciones de diputados locales o de diputados a la Asamblea Legislativa, deberán coaligarse para la elección de Gobernador o Jefe de Gobierno.

2. *Parciales*: “Coalición parcial es aquella en la que los partidos políticos coaligados postulan en un mismo proceso federal o local, al menos al cincuenta por ciento de sus candidatos a puestos de elección popular bajo una misma plataforma electoral”. No lo están arriesgando todo sino solo comparten la mitad de los candidatos, se reparten las postulaciones por mitad.

3. *Flexibles*: Se entiende como coalición flexible, “aquella en la que los partidos políticos coaligados postulan en un mismo proceso electoral federal o local, al menos a un veinticinco por ciento de candidatos a puestos de elección popular bajo una misma plataforma electoral.” Este tipo de coaliciones poseen una mecánica que permite a los partidos políticos que la integran, delimitar un número específico de cargos, teniendo como regla al menos un 25% de los postulados a elección popular.

En relación con el alcance de la coalición podemos referir que esto tiene importantes implicaciones para el desarrollo de la elección, pues entre otras cosas trascendentales para obtener el triunfo, esto impacta en el uso de los tiempos en radio y televisión, así como el financiamiento de la elección como medios para exponer sus candidaturas al electorado, y la manera en la que votan los electores.

Para entender mejor los alcances de las coaliciones totales, parciales o flexibles, se presenta la siguiente tabla que refleja numéricamente el mínimo de candidaturas a cargos de elección popular que deberán presentar los partidos políticos según el alcance de la coalición.

6. Esto quiere decir que ningún partido político podrá estar en más de una coalición y dicha coalición no podrá ser diferente en los propósitos y de lo que hacen los partidos políticos que las integran.

7. Cabe enfatizar esta parte ya que puede resultar algo ambigua, la no distribución de los votos de una coalición, atiende a que no se podrán transferir o distribuir votos de una elección local para presidente municipal a los votos que hayan tenido por una elección para presidente de los Estados Unidos Mexicanos, o para senadores, o diputados a nivel federal.

Tabla 1. Número mínimo de candidaturas según el alcance de la coalición

Coalición	Número mínimo de candidaturas que deberán presentar según alcance de la coalición		
	Presidencia	Senadurías	Diputaciones
Total	1	64	300
Parcial	0 ó 1	32	150
Flexible	0 ó 1	16	75

Fuente: Huffpost, 2018

En razón de lo anterior, podemos observar que los partidos podrán establecer una distribución dinámica en la conformación de la coalición, siempre y cuando se garantice la uniformidad de los integrantes en dicho convenio, en el entendido de que, si converge alguna coalición total de diputados y/o senadores, necesariamente deben de contemplar la elección de presidente de la República (Huffpost, 2018).

Los requisitos que han de contener los convenios de coalición, previstos en el artículo 91 de la Ley General de Partidos Políticos, son los siguientes:

- Deberán de especificar el nombre de los partidos políticos que conformarán la coalición.
- Deberán de determinar en qué proceso electoral participará la coalición, federal o local, o especificar si es en ambas.
- El procedimiento que deberá seguir cada partido político para la selección de los candidatos que serán postulados por la coalición.
- Se deberá acompañar la plataforma electoral y en su caso, el programa de gobierno que sostendrá su candidato a presidente de la República.
- El señalamiento del partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición.
- Y por último qué mecanismo utilizarán para el caso de la interposición de los medios de impugnación, y quién será el que ostente la representación de la coalición.

Ventajas de las coaliciones electorales

- Los partidos pueden mitigar las debilidades entre sí y beneficiarse de las fortalezas de sus aliados.
- Los partidos pueden aumentar su número de votantes.
- Al combinar fuerzas, los partidos pueden aumentar su influencia.

- Los partidos pueden ampliar su participación en el Congreso. (Red Innovación, 2018)

Desventajas de las coaliciones electorales

- Cada partido debe hacer concesiones en sus prioridades y ceder algo de control.
- Los partidos pierden cierto control en la toma de decisiones.
- La necesidad de consenso hace que la toma de decisiones sea más lenta.
- Las grandes coaliciones pueden marginar a los grupos de oposición. (Red Innovación, 2018)

Otra desventaja que se puede observar, es que los partidos políticos en su intención de coaligarse, asignan en proporción de la representatividad de cada partido, el porcentaje de los candidatos que han de postular, conforme a los acuerdos previos entre partidos, sin embargo, una vez que la coalición obtiene el triunfo en las elecciones, un partido político más que fortalecido, habrá de compartir el poder con los candidatos electos que ocuparán las posiciones legislativas. Por lo cual, al conformar las coaliciones, es muy complejo que los partidos políticos lleguen a acuerdos al asignar las posiciones legislativas y como referimos anteriormente, la toma de decisiones se vuelve más lenta.

Aún con las desventajas mencionadas, pesa más la ventaja de que la coalición, es una forma de asociación que le brinda a los partidos políticos una oportunidad de tener mejores resultados electorales, pues del convenio de coalición, los partidos pueden lograr una mayor representación con alianzas preelectorales que incrementan sus oportunidades de lograr la mayoría de los escaños. Por lo anterior, no es de extrañar que esta figura haya sido tan utilizada en los últimos comicios electorales en nuestro país.

Una vez que hemos analizado la definición, condiciones, requisitos, alcances, ventajas y desventajas de la coalición electoral, pasaremos a revisar, históricamente, cuáles son los partidos políticos que han llevado a cabo una coalición en nuestro país.

5. PARTIDOS POLÍTICOS EN COALICIÓN

De acuerdo con el Instituto Nacional Electoral (en adelante INE⁸), se presenta la siguiente información sobre los convenios de coalición (de 1999 a 2015) celebrados por partidos políticos, para efectos de participar en los procesos electorales federales⁹.

Convenios de coalición 2000, 2003 y 2006:

- Proceso 1999-2000 -Alianza por México-
- Proceso 1999 - 2000 -- Alianza por el Cambio -
- Proceso 2003 Elecciones Extraordinarias -Alianza para Todos-
- Proceso 2003 -- Alianza para Todos -
- Proceso 2005 - 2006 -- Por el Bien de Todos -
- Proceso 2005 - 2006 -- Alianza por México -

Convenios de coalición 2008 - 2009:

- “Primero México” (PRI, PV).
- “Salvemos a México” (PT, Convergencia)

Convenios de coalición 2011-2012:

- “Compromiso por México” (PRI, PVEM) clausulado integral.
- “Compromiso por México” (PRI, PVEM, Nueva Alianza).
- “Compromiso por México” (PRI, PVEM).
- “Movimiento Progresista” (PRD, PT y Movimiento Ciudadano).

Convenios de coalición 2014-2015:

- Elecciones Extraordinarias, Convenio de Coalición (PAN-Nueva Alianza).
- Elecciones Extraordinarias, Convenio de Coalición (PRI-PVEM).
- Convenio de Coalición Parcial (PRI-PVEM) Definitivo.
- Convenio de Coalición Parcial (PRI-PVEM), clausulado integral.

8. Cabe señalar que previo a la reforma política-electoral de 2014, dicho instituto tenía el nombre de Instituto Federal Electoral.

9. INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, “Convenios de Coalición”, consultado en página web el 24 de junio de 2018, disponible en: <http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/Convenios.de.coalicion/>

- Convenio de Coalición Parcial (PRI-PVEM).
- Convenio de Coalición Flexible “Izquierda Progresista” (PRD-PT) Definitivo.
- Convenio de Coalición Flexible “Izquierda Progresista” (PRD-PT).

Convenios de coalición 2018-2019

- Coalición Por México Al Frente (PAN, PRD, MC).
- Juntos Haremos Historia (PT, MORENA, ENCUESTRO SOCIAL).
- Todos Por México (PRI, PVEM, Nueva Alianza).

De acuerdo con la información anterior podemos observar que los partidos políticos se encontraban formando parte de alguna coalición desde el proceso electoral de 1999-2000, en el cual participaron “Alianza por el Cambio”, conformada por el Partido Acción Nacional (PAN) y el Partido Verde Ecologista de México (PVEM); y “Alianza por México”, conformada por el Partido de la Revolución Democrática (PRD), por el Partido del Trabajo (PT), Convergencia por la Democracia (convergencia), Partido Alianza Social (PAS) y Partido de la Sociedad Nacionalista (PSN).

En ocasiones, las coaliciones se hacen llamar “alianzas”, por ejemplo, durante el proceso electoral 1999-2000, hubo dos coaliciones políticas, las cuales utilizaron dicha denominación.

No debemos confundir alianza con coalición, ya que la denominación “alianza” solo es el nombre que se les da a las coaliciones, pero no se trata de una figura jurídica independiente a una coalición electoral. Actualmente ni la Constitución, ni la Ley General de Partidos Políticos, ni la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, manejan la figura de alianza electoral, por lo tanto, dentro del presente trabajo, solo se utilizará el término “coalición electoral”. Y tampoco existe fundamento legal que hubiese estado vigente en 1999 que dispusiera la figura de *la alianza* electoral.

A continuación, se presenta una tabla en donde se muestran tres aspectos: Aquellos partidos políticos que formaron una coalición (a nivel federal) para participar en los procesos electorales desde 1999 hasta la fecha; el alcance de coalición que formaron (total, parcial o flexible) y; la finalidad de dichas coaliciones.

Tabla 2. Partidos políticos en coalición para los procesos federales electorales de 1999 a 2015

Años	Denominación de la coalición	Partidos políticos	Alcance de la coalición	Finalidad de la coalición.
1999 -2000	Alianza Por El Cambio	PAN y PVEM	Total	Convenio de coalición para la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.
	Alianza Por México	PRD, PT, Convergencia, PAS y PSN	Total	Convenio de coalición electoral para la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de diputados y de senadores de mayoría relativa y de representación proporcional.
2003	Alianza Para Todos	PRI y PVEM	Parcial: 97 distritos	Convenio de coalición con la finalidad de postular 97 fórmulas de candidaturas a cargos de diputados federales por el principio de mayoría relativa.
2005 - 2006	Coalición Por El Bien De Todos	PRD, PT y Convergencia	Total	Convenio de coalición electoral para la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de diputados y de senadores de mayoría relativa y de representación proporcional.
	Alianza Por México	PRI y PVEM	Total	Convenio de coalición total con la finalidad de postular candidato a Presidente de la República, 200 fórmulas de candidatos a diputados federales por el principio de representación proporcional; 32 fórmulas de candidatos a senadores por el principio de representación proporcional en la circunscripción plurinominal nacional; 64 fórmulas de candidatos a senadores por el principio de mayoría relativa en las 32 entidades federativas; y, las fórmulas de candidatos a diputados por el principio de mayoría relativa en cada uno de los 300 distritos electorales uninominales.
2008 - 2009	Coalición Salvemos A México	PT y Convergencia	Total	Convenio de coalición electoral para la elección de 300 diputados por el principio de mayoría relativa.
	Coalición Primero México	PRI y PVEM	Parcial: 63 distritos	Convenio de coalición con la finalidad de postular fórmulas de candidatos a diputados por el principio de mayoría relativa en 63 de los 300 distritos.
2011 - 2012	Compromiso Por México	PRI, PVEM y Nueva Alianza	Parcial 125 distritos	Convenio de coalición con la finalidad de postular candidato en la elección de Presidente de la República, 20 fórmulas de candidatos a senadores por el principio de mayoría relativa, en 10 de las 32 entidades federativas y fórmulas de candidatos a diputados por el principio de mayoría relativa en 125 de los 300 distritos electorales uninominales.
	Movimiento Progresista	PRD, PT y MC	Total	Convenio de coalición electoral total que para la elección de Presidente de la República, fórmulas de candidatos a senadores en las 32 entidades Federativas y de diputados en los 300 distritos electorales, por el principio de mayoría relativa.

2014 - 2015	Izquierda Progresista	PRD y PT	Flexible 100 distritos	Convenio de coalición electoral para la elección de candidatos y candidatas a diputadas y diputados del H. Congreso de la unión, por el principio de mayoría relativa.
	COALICIÓN PRI-PVEM	PRI y PVEM	Parcial 250 distritos	Convenio de coalición parcial con la finalidad de postular fórmulas de candidatos a diputados por el principio de mayoría relativa en doscientos cincuenta, de los trescientos distritos electorales uninominales en que se divide el país.

Fuente: Tabla elaborada, hasta 2009, por Ernesto Ramos Mega (2011: 26-27) con datos de www.ife.org.mx; desde 2011 a 2018 actualizada por autoría propia con datos de www.ine.mx (INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, 2018)

Como vemos en la tabla anterior, que contiene los partidos que integran las coaliciones, el alcance de estas y su finalidad, antes del proceso electoral 2018, hubo once coaliciones en elecciones ordinarias, de las cuales solo seis fueron para elección de presidente de la República, mientras que 10 tuvieron como finalidad postular fórmulas de candidatos a diputados y cinco para candidatos a senadores.

En la tabla anterior pudimos observar las coaliciones políticas que se formaron para los procesos electorales de 1999 a 2015. A continuación (siguiendo la misma metodología) abordaremos las formadas para el proceso electoral 2018, a nivel federal.

Tabla 3. Partidos políticos en coalición para el proceso federal electoral de 2018

Año	Denominación de la coalición	Partidos políticos que la conforman	Alcance de coalición	Finalidad de la coalición
2018	Coalición Por México Al Frente	PAN, PRD y MC	Parcial 150 distritos	Convenio de coalición con la finalidad de postular candidatos a Presidente de la República, a senadores en al menos 16 entidades federativas, y de diputados federales en al menos 150 distritos electorales, por el principio de mayoría relativa.
2018	Juntos Haremos Historia	PT, Morena y PES	Parcial 292 distritos	Convenio de coalición parcial con la finalidad de postular candidato de Presidente de la República; así como para postular fórmulas de candidatos a diputados por el principio de mayoría relativa en 292 de los 300 distritos y para postular 62, de 64 fórmulas de candidatos a senadores por el principio de mayoría relativa.
2018	Todos Por México	PRI, PVEM y Nueva Alianza	Flexible 133 distritos	Convenio de coalición con la finalidad de postular candidato a la presidencia de la República; parcial para 34 fórmulas de candidatos a senadores por el principio de mayoría relativa, en 17 de las 32 entidades federativas que integran el territorio nacional; y flexible para las fórmulas de candidatos a diputados por el principio de mayoría relativa en 133 de los 300 distritos electorales uninominales.

Fuente: Elaboración propia a partir de información obtenida de Instituto Nacional Electoral (2018a, 2018b, 2018c, 2018d).

Podemos observar, que la coalición “Juntos Haremos Historia”, contó con un mayor alcance, pues, aunque fue una coalición parcial, tuvo como finalidad, postular al candidato a la presidencia de la República, a 292 candidatos para diputaciones federales de un total de 300 distritos uninominales por el principio de mayoría y; postuló a 62 de 64 fórmulas de candidatos a senadores por el principio de mayoría relativa. Por otro lado, la “Coalición Por México Al Frente”, fue parcial, postuló a un candidato a la presidencia de la República, a candidatos a senadores en 16 entidades federativas por el principio de mayoría relativa y 150 diputaciones federales por el principio de mayoría relativa al Congreso de la Unión. Mientras que la coalición “Todos Por México” fue de tipo flexible, postuló la candidatura a la presidencia de la República, parcial para postular 34 fórmulas de candidatos a senadores por el principio de mayoría relativa en 17 de las 32 entidades federativas y candidatos a diputados por el principio de mayoría relativa en 133 de los 300 distritos electorales uninominales.

Lo anterior tuvo un impacto considerable en la victoria que obtuvo la coalición “Juntos Haremos Historia”, pues aunque el elector no estuviera muy convencido de su voto, al marcar (en la boleta electoral) cualquiera de los recuadros en donde figuraba algún candidato de la coalición, el voto marcado de manera indecisa era acumulativo para esta.

Es importante denotar la relación existente entre los resultados electorales de 2018, con el derecho de asociación, pues en dicho proceso, se puede observar que dicho ejercicio fue un factor determinante para lograr el triunfo en la contienda electoral.

A continuación, señalaremos las ventajas y desventajas de los partidos políticos que crean coaliciones¹⁰:

Ventajas de los partidos políticos en coalición

- El sistema de financiamiento y el reparto de *spots*, generan incentivos favorables en las campañas, se suma el financiamiento de los partidos políticos que forman parte de la coalición.

¹⁰. También resultan aplicables las ventajas y desventajas que señalamos en el apartado de “Coaliciones electorales”.

- Las coaliciones se forman antes de las elecciones y esto podría generar un proyecto común de gobierno.
- Al formar las coaliciones, se puede elegir qué tipo de modalidad pueden aplicar (total, parcial o flexible), esto da pauta a una mayor o menor participación por parte de los candidatos de los partidos políticos que conforman una coalición.

Desventajas de los partidos políticos en coalición

- La mayoría de las coaliciones electorales se disuelven cuando ganan las elecciones.
- El candidato es elegido por la coalición y no por el partido político al que pertenezca el candidato, ya que en las coaliciones los partidos políticos que las integran no siempre tienen las mismas ideologías y esto genera el conflicto a la hora de elegir candidatos, ya que el partido más grande predomina sobre el más pequeño y por ende les darán menor participación.
- Los partidos políticos que conforman la coalición no tienen una misma ideología, por lo tanto, en su plan de trabajo hay actividades que mermarían la ideología de algún partido político que forme parte de la coalición.

CONCLUSIONES

La importancia de la asociación como derecho natural, y llevado a la práctica como un derecho político-electoral, es el punto en el cual los ciudadanos y el Estado se vinculan entre sí, ya que el derecho de asociación permite a los individuos autorizados para ello participar e intervenir en los asuntos políticos del país y alcanzar los fines comunes por una unión de fuerzas.

El derecho de asociación en materia político-electoral ha ido evolucionando como un derecho natural de contenido progresivo, reflejo de la situación social y del contexto histórico.

El objetivo de asociarse en materia política es la protección de los derechos y resistirse a la opresión, sin embargo, aun cuando se reconoce que el derecho de asociación o de reunirse no se puede coartar, ciertas variantes determinadas

en la figura de la coalición ofrecen ventajas y desventajas, pues sus límites y conciliación con otros derechos, conlleva a oportunos señalamientos.

En las diferentes variantes de la asociación que revisamos en materia político-electoral pudimos observar que, dependiendo del fin de la asociación, cada una de las partes asociadas deberá ser tolerante ante las ideologías de los demás.

Las confusiones conceptuales del derecho de asociación y reunión en la legislación mexicana, nos llevan a señalar que el derecho de asociación en materia política, y en específico la figura de la coalición se presta a confusiones.

La coalición, es una forma de asociación que le brinda a los partidos políticos una oportunidad de tener mejores resultados electorales, pues del convenio de coalición, los partidos pueden lograr una mayor representación con alianzas preelectorales que incrementan sus oportunidades de lograr la mayoría de los escaños.

Es importante observar los resultados electorales de 2018 y relacionarlos con el derecho de asociación, pues en este caso se puede demostrar que haber ejercido este derecho, fue uno de los factores determinantes para lograr el triunfo en la contienda electoral.

Los partidos políticos en su intención de coaligarse asignan en proporción de la representatividad de cada partido, el porcentaje de los candidatos que han de postular conforme a los acuerdos previos entre partidos, sin embargo, una vez que la coalición obtiene el triunfo en las elecciones, un partido político más que fortalecido, habrá de compartir el poder con los candidatos electos que ocuparán las posiciones legislativas.

El derecho a la asociación y las asociaciones políticas nacionales, requieren mayor estudio por parte del derecho constitucional mexicano, y que esto se refleje en una clara regulación en el ordenamiento nacional en materia político-electoral.

La democracia en México, depende del reconocimiento de muchos otros derechos, tales como la protección y ejercicio del derecho de asociación y reunión de los ciudadanos, pues esto implica garantizar el ejercicio de una libertad que es inherente al ciudadano.

El derecho de asociación tiene su fundamento en el derecho natural, por lo cual debe admitirse sin más limitaciones que las impuestas por el propio derecho.

Se confirma la naturaleza social del hombre, cuando se ve exponencialmente ejercido el derecho de asociación, desde una primaria agrupación de ciudadanos con fines políticos hasta las formas más complejas de esta figura, como pueden ser las coaliciones electorales, figuras que reflejan una evolución cognitiva y de organización del ser humano para lograr fines conjuntos, pero que la investigación nos demuestra que todo surge de una característica esencial e inhata del hombre, lo social.

Se concluye la existencia de un derecho de asociación fundado no solo en el derecho natural, sino también respaldado por el ordenamiento jurídico positivo; pero que en el caso de México, dicho ordenamiento jurídico requiere ser reformulado en el sentido de ofrecer una mejor delimitación del derecho humano de asociación y reunión, ya que este derecho en materia política y en específico en la figura de la coalición como se encuentra previsto actualmente, da lugar a confusiones que desvirtúan la finalidad que persigue el derecho de asociación.

BIBLIOGRAFÍA

- ACE Red de Conocimientos Electorales. (2018). Partidos y candidatos, partidos y candidatos en el proceso electoral, coaliciones y alianzas electorales". Recuperado de: <http://aceproject.org/ace-es/topics/pc/default>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Nueva York, 10 de diciembre de 1948.
- ----- (1966). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 6 de diciembre de 1966.
- Bunker, K. y Navia, P. (2010). Explicando la desproporcionalidad en América Latina: magnitud de distrito, mala distribución y fragmentación partidaria. *Revista Española De Ciencia Política*, (23)
- Conferencia Internacional Americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948.
- Congreso Constituyente. (1857). Constitución Política de la República Mexicana. Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1857.
- ----- (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2015). Ley General de Partidos Políticos. Diario Oficial de la Federación.
- ----- (2014). Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Diario Oficial de la Federación.
- ----- (1977). Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de. Diario Oficial de la Federación, 30 de diciembre de 1977.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Corona, L. (2016). Historia del marco jurídico de los partidos políticos en México. *Misión Jurídica*, 9, (10), 27-41,
- Edition MX, Huffpost. (2018). "Les ponen reglas claras a las coaliciones". Recuperado de: https://www.huffingtonpost.com.mx/2017/10/30/les-ponen-las-reglas-claras-a-las-coaliciones_a_23261028/
- Instituto Nacional Electoral. (2018). "Convenios de coalición". 12 de junio. Recuperado de: <https://www.ine.mx/actores-politicos/partidos-politicos/convenios-de-coalicion/>
- Instituto Nacional Electoral. (2018). "Convenios de coalición". 24 de junio. Recuperado de: <https://www.ine.mx/actores-politicos/partidos-politicos/convenios-de-coalicion/>
- Instituto Nacional Electoral. (2018). "Convenios de coalición". 12 de julio. Recuperado de: <https://www.ine.mx/actores-politicos/partidos-politicos/convenios-de-coalicion/>
- Gómez, C. (2013). *Introducción a la teoría política*. México: Oxford.
- Núñez, S. (2011). El derecho de asociación. *Revista De Derecho*, 32 (1), 49-83.
- Suárez, M. y Jiménez, R. (1994.) *Constitución de 1857, edición facsimilar náhuatl-español*. México: ed. Instituto de Estudios Constitucionales,
- Ramos, E. (2011). Las coaliciones en México: áreas de oportunidad para una reforma electoral y legislativa. *Revista Pluralidad y Consenso*, 3 (14), 26 - 30.
- Red Innovación. (2018) *Ventajas y desventajas de las coaliciones*. Recuperado 27 de junio de 2018, En: <https://www.redinnovacion.org/dato/ventajas-y-desventajas-de-las-coaliciones>
- Vasconi, T. (1992). *Los sindicatos profesionales*. Argentina: Valerio Abeledo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2001). *Diccionario Jurídico Mexicano*. 15^o ed. México: Porrúa.



COLABORADORES EXTERNOS ■
NACIONALES

COLABORADORES EXTERNOS NACIONALES

LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ACUERDO DE PAZ Y EN LA NORMATIVA INTERNA DE IMPLEMENTACIÓN

Yury Lineth Sierra Torres

¿SON LAS BACRIM UN ACTOR ARMADO SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL?

Víctor Hugo Mendoza Tovar

Víctor Hugo Ramírez Peña

EL PROCESO CIVIL ORAL EN COLOMBIA

Ramón Antonio Peláez Hernández

¿SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SECTOR MINERO?

Cristian Alexis López Solano

EPISTEMOLOGÍAS DEL FUEGO, UNA PROPUESTA A PARTIR DEL PENSAMIENTO ANCESTRAL

Federico Sánchez Riaño

Aura Isabel Mora

**LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL
ACUERDO DE PAZ Y EN LA NORMATIVA INTERNA
DE IMPLEMENTACIÓN***

**THE COMMAND RESPONSIBILITY IN THE
PEACE AGREEMENT AND IN THE INTERNAL
REGULATIONS OF IMPLEMENTATION**

**A RESPONSABILIDADE DO COMANDO NO
ACORDO DE PAZ E NOS REGULAMENTOS
INTERNOS DE IMPLEMENTAÇÃO**

Yury Lineth Sierra Torres^a
lineth222@yahoo.es

Fecha de recepción: septiembre 18 de 2018
Fecha de revisión: octubre 22 de 2018 Fecha
de aceptación: octubre 27 de 2018

RESUMEN

En este artículo se hace un recuento general sobre la figura de la responsabilidad de mando, a partir del Acuerdo Final de Paz y en las normas que lo implementaron en el ordenamiento jurídico colombiano. El objeto del artículo es mostrar cómo la regulación de esta figura se fue desarrollando con unos vacíos preexistentes, y las preocupaciones que en torno a la misma se fueron dando por parte de la sociedad civil, académicos, organizaciones internacionales y, finalmente, la Corte Penal Internacional. Se muestra cómo la regulación inicial del Acuerdo se fue consolidando en la normativa interna, desatendiendo las advertencias de vacíos regulatorios que fueron allegadas al respecto.

Para citar este artículo:

Sierra, Y. (2019). La responsabilidad de mando en el Acuerdo de Paz y en la normativa interna de implementación. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 217 -234.

*Artículo de reflexión.

a. Candidata a Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Justicia Transicional.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad de mando, conocimiento, prevenir, reprimir, omisión.

ABSTRACT

In this article an overview on the figure of command responsibility is given from the Final Peace Agreement and the regulations that have been implemented in the Colombian legal system. The objective of this article is to show how the regulation of this figure has developed with pre-existing gaps and the concern that it has caused on the subject through civil society, scholars, international organizations; even the International Criminal Court, also revealing that the initial regulation of the Agreement has consolidated in the internal regulations, ignoring the warnings of regulatory gaps that had been noticed on this matter.

KEYWORDS

Key words: Command responsibility; knowledge; prevent; repress; omission.

RESUMO

Neste artigo, é feita uma recontagem geral da responsabilidade da figura de comando, com base no Acordo Final de Paz e nas normas de implementação no sistema legal colombiano. O objetivo do artigo é mostrar como a regulação dessa figura foi desenvolvida com algumas lacunas preexistentes, e as preocupações que a cercam foram dadas, a partir da sociedade civil, acadêmicos, organizações internacionais; até o Tribunal Penal Internacional, mostrando também que a regulamentação inicial do Acordo foi consolidada no regimento interno, desconsiderando os alertas de falhas regulatórias que estavam relacionados a esse respeito.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade do comando; conhecimento; prevenir; reprimir; omissão.

INTRODUCCIÓN

En materia penal se responde a los hechos delictivos no solo por acción sino también por omisión. Bajo determinadas circunstancias, la

responsabilidad de mando es una de esas formas de responsabilidad por omisión derivada, en este caso, del incumplimiento de la obligación de prevenir, reprimir o castigar la comisión de delitos por parte de los subordinados.

Luego del desarme de uno de los principales actores del conflicto armado en Colombia, el principal reto en materia de justicia es evitar la impunidad en la mayor medida posible para los máximos responsables de los delitos más graves, los cuales forman parte de estructuras jerarquizadas. A pesar de que la figura de la responsabilidad de mando no está expresamente recogida en el ordenamiento jurídico colombiano —el Código Penal no la recoge, y la figura más cercana es la Comisión por Omisión—, la responsabilidad de mando cumple en este contexto un papel determinante por el control efectivo que deben ejercer los superiores sobre sus subordinados. Este papel es reforzado por las graves omisiones que se generaron durante el conflicto, lo que provocó la afectación de millones de civiles a los que el Estado no les brindó las garantías suficientes de protección de sus derechos humanos¹.

A pesar de esto —y como veremos a lo largo de este trabajo, que introduce primero los estándares internacionales, para abordar a continuación la normativa interna—, las disposiciones que sobre responsabilidad de mando se han establecido en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera —en particular, en el punto cinco, relativo a las víctimas del conflicto en el que se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición—, y que a pesar de haber sido objeto de desarrollo constitucional y legislativo, presentan importantes vacíos en relación con los parámetros establecidos sobre este tipo de responsabilidad en el Derecho Penal Internacional y, en particular, en el artículo 28 del Estatuto de Roma, recientemente interpretado en la sentencia de primera instancia en el Caso Bemba².

1. *Muestra de esto son las múltiples sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, que declararon la responsabilidad del Estado colombiano por hechos ocurridos en el marco del conflicto armado verbi gracia, Masacre de Pueblo Bello VS Colombia, Masacres de Ituango VS Colombia, Masacre Mapiripán VS Colombia, 19 comerciantes VS Colombia, Masacre de la Rochela VS Colombia.*

2. *(Situation In The Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V Jean Pierre Bemba Gombo, 2016)*

1. RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1.1. Antecedentes de la Responsabilidad de Mando

La responsabilidad de mando surge en el contexto del Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional Humanitario, con el objetivo de sancionar las omisiones de los superiores, bien sean militares o incluso civiles, por los actos de sus subordinados. A su vez, las legislaciones internas de diferentes países también han consagrado este tipo de responsabilidad que se considera de carácter omisivo.

No existe un concepto unívoco sobre el origen de la responsabilidad de mando. No obstante, su desarrollo jurisprudencial inició con las sentencias de los Tribunales Militares Penales Internacionales creados después de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, la responsabilidad del superior tuvo un manejo diferente en la jurisprudencia de Nuremberg y Tokio, respectivamente. Como lo refiere Ambos (2005), en Nuremberg la responsabilidad disminuía en el mismo nivel en el que disminuía el control. Por otra parte, en Tokio la responsabilidad se extendió al Gobierno como colectivo y a sus miembros.

El caso más emblemático del Tribunal Militar Penal Internacional de Tokio fue el del general Yamashita, quien fue condenado a pena de muerte por los excesos de las fuerzas japonesas en Manila. Su defensa alegó que el general no se encontraba en el lugar de los hechos y que, además, sus comunicaciones habían sido completamente interrumpidas. Aun así, la sentencia contra él se hizo efectiva en medio de una gran polémica, toda vez que, para algunos críticos del fallo, este se basó más en razones de tipo racial (Ambos, 1999).

Por su parte, en el Tribunal Militar Penal Internacional para Nuremberg, vale la pena destacar los casos EE.UU. vs. Von List (1948) y EE.UU. vs. Von Leeb (1948). En el primero se estableció la responsabilidad de los superiores por los hechos cometidos dentro del territorio de su competencia y el deber de conocimiento de estos hechos. Ahora bien, en el caso contra Von Leeb, la exigencia del elemento de la responsabilidad se limitó, bajo la premisa de

que “la comisión del delito no liga a todos los individuos de la cadena de mando por este solo hecho. Debe existir un descuido personal” (US V VON LEEB, CASO N 72). Es decir, el tribunal relacionaba el concepto de Responsabilidad de Mando directamente con la negligencia.

1.2. Elementos de la Responsabilidad de Mando

Antes de empezar a analizar los elementos que ha definido el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, vale la pena mencionar cómo, de acuerdo con Jakobs,

(...) el dominio del hecho, no es el único criterio para la determinación de la autoría; junto a éste está el deber especial. Pero ¿cómo puede construirse un concepto unitario de autor con un dominio y un deber? (...) la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio, este en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva (2000: 89).

La responsabilidad del mando o del superior refleja con claridad la denominada “crisis” del dominio del hecho, al determinar una serie de responsabilidades en cabeza del superior, cuya responsabilidad en el hecho punible se determina por acción y por omisión, bajo los criterios que se analizarán a continuación.

En 1977, el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra estableció —en el artículo 86, numeral 2— la responsabilidad penal y disciplinaria de los superiores por los hechos de los subordinados. Respecto al conocimiento de los hechos, se consagró en este instrumento la expresión “si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir”, avanzando así en la responsabilidad del superior; no sólo por el conocimiento real; sino ahora bajo un tipo de conocimiento *constructivo* que fue desarrollado posteriormente en los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*.

En los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, para la Ex Yugoslavia y Ruanda, se definió de forma similar la responsabilidad de mando. El artículo 7º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció la responsabilidad de los superiores por los hechos de los subordinados —“si sabía o tenía

razones para saber”— sobre el acto a cometer o ya cometido, y no se tomaron las medidas para evitar la conducta o reprimirla. Por su parte, el artículo 6º del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda trae una redacción casi similar relativa a la responsabilidad de los superiores, bajo la premisa del conocimiento efectivo o constructivo y el deber de tomar las medidas “necesarias y razonables” para impedir el hecho o castigar a los perpetradores.

Con base en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, se han configurado los elementos constitutivos de la Responsabilidad de Mando, bajo los siguientes presupuestos:

1. Que exista una relación superior – subordinado.
2. Que el superior conozca o tenga razones para conocer sobre la comisión de un crimen que se va a cometer o que fue cometido por parte de sus subordinados.
3. Que el superior no tome las medidas necesarias y razonables para impedir los actos o para sancionar a los culpables. (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, 1998).

El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona mantuvo, en su artículo 6º, la Responsabilidad del Superior con los mismos elementos de los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia bajo la premisa del conocimiento real y el conocimiento constructivo, con el presupuesto de que el autor de los hechos:

(...) sabía o tenía motivos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o lo había hecho y el superior no había tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o castigar a los autores de los mismos (Naciones Unidas [UN], 2000).

En lo relativo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el artículo 28 consagró la responsabilidad de los jefes y otros superiores, que, según Ambos (2005), contiene cinco elementos objetivos de la responsabilidad de mando, a saber:

1. La existencia de un superior y la relación de subordinación.
2. El mando y control en el caso del superior militar o autoridad y control, bien sea

militares o no militares, debe ser efectivo sobre los subordinados.

3. Los actos cometidos por los subordinados se deben dar como resultado de un incumplimiento del superior de ejercer un control adecuado.
4. Falta del superior al no tomar las medidas necesarias y razonables.
5. Las medidas a adoptar deben estar encaminadas a prevenir o reprimir la comisión de crímenes o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para la investigación y juzgamiento de los responsables.

En el punto quinto —destaca Ambos— hay una novedad en torno a las codificaciones anteriores, relacionada con la obligación del superior de poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión de los crímenes por parte de los subordinados.

Estos elementos objetivos han evolucionado a través de la jurisprudencia internacional y fueron codificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Ahora bien, en lo relativo al propósito doloso o *mens rea*, con relación a los jefes militares, el Estatuto establece que el superior “hubiere sabido o en razón de las circunstancias hubiere debido saber”, con lo cual se recoge el conocimiento efectivo, el conocimiento constructivo, la ignorancia premeditada, la decisión premeditada de no conseguir información y la ignorancia negligente de la información disponible (Pérez- León Acevedo, 2007).

En aplicación del Estatuto de Roma se expidió la sentencia del caso *Situation In The Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V Jean Pierre Bemba Gombo* (2016). Esta sentencia está relacionada con la responsabilidad de un superior militar en el análisis que hiciera la sala sobre el control efectivo y la capacidad material para prevenir, o reprimir, la comisión de delitos; o someter el asunto a las autoridades competentes. Se estableció que los factores que pueden llegar a determinar estos supuestos son más de índole probatoria que de derecho sustantivo y pueden incluir:

1. La posición del comandante dentro de la estructura.
2. La facultad y capacidad para emitir órdenes a sus subordinados.

3. La capacidad para asegurar el cumplimiento de las órdenes.
4. La capacidad de hacer cambios en la estructura de mando.
5. La facultad de remover o disciplinar a los miembros del grupo.
6. La capacidad de enviar y retirar fuerzas a los lugares donde se llevan a cabo las hostilidades.
7. Acceso y control sobre los medios para iniciar la guerra.
8. Control sobre las finanzas.
9. Capacidad de representar a las fuerzas en negociaciones.
10. Representación de la ideología del movimiento al cual adhieren los subordinados.

En esta misma sentencia se estableció que el control efectivo “es una manifestación de una relación jerárquica de iure o de facto”, y que para determinar el control efectivo se debe establecer que el acusado “tenga poder material de prevenir o reprimir la comisión de crímenes o de someter el asunto a una autoridad competente”, estableciendo además que el artículo 28 del Estatuto de Roma no exige que el superior “tenga única y exclusiva autoridad sobre las fuerzas que cometieron los crímenes” es decir “que múltiples superiores pueden cometer los crímenes” (Situation In The Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V Jean Pierre Bemba Gombo, 2016).

Esta sentencia constituye el primer desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad de los jefes y superiores por parte de la Corte Penal Internacional, que desarrolla con mayor énfasis los elementos objetivos que configuran esta responsabilidad con base en el control efectivo, por una parte. Y es que, de acuerdo con Olásolo, el control efectivo es la “piedra angular de toda relación superior-subordinado” y, de conformidad con el artículo 28 del Estatuto de Roma, “se refiere a la capacidad de evitar o reprimir la comisión de los delitos o, en su caso, de enviar la cuestión a las autoridades competentes” (2013: 29). No obstante, el mismo autor hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia para dar el ejemplo de “la facultad de poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión de los delitos (sin importar si son fiscales militares u ordinarios, o jueces de instrucción), podría ser suficiente para afirmar la existencia de un control efectivo” (Olásolo, 2013: 29).

Ahora bien, el requisito subjetivo (*mens rea*), se puede sintetizar así:

1. Que el militar o superior civil hubiera sabido que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.
2. Que, en el caso de superiores militares, el comandante, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.
3. Que, en el caso de superiores civiles, el superior deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

1.1. Responsabilidad de los Superiores No Militares

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de los superiores no militares, este fue un concepto que se empezó a desarrollar en los Tribunales Internacionales Penales de Nuremberg y Tokio, y que fue retomado en el caso Aleksovisk ante el TPIY (1999, p 15). Ahí se estableció que la responsabilidad “solamente se extiende a aquellos que ejercitan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los comandantes militares”³.

Por su parte, en el Tribunal de Tokio, se estableció que

el miembro de un gabinete puede renunciar, si afirmativamente él tenía conocimiento de los malos tratos arrojados a los prisioneros, es impotente para impedir futuros maltratos, pero su elección es permanecer en el gabinete, entonces continúa participando en la responsabilidad colectiva (Brook, 2001: 102).

En este caso también ha sido el Tribunal de Tokio el que ha generado los antecedentes jurisprudenciales más estrictos en relación con la responsabilidad de los superiores no militares.

De otra parte, el artículo 28 del Estatuto de Roma establece, en el numeral B, la responsabilidad de los superiores no militares,

3. En el Tribunal de Nuremberg se había establecido la responsabilidad del superior que fuera “jefe, planificador o que hubiera pertenecido al nivel político”. (Ambos, 1999).

con tres elementos específicos: (i) el conocimiento real, (ii) el nexo de causalidad de “actividades bajo su responsabilidad”, y (iii) la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir o reprimir la conducta (Olasolo & Canosa, 2018).

En lo relativo a la responsabilidad de los superiores no militares, el *mens rea* se establece a partir de la premisa “hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos” (Estatuto de la CPI, art. 28, párrafo b.ii). En este caso se elimina el presupuesto de la ignorancia negligente de la información disponible y, a su vez, esta disposición elimina para los superiores no militares lo relacionado al conocimiento en *razón de las circunstancias*.

Es claro que la responsabilidad para los superiores militares y no militares no puede ser tratada con los mismos criterios, toda vez que debe existir un control superior para quienes necesariamente hacen uso de la fuerza y de las armas.

En este orden de ideas, la responsabilidad de mando de los jefes y superiores, a partir del desarrollo del Derecho Internacional Penal, se configura desde un comportamiento omisivo por el incumplimiento de uno de los tres deberes — prevenir, reprimir o castigar—. Lo anterior en razón a que el autor de la conducta no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión del crimen, o no puso el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y juzgamiento.

2. RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

2.1. Antecedentes de la Responsabilidad de Mando en Colombia

El artículo 25 del Código Penal Colombiano (Ley 599, 2000) , establece que “la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”, y consagra además la teoría de la posición de garante que da lugar a la comisión por omisión. La aplicación de la comisión por omisión a los superiores militares ha sido justificada por la

Corte Constitucional Colombiana por encontrarse los mismos en una posición de garante frente al riesgo de afectar los bienes jurídicos de civiles, que es generado por: (i) la conducta de sus subordinados y (ii) la conducta de terceros (por ejemplo, miembros de la guerrilla o de grupos paramilitares) que actúan en su área de responsabilidad (Olasolo & Canosa , 2018).

En 1999 se expidió la Ley 522 mediante la cual se expidió el Código Penal Militar, que derogaba el expedido en 1988 mediante decreto, en esta ley se estableció dentro de la modalidades de participación la figura del desistimiento de los partícipes por impedir la consumación de la conducta punible, exceptuando de responsabilidad a quien así actuara, este artículo fue revisado por la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-368/2000, 2000) y declarado exequible en forma condicionada por la posible existencia de un delito “remanente” derivado del inicio de la conducta punible. A través de esta figura se pueden observar unos primeros visos en la legislación colombiana en el alcance de los deberes impuestos a los superiores con respecto a evitar la comisión de una conducta punible; en este caso se hizo a través de un beneficio de carácter punitivo, sin tomar en cuenta la posición jerárquica del autor de la conducta y trayendo además a consideración un pronunciamiento del mismo tribunal constitucional de 1997:

En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera (Corte Constitucional, 1997).

En el año 2001, a través de la Sentencia de Unificación de Tutela SU 1184-01 de 2001, la

Corte Constitucional se pronunció respecto a la posición de garante que tienen los miembros de la fuerza pública, en relación tanto a las conductas de acción, como las de omisión, en las que surge la responsabilidad de mando en el siguiente sentido:

En una teoría de la imputación objetiva — construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión— la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. (Corte Constitucional, 2001: 35).

Este antecedente jurisprudencial constituye un importante precedente frente a los elementos objetivos que constituyen la responsabilidad de mando, a través de un análisis de las actividades de riesgo, como lo es el uso legítimo de las armas del Estado. Este antecedente, de manera irreductible, impone a quienes ejercen un mando al interior de la fuerza pública ejercer un control adecuado sobre sus subordinados, so pena de incurrir en algún tipo de responsabilidad, no derivado de la acción, sino de la omisión que permite que no se eviten o no cesen las conductas delictivas.

En desarrollo del concepto de la comisión por omisión se han sancionado conductas que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, así como graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Es así como, en el año 2014, la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia SP 7135 de 2014, encontró penalmente responsable a un miembro de la Fuerza Pública, que no cumplió con los deberes que le imponía su posición de garante, bajo la consideración de que:

En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (Corte Suprema de Justicia, 2014: 17).

Ahora bien, otro de los conceptos relacionados con la responsabilidad de mando y del superior es la denominada teoría de los aparatos organizados de poder. En este sentido la Corte Suprema de Justicia, en relación con la tesis de la *Autoría Mediata*, estableció que para que se configure la responsabilidad de mando, se requiere la expedición de órdenes específicas, que van descendiendo en una cadena jerárquica, hasta llegar al autor material del hecho. Así las cosas, los primeros en la “pirámide” son los autores mediatos, constituidos por los mandos altos y medios; y los gestores de la acción son los coautores (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Al respecto refiere Cadavid (2013) que, desde una perspectiva dogmática, para calificar la intervención del superior en Aparatos Organizados de Poder, se usa la coautoría en virtud de la organización, debido a que esta modalidad es la que recoge de mejor manera la forma de realización de conductas delictivas en el marco de estas estructuras delictuales. Si bien es cierto en los Aparatos Organizados de Poder de Carácter delictual se pueden aplicar todas las formas de participación en la conducta penal, por la posición que ocupa el superior, como lo refiere la misma autora, tiene el dominio del hecho.

Siguiendo esta línea interpretativa de la responsabilidad del superior, a partir de la *autoría mediata*, refiere (Roxin, 1998) al analizar la figura del “instrumento”, que este va más allá del denominado “hombre de atrás” y hace referencia al aparato como tal. Aunque en este tipo de responsabilidad se pueden enmarcar algunos casos de responsabilidad del superior, cuando la conducta no es de carácter omisivo, no es suficiente para definir con certeza los casos en que puede aplicarse la responsabilidad del superior, como una categoría de imputación.

Sólo a partir del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (En adelante Acuerdo Final) es que se está consagrando por primera vez, de forma expresa, en la legislación colombiana la responsabilidad de mando y del superior, bajo el concepto que establece el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario, aunque con serias diferencias, como se podrá verificar en los siguientes apartados.

2.2. Responsabilidad de Mando en el Acuerdo Final de Paz en Colombia

Teniendo en cuenta el marco general regulatorio de la responsabilidad de mando en el Derecho Penal Internacional, se hará un análisis del manejo de la responsabilidad de mando en el Acuerdo Final (2016), suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC-EP.

El 24 de agosto de 2016 se terminó de redactar el primer Acuerdo Final que fue suscrito en la ciudad de Cartagena el 26 de septiembre de 2016. En este Acuerdo —en los numerales 44 y 59 del punto 5º, sobre las víctimas del conflicto, en el capítulo de la Jurisdicción Especial de Paz— se estableció la responsabilidad de mando de los miembros de la fuerza pública y de los integrantes de las FARC-EP, respectivamente. Nada se dijo de la responsabilidad de los superiores civiles.

En torno a la responsabilidad de los miembros de la fuerza pública, se estableció que, para que se configure la responsabilidad del superior, debe existir un control efectivo de la respectiva conducta y no de los subordinados. Frente al elemento subjetivo, se estableció el conocimiento

basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la conducta; y, por último, en relación con el deber de diligencia, se estableció el deber de tomar las medidas a disposición de los superiores para prevenir los delitos y promover las investigaciones una vez cometidos los mismos.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de mando de los miembros de las FARC –EP, se establecieron los mismos elementos de control efectivo sobre la conducta: la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la conducta; el deber de prevenir y de adoptar las decisiones correspondientes en caso de que la conducta hubiere sido cometida.

Estas dos disposiciones consagraban diferencias significativas en relación con lo establecido sobre responsabilidad de mando en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Por una parte, establecían un control sobre la conducta y no sobre los subordinados; y por otra establecían, además, de forma exclusiva, el conocimiento efectivo; debe resaltarse que se omitió el deber de represión de la conducta.

Luego de que fuera sometido a refrendación popular mediante plebiscito, y de que la ciudadanía tomara una decisión negativa respecto al mismo, este acuerdo fue objeto de renegociación, esta vez incluyendo a los principales actores políticos que lideraron la campaña del voto por el NO, en este mecanismo de participación democrática (Gómez, 2017).

Luego de esta renegociación, el 23 de noviembre de 2016 se hizo público el nuevo Acuerdo Final, y los numerales 44 y 59 tuvieron sus respectivas modificaciones. Al numeral 44, relacionado con la responsabilidad de los miembros de la fuerza pública, se le adicionó un párrafo en el que se establecía el deber de control del superior sobre los subordinados, y se hacía referencia expresa al artículo 28 del Estatuto de Roma, con los elementos precisos que este artículo contiene en relación con los componentes definitorios de la responsabilidad de mando⁴. En

4. En este numeral 44 del Acuerdo se adicionó el siguiente párrafo: “Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como lo indica el artículo 28 del Estatuto de Roma”.

el numeral 59, relativo a la responsabilidad de los miembros de las FARC EP, se hizo una precisión similar, haciendo también la referencia al artículo 28 del Estatuto de la CPI⁵.

Si bien se dio este importante avance de estos nuevos párrafos —incluidos el 12 de noviembre de 2016⁶ (Paz, 2016), cuando se terminó de redactar la renegociación del Acuerdo en la ciudad de La Habana, y que aparecieron en la publicación oficial del 23 de noviembre— en el caso del numeral 44, el párrafo adicionado fue eliminado en una nueva publicación del 24 de noviembre en una versión final que fue suscrita por los negociadores de ambas partes, conservando la redacción original del texto de agosto.

En el numeral 59, relacionado con la responsabilidad de mando de los miembros de las FARC –EP, aunque se mantuvo parte del párrafo que se adicionó posteriormente, se cambió la remisión al artículo 28 del Estatuto de Roma por una remisión al derecho internacional en los siguientes términos:

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional (Acuerdo Final, 2016:164).

Ahora bien, el control efectivo —como se estableció para los miembros de la Fuerza Pública en el acuerdo final, referido a la conducta y no al autor de esta— representa una grave ambigüedad que limita los casos de responsabilidad de mando que pudieron haber ocurrido durante el conflicto armado colombiano. Adicional a esto, tanto para los miembros de la Fuerza Pública como para los miembros de las FARC-EP, se estableció la responsabilidad sólo sobre el conocimiento efectivo, sin tomar en cuenta el conocimiento relacionado con la expresión “*tenía razones para saber*” del artículo 28 del Estatuto de Roma, cuya referencia fue eliminada en relación con la

responsabilidad de mando, tanto de los miembros de la Fuerza Pública, como de las FARC.

Las disposiciones del punto 5º del Acuerdo Final relacionado con las víctimas del conflicto se hicieron públicas en el mes de diciembre del año 2015. Dentro de las críticas que desató la regulación de la responsabilidad de mando cabe destacar las de la ONG Human Rights Watch, HRW, (2015), en documento remitido al presidente de la República, en el que se estableció que los apartes regulatorios de la responsabilidad de mando contenían dos frases ambiguas que daban un amplio margen de interpretación para la determinación de la responsabilidad de los superiores miembros de la Fuerza Pública y de las FARC.

La primera frase considerada ambigua es la relacionada con la información disponible antes, durante y después de la comisión de la conducta, toda vez que el derecho internacional basa el elemento subjetivo en las expresiones “debería haber sabido o tenía razones para saber”. La segunda frase es la relacionada con el control efectivo sobre la conducta. De acuerdo con la ONG arriba mencionada, en el derecho internacional el control que debe ejercer el superior es sobre sus subordinados y no “específicamente sobre el hecho ilícito”.

Luego de la firma del Acuerdo de Paz el 24 de noviembre de 2016, HRW (2017) volvió a pronunciarse en torno a la responsabilidad de mando y su regulación en el Acuerdo, estableciendo su preocupación por la eliminación de las nuevas disposiciones sobre responsabilidad de mando para los agentes del Estado, horas antes de la firma del nuevo Acuerdo.

2.3. Acto Legislativo 01 de 2017

Posteriormente, como parte del desarrollo constitucional del Acuerdo Final, en el mes de abril de 2017 se expidió el Acto Legislativo 01. En el artículo 24⁷ de esta reforma constitucional, se

7. Acto Legislativo 01 de 2017:

(...)

Artículo transitorio 24º. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal. La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de

5. El mismo párrafo final del numeral 44, aparecía en el numeral 59, referido a la Responsabilidad de Mando de los miembros de las FARC-EP.

6. Documento de trabajo: Cambios precisiones y ajustes para un nuevo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 11 de noviembre de 2016.

definieron los principios de la responsabilidad de mando para los miembros de la Fuerza Pública, estableciendo cuatro condiciones concurrentes que deben ser demostradas para que se configure este tipo de responsabilidad.

Estas cuatro condiciones exigen que la conducta se haya cometido dentro del área de responsabilidad del superior, que el superior tenga capacidad tanto legal como material para expedir órdenes, que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos, además de la capacidad material del superior para evitar o reprimir la conducta.

En esta reforma constitucional no se fijaron los principios de responsabilidad de mando para los miembros de las FARC, y la regulación que se hizo para los miembros de la Fuerza Pública no sólo presenta ambigüedades, sino que ahora presenta unas exigencias exhaustivas, consagradas en la Constitución Política; lo que genera mayores dificultades para establecer la responsabilidad de los mandos militares y policiales por los crímenes de sus subalternos (Olásolo y Canosa, 2018).

En el caso de la responsabilidad de mando de los militares, en la disposición constitucional se estableció que, para definir el mando y control efectivo, debe probarse la existencia de los siguientes cuatro elementos concurrentes.

El primero exige que la conducta haya sido cometida dentro del área de responsabilidad

jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;

b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;

c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

asignada bajo su mando. En este sentido, en la Sentencia del caso *Situation In The Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V Jean Pierre Bemba Gombo* (2016,), se estableció:

(...) el hecho de que las tropas del señor Bemba se comunicaron y cooperaron con las autoridades de la República Centroafricana a lo largo de la operación, no significa que el Sr. Bemba careciera de autoridad y control efectivo sobre estas tropas, a pesar de que ellas operaran en territorio extranjero (pág. 245).

Es así como —de acuerdo con la teoría del control efectivo, como se verá a continuación— no resulta pertinente exigir que la conducta se cometa dentro del área de jurisdicción del responsable, toda vez que el control sobre las tropas es independiente de donde estas operen; y va más encaminado a la capacidad de emitir y hacer cumplir estas órdenes y a su vez a la capacidad de poder evitar las conductas delictivas que los inferiores pretenden realizar.

El segundo elemento es tener la capacidad legal y material de emitir órdenes, modificarlas y hacerlas cumplir. Esta disposición está relacionada con el control efectivo, que, como se analizó anteriormente, la regulación constitucional que se hizo lo relaciona con el control sobre la conducta y no sobre sus subordinados. Al respecto, en *Prosecutor v. Martić* se mencionó frente al control efectivo:

El Tribunal tiene razones válidas particulares para ejercer su jurisdicción sobre personas que, por su posición de autoridad política o militar, pueden ordenar la comisión de crímenes dentro de su competencia *ratione materiae* o que pese a conocer de dicha comisión se abstengan de prevenir o castigar a los perpetuadores de tales crímenes (*Prosecutor v. Martić*, 1996).

En el mismo sentido, en la Sentencia del Caso Bemba se estableció que

(...) la posesión de poder formal no es un factor determinante para demostrar la existencia de un control efectivo de acuerdo con el artículo 28 del Estatuto de Roma, el control efectivo puede establecerse dentro de una relación jerárquica de *iure* o de *facto*. (*Situation In The Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V Jean Pierre Bemba Gombo*, 2016, : 248)

Exigir un control efectivo sobre la conducta y no sobre los subordinados modifica estos principios establecidos por la jurisprudencia y lleva la responsabilidad de mando a un control real y material sobre cada conducta cometida.

Un tercer elemento es exigir la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, estableciendo, además, que sea conforme al nivel de mando correspondiente. En este sentido, la sala de primera instancia de la CPI fundamentó la diferencia entre el concepto de unidad de mando y control efectivo,

(...) estableciendo con respecto a la unidad de mando, que para el buen funcionamiento de un ejército, solo puede haber un individuo en mando de una unidad específica y en un momento en particular, no obstante el poder material para prevenir, reprimir o someter la conducta delictiva a las autoridades competentes no puede ser un poder exclusivo y múltiples superiores pueden ser conjuntamente responsables de las acciones de sus subordinados (Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor V Jean Pierre Bemba Gombo, 2016: 315).

En este punto se entra nuevamente en la discusión de si el control territorial es o no definitorio de la responsabilidad de mando. Como se puede verificar en los dos apartes de la sentencia del caso Bemba, la conclusión a la que llegó la CPI es que no debe existir ese control para que se pueda configurar la responsabilidad.

El cuarto y último elemento concurrente exigido es la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, requiriéndose además un conocimiento actual o actualizable.

En este sentido, establecer exclusivamente el conocimiento real en relación con la responsabilidad de mando permite justificar conductas negligentes que generan una omisión; con lo cual se limita en forma desproporcional la responsabilidad que deben tener los jefes y superiores frente a la comisión de delitos de competencia de la CPI.

Estas disposiciones suscitaron pronunciamientos de importantes organizaciones de la sociedad civil en Colombia, tales como DeJusticia y la Comisión Colombiana de Juristas⁸. En el caso de DeJusticia, la sugerencia fue establecer que esas condiciones constituyen criterios de interpretación para los jueces de la Jurisdicción Especial de Paz, tomando en cuenta, además, que serán estos jueces los que en cada caso determinarán, con base en los elementos que constituyen la responsabilidad de mando, si esta efectivamente se dio o no.

Por su parte, la Comisión Colombiana de Juristas recordó cómo la omisión de las referencias al derecho internacional, no omite la aplicación de los conceptos que establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Penal. Por tal razón, haber omitido la referencia al artículo 28 del Estatuto de Roma, o al derecho internacional en general, no lo hace inaplicable para los actores del conflicto armado colombiano⁹.

En este sentido la Corte Constitucional estableció en la Sentencia C-084 de 2016 la debida armonización que debe existir entre el derecho interno y las normas del derecho internacional de los derechos humanos, así como el Derecho Internacional Humanitario, en los siguientes términos:

Este entendimiento de la norma reformativa de la Constitución no sustituye, ni subvierte el deber del Estado de respetar, hacer respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, mediante la investigación y juzgamiento de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario. Por el contrario, su interpretación armónica con los principios y valores que orientan el modelo de Estado social y democrático de derecho y los demás preceptos constitucionales y del bloque de constitucionalidad, reafirma, desarrolla y contribuye a la realización del eje definitorio identificado como parámetro del control en el presente juicio (Corte Constitucional, 2016).

8. Audiencia Pública Proyecto de Acto Legislativo 02 de 2017 Senado/002 de 2016 Cámara, 14 de febrero de 2017.

9. Audiencia Pública Proyecto de Acto Legislativo 02 de 2017 Senado/002 de 2016 Cámara, 14 de febrero de 2017.

Desde la teoría jurídica no hay duda de que las disposiciones del Estatuto de Roma hacen parte del *Ius Cogens*, siguiendo la misma línea interpretativa planteada por la Corte Constitucional desde 1995, determinando que este tipo de normas

buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado (Corte Constitucional, 1995).

Y es que, en efecto, el Estatuto de Roma no fue sólo ratificado en Colombia mediante la Ley 742 de 2002 sino que, además, mediante la reforma constitucional del Acto Legislativo 02 de 2001, se reconoció la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, estableciendo la posibilidad de que existan diferencias entre las garantías constitucionales y lo previsto en el Estatuto de Roma, como por ejemplo en lo relativo a la pena de prisión perpetua, en virtud el concepto de “tratamiento diferenciado”, que hace que las normas recogidas en el Estatuto de Roma que no se ajustan a las garantías constitucionales sean solamente aplicables en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional.

En este sentido, en el año 2012, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional presentó un reporte intermedio sobre la Situación en Colombia (Fiscalía de la CPI, 2012). En ese informe se examinaron los efectos violentos del conflicto sobre las personas y, bajo un análisis de complementariedad, se estableció que —frente a los actores del conflicto que hacían parte en su época de la guerrilla de las FARC-EP, que hacen parte de la guerrilla del ELN y que hicieron parte de los grupos paramilitares— el Estado ha cumplido con el deber de investigar y sancionar las conductas cometidas por los miembros de estos grupos, por lo que no sería admisible una denuncia en contra de estos ante la CPI.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con agentes del Estado —no sólo respecto a miembros

de la Fuerza Pública— la Fiscalía de la CPI detectó deficiencias relacionadas con “ciertas categorías de personas y crímenes”¹⁰.

Tomando en cuenta el informe de la Fiscalía de la CPI, se tornan de especial importancia los aspectos definitorios de la responsabilidad de mando para los miembros de la Fuerza Pública, partiendo de la base de las deficiencias en la aplicación de justicia para algunos funcionarios públicos, no solo miembros de la Fuerza Pública, cuyos procesos judiciales no se han adelantado en forma adecuada, situación que ya fue percibida por la CPI.

Ya en el año 2016, la Fiscalía presentó un Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar, en el que estableció:

La Fiscalía también deberá tomar en consideración si existe alguna laguna sustantiva en las leyes aplicadas por las autoridades competentes de la jurisdicción especial para la paz, como las relativas a la responsabilidad del superior, que podría socavar su capacidad de proceder de manera genuina en relación con los casos potenciales que podrán surgir de una investigación en la situación (Corte Penal Internacional, 2016).

Estas lagunas sustantivas, a las que hace referencia la Fiscalía, vienen desde la redacción de la responsabilidad de mando del Acuerdo Final y persisten en la regulación e implementación constitucional y legal que se está haciendo del Acuerdo. A pesar de este importante antecedente, la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2017, se pronunció sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017. A través de esta sentencia se hicieron ajustes a siete artículos del acto legislativo, pero no hubo ninguna modulación al artículo 24º, relacionado con la responsabilidad

10. En el Reporte Intermedio de 2012, se llegó a las siguientes conclusiones:

199. Por lo que se refiere a otros agentes, la Fiscalía ha detectado ciertas carencias o deficiencias que indican una actividad insuficiente o incompleta con respecto a ciertas categorías de personas y de crímenes. En particular, y como lo han señalado las propias autoridades colombianas, es necesario establecer mejor las prioridades.

200. En la evaluación de admisibilidad, la Fiscalía ha evaluado si los posibles casos que investigaría son o serían inadmisibles, debido a la existencia de actuaciones nacionales pertinentes. No obstante, todo ello es sin perjuicio del deber más amplio de los Estados de ejercer su jurisdicción penal sobre los responsables de crímenes internacionales. Por lo tanto, la priorización de casos para determinar la admisibilidad ante la CPI no debe conllevar impunidad por otros crímenes.

de mano de los miembros de la Fuerza Pública, a pesar de las diferentes observaciones remitidas a la Corte, frente a esta materia.

(...) con base en su reconocimiento progresivo en el siglo XX, el CICR concluyó en 2005 que el principio de responsabilidad del superior tenía sin menor duda el rango de norma del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, en los siguientes términos: “los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que estos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si se habían cometido, para castigar a los responsables (CICR, 2017).

Llama la atención que a pesar de que el Estado colombiano ha sido advertido en los informes de examen preliminar, sobre las dudas que hay en torno a las investigaciones judiciales de los agentes del Estado que han incurrido en responsabilidad en relación con los crímenes de competencia de la CPI, desde el Acuerdo Final se ha mantenido una regulación incompleta frente a los elementos mínimos que de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal debe contener la responsabilidad de mando (Olasolo & Canosa, 2018).

La Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2017¹¹, se pronunció sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017. A través de esta sentencia se hicieron ajustes a siete artículos del acto legislativo, pero no hubo ninguna modulación al artículo 24^o relacionado con la responsabilidad de mando de los miembros de la Fuerza Pública, a pesar de las diferentes observaciones remitidas a la Corte, frente a esta materia.

2.4. Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial de Paz

Luego de la expedición del Acto Legislativo que incorporó en la Constitución Política la Jurisdicción Especial de Paz, fue radicado, en el mes de agosto del año 2017, el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

11. Comunicado de Prensa Corte Constitucional 14 de noviembre de 2017.

en la Jurisdicción Especial para la Paz (Senado, 2017). En este proyecto de ley se desarrolla en el artículo 67¹² finalmente aprobado, el concepto de responsabilidad de mando de los miembros de las FARC-EP. También se transcribe parte del numeral 59 del Acuerdo de Paz manteniendo, entre otros, la teoría del control efectivo sobre la respectiva conducta, aun cuando en el segundo párrafo se hace referencia al control efectivo sobre los subalternos que cometen la conducta. Continúa además la aplicación de la teoría del conocimiento efectivo, omitiendo lo relativo al conocimiento constructivo.

Con relación a la responsabilidad de mando de los militares, se menciona, en el artículo 68 del proyecto de ley aprobado, una remisión expresa al contenido del artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2017. No obstante las falencias de este artículo en cuanto al contenido y elementos de la responsabilidad definidos por el Derecho Penal Internacional de mando frente a miembros retirados de la Fuerza Pública, se solicitó mediante carta dirigida al presidente del Congreso de la República, el 16 de agosto de 2017, la adición del artículo sobre responsabilidad de mando que remite a la reforma constitucional para que se consagre la frase: “en materia penal prima el derecho interno tanto en la parte sustantiva como procedimental y no el de carácter internacional”.

Esta disposición que solicitan los miembros de la reserva activa de la Fuerza Pública —como se determinó anteriormente— al pretender excluir el derecho internacional de la normatividad interna en el proceso de juzgamiento de los más graves delitos, no representa un blindaje suficiente para que la CPI considere que existieron los mínimos de justicia exigidos que eviten que se aplique su jurisdicción complementaria y en efecto la mencionada disposición no fue incluida.

12. ARTÍCULO 67. RESPONSABILIDAD DE LOS MANDOS DE LAS FARC-EP. La responsabilidad de los mandos de las Farc-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía. Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.

En el artículo 61 de la Ley Estatutaria, que regula la administración de justicia de la Jurisdicción Especial de Paz, la responsabilidad de mando de los miembros de las FARC-EP quedó definida en estos términos, con los siguientes elementos:

1. Se exige un control efectivo sobre la conducta y no sobre los subordinados.
2. Se establece la existencia del conocimiento efectivo, sin tomar en cuenta el conocimiento constructivo, derivado de la conocida expresión “tenía razones para saber”.
3. Solo se establece el deber de prevención y de forma ambigua el deber de represión de la conducta, al consagrar la expresión “y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes”.
4. Frente al control efectivo, se establece “la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”.

Frente a este último punto, es claro que la responsabilidad de mando, tal y como ha sido definida en el Derecho Internacional Penal, no está ligada de forma exclusiva a la existencia de un rango o jerarquía; sino a la posibilidad real del superior de ejercer un control sobre sus subordinados, tomando en cuenta además lo establecido en el caso. “Ha sido sometido a consideración que la responsabilidad criminal del superior dependerá del grado y forma de control que ejercite y los medios a su disposición para controlar a sus subordinados” (Mucic et al., 1996: 28).

Frente a los demás elementos constitutivos de la responsabilidad de mando de los miembros de las FARC-EP, es claro que existen también deficiencias frente a la construcción de los elementos y el avance de este tipo de responsabilidad en el Derecho Internacional Penal, al establecer un deber de control sobre la conducta y no sobre los subordinados, con lo cual se limita la teoría del control efectivo y se encamina la regulación a la forma más básica de comisión por omisión.

Frente al conocimiento, también se establece su forma más primigenia, relacionada con el conocimiento real, sin tomar en cuenta ninguna de las otras formas de conocimiento, omitiendo además lo establecido en el artículo 28 del

Estatuto de Roma bajo la expresión “tenía razones para saber”.

En lo relativo al deber de prevención, represión y denuncia, tampoco se está dando la suficiente claridad frente a los aspectos que se deben cumplir al respecto. Al hacer mención simplemente a las “decisiones correspondientes”, se está dando un amplio margen de interpretación frente al contenido material exigido a este tipo de decisiones.

El artículo 28 del Estatuto de Roma consagra la obligación de adoptar las medidas “necesarias y razonables”, para cumplir con los deberes anteriormente mencionados. Estos dos conceptos se relacionan con las medidas “adecuadas para que el comandante cumpla las obligaciones deducidas de su posición”. Al respecto, en la sentencia del caso *Situation In The Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V Jean Pierre Bemba Gombo*, estableció la sala:

El deber del comandante de tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir los crímenes cometidos por sus subalternos, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para la investigación y el enjuiciamiento de conductas y presuntos autores, se apoya en su posición de autoridad efectiva y de control sobre los actos de sus subordinados. No es determinante que el comandante tenga la “capacidad jurídica explícita” de tomar esas medidas; lo que importa es su capacidad material para llevar a cabo tales actos. En otras palabras, lo que constituye el estándar de “todas las medidas razonables y necesarias dentro de su alcance” se evaluará sobre la base del mandato de jure y/o poder de facto del comandante y el ejercicio real que él o ella hace de este poder. En este escenario el alcance probatorio que tiene el derecho operacional es fundamental (2016: 15).

En este orden de ideas, si bien es cierto que la CPI ha definido que la verificación de si se cumplieron las medidas necesarias y razonables se debe hacer caso por caso, también lo es que al hablar de “decisiones correspondientes”, no se está imponiendo un deber jurídico claro que pueda ser determinable con precisión.

Finalmente, la referencia al derecho internacional, se está haciendo ligada a lo

preceptuado en el artículo, sin hacer una remisión expresa a disposiciones normativas específicas, en especial el artículo 28 del Estatuto de Roma.

2.5. Otras Disposiciones Pendientes

Adicional a lo anterior, ni en el Acuerdo Final ni en la regulación constitucional y legal se estableció el concepto de responsabilidad de mando de los superiores no militares, toda vez que está claramente establecido que no sólo los miembros de la Fuerza Pública y los grupos insurgentes fueron los autores de los más graves delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano.

En el caso de la responsabilidad de civiles no militares el CICR (2012) ha establecido que un superior jerárquico que mantiene con sus subordinados una relación distinta de la militar, es penalmente responsable de los crímenes que son de la competencia de la Corte, y que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y su control efectivo, bajo los presupuestos establecidos en el Estatuto de la CPI.

No obstante esta interpretación, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2017, los civiles, no militares, tendrán un tratamiento de terceros, con participaron en forma indirecta del conflicto armado colombiano, que pueden acudir a la Jurisdicción Especial de Paz, en forma exclusivamente voluntaria, razón por la cual la responsabilidad del superior no tendrá cabida en relación a las conductas cometidas por estos, aun cuando se trate de actores estatales que pudieron evitar o hacer cesar la comisión de conductas de competencia de la CPI.

En este orden de ideas, la inclusión al ordenamiento jurídico colombiano de la responsabilidad de mando y del superior se está limitando a la existencia de unos elementos definitorios concurrentes, si bien también hay unas claras diferencias sustanciales con el desarrollo jurisprudencial que se ha dado en el Derecho Penal Internacional, en el marco de investigaciones de los más graves crímenes internacionales. Se omite además la responsabilidad de los civiles no militares, cuando “claramente se ha podido establecer que en Colombia hubo una participación activa de civiles en el conflicto” (CICR, 2017: 7), que fue determinante en la comisión de graves conductas

que constituyen delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra, de competencia de la CPI (Olásolo y Canosa, 2018)¹³.

Es fundamental, por último, recordar que el artículo 20 del Estatuto de Roma establece, en relación con la cosa juzgada, que la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal, a menos que:

(...) b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. (Estatuto De La Corte Penal Internacional, 1998)

En este orden de ideas, tratar de generar un blindaje jurídico que limite al máximo la responsabilidad de mando —tal y como se ha venido haciendo desde el Acuerdo Final, hasta su implementación constitucional y ahora legal— no significa que la CPI no pueda, con base en el principio de complementariedad, avocar el conocimiento de esas conductas cuando no se garantice el cumplimiento de las actuaciones judiciales pertinentes.

CONCLUSIONES

A través del desarrollo constitucional y legal de las disposiciones del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera, se está incorporando por primera vez al ordenamiento jurídico colombiano la figura del derecho penal internacional de la responsabilidad de mando o del superior. La referencia legal más cercana a esta figura ha sido la comisión por omisión, consagrada en el Código Penal colombiano.

13. En *Amicus Curiae* dirigido a la Corte Constitucional la Fiscal de la CPI Fatou Bensouda se refirió a “[l]os esfuerzos de Colombia por promover los objetivos del Estatuto de Roma se reflejan en la introducción de una definición de la responsabilidad del mando como una forma de responsabilidad penal aplicable en el marco de la JEP. Sin embargo, la definición de responsabilidad del mando adoptada se aparta sustancialmente de la prevista en el derecho internacional consuetudinario y de la definición del Estatuto de Roma, y por consiguiente podría frustrar los intentos de Colombia de cumplir su deber de investigar y juzgar los crímenes internacionales”. (Bensouda, 2017, pág. 5)

La responsabilidad de mando de los miembros de la Fuerza Pública fue objeto de regulación constitucional (Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017) y se hizo bajo la determinación de unos elementos específicos que deben ser cumplidos para que haya lugar a la configuración de la responsabilidad. Posteriormente, la responsabilidad de mando de los miembros de las FARC-EP, se reguló a través de una ley estatutaria, también con unos criterios limitados, para que se logre la configuración de este tipo de responsabilidad, sin unas exigencias claras frente a la responsabilidad de los superiores jerárquicos.

A pesar de la inclusión de estas disposiciones al ordenamiento jurídico colombiano, no se visualiza una verdadera voluntad de regulación exhaustiva de la figura, conforme al desarrollo jurisprudencial que se ha dado en los Tribunales Penales Internacionales y en los Tribunales *ad hoc*. En particular, los elementos específicos recogidos en el Acto Legislativo 01/2017 y en la ley estatutaria no recogen los desarrollos que se han dado frente al tema en el derecho penal internacional, ni lo establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma. Esto se puede observar en que:

(i) La definición de la Responsabilidad de Mando en el Acto Legislativo y en la Ley Estatutaria contraviene las disposiciones del Estatuto de Roma, en lo relacionado al requisito de control efectivo, al exigir un control sobre la conducta y establecer una serie de condiciones concurrentes que se deben probar para demostrar el control efectivo.

(ii) Al existir una serie de elementos subjetivos que deben ser verificados se genera una ambigüedad frente al conocimiento relacionado con la expresión “hubiere debido conocer”.

(iii) Nada se dijo en el Acuerdo Final y por consiguiente tampoco en el desarrollo legal, sobre la responsabilidad de los civiles no militares, que en el Estatuto de Roma cuentan con una regulación específica y menos estricta en relación con la responsabilidad de los militares. A pesar de que el proceso de Justicia Transicional en Colombia, permite la aplicación de una serie de disposiciones especiales encaminadas al logro de importantes valores como la paz, también lo es el que existen unos límites en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho internacional penal, en relación con aquellas conductas consideradas como de mayor gravedad, que no admiten niveles de impunidad, particularmente para los máximos responsables.

Por ello la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, a través de la figura del *Amicus Curiae* y de los Reportes Intermedios, ha manifestado su preocupación en torno a los posibles casos de impunidad de los máximos responsables de los más graves delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, como lo son, entre otros, las denominadas ejecuciones extrajudiciales. De esta manera, la regulación de la Jurisdicción Especial de Paz no obsta para que la CPI pueda ejercer su competencia en Colombia, como lo ha venido advirtiendo.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. (1999). La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. *ADPCP, L(II)*, 527-593.
- Ambos, K. (2005). *La Parte General Del Derecho Penal Internacional, Bases Para Una Elebaoración Dogmática*. Montevideu: Konrad Adenauer Siftung.
- Bensouda, F. (2017). *International criminal court*. Recuperado de <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>
- Brook, T. (2001). *The Tokyo Judgment*. The Journal of Asian Studies.
- Cadavid, P. (2013). *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- CICR. (2017). *Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia debería incluir el concepto de responsabilidad penal de los superiores en su totalidad*. Bogotá: CICR.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-578/1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-285/1997. M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-368/2000. M.P. Carlos Gaviria Diaz.
- Corte Constitucional. (2001). SU 1184/2001. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-084/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2016). SENTENCIA C-084/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia. (2014). Sentencia SP 7135 de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
- Corte Suprema de Justicia. (2014). SP 1432-2014 . Gustavo Enrique Malo.
- COURT, I. C. (11 de 2012). www.icc-cpi.int. Recuperado el 18 de 09 de 2017
- Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Caso N° ICTR-96-4-T (TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA RUANDA 02 de SEPTIEMBRE de 1998).
- Fiscal vs. Zejnir Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo alias "Zenga" (Čelebići) , Caso N° IT-96-21-T (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA 16 de noviembre de 1998).
- Fiscal vs. Aleksovski (Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia 25 de junio de 1999).
- Gómez, R. (2017). El plebiscito sobre los acuerdos de la paz en Colombia: La legítima búsqueda de la paz en un contexto político antagónico. *Misión Jurídica*, 10(13), 265-278.
- HRW. (2015). *Análisis de Human Rights Watch sobre el "Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto"*.
- HRW. (25 de 01 de 2017). www.hrw.org. Recuperado el 20 de 09 de 2017
- Internacional, C. P. (1998). Estatuto de la corte penal internacional.
- Internacional, C. P. (2016). *Informe Preliminar Situación Colombia*.
- Jakobs, G. (2000). *El ocaso del dominio del hecho*. BARCELONA: Conferencias sobre temas penales.
- Ley 599. (2000). Congreso de la República.
- Mucić et al., (1996). (IT-96-21) (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 19 de 03 de
- Olásolo, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en el derecho penal internacional*. Valencia: tirant.
- Olasolo, H., y Canosa , J. (2018). La inseguridad jurídica de los acuerdos de paz a la luz del régimen jurídico internacional de los Crímenes de ius cogens y la justicia de transición. *Polít. crim.*, 13(25).
- Paz, O. d. (2016). Cambios precisiones y ajustes para un nuevo acuerdo final. La Habana, Cuba.
- Perez- León, J. (2007). La responsabilidad del superior "sensu stricto" por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo. *Internacional Law*, 161.
- Presidencia - Farc-Ep. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la*

construcción de una paz estable y duradera.
Bogotá: OACP.

- Prosecutor v. Martić, (1996). Caso No. IT-85-11. Tribunal internacional penal para la exYugoslavia
- RIGHTS, E. C. (2017). *AMICUS CURIAE*. BERLÍN: ECCHR.
- Roxin, C. (1998). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Dominio*, 243-245.
- Senado. (2017). Proyecto de Ley 08 de 2017. Gaceta 626 de 2017.
- Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. (2016). icc-01/05-01/08 (corte penal internacional)
- SP 7135-2014, 35113 (Corte Suprema de Justicia).
- SP1432-2014, 40214 (Corte Suprema de Justicia 19 de febrero de 2014).
- SU 1184-01 (Corte Constitucional 13 de 11 de 2001).
- The Prosecutor vs Tiomir Blaskic., (2000). it-95-14-t (tribunal internacional penal para la ex-Yugoslavia
- UN. (2000). *legal.un.org*. Recuperado de http://legal.un.org/avl/pdf/ha/scsl/scsl_s.pdf
- USVS Von Leeb. (1948). Case N° 72 (Tribunal internacional penal para nuremberg)
- USVS Von Leeb.. (1948) Case N° 7 (Tribunal internacional penal para nuremberg)

¿SON LAS BACRIM UN ACTOR ARMADO SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL?*

ARE THE BACRIM AN ARMED ACTOR ACCORDING TO INTERNATIONAL LAW?

O BACRIM É UM ATOR ARMADO DE ACORDO COM O DIREITO INTERNACIONAL?

Víctor Hugo Mendoza Tovar^a
vhmendoza@gmail.com
vmendozatov@uniminuto.edu.co

Víctor Hugo Ramírez Peña^b
vramirez@uniminuto.edu

Fecha de recepción: mayo 15 de 2018
Fecha de revisión: Agosto 22 de 2018
Fecha de aceptación: octubre 10 de 2018

RESUMEN

El presente ensayo muestra de manera sucinta como las bandas de crimen organizado (BACRIM) o ahora como se les llama Grupos Armados Organizados (GAO) dejando como ejemplo el “Clan USUAGA”, son actores partícipes del conflicto armado en Colombia y a diferencia de las guerrillas tradicionales (FARC y ELN), no se oponen al Estado, salvo cuando este último interfiere con sus actividades criminales, disputándose militarmente el poder local y regional a las guerrillas, mientras ejercían simultáneamente las conductas delictivas propias de su razón de ser criminal y la posibilidad de ser sujetos del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

* Artículo de reflexión.

a. Profesional en Administración de sistemas e Informática de la Universidad Santo Tomás de Aquino - Colombia, Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de los Conflictos Armados de la Escuela Superior de Guerra - Colombia. MBA en Administración y Dirección de empresas de la Universidad Camilo José Cela - España, Candidato a Doctor en Gerencia y política educativa de la Universidad de Baja California - México. y Docente Investigador de la facultad de Administración de Empresas de la Universidad Minuto de Dios con sede en Madrid - Cundinamarca.

b. Licenciado en Filología e Idiomas, de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Gerencia de Proyectos, Universidad Minuto de Dios, Especialista en Gerencia Educativa. Universidad Minuto de Dios, Aspirante a Magister en Administración de Organizaciones. Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Actualmente es Director del Centro Regional Madrid de la Rectoría Cundinamarca de UNIMINUTO

Para citar este artículo:
Mendoza, V. y Ramírez, V. (2019). ¿Son las Bacrim un actor armado según el derecho internacional? *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 235 - 248.

PALABRAS CLAVES

Derecho Internacional Humanitario; Paramilitarismo; Bandas criminales; Bacrim; Comité Internacional Cruz Roja (CICR); Evolución bandolerismo en Colombia; Conflicto armado colombiano; guerra de guerrillas en Colombia.

ABSTRACT

The present essay shows succinctly how the organized crime gangs (BACRIM) or now as they are called Organized Armed Groups (GAO), are actors participating in the armed conflict in Colombia and unlike the traditional guerrillas (FARC and ELN), they oppose the State, except when the latter interferes with their criminal activities, militarily contesting the local and regional power to the guerrillas, while simultaneously exercising the criminal conducts of their criminal *raison d'être* and the possibility of being subjects of International Humanitarian Law (DIH).

KEYWORDS

International Humanitarian Law; Paramilitarism; Criminal gangs; Bacrim; International Committee of the Red Cross (ICRC); Evolution banditry in Colombia; Colombian armed conflict; Partisan warfare in Colombia; Grupos Armados Ilegales (GAO).

RESUMO

O presente ensaio mostra sucintamente como as gangues do crime organizado (BACRIM) ou agora como são chamados os Grupos Armados Organizados (GAO), deixando como exemplo o "Clã USUAGA", são atores participantes do conflito armado na Colômbia e ao contrário dos guerrilheiros tradicionais (FARC e ELN), não se opõem ao Estado, exceto quando este interfere em suas atividades criminosas, combatendo militarmente o poder local e regional para a guerrilha, ao mesmo tempo em que exerce as condutas criminosas de sua razão criminosa e a possibilidade de serem sujeitos do Direito Internacional Humanitário (DIH).

PALAVRAS CHAVE

Direito Internacional Humanitário; Paramilitarismo; Gangues criminosas; Bacrim; Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV); Evolução

do banditismo na Colômbia; Conflito armado colombiano; guerra de guerrilha na Colômbia.

INTRODUCCIÓN

Colombia es un país que durante gran parte de su historia ha afrontado una serie de conflictos armados, que han desembocado en guerras civiles o han mantenido diversas y constantes formas de manifestación de la violencia, ya manifiesta, ya latente, en especial en las áreas rurales, que desde los años cincuenta del siglo pasado provocó el desplazamiento de más de la octava parte de su población, situación que de nuevo se repitió a finales del siglo XX, y comienzos del XXI, entre otros factores, porque la instauración de la violencia por parte de los actores armados ha tenido la intencionalidad de posibilitar el despojo de las tierras al campesinado, encubriendo dicha explotación con aparentes razones políticas.

El presente ensayo tiene como objetivo, mostrar que en Colombia la lucha armada tiene un actor "invisible" para la comunidad internacional, es el caso de las Bandas Criminales (BACRIM) o Grupos Armados Organizados (GAO), se habla de conflicto interno armado colombiano entre Guerrillas y Estado, pero evidentemente existen alternamente a estos otros grupos, otros también organizados cuya presencia ya no es en la parte rural si no en las ciudades, dificultando a las fuerzas militares su contención y posterior reducción.

Los GAO o BACRIM no se pueden bombardear como en casos vistos con la guerrilla de las FARC (campamento del guerrillero Raúl Reyes) pues el daño colateral tendría unos daños humanitarios de proporciones devastadoras, entonces es la policía Nacional la encargada de contener estos fenómenos sociales, enfrentándose a estos grupos con una estructura organizada, con mando responsable, y ejerciendo control de una parte del territorio.

1. Caracterización de la banda criminal o grupo armado organizado como actor del conflicto armado interno

Surge la cuestión de si las bandas de crimen organizado son actores del conflicto armado en Colombia. Estos grupos, a diferencia de los tradicionales grupos armados, no se oponen al Estado, salvo cuando este último interfiere con sus actividades criminales; a su vez, no tienen aspiraciones políticas (Vité, 2009).

Aunque algunos argumentan que vista la falta de aspiraciones políticas reales no es posible considerar a una BACRIM o GAO y como un ejemplo al “Clan Úsuga” como parte del Conflicto Armado No Internacional (en adelante CANI), tanto el CICR como los Tribunales internacionales, interpretando las normas aplicables del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), han manifestado que la determinación de la existencia de un conflicto armado, y del carácter de actor parte en el mismo, se basa solamente en dos criterios: la intensidad del conflicto y el nivel de organización de las partes. Por consiguiente, el propósito por el cual el grupo armado se involucró en acciones de violencia, o si este logró algún objetivo por medio de dichas acciones es irrelevante (Caso Limaj, 2007).

A nivel interno, la Corte Constitucional se ha manifestado en este sentido. En la Sentencia C-291 de 2007 el Corte usó la jurisprudencia del caso Limaj del TPIY y declaró que:

[...] para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados. [...] para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes, [...] al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas” (Corte Constitucional, 2007)

A su vez, ese mismo tribunal, por medio de las Sentencias C-781 de 2012 y C-577 de 2014, ha reiterado que se debe entender al CANI de forma amplia incluyendo “toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto [...], en el que se hace patente la dificultad para separar los fenómenos de violencia generalizada y delincuencia común, del accionar de los actores armados en el contexto del conflicto armado” (Corte Constitucional, 2014).

Como se señaló en líneas anteriores, para que un colectivo armado pueda ser considerado parte de un CANI, el mismo debe i) Tener un mando organizado y responsable; ii) Ejercer control sobre un parte de un territorio, y iii) Ejecutar operaciones militares sostenidas. A su vez, sus acciones deben superar un umbral mínimo de violencia.

2. Grupo Armado Organizado

El artículo 1 del Protocolo II no reconoce expresamente un concepto de actor armado, sino que de forma descriptiva señala que un CANI se da cuando existan:

[...] fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo (Artículo 1, Protocolo II).

En virtud de la interpretación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) del DIH, un actor armado, en primer lugar, debe tener nivel de organización; en segundo lugar, capacidad de planificar sus estrategias militares; en tercer lugar, capacidad de daño, y, en cuarto lugar, capacidad de mantener operaciones sostenidas (Caso Abu Garda, 2010). A continuación, se analizan estos elementos para el caso concreto de las “BACRIM o GAO”.

3. Mando Responsable

Como se señaló en la parte inicial, las BACRIM tienen un mando central representado en la figura del líder máximo y cabeza visible de la organización, en el caso del clan USUGA (inicialmente conformado por Daniel Rendón, luego por Juan de Dios Úsuga y actualmente por Darío Antonio Úsuga), y la representación de mandos de cada uno de los Bloques que

integran el “Estado Mayor General”. A su vez, su funcionamiento se basa en una estructura en red por niveles, en la que existe i.) Un nodo central organizado en torno al “Estado Mayor General” como primer nivel; ii.) Una organización descentralizada a través de sus bloques como el segundo nivel, y iii.) El relacionamiento con estructuras externas (cooptadas, pero con autonomía), que se convierte en el tercer nivel de actuación de la organización.

A modo de ejemplo de hechos que cumplen con este requisito y, por consiguiente, manifiestan una configuración del mando responsable, se puede mencionar que:

- i. Existe una serie de panfletos y un documento informativo que expresan sus posiciones sobre distintos temas, operaciones y fines;
- ii. Tiene estatutos y reglamentos, públicos desde el 2014;
- iii. En sus comunicados públicos mantiene una voz única;
- iv. Según la operación Agamenón se descubrió que tienen campamentos y centros de operación en medio de la selva del Urabá antioqueño y chocoano, y
- v. Tiene uniformes y distintivos.

4. Control sobre una parte del territorio

Desde sus inicios, la concentración del dominio territorial del “Clan Úsuga” se ha centrado en ciertas áreas que fueron heredadas de los Bloques Elmer Cárdenas, Bloque Bananero y Bloque Mineros de las AUC, como son el Sur Bolívar, Nordeste Antioqueño y el Urabá, y en la actualidad su presencia se extiende por, al menos, 146 municipios en 12 departamentos. En las zonas de concentración el grupo ha logrado eliminar a sus competidores armados y ejerce un control casi absoluto sobre la población.

Tanto en las zonas de hegemonía, como en las zonas de disputa, el grupo ha utilizado la violencia como mecanismo de control territorial, haciendo uso de mecanismos como los paros armados, amenazas y la eliminación selectiva de líderes sociales, defensores de derechos humanos y reclamantes de tierras, los cuales cuestionan su autoridad local, y lideran procesos en contra de la concentración de la tenencia de la tierra, la cooptación política local, entre otros.

Un ejemplo de este control social se puede evidenciar en lo sucedido en las veredas del corregimiento de Guachaca en Magdalena, donde la agrupación convocó a reuniones ordenando la expulsión de las personas de apellido Giraldo y sus colaboradores. Como consecuencia de la confrontación el corregimiento de Guachaca se ha convertido en uno de los principales lugares de expulsión de población. De acuerdo con las declaraciones de personas en situación de desplazamiento recibidas por la Defensoría Regional Magdalena en el periodo 14 de diciembre de 2012 a 24 de marzo de 2013, se establece que cerca de 160 personas habían abandonado la vereda Marquetalia, que tiene una población aproximada de 1200 habitantes distribuidos en 300 viviendas (Defensoría del Pueblo, 2013a; Fiscalía General de la Nación, 2013a).

Otros ejemplos de este control se evidencian en hechos como: i) El paro armado del año 2008, en el cual cesa toda actividad en la región del Urabá y hacen pública su autodenominación como Autodefensas Gaitanistas de Colombia; ii) El segundo paro armado de 2012, donde interrumpieron la actividad comercial, el transporte y la institucionalidad pública en alrededor de 20 municipios de la región del Urabá y zonas aledañas, y iii) El control continuo en el Urabá chocoano, en las cuencas de los ríos Jiguamiando y Curvaradó, así como en el Río Cacarica, donde mantienen el dominio de los cultivos de palma de aceite en los territorios colectivos (Comisión Colombiana de Juristas, 2011). iv) El alto control territorial de Segovia y Zaragoza mediante la extorsión de mineros, y la explotación ilegal (Fundación Ideas para la Paz, 2015a), y v) La presencia y constante disputa con los Rastrojos en el Sur de Bolívar por el corredor estratégico del magdalena medio (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014).

Sin embargo, el control territorial por parte del “Clan Úsuga” ha sido un proceso de reconfiguración progresiva como actor armado luego de las desmovilizaciones del 2006, razón por la cual el debilitamiento sufrido entre los años 2006 y 2007 hizo que perdiera parte del dominio en las zonas que pertenecieron, tradicionalmente, a las estructuras paramilitares que precedieron a este grupo. Más allá de esto, desde 2008 la organización ha recuperado estos territorios y ha ganado muchos más gracias a la nueva lógica organizacional.

Así mismo, el crecimiento de su presencia entre los años 2008 y 2012, período en el cual pasó de tener presencia en 20 municipios a ser reportados en, al menos, 146 de 12 departamentos, muestra como este actor ejerce un dominio territorial amplio en las zonas periféricas del país.

5. Operaciones militares sostenidas y concertadas

Aunque durante los años 2006 y 2007 la incidencia del grupo en la violencia no presencié una capacidad de operaciones militares sostenidas, desde 2008, y en particular desde su reestructuración en 2009, sí lo logró pudiendo consolidarse y extender su presencia territorial a nuevas zonas, aumentando así los índices de violencia en las mismas como consecuencia de los enfrentamientos que la banda entabló con grupos presentes allí. A modo de ejemplo, como ya se manifestó, en 2008 el “Clan Úsuga” se expandió hacia el Nudo de Paramillo y Bajo Cauca Antioqueño motivo por el cual entró en conflicto con “Los Paisas” y aumentó tanto la tasa de homicidios como la de desplazamientos en dichos municipios (Defensoría del Pueblo, 2009; Fundación Ideas para la Paz, 2014).

Otro ejemplo del aumento de los índices directamente relacionado con el crecimiento de este grupo es el departamento de Nariño, donde en 2014 se reportó la Alerta Temprana por presencia de dicho grupo en el Municipio de Barbacoas, lugar que se disputa con las guerrillas.

En relación con los factores que indican que el grupo podía realizar operaciones de una manera organizada, como se mostró, el control del “Clan Úsuga” está basado en la capacidad y disciplina militar, cuestiones que se reflejaban en los dos paros armados realizados tanto en 2008 como en 2012 y que incluyeron a varios municipios en forma coordinada. Tanto la capacidad como el dominio territorial se evidencian en la tasa de homicidios en Medellín durante los IX Juegos Suramericanos que se llevaron a cabo entre el 17 y el 30 de marzo de 2010, con solo 2 homicidios, cuando ese mismo año la tasa de homicidios fue de 5,9 casos diarios (Secretaría de Gobierno de Medellín, 2011).

Así mismo, se han tomado en consideración los factores relevantes para determinar si un grupo armado posee el nivel de disciplina y la

capacidad de aplicar sus obligaciones básicas con arreglo al artículo 3 común. Estos requisitos han sido expedidos a través de los estatutos y el reglamento disciplinario de la organización que hicieron público en el año 2014.

De igual forma, se debe precisar que, según la Fiscalía General de la Nación, en 2015, 2970 integrantes del “Clan Úsuga” hacían presencia territorial en 146 municipios de 12 departamentos. Este aumento en la presencia territorial y en el número de integrantes muestra la capacidad de reclutamiento de el “Clan Úsuga” (Gaceta del Congreso No. 404 de 2015). A modo de ejemplo, sólo en la Comuna 8 de Medellín el grupo ha reclutado a 120 adolescentes de entre 13 y 18 años en 2012 (Defensoría del Pueblo, 2012b).

A su vez, el tipo de hostilidades o violencia ejercida por la estructura armada también cumple con los requisitos internacionales. En este sentido, el “Clan Úsuga” no mantiene enfrentamientos constantes con la fuerza pública y otros actores armados, pero sí registra hechos de violencia que tienen como objetivo consolidar su control territorial en las distintas regiones. Así, como ya se mencionó, el grupo se enfrentó con “Los Paisas” y luego con “Los Rastrojos” por el control del Nudo de Paramillo y Bajo Cauca Antioqueño. A su vez, se enfrentó al ELN por el control de la zona del Bajo Atrato chocoano, territorio en el que incursionaron aproximadamente 300 de sus integrantes el 3 de septiembre de 2015, y otros 500 integrantes el 14 de octubre hasta la cuenca media del río Truandó. Existen asimismo reportes de enfrentamientos armados contra miembros del ELN del 9 de septiembre, 7 de octubre, 14 de octubre (Defensoría del Pueblo, 2014a).

6. Intensidad

Según el DIH es necesario que las operaciones militares ejercidas por un grupo tengan un nivel de intensidad tal para que se considere que se configura un CANI; esto a fin de excluir el bandidaje, los disturbios civiles, y las insurrecciones desorganizadas y fugaces. Como lo manifestó la CIDH, el núcleo de la cuestión es determinar el “extremo inferior” de la escala de violencia interna para poder determinar si se aplica el DIH (Caso La Tablada, 1997).

Luego de una extensa jurisprudencia, en el caso Dordevic de 2011 el TPIY sistematizó

y detalló los lineamientos para analizar si un hecho supera el umbral de violencia, retomando así los presupuestos del caso Haradinaj del mismo Tribunal. Estos son: a) La gravedad de los ataques y el aumento de los choques armados; b) La propagación de choques en el territorio y en un lapso de tiempo; c) El aumento en la cantidad de fuerzas del gobierno, en la movilización, y en la distribución de armas entre ambas partes en conflicto; d) Si el conflicto ha suscitado la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y si se ha adoptado alguna resolución sobre el asunto; e) La cantidad de civiles que se han visto obligados a huir de las zonas de combate; f) Los tipos de armas utilizadas, en particular el uso de armamento pesado y otro equipamiento militar, como tanques y otros vehículos pesados; g) Los bloqueos y los sitios a ciudades, y el intenso bombardeo de artillería a estas ciudades; h) Los niveles de destrucción y la cantidad de muertos causados por los bombardeos o los combates; i) El número de tropas y unidades desplegadas; j) La existencia y el cambio en las líneas de vanguardia entre las partes; k) La ocupación de territorio, y de ciudades y aldeas; l) El despliegue de fuerzas del gobierno en una región en crisis; m) El cierre de rutas; n) Las órdenes o acuerdos de alto al fuego y el intento de los representantes de organizaciones internacionales de mediar y de velar por la observancia de los acuerdos de alto al fuego, y o) El elevado número de bajas así como la extensión de la destrucción material (Caso Dordevic, 2011).

Para el caso del “Clan Úsuga”, se evidencia que más allá de los dos paros armados de 2008 y 2012 mencionados, el grupo ha sido responsable de restricciones a la movilidad, bloqueos alimentarios y confinamientos de la población civil (Defensoría del Pueblo, 2014 b; Defensoría del Pueblo, 2013b; Defensoría del Pueblo, 2012c. A modo de ejemplo, en el primer trimestre de 2014 produjo el confinamiento de 1.900 habitantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes en el Medio y Alto Baudó (Defensoría del Pueblo, 2014a).

Por otro lado, este grupo fue identificado como responsable de desplazamientos masivos, reclutamiento de menores, desapariciones, violencia sexual y amenazas, en especial a defensores de Derechos Humanos y políticos (Defensoría del Pueblo, 2012b; Defensoría del

Pueblo, 2014a; Fiscalía General de la Nación , 2014; CIDH, 2013; Misión de Apoyo al Proceso de Paz, 2011; Caso Carlos Andrés Abad David, 2013). A modo de ejemplo, en 2011 y 2012 fueron sentenciados por concierto para delinquir con fines, entre otros, de desplazamiento forzado 51 miembros del “Clan Úsuga” que operaban en Caucasia, Tarazá y Cáceres (Antioquia). 10 integrantes del Ejército y la propia Policía también fueron sentenciados por vender información a los ilegales (Fiscalía General de la Nación, 2013e). En 2013 fueron condenados cinco integrantes de la banda por el desplazamiento forzado de unas 50 personas en el suroccidente de Medellín entre octubre de 2010 y mayo de 2011 (Fiscalía General de la Nación , 2013f)

A su vez, varios organismos han denunciado constantes casos de reclutamiento de menores, violencia sexual y amenazas y homicidios de Defensores Humanos cometidos por este grupo (CIDH, 2013; Mesa de trabajo mujer y conflicto armado, 2012; Fundación Ideas para la Paz, 2015a). En el caso específico de reclutamiento forzado, como ya se mencionó, solo en la Comuna 8 de Medellín el grupo ha reclutado a 120 adolescentes de entre 13 y 18 años (Defensoría del Pueblo, 2012c).

Por otro lado, se le han incautado fusiles AK-47, 7.62 MM, fusiles de asalto M16, COLT 5.56 MM, lanza granadas M79, morteros de 60 MM, granadas de fragmentación, pistolas 9 MM, ametralladoras M60 STANDARD, armas automáticas UZI, mini UZI, INGRAM y pistolas Fivesentent. (Policía Nacional, 2015; Caso Edwin Bermúdez Granados, 2013; Gaceta del Congreso No. 404 de 2015; Grupo Interinstitucional C13 Crimen Organizado, 2013) A modo de ejemplo, en agosto de 2012, en el municipio de Los Patios (Norte de Santander), fue capturado Nelson Javier Prieto y se incautaron nueve fusiles, dos subametralladoras, dos pistolas con silenciador, tres escopetas Mossberg, dos armas de fuego calibre 38, cinco teléfonos satelitales, 4000 cartuchos de diferentes calibres, dos radios de comunicaciones y uniformes militares (Fiscalía General de la Nación, 2013d). En octubre de 2012 se descubrió un depósito de armamento del “Clan Úsuga” en cercanías del aeropuerto de Amalfi, noreste de Antioquia, donde las autoridades incautaron seis fusiles, 84 proveedores, 29 granadas, y uniformes militares, entre otros elementos (Fiscalía General de la Nación , 2012).

De igual modo, según datos de los resultados y el material bélico incautado en el operativo Agamenón, coordinado entre las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y que incluyó el bombardeo a los campamentos del Clan Úsuga en la región de Urabá choocoano en noviembre de 2015, a comienzos de 2015 se tenía un saldo de:

12 integrantes neutralizados; 1 herido, 5 campamentos destruidos, 14 fusiles incautados discriminados así: 8 fusiles AK47, 1 fusil Galil, 2 fusiles G3, 2 Falcon, 1 R15, 1 ametralladora, 1 mortero, 2 granadas de 60 mm, 2 granadas IM26, 3 minas artesanales y 17 proveedores 1269 cartuchos de 7.62 (General Palomino citado en La F.M. (11/3/2015)).

Este tipo de armamento se ha visto en operaciones no solo contra otros grupos o en zonas aisladas, sino en zonas urbanas y contra civiles. Es así que, en Santa Marta el 24 de octubre de 2012 este grupo activó una granada en el supermercado Rapimerca con el saldo de una menor de siete años muerta (Fiscalía General de Colombia, 2013a, a su vez, en Cúcuta, el 20 de abril de ese mismo año el “Clan Úsuga” activo otra granada en un comercio (Fiscalía General de Colombia, 2015)).

Respecto del criterio del número de tropas y unidades desplegadas por parte del gobierno, cabe anotar que el Estado Colombiano ha puesto en marcha varias operaciones en contra de esta Bacrim entre las que se encuentran las mencionadas Operaciones Troya I, Troya II y Agamenón, esta última compuesta por 1.200 efectivos de la Policía y 1.000 del Ejército Nacional, y una flotilla de helicópteros artillados; lo cual demuestra el grado de intensidad del conflicto entre el Estado y estos colectivos armados.

7. Fin de la desmovilización de las AUC y surgimiento de las Bacrim: período 2007 - 2015

Luego de la desmovilización de las AUC, en el país persistió el conflicto armado debido a la continuidad de las guerrillas, y la creación o resurgimiento de agrupaciones que se consolidaron en forma similar a la última etapa de la confederación AUC: heterogéneos y con fuertes relaciones con el narcotráfico y otro tipo de economías ilegales.

Los fenómenos delictivos constituidos por secuelas del paramilitarismo fueron prontamente bautizados por la Policía Nacional como bandas criminales, para diferenciarlos de los grupos armados que, habiéndose desmovilizado, estaban surtiendo un proceso de reincorporación a la vida civil (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014c). Sin embargo, las conexiones entre las naciéntes estructuras y los antiguos grupos paramilitares se dieron tanto a nivel geográfico, como en las prácticas de control territorial y en las fuentes de financiación utilizadas (Fundación Ideas para la Paz, 2013).

Es así que a partir del 2005 comienza a ser evidente la persistencia de grupos armados con fuertes relaciones con el narcotráfico que ocupaban zonas de los antiguos grupos de las AUC¹, y ya en 2007 se reportó que los grupos guerrilleros no habían ocupado la zona de influencia de las AUC, sino que habían nuevos grupos armados allí que no solo se localizan en las mismas zonas, sino que también se encuentran bajo el control de narcotraficantes que son parientes o segundos mandos de los jefes desmovilizados (Misión de Apoyo al Proceso de Paz, 2007).

Inicialmente, estos grupos tenían presencia en La Guajira, norte y sur del Cesar, Córdoba,

1. A modo de ejemplo se cita el Sexto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia, del 16 de febrero de 2006, el cual manifiesta que se han identificado grupos de desmovilizados que se han reagrupado en:

1. El municipio de Palmito, departamento de Sucre (zona de influencia del ex bloque Héroes Montes de María) en donde un grupo de alrededor de ocho desmovilizados ejerce control social sobre la población y en especial en el casco urbano; 2. En la sub región de la Mojana, específicamente en los Municipios de Majagual, Guaranda y Sucre (área de influencia del ex frente la Mojana) un grupo de siete individuos incluido un ex comandante del frente estaría ejerciendo extorsión sobre algunos comerciantes. Según información y denuncias, el grupo también está ejerciendo “limpieza social”; 3. En el municipio de Montelíbano, Departamento de Córdoba (área de influencia del ex Bloque Sinú y San Jorge) hay un grupo de alrededor de 25 individuos entre los que se encuentran desmovilizados, que controlan al comercio de drogas ilícitas y ejercen intimidación hacia la población civil; 4. En el corregimiento La Cristalina en Puerto Gaitán, Meta (área de influencia de las ex Autodefensas Campesinas de Meta y Vichada), un grupo de cinco desmovilizados extorsionan el transporte de alimentos; 5. En barrios de Buenaventura, Valle del Cauca (área de influencia del ex Bloque Calima), después de la captura de un desmovilizado, hubo una violenta dinámica que arrojó 14 desmovilizados muertos; 6. En zona rural de Palmira y en Florida, Valle (también del ex Bloque Calima), un grupo de desmovilizados se dedica a la extorsión; 7. En Tumaco, Nariño (área de influencia del ex Bloque Libertadores del Sur), se ha recibido información sobre desmovilizados que ejercen cierto control sobre la comercialización de narcóticos (Misión de Apoyo al Proceso de Paz (1), 2006, págs. 7-8).

Magdalena, sur de Bolívar, Norte de Santander, Urabá y el occidente de Antioquia, Vichada, Meta, Casanare, Arauca, Nariño, Tolima, Putumayo, Caquetá, Chocó y Caldas, y aunque se seguían presentando hechos de violencia, como homicidios, los mismos se reportaban en niveles moderados y principalmente en el marco de disputas al interior del narcotráfico (Fundación Ideas para la Paz, 2013).

La Fundación Seguridad y Democracia en el 2007 declaró que “la tipología de los nuevos grupos armados depende de la importancia y condición estratégica de los territorios donde surgieron estos mismos” (Fundación Seguridad y Democracia, 2007: 3). Igualmente, argumentó que existían tres factores que explicaban la presencia de estos grupos en dichas zonas,

a) El desarrollo de economías ilícitas ya sea el narcotráfico o el tráfico de armas, combustible y precursores químicos para el procesamiento de alcaloides, etc.; b) Las circunstancias geoestratégicas de las zonas como la existencia de rutas y puertos para la comercialización de la droga y la presencia de corredores que faciliten la movilidad y ocultamiento de los grupos armados; y c) El nivel de disputa territorial con otras organizaciones armadas como las guerrillas, mafias del narcotráfico y delincuencia organizada (Fundación Seguridad y Democracia, 2007: 3)

8. ¿Son las Bacrim una Continuación del Paramilitarismo?

Múltiples pronunciamientos, entre los que se destacan los de la Alta Comisionada de Derechos Humanos (en adelante ACNUDH) coinciden en identificar a estos grupos armados como estructuras que hacen parte del conflicto y que cometen violaciones masivas a los derechos humanos. En este sentido, la ACNUDH expresó que,

(...) entre los actos de violencia cometidos por estos grupos en 2009, se registraron masacres, asesinatos selectivos, amenazas, desplazamientos forzados y violencia sexual. Entre las víctimas de estos grupos hay líderes y lideresas sociales, indígenas, afrocolombianos y funcionarios locales, en muchos casos vinculados con procesos de restitución de tierras o manejo de recursos públicos. Los ataques han estado dirigidos

contra quienes se oponen a las exigencias de estos grupos, poseen propiedades de su interés, son percibidos como colaboradores o miembros de otros grupos, o están en una zona de disputa con grupos rivales. Entre las víctimas también hay numerosos desmovilizados por ajustes de cuentas o por negarse a integrarse a estos grupos.

Algunos de estos grupos operan de un modo parecido a las antiguas organizaciones paramilitares, y participan en actividades criminales tales como narcotráfico, extorsión, despojo de tierras, prostitución y trata de personas, así como en actividades lícitas, aunque a veces irregulares, como loterías y seguridad privada. En las filas de estos grupos hay personas desmovilizadas y no desmovilizadas de las antiguas organizaciones paramilitares, reclutadas voluntaria o forzosamente. Varios de los actuales cabecillas fueron anteriormente mandos medios de esas organizaciones o militares (Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010: 59 - 61).

Por otro lado, organizaciones de la sociedad civil han expresado que estos grupos rearmados, emergentes y disidentes, son estructuras neoparamilitares, básicamente al tenor de seis argumentos (Comisión Colombiana de Juristas, 2013).

a) Continuidad de los integrantes de las AUC. En este sentido, “casi todos los líderes de los grupos sucesores [de los paramilitares] son jefes de las AUC de rango medio que nunca se desmovilizaron o que continuaron participando en actividades delictivas pese a que aparentaron haberse sumado a la desmovilización” (Human Rights Watch, 2010). En tal sentido, las estructuras de los grupos paramilitares no solo se mantienen, sino que, más que una desmovilización y/o reconfiguración, lo que se ha producido es una transmisión de mando.

b) Cumplen con los requisitos del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. Este análisis se suma al enunciado anteriormente, según el cual la persistencia del paramilitarismo se evidencia en que los mandos medios de las estructuras existentes antes de la supuesta desmovilización lideran hoy en día los nuevos grupos (Comisión Colombiana de Juristas, 2013: 4).

c) Los vínculos entre estas bandas y las fuerzas de seguridad del Estado continúan. A este respecto, la situación es de tal magnitud que, según el Ministerio de Defensa, han sido retirados 350 militares por sospechas de vínculos con las bandas criminales, y desde 2008 en la Policía se han realizado 319 investigaciones contra 888 de sus miembros, producto de las cuales 287 funcionarios fueron retirados y denunciados penalmente por sus vínculos con estos grupos (Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011).

d) “la Comisión Colombiana de Juristas ha registrado que entre el 1° de diciembre de 2002 y el 30 de junio de 2009 por lo menos 4.820 [civiles] han perdido la vida [...] por [acción] de grupos neoparamilitares” (Comisión Colombiana de Juristas, 2013: 5).

e) Se mantiene el perfil de las víctimas. “Estos grupos atacan a líderes sociales, defensores y defensoras de derechos humanos, pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, entre otros sectores, tal como lo constató la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe de 2010” (Comisión Colombiana de Juristas, 2013: 5). Según algunos estudios, “los neoparamilitares existen para mantener lo que los paramilitares lograron. La presión violenta en contra de los líderes de las víctimas que buscan la restitución de sus tierras y de otros movimientos sociales solo puede explicarse así” Restrepo, J., González, J., & Tobón, A. (2011).

Esta política de ataques es propia de las formas de operar de grupos paramilitares, que se han ocupado durante años de perseguir a la población civil, y en particular a quienes se organizan para exigir sus derechos y a las personas socialmente marginadas (Comisión Colombiana de Juristas, 2013).

f) Intensidad del ejercicio de la violencia. Al respecto, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe del 2010 señaló que, como se puede deducir de los casos presentados, “la presencia de grupos armados ilegales surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares es motivo de preocupación por su expansión y por la intensidad de los actos de violencia que han cometido contra la población” (Comisión Colombiana de Juristas, 2013: 5).

El reconocimiento de las Bacrim, o algunas de ellas, como tercer actor del conflicto armado ha sido una disyuntiva que afronta el Estado colombiano pero que, a la luz de lo discutido anteriormente, no es un problema novedoso sino jamás superado. Varios organismos internacionales, tanto del Sistema Interamericano de protección de DDHH como del Sistema Universal, han visto, en la negativa del gobierno para pronunciarse, una extensión de las violaciones derechos humanos a las víctimas del conflicto que no encuentran una respuesta en la institucionalidad y que, por el contrario, siguen siendo revictimizadas por estos “nuevos actores” en los territorios.

En efecto, y luego de finalizado el proceso de desmovilización colectiva, la CIDH tomó nota de que fue poca la información dada a conocer al público sobre aquellos desmovilizados que, sin participar del proceso de reinserción, se rearmaron o formaron nuevas organizaciones persistiendo en la violencia. Sobre ese panorama tuvo por probada la existencia de manifestaciones de violencia posteriores a las desmovilizaciones que obedecían a dinámicas tales como el reagrupamiento de desmovilizados en bandas delincuenciales con control sobre comunidades específicas y economías ilícitas; reductos que no se desmovilizaron, y la aparición de nuevos actores armados y/o fortalecimiento de algunos ya existentes en zonas abandonadas por los grupos desmovilizados (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

La CIDH también indicó que, pese a la desmovilización de las AUC, persistía la violencia derivada del conflicto armado, y se mantenían las denuncias sobre la comisión de crímenes, violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH contra la población civil por parte de grupos armados al margen de la ley y miembros de la fuerza pública, que se traducían en violaciones del derecho a la vida, la integridad personal y la libertad y redundaban en la continuidad del desplazamiento forzado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

A su vez, consideró que, a pesar de los esfuerzos destinados a desarticular las estructuras de las AUC, los grupos armados ilegales continuaban involucrados en la comisión de actos de hostigamiento y violencia contra poblaciones vulnerables, líderes sociales y defensores de derechos

humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009). La CIDH observó también que “en algunas ciudades capitales y municipios, se había recrudecido la práctica de delitos de alto impacto como los homicidios, generalmente ejecutados mediante la modalidad de sicariato” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013b: 50). También ha denunciado la interferencia de los grupos armados ilegales en la gestión de algunas administraciones locales y departamentales, así como la cooptación de candidatos, movimientos y campañas políticas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013b).

De la misma manera, la MAPP-OEA reportó que en algunas zonas del país habían reaparecido las masacres y las amenazas, ligadas a la denominada ‘limpieza social’ contra algunas poblaciones vulnerables que eran generalmente atribuidas a las denominadas “bandas emergentes” (Misión de Apoyo al Proceso de Paz, 2007).

La CNRR, a propósito de lo anterior, sostiene que:

[...] se produjo la desmovilización de las AUC pero sobrevino una diáspora de grupos armados ilegales que van desde expresiones disidentes y rearmadas con varios rasgos similares al paramilitarismo hasta numerosas bandas delincuenciales. Estos grupos armados emergentes asumen una nueva e intensa disputa por el control del narcotráfico, otras formas de ilegalidad, control de territorios, aliados y apoyos, de manera que se desatan cruentos enfrentamientos en varias regiones y en algunas ciudades. Se presenta una mayor persecución de las fuerzas estatales contra este tipo de nuevos grupos armados ilegales y bandas delincuenciales, a la vez que, en aprovechamiento del narcotráfico, existen alianzas y acuerdos entre frentes guerrilleros y grupos rearmados con presencia de ex paramilitares.

Los grupos armados ilegales que han emergido buscan reproducir escenarios de control coercitivo contra los pobladores, en especial contra comunidades rurales y urbanas donde concentran su acción y contra determinados sectores sociales y poblacionales. Realizan presiones y ataques armados que ocasionan desplazamientos

forzados y despojo de tierras, amenazas, homicidios y desapariciones forzadas. Si bien el volumen de tales actuaciones y el impacto territorial no son generalizados sino de particular impacto en localidades y en varias regiones y distan de la magnitud de la cruenta ocupación territorial paramilitar anterior, no son desestimables y en algunos contextos particulares son de iguales efectos (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2010: 116).

Resalta la CNRR que estas agrupaciones ejercen control social y político con diferentes niveles de intensidad y en ámbitos más restringidos, se constituyen en poderes locales de facto, imponen reglas, atacan violentamente cualquier oposición o resistencia y aplican la llamada ‘limpieza social’. Por tales circunstancias algunos informes afirman que su actuación debe interpretarse como la continuación del paramilitarismo (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2010: 208).

Es por ello que desde el año 2010, este organismo ha indicado que las organizaciones criminales surgidas después de la desmovilización de las AUC se crearon como una nueva forma de paramilitarismo, considerada como la tercera generación de los grupos paramilitares en Colombia, y cuyo propósito inicial es la conservación del dominio territorial de los frentes de esta confederación. Estas estructuras han buscado retomar el control, no sólo territorial, sino económico, logístico y social en las zonas de influencia en donde venían delinquiendo los grupos paramilitares, además de intentar su expansión a otras regiones, en las que tuvieron injerencia otros frentes paramilitares, e incluso bandas criminales emergentes y bandas criminales al servicio del narcotráfico, con el objetivo de controlar las principales fuentes de financiamiento de esos grupos. (Fiscalía General de la Nación, 2011).

Finalmente, un informe de la Federación Nacional de Personeros de abril de 2013 indicó que la tendencia observada durante el último año ubicaba a los grupos armados ilegales surgidos después de la desmovilización de las AUC en los primeros lugares de la lista de actores responsables de hechos victimizantes contra la población civil, mientras que en años anteriores los actores principales eran los paramilitares y las guerrillas. Así, en tres de cada diez denuncias recibidas en las personerías, las víctimas

identifican a miembros de estos grupos como sus victimarios (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013b).

La CIDH advierte que la desmovilización parcial de las autodefensas sumada a la actuación de grupos armados ilegales surgidos después de la desmovilización, han complejizado aún más las dinámicas del conflicto armado interno (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013b).

Respecto a lo anterior, el organismo manifestó que el Estado mantiene deberes específicos de desarticulación de las autodefensas que no participaron de las desmovilizaciones colectivas llevadas a cabo entre los años 2003 y 2006 y que continúan actuando en territorio colombiano. Adicionalmente, observó con preocupación que se verifican elementos de continuidad entre las antiguas autodefensas y las denominadas “bandas criminales emergentes”. Al respecto, con base en la información disponible y la valoración producto de sus diferentes mecanismos de seguimiento:

[...] la CIDH ha identificado como elementos de continuidad: i) El tipo de actor, ii) Los destinatarios de las acciones de estos grupos, iii) El espacio geográfico en el que operan, iv) Su estructura interna, v) La cronología que puede establecerse entre la actuación de esos grupos, vi) El hecho de que la negación por parte del Estado de la continuidad de elementos del paramilitarismo hace más compleja y menos decisiva la respuesta, y vii) Hasta el momento, la ausencia de una investigación completa, sistemática y diligente en relación con los miembros de las autodefensas. Estos elementos de continuidad plantean interrogantes sobre en qué medida los miembros de los grupos paramilitares efectivamente se desmovilizaron antes de plegarse o de crear otros grupos armados ilegales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2), 2013, s.p.)

La CIDH ha sido enfática al reiterar sobre la preocupante situación de impunidad que se verifica en relación con la comisión de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH por parte de todos los actores del conflicto en Colombia, así como la falta de esclarecimiento de las dinámicas, alcances, composición y estructura de las antiguas autodefensas y los grupos armados ilegales surgidos después de la

desmovilización de organizaciones paramilitares, constituyen obstáculos sistemáticos no solo para garantizar los derechos de las víctimas, sino también para contar con información detallada y precisa que permita caracterizar a estos grupos, desarticular los lazos que los nutren y adoptar las medidas políticas y jurídicas pertinentes para enfrentarlos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013b).

Adicionalmente, varios organismos de la ONU se han expresado así:

- El Comité de Derechos Humanos señaló que disponía de “información que revelaba que el accionar de nuevos grupos emergentes después de la desmovilización en distintas partes del país concordaba con el modus operandi de los grupos paramilitares” (Comité de Derechos Humanos, 2010, s.p.).
- El Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial consideró que, si bien los grupos armados ilegales tenían una importante responsabilidad en las violaciones de derechos humanos, se seguía denunciando la participación o la colusión directa de agentes del Estado en esos actos. (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2009)
- El Comité contra la Tortura indicó que, si bien los grupos armados ilegales tenían una importante responsabilidad en los casos de tortura, se seguía denunciando la participación o aquiescencia de agentes del Estado en esos actos. (Comité Internacional contra la Tortura, 2009);
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los calificó como nuevos grupos paramilitares (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2010);
- La Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que existían grupos fuertemente armados, que tenían organización militar y mandos responsables y disponían de capacidad para ejercer control territorial y adelantar acciones militares contra otros actores armados. (Oficina del Alto Comi-

sionado para la Paz, 2009; Consejo de Derechos Humanos, 2012);

- En el año 2012, la Alta Comisionada indicó que el número de masacres y de víctimas atribuidas a los grupos armados ilegales surgidos después de la desmovilización de organizaciones paramilitares continuó aumentando, principalmente en Antioquia y Córdoba. Asimismo, señaló que la violencia ocurre en el contexto de enfrentamientos con otros grupos, o dentro del mismo grupo, en ocasiones contra grupos guerrilleros, y en varios casos se trata de ataques directos contra la población civil, y señaló que a la fecha de cierre del informe, el 53% de los mandos de estos grupos capturados o muertos eran paramilitares desmovilizados (Consejo de Derechos Humanos, 2012).

CONCLUSIONES

En conclusión, algunas de las denominadas BACRIM pueden ser consideradas como una forma de neo paramilitarismo o paramilitarismo de última generación, teniendo en cuenta los datos recogidos por los organismos nacionales e internacionales en referencia a su accionar, modus operandi, permanencia en los controles territoriales, cooptación del estamento regional, utilización de armas pesadas, capacidad de reclutamiento y capacidad de daño. Lo que calificaría a ciertas bandas criminales como reconfiguraciones o continuidades del paramilitarismo de las AUC y sus estructuras regionales que para la época de la desmovilización dominaban ciertas zonas del país bajo la aplicación de controles sociales, combates con otros actores armados como guerrillas y fuerza pública, así como alianzas locales con instituciones públicas

que permitían la permanencia y operación de estas estructuras armadas. En este sentido, se destaca la continuidad de la violación masiva y sistemática de derechos humanos, bajo las modalidades de desplazamientos forzados, asesinatos selectivos de líderes comunitarios, reclamantes de tierras, defensores de derechos humanos entre otros actores sociales que ponen en cuestión el dominio y la presencia territorial.

Así mismo, la continuidad con el narcotráfico y la minería como forma de financiación, siendo estos elementos de continuidad en las BACRIM, ya que, como se señaló en varias sentencias de justicia y paz², han sido el motor financiero de estas estructuras armadas dentro del conflicto armado. Su incursión no se remonta a la desmovilización promovida en el marco de justicia y paz, sino que por el contrario es una variable que se ha gestado desde inicios de los años ochenta dentro de estas estructuras, con el MAS.

El Estado mantiene el derecho a reafirmar la soberanía y la integridad del territorio nacional, a combatir militarmente al enemigo irregular por los medios y métodos de guerra autorizados, a generar las condiciones de su debilitamiento, neutralización y derrota, o a optar, alternativamente, por un proceso de negociación tendiente a ponerle fin de forma pacífica al conflicto (Protocolo II, 1977). Por esta razón, la concesión de las amnistías más amplias posibles a la cesación de hostilidades del artículo 6 párrafo 5 del Protocolo II es una cláusula declarativa que promueve la reconciliación entre las partes en conflicto y el restablecimiento de las relaciones en una nación dividida; sin embargo, no supone una imposición internacional sobre un asunto que cae exclusivamente dentro de las competencias de los órganos políticos y el proceso democrático del Estado en cuestión.

2. Las sentencias de Rodrigo Pérez Alzate alias "Julián Bolívar", del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz, del año 2013 con número de radicado: 110016000253200680012, de Ramiro Vanoy Murillo alias "Cuco Vanoy", del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín Sala de Justicia y Paz, del año 2015 con número de radicado: 110016000253200680018.

BIBLIOGRAFÍA

- Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2010). Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Colombia A/HRC/13/72. 4 de marzo de 2010.
- Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2011). Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Doc. A/HRC/16/22. 3 de febrero de 2011.
- Caso La Tablada, 11.137. (1997). Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Limaj, IT-03-66. (2007). Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.
- Caso Abu Garda, ICC-02/05-02/09. (2010). Corte Penal Internacional.
- Caso Dordevic, IT-05-87/1-T. (2011). Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.
- Centro de Memoria Histórica. (2015). Rearmados y reintegrados panorama de las AUC.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2012). Justicia y Paz ¿Verdad judicial o verdad histórica? Bogotá: Taurus.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2012b). Justicia y Paz, Tierras y Territorios en las Versiones de Iso Paramilitares. Bogotá: CMH.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014c). Nuevos Escenarios de Conflicto Armado y Violencia - Región Caribe, Departamento de Antioquia y Departamento de Chocó,
- Panorama posacuerdos con AUC. Bogotá: Imprenta Procesos Digitales.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2012). Justicia y Paz ¿Verdad judicial o verdad histórica? Bogotá: Taurus.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). Nuevos Escenarios de Conflicto Armado y Violencia - Región Caribe, Departamento de Antioquia y Departamento de Chocó,
- Panorama posacuerdos con AUC. Bogotá: Imprenta Procesos Digitales.
- CIDH. (2013). Informe del país de Colombia. Verdad, justicia y reparación. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2013). Algunas anotaciones sobre Bacrim y paramilitares. Recuperado de: http://www.coljuristas.org/documentos/pronunciamientos/algunas_anotaciones_sobre_bacrim_y_paramilitares.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013b). Verdad, Justicia y Reparación. Washington.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 51 corr. 1. Washington.
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. (2010). La Reintegración. Logros en medio de rearmes y dificultades no resueltas. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-291. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-781. Dra. María Victoria Calle Correa
- Defensoría del Pueblo. (2008). Informe de Riesgo No 026-08 A.I. San Jose de Apartado. SAT.
- Defensoría del Pueblo. (2009). Informe de Riesgo N° 022-09.
- ----. (2011a). Informe de Riesgo N° 014-11 A.I.
- ----. (2011b). Nota de seguimiento N°011-11.
- ----. (2012a). Nota de seguimiento N° 006-12.
- ----. (2012b). Defensor del Pueblo rechaza paro armado en Urabá.
- ----. (2012c). Vigésimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República.
- ----. (2013a). Informe de riesgo No.013-13.
- ----. (2013b). Defensoría del Pueblo advierte sobre nuevos desplazamientos masivos en Chocó.
- ----. (2013c). Nota de seguimiento 005. Bogotá.
- ----. (2014a). Crisis Humanitaria en Chocó. Diagnóstico, valoración y acciones de la Defensoría del Pueblo.
- ----. (2014b). Defensoría advierte presencia de “bandas criminales” en 168 municipios de 27 departamentos.
- ----. (2014c). Informe de riesgo 30-14.
- Fiscalía especializada para la Operación Agamenón 2015, citada en Verdad Abierta. (2015). Los secretos del ‘Clan Úsuga’. Recuperado de <http://www.verdadabierta.com/rearme/5933-los-secretos-del-clan-usuga>,
- Fiscalía General de la Nación . (2012). CTI se incauta de armas de “Los

- Urabeños". Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/cti-se-incauta-de-armas-de-los-urabenos/>
- ----.(2013a). Capturada ciudadana alemana por vínculos con Los Urabeños. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/capturada-ciudadana-alemana-por-vinculos-con-los-urabenos/>
 - ----. (2013b). Tribunal Superior de Justicia y Paz de Bogotá excluyó a Daniel Rendón Herrera, alias Don Mario. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/tribunal-superior-de-justicia-y-paz-de-bogota-excluyo-a-daniel-rendon-herrera-alias-don-mario/>
 - ----. (2013c). Apreciación 2do trimestre 2013. Derecho Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
 - ----. (2013d). Capturado presunto integrante de Los Urabeños con un arsenal. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/capturado-presunto-integrante-de-los-urabenos-con-un-arsenal/>
 - ----. (2013e). Cincuenta bandoleros condenados en Antioquia en dos años. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/cincuenta-bandoleros-condenados-en-antioquia-en-dos-anos/>
 - ----. (2013f). Condenados por desplazamiento forzado urbano de personas en Medellín. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/condenados-por-desplazamiento-forzado-urbano-de-personas-en-medellin/>
 - ----. (2014). Amenazas de grupos armados obligan a 13 concejales de El Tambo (Cauca) a salir del municipio. Recuperado de: [http://www.defensoria.gov.co/es/nube/regiones/1027/Amenazas-de-grupos-armados-obligan-a-13-concejales-de-El-Tambo-\(Cauca\)-a-salir-del-municipio-conflicto-armado-cauca-El-Tambo-desplazamiento-Conflicto-armado-Desplazados-Derechos-Humanos.htm](http://www.defensoria.gov.co/es/nube/regiones/1027/Amenazas-de-grupos-armados-obligan-a-13-concejales-de-El-Tambo-(Cauca)-a-salir-del-municipio-conflicto-armado-cauca-El-Tambo-desplazamiento-Conflicto-armado-Desplazados-Derechos-Humanos.htm)
 - ----. (2015). Condenado miembro de Los Urabeños a 33 años de cárcel por ataque a local comercial. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/condenado-miembro-de-los-urabenos-a-33-anos-de-carcel-por-ataque-a-local-comercial/>
 - ----. (2011). Fiscalía General de la Nación, Informe de Gestión, agosto de 2009- noviembre de 2010. Bogotá.
 - Fundación Ideas para la Paz. (2013). Narcotráfico: Génesis de los paramilitares y herencia de bandas criminales. Serie Informes No. 19. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz.
 - Fundación Ideas para la Paz. (2014). Dinámicas del conflicto armado en el nudo del paramilitarismo.
 - Fundación Seguridad y Democracia. (2007). El nuevo escenario paramilitar. Recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/37259/Documento_completo_.pdf?sequence=3&isAllowed=y
 - Human Right Watch. (2001). Más allá de la negociación: El derecho internacional humanitario y su aplicación la conducta de las FARC-EP. Washington D.C: HRW.
 - Human Rights Watch. (1996). La historia de la asociación militar-paramilitar.
 - Human Rights Watch. (2010). Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia.
 - Policía Nacional de Colombia. (2015). Intervención de la Policía Nacional en Urabá contra "El Clan Úsuga".
 - ----. (2009). Gobierno y policía actualizan afiche de recompensas por cabecillas de narcotráfico y bandas criminales. Recuperado de: http://oasportal.policia.gov.co/portal/pls/portal/JOHN.NOTDET_DIRECCION_GENERAL.SHOW?p_arg_names=identificador&p_arg_values=229742.
 - Restrepo, J., González, J. D., y Tobón, A. (2011). Paramilitarismo: la amenaza sigue viva.
 - Vité, S. (2009). Criminalité organisée peut-on parle de conflict armé au sens où l'entend le droit international humanitaire. En C. o. CICR, Armed Conflicts and Parties to Armed Conflicts under IHL: Confronting Legal Categories to Contemporary Realities (págs. 69-77). Bruselas.

EL PROCESO CIVIL ORAL EN COLOMBIA*

THE ORAL CIVIL PROCEDURE IN COLOMBIA

O PROCESSO CIVIL ORAL NA COLÔMBIA

Ramón Antonio Peláez Hernández^a
ramon@pelaezabogados.com.co

Fecha de recepción: enero 30 de 2019
Fecha de revisión: febrero 14 de 2019
Fecha de aceptación: febrero 25 de 2019

RESUMEN

Una de las críticas que se le ha formulado a la manera como está estructurado el proceso civil colombiano ha sido la exagerada morosidad que caracteriza a la actuación, entre otras cosas, determinada por el uso exagerado que, de la escritura, en ellos se hace.

En este sentido, se ha afirmado a su vez, que este tipo de demoras incide de manera negativa en las aspiraciones de los sujetos

* Artículo de reflexión producto de la investigación denominada “La duración razonable del proceso civil en el ámbito del debido proceso” adelantada en la Universidad Autónoma de Colombia. 2017-2018.

a. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de pregrado en las Universidades Colegio Mayor de Cundinamarca Nacional y Libre de Colombia. Profesor de posgrados en la Especialización en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma de Colombia, de la Corporación Universitaria del Caribe, -Cesar-, y Externado de Colombia; en Derecho Probatorio de la Universidad Católica y Sergio Arboleda; en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, y Santo Tomás —Seccional Bucaramanga-, de la Especialización en Derecho de Tierras de la Universidad Externado de Colombia y de las Maestrías en Justicia y Tutela en los Derechos con Énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, en Derecho de la U. Nacional de Colombia y en MBA de la Universidad Santo Tomás. Fue reconocido en julio 4 de 2014, mediante la Orden del Congreso de la República de Colombia, en el Grado de Caballero por su aporte a la ciencia jurídica con las obras Manual para el Manejo de la Prueba, Elementos Teóricos del Proceso -en dos tomos-, Estructura del Proceso Civil en el Contexto de la Oralidad, La Oralidad en el Sistema Jurídico Colombiano, La Oralidad en el Proceso Civil, Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, publicadas por Ediciones Doctrina y Ley, y La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil, publicada por la Universidad Externado de Colombia, en su Colección de Tesis Doctorales, número 9. Investigador reconocido por Colciencias.

Para citar este artículo:

Peláez, R. (2019). El proceso civil oral en Colombia. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 249 - 262.

procesales para obtener una decisión favorable a sus intereses, puesto que la tutela judicial efectiva debe responder a la perentoriedad que se espera en relación con la resolución del conflicto, por cuanto que la duración razonable del proceso debe ser consecuyente con el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Pues bien, para lograr la tan anhelada celeridad procesal se han adoptado reformas procesales todas ellas orientadas a sincronizar el proceso civil a la nueva realidad, y en Colombia se evidenció a través de la inserción de la oralidad como principio rector de la actuación a través de un modelo por audiencias con marcada tendencia a la oralidad.

PALABRAS CLAVE

Duración razonable; oralidad; escrituralidad; **pérdida automática**; nulidad de pleno derecho.

ABSTRACT

One of the criticisms that has been made of the way in which the Civil Procedure is structured has been the exaggerated arrears that characterizes it, among other things, determined by the exaggerated use of writing.

In this sense, it has been likewise affirmed that these type of delays impinge on a negative way in the aspirations of the parties to obtain a decision positive for their interests, since the effective judicial protection has to comply with the urgency expected of it with regard to the resolution of the conflict, insofar the reasonable duration of the process has to be consistent with the fundamental right of access to justice.

Well, to accomplish the desired prompt process procedural reforms have been adopted focused on synchronizing the Civil Procedure with the new reality, and in Colombia this has become evident through the insertion of orality as a principle governor of action by means of a model by hearings with a marked tendency to orality.

KEY WORDS

Reasonable duration; orality; scripturality; automatic loss; annulment by operation of law

RESUMO

Uma das críticas que tem sido feita à maneira como o processo civil colombiano é estruturado tem sido o atraso exagerado que caracteriza o desempenho, entre outras coisas, determinado pelo uso exagerado da escrita neles.

Nesse sentido, afirmou-se, por sua vez, que esse tipo de atraso afeta negativamente as aspirações das partes em obter uma decisão favorável aos seus interesses, uma vez que a proteção judicial efetiva deve responder ao imediatismo esperado em relação à resolução do conflito, na medida em que a duração razoável do processo deve ser consistente com o direito fundamental de acesso à justiça.

Bem, para alcançar a velocidade processual desejada foram adotadas reformas processuais todas voltadas para a sincronização do processo civil à nova realidade e na Colômbia foi evidenciada através da inserção da oralidade como princípio orientador de ação através de um modelo para audiências com uma acentuada tendência à oralidade.

PALAVRAS-CHAVE

Duração razoável, oralidade, escrituralidade, perda automática, nulidade de direito.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, con motivo de la reforma constitucional de 1991, se han evidenciado unas verdaderas transformaciones en las diversas estructuras procesales previstas para la resolución de los conflictos dentro del marco propio de los modelos heterocompositivos, y autocompositivos, entre otras razones, por la marcada influencia que ha tenido las denominadas olas de justicia¹ que como estrategias que se adoptan para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, han sido determinantes para la instrumentación no solamente, de procedimientos expeditos que brinden la celeridad necesaria que permitan el proferir una decisión de fondo de cara al

1. A propósito de esta categoría, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, hizo un análisis de las mismas cuando abordó la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 640 de 2001, que incorporó la conciliación como requisito de procedibilidad para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia..

conflicto², dentro de plazos razonables, sino además, por la implementación de modelos de justicia informal³, orientados en el propósito de lograr la descongestión judicial⁴.

Pues bien, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 de 2008, donde analizó la constitucionalidad del artículo 1º del proyecto de reforma de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que modificaba el artículo 4º de la Ley 270 de 1996, esta corporación, además de asegurar que el plazo razonable constituye un elemento integrador del debido proceso⁵, reafirmó el carácter principalístico de la oralidad.

Lo anterior, justifica el porqué todas las reformas procesales emprendidas en el contexto de la actual Constitución, terminaron a la postre incorporando este principio como rector, en sus estructuras procesales. Lo anterior a través del modelo por audiencias que, previstas para el desarrollo del proceso, logran la interacción de aquel principio (oralidad), con los de la publicidad, contradicción, intermediación, concentración y legalidad, que constituyen los pilares fundamentales para el éxito de la actuación procesal. Esto responde, a su vez, a las nuevas tendencias adoptadas para propiciar una efectiva resolución de los conflictos.

Si a todo lo anterior se suma la interesante apuesta adoptada por la Ley 1564 de 2012 que contiene el Código General del Proceso, -y cuyo antecedente data de la propia Ley 1395 de 2010- en donde se estableció un término perentorio para proferir la sentencia de primera instancia en un (1) año y en la segunda en seis (6) meses, como en efecto lo dispuso el artículo 121 de aquella normativa, so pena de que acontezca la pérdida automática de competencia y la correlativa nulidad de pleno de derecho de los actos que se ejecuten con posterioridad al cumplimiento de ese plazo, tendríamos como resultado, la efectividad de la medida, por lo menos en el contexto del proceso civil, que se traduce en obtener una decisión de fondo, en un plazo razonable.

2. Peláez, 2013.

3. En Peláez, 2017, se hace un análisis pormenorizado de cómo se han insertado las diversas formas alternas de resolución de conflictos dentro de los denominados sistemas autocompositivos y heterocompositivos y las razones que han determinado su poca acogida.

4. Peláez, 2016.

5. A partir del alcance que se le dio al enunciado que aparece en el propio artículo 29 constitucional, cuando señala que los procesos deben ser "públicos y sin dilaciones injustificadas".

Muy a pesar de lo anterior se hace necesario abordar en el presente escrito el análisis de esa normativa en la realidad colombiana, respondiendo a la pregunta: ¿Es viable el cumplimiento de los términos previstos en el Código General del Proceso para obtener decisiones en los plazos previstos en la ley?

Para responder a este interrogante, podemos afirmar que ello en principio es posible. Sin embargo, no se debe desatender el contexto real en el que se viene moviendo la reforma, que torna compleja tal medida y de cuyo análisis nos ocuparemos, a partir de las denominadas fortalezas que la caracterizan, para luego precisar las vicisitudes que en torno a ella se ciernen y que genera cierta incertidumbre en los actores del proceso. Este análisis permitirá sentar algunas conclusiones, acudiendo para el efecto a los métodos generales de análisis, síntesis, y deducción, así como el método específico del diseño bibliográfico o documental, metodología que se siguió para este propósito. En esta actividad se realizó el análisis teórico teniendo en cuenta las posturas existentes dentro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, liderado por el maestro Jairo Parra Quijano.

1. FORTALEZAS CONTENIDAS EN LA REFORMA PROCESAL CIVIL

1.1. Consideraciones preliminares

Por virtud de lo señalado en la mencionada sentencia C-713 del 15 de julio de 2008, debemos indicar que en ella se evidenció una enfática posición de esa Corporación en torno a la necesidad, por una parte, de unificar los procedimientos, y por otra, la de incorporar la oralidad en las estructuras procesales, a la que le dio el carácter de principio, precisamente con el propósito de lograr la tan anhelada celeridad en la actuación,⁶ como presupuesto necesario para hacer

6. En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional, cuando entró a analizar la constitucionalidad del artículo 1º de la que es hoy la Ley 1285 de 2009, que modificaba el artículo 4º de la Ley 270 de 1996, señaló entre otras cosas, las siguientes:

(...) 2.- Otra innovación en el artículo modificado es la implantación de la oralidad como un mecanismo para el logro de una justicia pronta y eficaz. Dicha disposición consagra el principio general, consistente en que las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales, y excepcional otra forma para su trámite, siempre de conformidad con la ley.

Oralidad en las actuaciones judiciales que no contraviene la

efectivo el derecho fundamental a un debido proceso, comoquiera que además de estar integrado por las garantías tradicionalmente conocidas, se dedujo de su contenido el de la celeridad procesal, soportada en la denominada duración razonable del proceso.

Ahora bien, dicha celeridad procesal, constituye sin duda uno de los elementos más importantes para superar la incertidumbre que pueda generar en los conflictantes, la existencia de un litigio cuya solución se difiere en el tiempo, pues ello, de por sí, constituye una afectación de la dignidad humana, en la medida en que no se cuenta con la certeza necesaria para inferir una fecha tentativa en que se obtendrá la sentencia; por lo que la necesidad de la inserción del término de un duración del proceso, a la postre se vio reflejada en la reforma adoptada por vía de la Ley 1564 de 2012, siendo la más importante apuesta contenida en dicha normativa.

La duración razonable de los procesos, es de tal trascendencia, que la propia jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, han precisado en señalar que cuando de determinar la duración, de este, Rojas (2017) afirma:

(...) es preciso seguir algunos parámetros que pueden evidenciar la excesiva tardanza en la solución del conflicto. Por un lado el TEDH, ha sido enfático en señalar que para establecer si se ha incumplido el plazo razonable debe evaluarse la complejidad del caso, el comportamiento extraprocesal del actor y

Constitución, pues con ella se pretende propiciar condiciones indispensables para imprimir celeridad al trámite de las actuaciones propias de los diferentes procesos, con miras a superar la congestión judicial que constituye uno de los más graves problemas de la administración de justicia, y garantizar con ello la protección y efectividad de los derechos de los asociados, en cuanto concierne a la convivencia social, al orden justo y más específicamente al acceso a la administración de justicia, consagrado como derecho fundamental en el artículo 229 Superior.

La implementación de la oralidad constituye un mecanismo razonablemente encaminado al logro de la pretendida celeridad en la administración de justicia, favoreciendo la inmediación, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos, razones todas estas que avalan la constitucionalidad de la reforma en este aspecto puntual. Además, pone en evidencia la necesidad de adoptar nuevos estatutos legales para ajustar los actuales, que consagran procedimientos prevalentemente escritos, para señalar la forma como habrán de llevarse a cabo, en cada especialidad, las audiencias y demás diligencias dentro de un nuevo esquema, según se prevé en el segundo inciso del artículo primero. (...). (Lo resaltado fuera de texto).

el tratamiento que las autoridades hayan ofrecido al asunto (Rojas, 2017: 104).

Rojas, asegura que ese mismo tratamiento le ha brindado la Corte IDH y, “con fundamento en ellos en alguna ocasión descartó que pudiera considerarse razonable que la autoridad judicial respectiva haya tardado más de dos años en resolver el recurso de casación contra la sentencia” (2017: 104). Cita para el efecto la Sentencia de la CIDH de 29 de enero de 1997, caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.

Bajo estos parámetros, en nuestro sistema jurídico la duración razonable del proceso pasó a ser una verdadera necesidad, no solamente porque se considera como elemento integrador del derecho fundamental a un debido proceso, como en efecto lo enfatizó la Corte Constitucional, a partir del alcance del artículo 29 constitucional, sino porque que a su vez, por virtud del Bloque de Constitucionalidad⁷ ingresa al sistema jurídico colombiano acorde a las previsiones contenidas en los tratados internacionales, como en efecto acontece en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que aluden a aquel, y de ahí que la dinámica que planteaba la actividad procesal en el marco de la escrituralidad prevista en el derogado Código de Procedimiento Civil contenido en el Decreto 1400 y 2019 de 1970, terminaba siendo contraria a esos direccionamientos, por lo que con la reforma prevista en la nueva normativa procesal, en virtud de la inserción de un modelo por audiencias con marcada tendencia a la oralidad, presenta unas variables significativas para lograr tal celeridad.

En este aspecto es preciso recordar como el esquema procesal que caracterizó el derogado Código de Procedimiento Civil, estuvo permeado en toda su extensión por el uso de la escritura, circunstancia que incidió de manera negativa

⁷ Artículo 93. Modificado por el Acto Legislativo 1/2001. Fueron agregados incisos 3º y 4º. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

en la dinámica propia del proceso, compuesto por un cúmulo de piezas procesales contenidas en innumerables memoriales aportados por las partes y que obligaban al juez a un correlativo pronunciamiento. Y muy a pesar de que existían plazos previstos normativamente para el despliegue de la actividad probatoria⁸ y en otros casos, para el proferimiento de las decisiones⁹, en ninguno de esos eventos, se le daba cumplimiento, bajo el argumento de la excesiva congestión judicial, la que no permitía cumplir con esos precisos términos, llevando inclusive a afirmar la falsa hipótesis de que dichos plazos eran vinculantes para las partes y no para el operador judicial.

En este orden de ideas, resultaba claro entonces que, al no existir términos perentorios para la resolución del conflicto, las actuaciones procesales se tornaban excesivamente demoradas y esa tardanza, debía ser asumida por las partes, con las consecuencias que ello generaba, de ahí que los procesos ordinarios y los abreviados *-para citar solamente dos de ellos-*, cuya duración podía extenderse más de diez (10) años, eran los más emblemáticos en punto de esa demora, y de ahí que hayan sido estos los primeros en ser derogados por vía de la Ley 1395 de 2010.

A todo esto, se sumaban dos hechos: los escritos generaban contra escritos y por otra parte, la demora interminable de los procesos, muchas veces orquestada por los apoderados de las partes, quienes propiciaban estrategias dilatorias, o desatendían el cumplimiento de algunos

actos que eran de su responsabilidad, logrando la parálisis de la actuación como estrategia defensiva, con el claro propósito de desestimular la posibilidad de una solución definitiva a la controversia, sin que existiera mecanismos para sancionar tales comportamientos, por lo que fue necesaria la aparición en escena de la perención y posteriormente el desistimiento tácito, precisamente como mecanismos para atacar tal estrategia defensiva de carácter dilatorio.

En este sentido, debemos afirmar que la estructura del proceso característico de los países de tradición continental europea, por virtud de las fases de introducción, discusión y decisión, fue objeto de críticas, fundadas todas ellas en la marcada influencia de la escrituralidad que le imprimió aquella a la actuación procesal, lo que se traducía en la demora que suponía la realización de cada uno de los diversos actos procesales que en ellos se surtían.

Lo anterior, por cuanto que el despliegue de cada una de las fases o etapas que lo integraban, carecía de la concentración como forma de optimizar los tiempos del proceso, así mismo, la intermediación, brillaba por su ausencia, pues algunos de los actos, se hacían sin la presencia del juez, llevando a que, en la práctica, toda la actividad procesal estuviera permeada por la mediación, circunstancias nefastas para el proceso. En ese sentido. Peláez (2019) afirma:

Bajo esa premisa, toda la actividad procesal terminaba siendo crítica, a tal punto que se hacían interminables las diversas fases que integraban el proceso, a lo que se sumaban los cierres acontecidos en los mismos despachos judiciales, motivados, entre otras causas, por cambios de juez, relevo de los secretarios y en algunos otros eventos por los inventarios físicos que se debían adoptar; panorama este que tornaba desalentador para quienes acudían al aparato judicial del Estado en procura de una solución pronta a la controversia. Hasta ahí el proceder es aceptable, pero si a ello se añadía, en algunos otros casos, la desidia o falta de interés de alguno de los extremos de la litis en el desarrollo mismo del proceso, hacía que cualquier aspiración de obtener una decisión perentoria y por demás oportuna, fuera fallida. (Peláez, 2019: 163).

Pues bien, fue precisamente dentro de esa realidad procesal en la que se movió el proceso civil, hasta la expedición de un nuevo

8. En efecto, en el derogado Código de Procedimiento Civil, se encontraba el artículo 402 señalaba un término de 40 días para el proceso ordinario, el artículo 413 señalaba 20 días para el abreviado, entre otros.

9. Por su parte, el artículo 124, previo a la reforma adoptada por la Ley 1395 de 2010, disponía:

Términos para dictar las resoluciones judiciales. Los jueces deberán dictar los autos de sustanciación en el término de tres días, los interlocutorios en el de diez y las sentencias en el de cuarenta, contados todos desde que el expediente pase al despacho para tal fin.

En los mismos términos los magistrados deberán dictar las providencias que les corresponde o presentar los proyectos de las que sean del conocimiento de la sala; ésta dispondrá de la mitad del respectivo término para proferir la decisión a que hubiere lugar, que se contará desde el día siguiente a aquél en que se registre el proyecto en un cuadro especial que se fijará en lugar visible de la secretaría.

En caso de que haya cambio de magistrado o de juez, los términos correrán de nuevo a partir de su posesión.

Cuando el vencimiento de un término sea ostensible, el juez resolverá lo conducente sin necesidad de informe previo del secretario. En lugar visible de la secretaría deberá fijarse una lista de los procesos que se encuentren al despacho para sentencia, con indicación de la fecha de ingreso y la de pronunciamiento de aquélla (Congreso de la República, 2010).

ordenamiento, que no sólo propendió por el cambio del paradigma de lo escritural, para dar paso a la oralidad, sino que, además, varió la forma en que se deben desplegar los actos procesales, y de paso supone una redimensión del papel que deben cumplir cada uno de los sujetos procesales, en relación con los actos que deben éstos cumplir.

Por ello, fue expedida la Ley 1564 de 2012 que contiene 627 artículos y que se inspira en una estructura procesal que, con la presencia obligatoria del administrador de justicia, ofrece la celeridad necesaria para que dentro del marco temporal de duración que fija la misma normativa, se puedan proferir decisiones oportunas y bajo un esquema procesal que garantice la interacción. en el ejercicio de la función pública de administrar justicia, para que a la postre, redunde en la convivencia pacífica y el orden justo, como uno de los pilares axiológicos y deontológicos que pregona el Estado social de derecho, consagrados en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política colombiana.¹⁰

En ese orden de ideas, Álvarez afirma que:

Por su concepción y por los cambios que provocará, el Código constituye una verdadera revolución, cuyos resultados dependerán, principalmente de los jueces y de los abogados. Los primeros han sido dotados de mayores facultades y poderes: dictar sentencias anticipadas y parciales, decretar medidas cautelares innominadas y trasladar la carga de la prueba (...). Los segundos cuentan ahora con mejores posibilidades para actuar en el proceso; aportar peritaciones, acudir a la prueba por informes, allegar documentos que gozarán de presunción de autenticidad y litigar en línea, para citar algunos ejemplos. (Álvarez, 2015: 10).

10. "Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

Por lo tanto, el modelo procesal civil actual, responde a la nueva dimensión que ofrece el proceso en el Estado social de derecho, donde el deber de colaboración con la administración de justicia, se erigió a rango constitucional como en efecto lo indica el artículo 95 numerales 1 y 7 de la Constitución Política¹¹ y que ha de incidir necesariamente en la nueva filosofía que permea el proceso civil dentro de este contexto, pues trasciende la esfera sobre la cual se constituyó el típico proceso, como el escenario para controvertir, para pasar a concebirse como una actuación en donde las partes deben contribuir en el esclarecimiento de los hechos, como en efecto lo señala Parra (2016) al afirmar que "se redimensionó el valor del proceso" (Parra, 2016: 261).

Dicho lo anterior, resaltaremos algunos de los cambios más significativos que impactarán la celeridad procesal, en ese contexto.

1.2. Medidas para hacer efectivo el plazo razonable

La duración razonable a la que aspira la normativa procesal impone como necesario la adopción de medidas, pensadas todas ellas en brindar la celeridad procesal, traducidas en que, además de garantizar el cabal cumplimiento de los plazos previstos en el proceso, no se desmejore la calidad de la administración de justicia, pues tampoco se puede sacrificar ésta, so pretexto del cumplimiento de los plazos, pues ello iría en detrimento de los intereses de los judicializados. En este sentido, tenemos como las más significativas, las siguientes:

1. Se viabiliza la posibilidad de que la presentación de los actos procesales de introducción se haga en forma de mensaje de datos (art. 82, par. 2º); o en otros casos, que las comunicaciones para propiciar la notificación, se surta también a través de ese medio (art. 291 inciso final numeral 3 y 292 inciso final). Lo anterior supone en consecuencia que el uso de las tecnologías de la información y las

11. "Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia (...)."

comunicaciones, pasan a ser determinantes, pues permitirán una mejor interacción y publicitación de los actos procesales que en el desarrollo del proceso se han de producir de la forma como lo indica entre otros, los artículos 103, 108 y 111 de dicha normativa procesal.

En ese propósito el referido artículo 103 de la Ley 1564 de 2012 incorpora como regla de procedimiento, el uso de las TIC traducido en el uso de medios electrónicos en todas las actuaciones, en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto las del despacho con las partes, como con terceros, incluida por supuesto, lo concerniente a la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de las actuaciones surtidas, para su posterior consulta.

Es así como se dispone que la notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación del auto admisorio de la demanda, caso en el cual se considerará surtida el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario y todo ello pensado a mediano plazo, como un modelo de justicia digital.

2. Se permite el desarrollo de las audiencias a través de videoconferencias, teleconferencias o por cualquier otro medio técnico, bajo la dirección del despacho judicial. Así mismo, se consagra que la formación y guarda del expediente pueda llevarse íntegramente a través de medios electrónicos o magnéticos, aproximando este tipo de actuaciones al denominado Plan de Justicia Digital, aludido inicialmente y que prevé el referido artículo 103 del Código General del Proceso, que como propuesta busca la instrumentación de protocolos que a la postre permitan a largo plazo, el litigio en línea.

3. Como una de las mayores críticas del modelo procesal derogado, era lo excesivamente demorado que se tornaba la actuación, la reforma procesal le apuntó como se señaló inicialmente, a establecer un término de duración del proceso de un (1) año en primera instancia y de seis (6) meses en la segunda, en la forma que para el efecto lo dispone el artículo

121 de la Ley 1564 de 2012¹², prorrogables hasta por seis (6) meses más.¹³

Es esta sin lugar a dudas, una de las medidas más importantes de la reforma, pues se traduce en establecer un plazo perentorio cuya desatención acarrea como consecuencia procesal, la pérdida automática de la competencia y la correlativa nulidad de los actos ejecutados con posterioridad al cumplimiento de ese plazo, si bien muchos escépticos se han atrevido a afirmar, que ese plazo no se va a cumplir y se convertirá en una excepción, consideramos que es perfectamente viable que se dé estricto cumplimiento a ese imperativo, puesto que: Álvarez (2015) nos dice:

(...) si el juez omite esos términos perderá competencia, para que sea otro administrador de justicia el que defina el litigio. Y si se rebela

12. Es así como, dicha norma señala:

"ARTÍCULO 121. DURACIÓN DEL PROCESO. Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal.

Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por razones de congestión, podrá previamente indicar a los jueces de determinados municipios o circuitos judiciales que la remisión de expedientes deba efectuarse al propio Consejo Superior de la Judicatura, o a un juez determinado.

Cuando en el lugar no haya otro juez de la misma categoría y especialidad, el proceso pasará al juez que designe la sala de gobierno del tribunal superior respectivo.

Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso."

13. En relación con el contenido de esta disposición, vale la pena mencionar dos pronunciamientos muy importantes respecto a su aplicabilidad, y que pese a ser sentencias de tutela, permite vislumbrar las posturas de las referidas Corporaciones en torno al plazo, por un lado está la adoptada por la Corte Suprema de Justicia (2018) y por otro, la proferida por la Corte Constitucional (2018).

frente al plazo y emite sentencia, ésta será nula de pleno derecho, lo que quiere decir que carece de valía (...). Esta norma, hay que decirlo, es de aquellas que se espera no tener que aplicar, porque si el juez hace lo que tiene que hacer, cumple rectamente con sus deberes como servidor judicial y hace uso de los inmensos poderes de dirección, ordenación, instrucción y corrección que se le confirieron, jamás se verá enfrentado al vencimiento del término. Por eso se trata de una norma disuasiva, pues lo deseable es que no tenga que aplicarse. (Álvarez, 2015: 25)

4. Se incorpora como proceso tipo, **el verbal**, desarrollado en dos audiencias: una inicial y otra de instrucción y juzgamiento, en donde la actividad procesal que allí se despliega, debe surtirse en forma oral; por lo tanto, la estructura del proceso tipo que rige la actuación procesal presenta un nuevo esquema con ciertas particularidades como es el hecho de que habrá un primer momento relacionado con la **integración del contradictorio**, regido por la escrituralidad; un segundo momento procesal, que se materializa en forma oral y que consta de la denominada **audiencia inicial**, que además de agotar las medidas que tradicionalmente tenía previstas el artículo 101 del derogado Código, culmina con el decreto de pruebas; para dar paso a la **audiencia de instrucción y juzgamiento**, enmarcada dentro de los términos procesales previstos para el efecto, propenderá porque se haga realidad los procesos de duración razonable, lo que impone la adopción por parte del juez de una adecuada estrategia orientada al manejo efectivo de los tiempos del proceso, con el objetivo de evitar demoras innecesarias.

Todo ello para evidenciar que la oralidad le vaya a imprimir una mayor celeridad a la actuación, pues se tiene que esta forma de comunicación facilita de mejor manera el desarrollo del proceso, en la medida que Peláez (2013) afirma.

(...) un proceso basado en oralidad, según el maestro Chiovenda proporcionará mayor rapidez, mayor facilidad de entenderse, la selección de la defensa hablada respecto de las razones o argumentos, hace sentir la eficacia de las buenas y la inutilidad de las malas, la

impresión de sinceridad que escucha y de todas las intenciones de la persona (Peláez, 2013: 29).

En ese sentido, el propósito de la inserción de la oralidad es garantizar según Peláez (2017) que afirma “la materialización de ciertos actos procesales, incluida, por supuesto, la práctica de la prueba mediante el uso del lenguaje verbal. Esta ha sido objeto de una paulatina incorporación de las diversas estructuras procesales que regula el ordenamiento jurídico colombiano” (Peláez, 2017: 114).

5. La apelación de los autos y las sentencias, debe surtirse en el efecto devolutivo como expresión del principio de certeza que debe caracterizar los diversos pronunciamientos que haga la administración de justicia, medida encaminada a que el trámite o actuación procesal contribuya con una mayor dinámica de lo que pueda ofrecer el efecto suspensivo; no obstante que, se conserva este último, en tratándose de la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las que sean meramente declarativas (artículo. 323 CGP).

En este sentido y en lo referente a la sentencia, se establece como imperativo procesal que la misma se profiera una vez escuchados los alegatos de las partes, para lo cual, de ser necesario, se ordenará un receso hasta por dos (2) horas; no obstante, de no ser posible que se dicte en forma oral, el juez deberá dejar la constancia explicando las razones concretas para no hacerlo, fijando en ella el sentido del fallo con una breve exposición de los fundamentos así como debe informar al Consejo Superior de la Judicatura acerca de dichos motivos; y en todo caso, deberá proferirla en forma escrita, dentro de los diez (10) días siguientes a dicha audiencia (artículos. 373, num. 5º, incisos. 2º y 3º).

6. En todos los casos se torna indispensable la presencia del juez en el proceso, particularmente cuando de la realización o ejecución de los diversos actos procesales se trate, pues, por una parte, se sanciona con la declaratoria de nulidad procesal de carácter insaneable, cualquier acto que se realice sin dicha presencia, como en efecto lo señala

el artículo 107 numeral 1º, disposición que responde al imperativo que, como deber, se le señala al juez en el numeral 1º del artículo 42 en el sentido de presidir las audiencias y, por otra parte, si llegare a presentar cambio en el funcionario judicial y el proceso estuviere en la fase de fallo, deberá el designado citar nuevamente a los apoderados a efectos de que se surta una audiencia especial con el propósito de que se presenten los alegatos en presencia del nuevo juez (artículo 107, num. 1º, inc. 5º).

7. Se incorporan tres actuaciones novedosas: dentro de los procesos declarativos especiales, el proceso monitorio (artículos. 419-421), para propiciar el pago de las obligaciones carentes de título ejecutivo que sean de mínima cuantía, de carácter dinerario y que tengan su fuente en un contrato, en tanto que, dentro de los procesos liquidatarios, aparecen dos: el trámite de insolvencia de persona natural no comerciante (artículos. 531-576) y la partición del patrimonio que en vida realice una persona (artículo. 487, parágrafo).

Al respecto indiquemos que por vía del monitorio se busca desestimular el interrogatorio de parte para preconstituir prueba de la obligación o, el tener que acudir al proceso declarativo para obtener una sentencia de reconocimiento la obligación, pues con aquella vía judicial se puede lograr el mismo resultado, lográndose una mayor economía procesal.

En relación con el trámite de insolvencia de personas naturales no comerciantes, se le adscribe el conocimiento de dicha actuación a los centros de conciliación oficialmente reconocidos, pero precisando que la competencia en torno a las controversias que se susciten en dicho procedimiento y su correlativa liquidación patrimonial, deban ser resueltas por los jueces civiles municipales en única instancia (artículo.17, numeral 9º); así mismo, respecto a la denominada liquidación patrimonial prevista en el parágrafo del artículo 487, expresada en la partición en vida del patrimonio que desee realizar una persona, se podrá adelantar ante notario, previa obtención de una licencia judicial.

En este mismo orden de ideas, se asigna competencia a los notarios para que puedan conocer a prevención —sin perjuicio de la competencia atribuida a los juzgados—, de ciertas actuaciones relacionadas con jurisdicción voluntaria y otras, que, por regla general, no suelen presentar oposiciones, ello con el propósito de contribuir a la descongestión de los despachos judiciales (artículo. 617), medidas estas que responden a la estrategia de descongestión judicial trasladando dichas actuaciones para el conocimiento aquellos funcionarios y que han dado muy buenos resultados, como lo ha demostrado los procesos de divorcio, que se tramitan ante ellos.

9. En los procesos ejecutivos se establece una especie de mutación, en el sentido de que cuando se propongan excepciones perentorias contra el mandamiento ejecutivo, desconociendo la obligación, la actuación subsiguiente deberá surtirse por vía del esquema del proceso verbal, por cuanto frente a esa hipótesis, se remite al trámite de la audiencia que para los procesos declarativos generales se tiene prevista (artículo. 433 numeral 2º), medida ésta respecto de la cual ya había avanzado la Ley 1395 de 2010.

10. En materia probatoria, se evidencian profundas transformaciones, en lo que respecta a la práctica de la prueba, pues los modelos permeados por la oralidad, brindan mayor eficacia desde el punto de vista del resultado y optimización de los tiempos para su materialización, como acontece, por ejemplo, con el interrogatorio cruzado del testigo y de las mismas partes.

En este mismo sentido, la actividad probatoria es responsabilidad de las partes (Peláez, 2008) y sus apoderados, por lo tanto, entre otras cosas, es a ellos a quienes les corresponde allegar los documentos que hubieren podido obtener por vía del derecho de petición, (artículo 173, en concordancia con el numeral 10 del artículo 78) y así mismo, deberán garantizar la comparecencia de los testigos y de los peritos para surtir la práctica de la prueba, so pena que se prescinda de tales mecanismos probatorios.

Por otra parte, se le brinda una mejor dinámica al dictamen, al incorporarse la posibilidad

de que las partes los puedan allegar con los escritos de introducción (artículo 227), en tanto que, cuando de practicar la inspección judicial se trate, en el proceso de pertenencia, se viabiliza la posibilidad de que en su desarrollo se puedan agotar las actuaciones propias de la audiencia inicial y la de instrucción y juzgamiento, para que en dicha diligencia se profiera la respectiva sentencia (artículo 375, numeral 9 inciso segundo), medida que a nuestro juicio es susceptible de aplicarse en los demás procesos donde se torna como obligatoria dicha prueba, como por ejemplo en el proceso de servidumbre (artículo. 376), el lanzamiento por ocupación de hecho de predio rural (artículo. 396) y deslinde y amojonamiento (art. 404).

Se hace extensiva la presunción de autenticidad de la que gozaban los documentos públicos, tanto para los documentos privados, como para las copias de cualquiera de éstos (artículo 244 inciso segundo), se impone como requisito de la demanda, el juramento estimatorio (artículo 82 numeral 7) y se incorpora la prueba por informe (artículo 275).

Por último y no menos importante; con el propósito de hacer efectiva la igualdad material de las partes, además de reafirmarse el decreto oficioso de pruebas en el artículo 170, se incorpora la carga dinámica de la prueba que permite que el juez oficiosamente disponga a que parte le queda más fácil probar a partir de los criterios fijados en la misma norma, (artículo 167 inciso segundo), por lo tanto, ésta se concibe como un mecanismo que busca hacer efectiva dicha igualdad por virtud de la facultad que le asiste al juez en el sentido de que a pesar que le corresponde a una de las partes la carga de la prueba, pueda este disponer que aporte la prueba la parte contraria, por considerar que ésta se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, fijando entre otros criterios para el efecto: la cercanía que tenga dicha parte con el elemento material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido en la realización del hecho o por condiciones de indefensión, inferioridad o incapacidad en la que se encuentre quien tiene que probar y que debido a ello, no lo puede hacer,

11. En relación con el comportamiento procesal que se espera de las partes, se reafirma el principio de la eticidad, al imponerse a éstos una serie de deberes de colaboración con la administración de justicia y de cuyo contenido se ocupa en toda su extensión el artículo 78, para reafirmar que la postura que se espera tanto de las partes como la de sus apoderados, debe estar orientada a colaborar de manera armónica en el despliegue de los diversos actos, incluidos por supuesto los de la actividad probatoria, allegando para el efecto la fuente de prueba y garantizando la presencia de los órganos de prueba cuando a ello hubiere lugar. Esto en consideración a que la lealtad y la probidad es la materialización en el proceso del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, y que articulado con el principio de la reciprocidad que se desprende del referido artículo 95 numeral 7, conlleva a que dicho comportamiento varíe de manera significativa (Peláez, 2017a).

12. Se incorpora la posibilidad de proferir una sentencia anticipada en cualquier fase o etapa del proceso, como en efecto la concibe el artículo 278, precisamente para evitar que el proceso tenga que llegar hasta la última fase de la actuación, cuando haya suficiente ilustración para fallar, o por la prosperidad de alguna de las excepciones que la doctrina denominó como excepciones mixtas aparezcan, plenamente probadas.

13. Con el propósito de que las condenas no terminen siendo un culto a la desidia “y solo para enmarcarlas”, se incorporan las medidas cautelares innominadas, en la forma señalada en el artículo 590, numeral 1, literal c, para hacer extensiva dichas medidas a los demás elementos que considere el juez necesario, para evitar hacer ilusorio el fallo, debiendo tener en cuenta para dicho decreto, la apariencia de buen derecho que se controvierte, el peligro que supone la mora en la materialización del acto, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, entre otras consideraciones.

14. La audiencia se iniciará dentro del minuto siguiente al de la hora señalada, con quienes se encuentren presentes.

Para garantizar la comparecencia de las partes, se incorpora en el artículo 372 numeral 4º, una medida sancionatoria extrema, consistente en que si las dos partes no concurren y no justifican su inasistencia, se propicia la terminación del proceso como una especie de mutuo disenso tácito y de no acudir una de las partes, sin que medie justificación, ese comportamiento procesal se considerará como confesión ficta o presunta en relación con los hechos contenidos en la demanda o en la contestación, según el caso, susceptibles de confesión.

Así mismo, y siendo la presencia del juez la más importante, como en efecto se indicó en oportunidad anterior, se incorpora una causal genérica de nulidad consistente en sancionar con esos efectos, cualquier actuación que se despliegue sin la presencia de la autoridad judicial.

Se dota de mayores poderes al juez en la forma indicada en el artículo 42 que, sumados a los deberes que le son inherentes a las partes, conforme a las previsiones del artículo 78, garantizan sin duda el desarrollo del proceso sin dificultades.

Se establecen precisas prohibiciones para el manejo efectivo del tiempo, como por ejemplo, las intervenciones de las partes tendrán un término de duración hasta por veinte (20) minutos, a menos que la parte solicite y le sea autorizado en plazo mayor, de igual manera, se prohíbe remplazar las intervenciones orales por escritos y en ese mismo sentido, se prohíbe la trascripción de las audiencias, de tal forma que para efectos de las actas contentivas de éstas, solo basta la indicación de la fecha en que se llevó a cabo, el propósito de la misma y la identificación de quienes en ella intervinieron, documento que deberá ser firmado únicamente por el juez, como constancia del acto.

El principio de la eventualidad o preclusión tiende a atemperarse en el nuevo modelo procesal, en la medida en que el juez cuenta con la facultad discrecional de disponer la práctica de pruebas en la misma audiencia inicial y en otros casos, practicar el interrogatorio en la audiencia de instrucción y juzgamiento a la parte que se haya excusado de acudir a la audiencia inicial; como también, cuenta con la posibilidad de proferir sentencia

anticipada cuando se reúna cualquiera de las condiciones señaladas en el artículo 278 como se indicó en oportunidad anterior.

2. DIFICULTADES

Como toda normativa recientemente expedida, se suelen presentar dificultades y que generan cierta incertidumbre en torno a su eficacia, y el ordenamiento procesal civil no se escapa de esa realidad, máxime que con ella se pretende romper siglos de historia sobre la cual se configuró el proceso civil de marcada tendencia escritural.

Bajo esa perspectiva podemos identificar los siguientes puntos críticos, sin que sean éstos los únicos, pues muy seguramente, irán apareciendo otros, no obstante que deberán ser superados:

2.1. Precariedad en la logística

Es este sin duda uno de los puntos más críticos, pues desde ya debemos ser enfáticos en señalar que, sin tecnologías de información ni salas de audiencias, no podrá ser exitosa la reforma, esto por cuanto que: Peláez (2017) anuncia que: "(...) de no existir la infraestructura tecnológica necesaria que garantice la fidedigna reproducción de los actos que de forma oral se escenificarán en el desarrollo del proceso, de nada sirve una normativa que consagre ese principio rector (...)" (Peláez, 2017: 270).

Pues bien, este es uno de los aspectos que requiere mayor inversión, pues las salas de audiencias en el ámbito civil, no existían, y fue menester la adecuación del espacio físico para su instrumentación, a lo que se sumó la necesidad de dotarlas de unas mínimas condiciones tecnológicas que permitan el desarrollo y correlativa grabación de lo actuado.

En este propósito, la estrategia por la que se optó fue la de diseñar un conjunto de salas de audiencias, cuya administración estará a cargo de una dependencia que permitirá su distribución a partir de los requerimientos que haga cada despacho, pues pensar en que cada uno de estos contará con su propia sala de audiencia, tornaba más compleja su implementación y una mayor inversión, en términos económicos y de tiempo.

Así mismo, las salas de audiencias, además de contar con el mobiliario que brinde comodidad a los asistentes, requieren como necesarios, las tecnologías de información que garanticen la reproducción fidedigna de los actos.

2.2. Falta de preparación de los sujetos procesales

No debemos pasar por alto que nuestra cultura y en particular la jurídica, ha estado soportada sobre la base de la comunicación escritural y que se reflejaba en los procesos con la interminable elaboración de memoriales plasmados de posturas procesales y de decisiones en torno a éstas, siendo por años, la única forma posible de interactuar con la administración de justicia, lo que imponía el ingreso del expediente al despacho para conocer la posición de la autoridad judicial; sin embargo, bajo el nuevo esquema procesal, esa interacción además de ser a viva voz, se desplegará en audiencia pública, concentrada y con intermediación, lo que hace que la carga argumentativa en cada una de las intervenciones sea más fuerte, pues deberá sustentarse en el acto mismo, sea cual fuere el sujeto procesal que haga uso de la palabra.

Esto, además de una adecuada preparación conlleva a la necesidad de hacer un manejo efectivo del tiempo, y es precisamente en ese contexto donde existe una gran dificultad, pues los profesionales del derecho que egresaron en otrora época, fueron adiestrados en el arte de escribir y no de comunicarse en forma oral.

Pues bien, para superar esa dificultad, es claro que las facultades de derecho deben ajustar sus contenidos curriculares para instrumentar prácticas que propicien el desarrollo de audiencias, en cuya materialización se preparen a los futuros profesionales, en la dinámica que caracteriza los modelos por audiencias y en particular, para dotarlos entre otras, de competencias argumentativas, propositivas y comunicativas, que les permita ser competitivos frente a esa nueva realidad procesal.

2.3. Falta de voluntad

Ha sido mucho el escepticismo que ronda a la administración de justicia, pues asimilar una reforma de tal magnitud frente una realidad que de manera coetánea acompaña su entrada en vigencia, traducida en la excesiva congestión judicial, provoca

ese tipo de sentimiento, sin embargo, no se debe pasar por alto que para hacer efectiva la anualidad para adoptar decisiones de fondo, se cuentan de igual manera con remedios que de carácter sancionatorio busca que las partes cumplan con sus cargas precisamente para evitar la parálisis del proceso, como lo es por ejemplo, la aplicación del desistimiento tácito en la forma indicada en el artículo 317, a lo que se suma, la posibilidad de prorrogar hasta por seis (6) meses y por una vez el plazo para decidir.

3. EXCESIVA CONGESTIÓN JUDICIAL

La reforma en ningún caso va a servir para superar de manera inmediata la congestión que existía al momento de la entrada en vigencia de la nueva normativa procesal, pues a los procesos que venían cursando en los despachos, deben sumarse los que se han presentado con posterioridad a aquella, lo que impone una verdadera reingeniería por parte del juez como director del proceso y del despacho, para poder efectuar las adecuaciones procesales de rigor que impone ese régimen de transición y garantizar con ello, que se pueda cumplir con los plazos previstos normativamente, por lo que es a largo plazo en donde se verán los resultados.

En este propósito el artículo 624 despliega cada uno de las etapas procesales en los que se encontraban los procesos, al momento en que entró a regir la nueva normativa, precisamente para reafirmar que una vez agotada o cumplida dicha etapa, se deberá proceder en la forma prevista en la nueva ley, lo que supone en consecuencia que, efectuada esa adecuación, se deberá tener presente la anualidad con la que se cuenta para fallar.

Sin embargo, en esta última hipótesis, al tornar compleja la posibilidad para adoptar la decisión de fondo, en todos los casos se le concede una facultad discrecional a fallador de instancia, consistente en la posibilidad de prorrogar hasta por seis (6) meses dicho plazo.

4. LA FALTA DE DIMENSIONAMIENTO DE LA VERDADERA IMPORTANCIA DE LOS MASC

Muy a pesar de la prolifera regulación que en torno a los mecanismos alternativos de solución de conflictos que existe en nuestro país, no se

ha dimensionado su importancia como forma paralela de resolver los conflictos, tal vez, por la cultura equivocada de asumir que solamente la intervención del juez, es el único medio idóneo para dirimir la controversia (Peláez, 2017).

CONCLUSIONES

1º. Medir los alcances de una reforma procesal, como la adoptada a través de la Ley 1564 de 2012 en la actualidad y cuya vigencia en todo el país operó el 1º de enero de 2016, resulta prematuro, pues, el Consejo Superior de la Judicatura hasta ahora está tabulando la información estadística para verificar su cumplimiento en los distintos distritos judiciales.

Sin embargo, lo que sí se puede afirmar categóricamente es que dicha reforma se hacía necesaria, pues las previsiones contenidas en el derogado Código de Procedimiento Civil, respondían a la filosofía del Estado de Derecho, en donde la concepción que se tenía en torno al derecho de acceso a la justicia difiere sustancialmente de la forma en que se concibe ésta, en el Estado Social de Derecho.

2º. La duración razonable, al constituir un nuevo ingrediente integrador del debido proceso, se comporta como una garantía procesal para quienes comparecen al proceso en el sentido de contar con la certeza necesaria de que obtendrán decisión de fondo dentro del término perentorio fijado en la normativa procesal civil, prevista para el efecto, en el artículo 121.

Esto para significar que el nuevo ordenamiento establece una estructura procesal que, regida por los principios de publicidad, contradicción, intermediación, concentración, oralidad y legalidad, y bajo el direccionamiento del juez, quien deberá dentro del marco temporal de la anualidad proferir la sentencia de primera instancia y en seis (6) meses para la segunda; garantizará de manera real y efectiva que se cumpla con la celeridad procesal que se espera de la actuación, haciendo efectiva la duración razonable del

proceso como nuevo ingrediente integrador del derecho fundamental a un debido proceso.

3º. La dinámica que caracteriza a la actuación procesal regida por la oralidad, impone en la práctica un cambio radical del que gozaron los modelos escriturales, habida cuenta de que en la medida que la actuación se surta en audiencia pública, ello conllevará a un cambio en la materialización de los diversos actos procesales, pues al ser expresados en forma oral, le imprimen precisamente esa nueva dialéctica que plantea el proceso, donde sin duda la colaboración que brinden las partes en su desarrollo, ha de ser determinante para el éxito de dicha reforma procesal, en especial, para que se cumpla con la anhelada celeridad procesal.

4º. Son muchas las fortalezas que tiene la normativa procesal civil actual para hacer efectiva la duración razonable del proceso, de tal manera que, al contrastarlas con las eventuales dificultades, estas últimas son superables, a partir de la actitud y proactividad que se espera, adopten los sujetos procesales, pues en última instancia, de ellos depende la eficacia de la referida reforma procesal.

5º. La reforma por sí sola no producirá efectos jurídicos. Se hace necesario que los actores del proceso se comprometan con el rol que deben cumplir en su desarrollo, y que impone que haya un verdadero cambio de cultura, donde las mismas universidades preparen a los futuros profesionales del derecho, a quienes sin duda, les corresponde un papel protagónico, cualquiera sea el rol que decidan adoptar en el proceso, aun cuando no podemos pasar por alto las serias dificultades que hay con algunas facultades de derecho de nuestro país, que so pretexto de "competir" con otras, ofrecen prebendas de orden temporal para obtener la titulación sin tantas dificultades. Es ahí donde hay que encender las alarmas, pues ese tipo de profesional muy seguramente no tendrá la capacidad de responder a las exigencias que le plantea la nueva normativa. La reforma ya fue adoptada, de todos nosotros depende su éxito.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, M. (2015). *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Volumen I. Bogotá: Publicación Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Chiovenda, G. (1925). *Principios de Derecho Procesal Civil Tomo II*. Bogotá: Reus S.A.
- Congreso de la República. (1970). Código de Procedimiento Civil, Decretos 1400 y 2019 de 1970.
- ----- (2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Ley 1395 de 2010.
- ----- (2012). Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1195. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia C 713. MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-341. MP. Carlos Bernal Pulido.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia de tutela radicado 76001-22-03-000-2018-00070-01, 11 de julio de 2018. M.P. Aroldo Wilson Quiróz Monsalvo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997). Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997.
- Parra, J. (2016). *Naturaleza del Proceso Regulado en el Código General del Proceso, Memorias del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Medellín: Universidad Libre de Colombia.
- Peláez, R. (2008) Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano. *Misión Jurídica* (1), 53 – 72
- ----- (2013). *La Oralidad en el Sistema Jurídico Colombiano* (2nd ed.). Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.
- ----- (2016). *Estructura del Proceso Civil en el Contexto de la Oralidad* (2nd ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y ley.
- ----- (2017). *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto del Derecho de Acceso a la Justicia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley y Sistema Universitario de Investigación de la FUAC.
- ----- (2017a). *El comportamiento de las partes en el contexto de la lealtad procesal y su incidencia en el proceso civil*. Cartagena: XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal.
- ----- (2017b). *La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil*. Bogotá: Colección Tesis Doctorales, Universidad Externado de Colombia.
- ----- (2017c). Los mecanismos alternos de solución de conflictos en el ámbito de la justicia informal. *Revista Misión Jurídica*, 10, (13), 279 – 303.
- Rojas, M. (2017). *Problemas relativos a la duración de los procesos civiles y cambios necesarios para su agilización*, publicados en el libro sobre Primer Diagnóstico de la Justicia Civil en Panamá. Panamá: Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal,

¿SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SECTOR MINERO? UNA APROXIMACIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN*

LEGAL SECURITY IN THE MINING SECTOR? AN APPROACH FROM THE PRINCIPLE OF COORDINATION

SEGURANÇA JURÍDICA NO SETOR DE MINERAÇÃO? UMA ABORDAGEM DESDE O INÍCIO DA COORDENAÇÃO

Cristian Alexis López Solano^a
cristian.lopez.solano@gmail.com

Fecha de recepción: septiembre 29 de 2018
Fecha de revisión: octubre 10 de 2018
Fecha de aceptación: noviembre 06 de 2018

Resumen

El sector minero¹ se encuentra en un momento coyuntural del que depende la estabilidad de la industria. De allí que resulte imperioso el estudio del fenómeno de inseguridad jurídica, pues este es uno de los retos que debe afrontar el sector.

La aplicación del principio de coordinación resulta útil para minimizar la tensión existente entre el principio de estado unitario y el de autonomía territorial; más aún cuando en Colombia existe un sistema público de actividad transversal, es decir, de actividad conjunta entre diferentes órganos estatales.

1. Cabe resaltar que no es exclusivamente el sector minero, también se encuentran incluidos el hidrocarbúfero, el de gas y el de energía eléctrica.

* Artículo de reflexión que presenta un análisis crítico de los problemas que se originan debido a la falta de aplicación del principio de coordinación en el ejercicio de las diferentes competencias de los distintos órganos estatales. Existe un especial énfasis en la disputa que se origina por el choque de los principios de Estado Unitario y el de Autonomía Territorial.

a. Abogado egresado de la universidad Santo Tomás de Aquino, Especialista en Derecho de la Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho Público con Énfasis en Regulación Minera, Energética y Petrolera (c) de la Universidad Externado de Colombia.

Para citar este artículo:

López, C. (2019). ¿Seguridad jurídica en el sector minero? Una aproximación desde el principio de coordinación. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 263 - 280.

La actual jurisprudencia de la Corte Constitucional abre la posibilidad de excluir la actividad minera de un municipio pues es una competencia constitucional que surge de una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales. Pero esto no resuelve el problema, lo que se genera es un empoderamiento irracional que no observa otros postulados de gran valor como lo es la libertad de empresa y la garantía de los derechos adquiridos por un contrato. La solución no se encuentra en prohibir, sino en concertar, en realizar un acuerdo contractual entre los sectores privados y públicos que se ven involucrados, todo sobre la base del principio de coordinación².

PALABRAS CLAVE

Sector minero; seguridad jurídica; coordinación; principio; sistema transversal; libertad de empresa.

ABSTRACT

The mining sector is going through a conjunctural moment that depends on the stability of the industry. Thence, it is imperative to analyse the legal insecurity phenomenon because is one of the challenges that this sector has to confront.

The implementation of the principle of coordination is useful to minimize the tension that exists between the principle of unitary state and the principle of territorial autonomy, furthermore when Colombia has a public system of cross-cutting activity, that is to say of a joint activity among different state bodies.

The current jurisprudence of the Constitutional Court opens the possibility of excluding the mining activity of a district because is a constitutional competence that arises of an harmonic interpretation of the constitutional dispositions. But this does not solve the problem, which creates an irrational empowerment that does not take into account other assumptions of great value such as the freedom of Enterprise and the guarantee of the

2. No sólo se debe hablar de una socialización de las actividades, sino de una verdadera concertación o acuerdo de voluntades. Este debe quedar plasmado en documento público y no puede, bajo ningún parámetro, desconocer las competencias que la ley ha conferido a cada órgano tanto centralizado como descentralizado del estado.

rights acquired by a contract. The solution does not lie in forbidding but in establishing, in creating a contractual agreement between the private and public sectors that are involved, all these in the basis of the principle of coordination.

KEY WORDS

Mining sector, legal security, coordination, principle, cross-cutting system, freedom of enterprise

RESUMO

O setor de mineração está em um momento conjuntural do qual depende a estabilidade da indústria. Assim, o estudo do fenômeno da insegurança jurídica é imperativo, uma vez que esse é um dos desafios que o setor deve enfrentar.

A aplicação do princípio de coordenação é útil para minimizar a tensão entre o princípio do status unitário e o da autonomia territorial; mais ainda quando na Colômbia existe um sistema público de atividade transversal, isto é, de atividade conjunta entre diferentes órgãos do Estado.

A atual jurisprudência do Tribunal Constitucional abre a possibilidade de excluir a atividade de mineração de um município, pois, em seu conceito, é uma competência constitucional decorrente de uma interpretação harmônica das disposições constitucionais. Mas isso não resolve o problema, o que é gerado é um empoderamento irracional que não observa outros postulados de grande valor, como a liberdade de negócios e a garantia de direitos adquiridos por um contrato. A solução não é proibir, mas concordar, fazer um acordo contratual entre os setores público e privado envolvidos, todos baseados no princípio da coordenação.

PALAVRAS-CHAVE

Setor Mineiro; segurança jurídica; coordenação; princípio; sistema cruzado; liberdade de negócios

INTRODUCCIÓN

De la lectura que realizamos a la Ley 685 de 2001 podremos válidamente afirmar que muchos de sus preceptos operan armónicamente con los postulados de nuestro Estado Social de Derecho y la Constitución Política de 1.991. El

problema nace cuando en virtud del ejercicio de sus competencias el orden central (Estado Unitario) choca con las competencias del orden descentralizado (Entidades territoriales).

La falta de coordinación³ entre los órganos del orden central y los descentralizados ha decantado en situaciones tan absurdas como la siguiente: a un proponente para contrato de concesión minera se le aprueba el contrato de concesión y se firma, para la fecha del contrato el área se encontraba libre de cualquier afectación,⁴ por ende, el empresario comienza a elaborar sus estudios y trabajos de la fase exploratoria. Luego, con una fuerte inversión, dicho titular minero inicia la etapa de construcción y montaje, en esta desarrollan los trabajos para la explotación correspondiente. Luego de unos meses y con una inversión realizada, los entes territoriales realizan una consulta popular por medio de la cual prohíben el desarrollo de actividades extractivas en su territorio. Las preguntas que debemos hacernos son las siguientes: ¿Acaso dichas actuaciones por parte de la administración pública violan los derechos económicos del concesionario minero? ¿Qué propicia la inseguridad jurídica para la inversión en el sector minero? ¿Cómo se dirime dicha controversia?

DESARROLLO DEL TRABAJO

METODOLOGÍA

La tensión existente entre los principios de estado unitario y el de autonomía territorial ha sido propiciado en parte por las nuevas posturas que ha adoptado la Corte Constitucional en su jurisprudencia, por ello, a la luz de las Sentencias C-123 de 2014 y la T-445 de 2016, entre otras, se hará un estudio de los principios precitados y su influencia en la estabilidad del sector minero del país.

Además de ello, dentro del marco de los derechos fundamentales, es obligatorio analizar la competencia que tienen los entes territoriales

3. No puede entenderse que dicha coordinación envuelva exclusivamente a los órganos estatales, muy por el contrario, dicho principio debe involucrar a la población o personas individuales que llegaren a verse afectadas por la toma de cualquier tipo de determinación, más aún, cuando dicha decisión pudiere legar a poner en riesgo sus bienes jurídicos tutelados.

4. Entiéndase afectación como declaratoria por parte del Ministerio de Ambiente.

y la nación para salvaguardar los mismos. Se verá a partir de la teoría de la concertación y la aplicación del principio de coordinación, como estos derechos entran en una dinámica incluyente con los derechos económicos de los que son beneficiarias las industrias extractivas.

Por lo anterior, y en virtud de lograr un mejor entendimiento de la idea central del presente escrito, se propone al lector el siguiente orden: 1. Principios: Principios constitucionales. Principios legales. 2. Desarrollo jurisprudencial. 3. Conclusión y propuesta.

1. PRINCIPIOS

Piénsese en las bases estructurales de un edificio, eso son los principios; una construcción moral sobre la que descansa nuestro ordenamiento jurídico, social y económico; es menester adentrarnos en su profundo e importante valor, más aún cuando estos se comportan como las vértebras que dan estructura a nuestra Constitución Política (Constitución Política de Colombia, 1991).

Recordemos que la Constitución Política de Colombia tiene unos fines esenciales, y que para la consecución de los mismos consagró unos principios que dan un marco y oriente a las actuaciones por parte de las entidades estatales y de los servidores públicos. En primer lugar, el artículo 1° constitucional señala: “Colombia es un Estado Social de Derecho⁵ organizado en

5. Con la concepción moderna (la del siglo XXI) del Estado Social de Derecho se han incorporado en materia de derechos fundamentales los derechos sociales, o de segundo orden. Al respecto es válido afirmar que la nueva concepción constitucional que en Colombia se ha impreso con la Constitución Política de 1991, involucra una serie de derechos colectivos sobre los cuales se ha venido reinventando nuestra república, al punto de que las obligaciones económicas contraídas con anterioridad se han visto afectadas por la protección de los derechos fundamentales. Con acierto señaló (CARNELUTTI, 2008, Pág. 45), que “no hay caso entre los institutos jurídicos otro que como el contrato ponga en evidencia un proceso que yo llamaría de fecundación moral de la economía. La economía puede ser parangonada a la tierra sobre la cual esparciera la ética su semilla; sobre esa tierra y de esa semilla nace, crece y se agiganta el derecho. Y no hay en el complejo ordenamiento jurídico una vegetación más lozana que la del contrato. Sin él, la economía sería un páramo desolado”. Así pues, resulta natural ver las relaciones contractuales particulares afectadas por las cláusulas normativas del Estado; por ello, en el evento en que se realice un nuevo cambio de paradigma normativo, dichas relaciones contractuales se verán afectas. Tal es el caso del sector minero en la actualidad, pues para la fecha no se concibe una explotación minera como la que se desarrolló con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991. Ahora, dicha actividad económica debe armonizar con

forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía en sus entidades territoriales⁶, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" (Subrayados fuera del texto), de aquí se infiere que dentro de la concepción de nuestro Estado moderno se encuentran inmersos varios elementos axiológicos que pretenden la "prevalencia del interés general", es decir, el interés de la colectividad.

En conjunción con lo anterior, en el artículo 2º de la Constitución Política se señala que los fines esenciales del Estado son:

(...) servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución⁷; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Constitución Política de Colombia, 1991) (Subrayado fuera del texto).

la protección de las garantías fundamentales. De allí, el nuevo reto: armonizar la industria minera (dimensión económica), con los intereses colectivos (dimensión moral), mediante la incorporación de regulaciones apropiadas y que armonicen con las dos anteriores (dimensión legal).

6. La autonomía de los pueblos, o autodeterminación resulta un elemento de gran importancia en la actual concepción del derecho; pues de acuerdo con la nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias C-123 de 2014; T-445 de 2016; C-389 de 2016) las determinaciones administrativas que se realicen desde el orden central, no pueden desconocer la autonomía o poder de auto-organización de la que gozan los pueblos. Dicha concepción obedece a que la protección del medio ambiente es un asunto que compete a la comunidad; la lógica de dicho concepto es que "la protección de los recursos renovables asegura la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, condiciona el ejercicio de ciertas facultades que se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, conforme a la función ecológica de la propiedad y obliga a actuar de determinada manera, dado que la satisfacción de las necesidades actuales requieren de planificación económica y de responsabilidad". Así las cosas, dicha autonomía se ha ampliado, y de ahí nacen un sinfín de consecuencias jurídicas y además de ello, retos en materia regulatoria.

7. Al respecto cabe destacar que los derechos fundamentales han sido una construcción que no solo obedece al Estado, sino que en virtud del Bloque de Constitucionalidad, muchos han sido incorporados en razón a los tratados internacionales sobre derechos fundamentales. Al respecto ver: Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948; Pactos Internacionales de 1966; Convenciones Internacionales Sobre Derechos Humanos.

De este artículo se desprenden las metas u objetivos hacia los cuales debe "caminar" el Estado Social de Derecho. Son estos el oriente de todo cuerpo normativo o actuación administrativa dentro de nuestro territorio nacional y, además, deben ser el móvil inherente al Estado en todas las actuaciones de sus entidades o servidores públicos (De más está señalar que dicha obligación también compete a los particulares).

Gran problema origina la interpretación de dichos fines, pues la definición de los mismos no es algo que se pueda decir al unísono. Basta con preguntarse ¿Qué es interés general?, y además de ello si dicha definición depende de circunstancias tales como el modelo económico de un país.

Hechas las anteriores apreciaciones, y en pro de dar una mayor claridad al asunto del presente artículo, el desarrollo que daremos a los principios será en el siguiente orden: 1.) Principios Constitucionales; 2.) Principios Legales. De este modo descenderemos y entenderemos la forma en que se articulan dichos principios, para con posterioridad a ello, dar una correcta interpretación al cuerpo normativo que integra el sector minero.

1.1. Principios Constitucionales

Debe hacerse la aclaración que para el presente caso se señalaran únicamente los principios relevantes en lo que se refiere a la inseguridad jurídica de que trata la temática principal. Por lo anterior, principios tales como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad etc. no serán tratados para estos efectos, a pesar de que son relevantes en cuanto al desarrollo de la actividad extractiva en general.

1.1.1. El Estado Social de derecho

Uno de los principios más importantes es el que señala que "Colombia es un Estado Social de Derecho". Prima facie, dicho concepto no entraña mayor complejidad; más si nos adentramos en sus implicaciones, veremos que en realidad trae varios retos, al menos para el desarrollo de la industria extractiva.

Para entender los efectos de dicho concepto realizaremos una segmentación del mismo. En primer lugar; tenemos el Estado, cuya concepción la abordaremos desde la actual interpretación de la Corte Constitucional.

Debe decirse para comenzar que la concepción de “Estado” como “Nación” se ha reevaluado; con la integración de conceptos como la autonomía administrativa y descentralización se ha entendido que si bien es cierto, a la luz de los artículos 332 y 334 de la Constitución Política, se ha dado preponderancia a la Nación en lo que se refiere a la explotación de recursos naturales, también lo es que la autodeterminación de los municipios y departamentos -en aplicación de los principios de concurrencia y coordinación- es fundamental a la hora de decidir sobre la explotación de dichos recursos. La razón es que dicha decisión afecta en forma directa los intereses de la población de los territorios.

En términos de la Corte Constitucional:

(...) si bien la interpretación del artículo 37 del Código de Minas puede sustentarse en el principio constitucional de organización unitaria del Estado -artículo 1 de la Constitución- y los contenidos específicos de los artículos 332 y 334 de la Constitución, que privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de recursos naturales; también deben tenerse en cuenta otros contenidos constitucionales de igual valía dentro de la organización del Estado, como son los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses -artículo 287 de la Constitución-, y de coordinación y concurrencia -artículo 288 de la Constitución-, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos. (Corte Constitucional, 2014). (Subrayado fuera del texto).

Así, es evidente que la concepción del Estado como un ente centralizado empieza a flexibilizarse, pues en concordancia con los artículos 287 y 288 constitucionales, se entiende que las decisiones deben ser concertadas con los entes territoriales también. Dicha concepción obedece a la incorporación de los derechos colectivos dentro de nuestra Constitución Política y además, a la salvaguarda de un orden justo, al tenor del artículo primero de la Constitución Política de 1991. En este sentido continúa la Corte diciendo:

Por esta razón, y en procura de una solución que permita aplicar de forma armónica el contenido de los principios que se encuentran en tensión en este caso concreto,

se concluye que el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 -Código de Minas- estará acorde con la Constitución, siempre y cuando en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera -cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado- se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial. En este sentido, una autorización al respecto deberá dar la oportunidad de participar activa y eficazmente a las entidades municipales o distritales involucradas en dicho proceso, mediante acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como, del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades (Corte Constitucional, 2014). (Subrayado fuera del texto).

Entonces, el Estado debe entenderse como el conjunto de todas las entidades territoriales en el nivel nacional, departamental y municipal. Tesis que resulta compleja bajo los lineamientos normativos que nos dicta la Ley 685 de 2001⁸, pues es claro su eminente contenido centralista.

Ahora bien, una vez identificada la nueva concepción de Estado, debemos desarrollar la segunda característica, es decir la de “Social”. Para comenzar, debemos mencionar que es una de las mayores conquistas de nuestra Constitución Política de 1991, pues sólo bajo una nueva óptica del derecho y de la sociedad, se comenzó a gestar la categoría de “derechos sociales”, de los cuales emana también el derecho a un “medio ambiente sano” y, en fin, a todos aquellos que afectan en forma directa la vida y salud de los habitantes en comunidad.

Para hablar del Estado “Social”, en primera medida debemos abarcar el concepto de social en varias de sus más importantes acepciones doctrinales. En criterio personal, la concepción *sub examine* comporta uno de los fenómenos propios de la mutación de los derechos humanos, es decir, en la medida en que se avanza en la escala histórica social, dicho concepto se amolda y modifica dependiendo de los nuevos *hechos* o situaciones de la sociedad.

8. Conocida como Código de Minas.

Para Pérez, 1991, “La mutación histórica de los derechos fundamentales ha determinado la sucesiva aparición de sucesivas generaciones de derechos” (p. 205) por lo que es natural que, con el paso del tiempo, la concepción individualista de los derechos humanos se haya extendido a la categoría de grupo. En este orden de ideas para Pérez, 1999, los derechos humanos (primera categoría) más los derechos económicos, sociales y culturales (segunda categoría), implicaron el cambio de un Estado Liberal de Derecho por un Estado Social de Derecho.

A partir de la concepción de Colombia como una república libre y democrática se puede entender la nueva articulación de derechos sociales tal y como lo vemos ahora. Cuando una sociedad es recipiendaria de derechos fundamentales, se hace más sensible y progresista en lo que atiene a la obtención y salvaguarda del interés general, por ello, la conciencia social evolucionada le conmina a la creación de artificios legales que custodien en mayor grado sus intereses como grupo. De allí que el paradigma para el siglo XXI le haya impuesto la carga social a todas las actividades que se desarrollen en el territorio nacional, inclusive las del campo individual (como lo es la actividad extractiva).

Entendido lo anterior, podemos concluir que el desarrollo de los derechos fundamentales ha decantado en una nueva concepción del derecho en general, y por ello, todo lo que él regula, tendrá que incluir en sí una responsabilidad social –característica del estado social de derecho-. La incorporación de esta nueva óptica en la jurisprudencia, por lo menos a nivel contractual, ha hecho que se generen nuevos retos, tendientes a la armonización de los derechos fundamentales y los derechos contractuales o económicos, pues en ningún caso, pueden éstos últimos cercenar los primeros bajo la justificación de un lucro indolente con la sociedad.

1.1.2. La autonomía territorial

El artículo primero, del Título primero, de la Constitución Política de Colombia 1991 señala:

Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y

la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Dicho concepto ha venido variando de conformidad con la interpretación de la Corte Constitucional en el entendido en que dicha autonomía se ha ampliado, al punto en que ahora, en virtud de la protección del medio ambiente, en el proceso de reglamentación del suelo se puede inclusive, llegar a prohibir por consenso grupal, la actividad minera (o de cualquier naturaleza) en cualquier territorio.

Dicha concepción de la *autonomía* ha sentado un nuevo derrotero, un cambio de paradigma, dentro de la interpretación constitucional. Se ha entendido que la autonomía territorial es un principio que ayuda en el proceso de materialización de los postulados constitucionales; de ahí que la activa participación de las comunidades resulte importante en los eventos en que se toman determinaciones (por lo general del orden central) que afectan en forma directa el medio ambiente. Lo anterior obedece a una lógica en la que son ellas –las comunidades- quienes conocen a profundidad las particularidades de su territorio y, por ende, cuentan con la legitimidad y capacidad suficiente como para prever las consecuencias que puede traer consigo cualquier actividad en su región y en el futuro de sus familias y comunidad.

En materia de derecho constitucional se ha reconocido que la autonomía de las entidades territoriales, al tenor de los artículos 1° y 287° de la Constitución Política de 1991, es fundamental para lograr una correcta gestión de sus intereses, y además, se puede decir que ésta en realidad implica la verdadera consecución de la protección de los derechos fundamentales tanto subjetivos como colectivos.

9. Señala: **Artículo 287:** “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.” (Subrayado fuera del texto). Debe entenderse que la administración de recursos no se limita únicamente a los de orden económico, también obedece a la capacidad que tienen las entidades territoriales para organizar el territorio propendiendo por conseguir un mejor aprovechamiento de los recursos renovables y no renovables existentes en su territorio. De más está decir que dicho aprovechamiento debe tener como oriente la satisfacción de los derechos de quienes integran dicha comunidad.

La doctrina ha previsto que uno de los principales requisitos para la consecución de la paz es el respeto por la autodeterminación de los pueblos. Dicha autodeterminación para el presente artículo deberá entenderse como la garantía de protección al medio ambiente en que las comunidades desarrollan su vida. En forma acertada Ferrajoli, 2013, señala que en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia y es ahí, donde la garantía de autodeterminación puede llegar a mutar y evolucionar al punto en que –por lo menos en cuanto a la industria extractiva- puedan prohibirse el desarrollo de actividades económicas que afectan sus derechos colectivos y además, ponen en riesgo los de las futuras generaciones.

Frente al actual conflicto que vivimos en Colombia -relacionado con el desarrollo de la actividad extractiva dentro de los municipios y, la presunta afectación de derechos colectivos-, Ferrajoli (2013) nos da una luz al señalar dos premisas, a saber: (i) Que en la actualidad, el Estado ha entrado en conflicto con el pueblo, convirtiéndose en una fuente permanente de guerra, y (ii) Que el derecho a la autodeterminación externa es el derecho a la “autonomía”, la cual consiste en disponer de las propias riquezas, recursos naturales y a no ser privados de los propios medios de subsistencia. Así, se debe señalar que dichas premisas se han materializado, y que a la postre, nuestro sistema debe mutar para adaptarse a los nuevos retos. A criterio del autor –y a propósito de la autonomía territorial- unos de los más importantes son (i) El cambio de nuestra concepción de Estado¹⁰ por uno federado y (ii) La implementación de un proceso en Mejora Regulatoria.

En este orden de ideas, es pertinente que señalemos el estado del arte en materia jurisprudencial. Para ello la Corte Constitucional ha hecho un análisis en lo que respecta a la concepción de la autonomía territorial dentro de un estado unitario. Comienza la Corte señalando la forma en que tendría que concebirse la autonomía territorial, pues a raíz de la figura de Estado Unitario, dicho concepto tiene límites, veamos. Ferrajoli,

10. A criterio de FERRAJOLI, el Estado no es más que el último legado envenenado de la colonización.

Sin embargo, en diversas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha recordado que los contenidos que integran el principio de autonomía territorial no pueden ser entendidos de forma aislada o descontextualizada, por lo que se hace preceptivo que su concreción en casos particulares atienda otros contenidos del sistema constitucional colombiano. Por esta razón, la interpretación de las posibilidades o ámbitos en que se desarrolla la autonomía territorial no puede desconocer que las instituciones, procedimientos y las competencias que la concretan existen y se desarrollan en un Estado que, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, ha adoptado una forma de organización territorial unitaria, es decir, no puede olvidarse que el colombiano es un Estado unitario en lo relativo al principio de organización territorial (Ferrajoli, 2013: 8). (Subrayado fuera del texto).

Así, se empiezan a ver los primeros retos a superar a partir de esta concepción, por lo menos en lo que atiene a la potestad para conferir títulos mineros y a las competencias que tienen cada uno de los órganos descentralizados de la administración pública. Por un lado, la legislación minera (Ley 685 de 2001) confiere potestades al orden central para disponer libremente del subsuelo, pues, se entiende que los recursos que yacen en el subsuelo son de propiedad del Estado, y de otro, los demás órganos de Estado (con competencias sobre la materia¹¹, es decir, la extractiva¹²) tendrán que coordinar la actividad que desarrolla la autoridad minera con lo que es de su competencia, para que de este modo pueda llegar a desarrollarse dicha actividad extractiva en armonía con los postulados constitucionales y legales.

El concepto de autonomía territorial como hemos visto, entraña un sinfín de complicaciones en lo que atañe a su interpretación dentro de un *Estado Unitario* como lo señala el artículo primero constitucional. Dicha interpretación es fundamental para el caso que nos atañe; más

11. Puede entenderse que dichas competencias no sólo se limitan a la concesión del subsuelo, sino que además involucra las obligaciones de índole ambiental y de garantizar los derechos fundamentales de las poblaciones. Así, vemos que existe una cruzada de competencias sobre el mismo asunto, en los diferentes momentos de las concesiones mineras

12. Entendamos éstas como los entes territoriales y las autoridades en materia ambiental.

aún cuando de seguridad jurídica se habla. El reconocimiento que se le ha dado a la autonomía territorial en el actual contexto jurisprudencial entraña una serie de cambios que afectan de forma directa el desarrollo de actividades económicas como lo es la minera, por ello, debe tenerse claridad en este momento lo que por autonomía se entiende a la luz del principio de unidad. En este sentido la Corte Constitucional ha dicho:

Ese diseño constitucional implica, entonces, la necesidad de armonizar los principios de unidad y de autonomía, que se encuentran en tensión. Para lograr esto la Corte ha reconocido la existencia de un sistema de limitaciones recíprocas, en el que el concepto de autonomía territorial se encuentra restringido por el de unidad, y a la inversa, la unidad se encuentra circunscrita¹³ por el núcleo esencial de la autonomía. Por tal motivo, la interpretación y aplicación de estos principios debe estar encaminada a obtener su pleno equilibrio y coexistencia, sin que ninguno de ellos sea absoluto en perjuicio del otro: el concepto de unidad del Estado colombiano no puede ser utilizado como pretexto para desconocer la capacidad de autogestión de las entidades territoriales, y a su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales (Corte Constitucional, 2016). (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Así, en virtud de la autogestión de los entes territoriales, se empieza a morigerar un poco el concepto de estado unitario. Señalar lo anterior tiene gran relevancia pues, es a raíz de esta afirmación que en la actualidad, los entes territoriales y/o las comunidades en general, han quedado legitimadas para que en uso de las acciones constitucionales (para el caso en concreto, *la acción popular*) prohíban o, siquiera hagan un esfuerzo por prohibir el desarrollo de una actividad económica como lo es la minería.

13. Gran luz proporciona ésta palabra subrayada en el fallo, se señala que dentro del sistema de límites, es el principio de Unidad el cual debe circunscribirse a los límites que impone el principio de autonomía territorial. Por lo que es evidente la prevalencia del principio de autonomía territorial sobre el de unidad, a pesar de que más adelante se señale que ambos se encuentran en pleno equilibrio y coexistencia.

De lo anterior se colige que esta situación *per se* constituye una fuente de inseguridad jurídica para la inversión, al menos en este sector. El sustento de dicha idea es que la inversión que se realiza en la industria extractiva ya no solo depende de las variables económicas del mercado, sino que además, depende de la voluntad de los pueblos; por ello, el éxito o fracaso de un proyecto minero¹⁴ está supeditado al tipo de acuerdo al que se llegue con las comunidades.

Ahora bien, la capacidad de autodeterminación de los pueblos -autonomía- no debe tomarse solamente como un elemento mediante el cual se ha flexibilizado la concepción de estado unitario -desde la esfera de los fundamentos axiológicos de los dos principios en comento-, sino que además de ello, debemos tener en cuenta el fundamento práctico que da sustento a la prevalencia de ésta autonomía, pues es con base en este- el fundamento práctico- que se han podido vislumbrar los efectos colaterales negativos propios de la actividad extractiva. En buena hora ha dicho la doctrina colombiana que:

En el marco de las actividades que componen la operación minera, las empresas están en riesgo de incurrir en impactos negativos o violaciones a derechos humanos, y del mismo modo pueden acarrear el compromiso de su responsabilidad civil, administrativa o incluso penal por estos hechos (Guiza, 2016:601).

Así pues, dicha autonomía resulta en una herramienta útil a la hora de tomar decisiones que decanten en la protección de los derechos fundamentales subjetivos y colectivos.

Finalmente, advierte el autor que los nuevos cambios jurisprudenciales y de paradigma -en cuanto a la concepción de estado unitario y de autonomía- nos ubican en un escenario en el cual debe darse un nuevo trato a la regulación en materia minera. En la actualidad no basta con el cumplimiento de unos requisitos formales para la obtención de un título de concesión minero y con él, el inicio de una actividad extractiva; sino que por el contrario, ahora, deberá

14. Además de ello, es bueno recordar que en virtud a la falta de coordinación entre las autoridades -tanto ambientales como minera y de hidrocarburos- y de las nuevas directrices del Gobierno Nacional (en lo que respecta a la delimitación de páramos)

regularse teniendo en consideración el papel preponderante que juegan las comunidades a la hora de tomar una determinación que pudiera llegar a afectar sus intereses comunitarios y además, los del medio ambiente.

1.2. Principios legales

Para dar desarrollo a los principios legales, deberemos puntualizar que para el presente escrito nos limitaremos únicamente a los contenidos en la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), y además, los que directamente se relacionen con la problemática general. Sólo de este modo podremos vislumbrar el fenómeno de inseguridad jurídica que se presenta para el sector minero a partir de la interpretación de los artículos 36 y 46 de la misma norma.

El artículo 36 señala en primera medida lo siguiente:

En los contratos de concesión se entenderán excluidas o restringidas de pleno derecho, las zonas, terrenos y trayectos en los cuales, de conformidad con los artículos anteriores, está prohibida la actividad minera o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales. Esta exclusión o restricción no requerirá ser declarada por autoridad alguna, ni de mención expresa en los actos y contratos, ni de renuncia del proponente o concesionario a las mencionadas zonas y terrenos. Si de hecho dichas zonas y terrenos fueron ocupados por obras o labores del concesionario, la autoridad minera ordenara su inmediato retiro y desalojo, sin pago, compensación o indemnización alguna por esta causa¹⁵. Lo anterior, sin perjuicio de las actuaciones que inicien las autoridades competentes en cada caso cuando a ello hubiere lugar (Ley 685, 2001). (Subrayado fuera del texto).

Debe señalarse a modo de crítica, que del artículo en cita, el aparte subrayado resulta ser una medida arbitraria pues desconoce los derechos

15. Gran problemática genera la expresión señalada toda vez que con el nuevo procedimiento para la delimitación de páramos se ha anulado el derecho de los titulares mineros, quienes con anterioridad a la fecha de declaratoria del páramo obtuvieron en forma legal su título. De ahí, que la inversión realizada por los empresarios mineros se vea hoy en riesgo, pues al no reconocerse prestación económica alguna, se viola en forma arbitraria sus derechos y además, se produce un daño económico de grandes dimensiones.

económicos de los concesionarios mineros; la razón es que en muchas de las ocasiones dicha declaratoria no obedece únicamente a los eventos de los artículos anteriores a este artículo 36, sino que además obedece a una situación unilateral (como lo es la declaratoria de las zonas de páramo¹⁶) que no puede ser previsible ni mucho menos se encuentra en la esfera de los aleas normales dentro de la actividad económica.

Ahora veamos lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 685 de 2001:

Normatividad del contrato. Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prorrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales. (Subrayado fuera del texto).

Al tenor literal de la expresión subrayada podemos señalar que al contrato de concesión minera se le aplicó por mandato legal un principio de favorabilidad, que en la luz de la Constitución Política de 1991 tiene mucho sentido y, además, se complementa en virtud del principio de progresividad¹⁷ según el cual: el artículo 4 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDES).

(...) Este principio se construyó a partir del alcance de las obligaciones de los estados parte del Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y, de la misma manera, se consideró

16. Muy a pesar de las concertaciones que por mandato legal y jurisprudencial deben realizarse tanto con las poblaciones que se vean afectadas por dicha delimitación, como con los sectores económicos o industriales que vean en riesgo sus derechos.

17. Principio ampliamente abarcado en el artículo 4° del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Señala: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática."

aplicable en el ámbito interno a los “derechos sociales”, bajo la doctrina tradicional de las “generaciones” de derechos. Sin embargo, como se desprende de lo expuesto hasta el momento, todos los derechos tienen contenidos de carácter positivo y negativo, razón por la cual el principio sería aplicable también a las facetas positivas de los derechos tradicionalmente considerados civiles y políticos, cuya aplicación inmediata suele considerarse fuera de discusión.

(...) El último aspecto, denominado prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada (Corte Constitucional, 2015). (Subrayado fuera del texto).

Prima facie podríamos pensar que el criterio de la Corte Constitucional en materia de derechos económicos aplica en forma perenne la estructura del principio de progresividad, más no es así. Dicho principio encuentra sus límites interpretativos cuando en virtud de la violación al principio de no regresividad se pretende salvaguardar derechos de primer categoría, o los que mediante un test de ponderación¹⁸ prevalezcan sobre los derechos económicos. La Corte ha señalado:

(...) Sin embargo, esta Corporación ha considerado, en armonía con la doctrina autorizada del DIDH, que no toda regresión es arbitraria, pues la adecuada utilización de los recursos públicos y las necesidades más apremiantes que en cada momento enfrenta el Estado en materia social, pueden llevar a considerar como constitucionalmente válida o legítima la modificación de políticas públicas y normas jurídicas que impliquen un retroceso en la eficacia de un derecho, si esas medidas

18. Ponderación que a criterio del autor sigue conservando un criterio subjetivo del juzgador. Criterio que depende de las construcciones morales de la época, y que de por sí, volatiliza el precedente judicial pues con base en nuevos elementos sociales modifica las decisiones.

comportan a la vez una ampliación (de mayor importancia) del ámbito de protección de otro u otros derechos.

(...)

Por esta razón, la prohibición de regresividad no es absoluta. La validez de normas, medidas o políticas regresivas en materia de derechos constitucionales está sometida a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, bajo parámetros ya decantados por la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, 2015). (Subrayado fuera del texto).

A partir de las expresiones subrayadas cabe preguntarnos ¿Acaso dicha flexibilidad en la prohibición de regresividad aplica para las prestaciones de un contrato de concesión minera que se celebró a la luz de una normatividad y contexto legal que no contempló que de forma unilateral el Estado pudiera excluir el desarrollo de una actividad económica?, es más, ¿Qué tan arbitrario resulta que con base en declaraciones posteriores (Como lo es la declaratoria de páramo) se cercenen los derechos de un empresario minero, al suspenderle en forma súbita la ejecución de su contrato y además de ello, no reconocerle prestación alguna por los trabajos y obras realizados en dicho proyecto?

Es evidente que dicho precepto viola en forma flagrante los derechos económicos del inversionista, o por lo menos pone en tela de juicio el concepto de seguridad jurídica en lo atinente a la inversión. Lo anterior porque si bien es cierto, el concesionario minero debe respetar la nueva zona declarada como páramo¹⁹, también lo es, que tiene derecho a percibir una indemnización por la finalización arbitraria en la ejecución de su contrato por culpa de la decisión unilateral de la administración pública.

Ahora bien, para continuar con el principio de favorabilidad -que podemos ver es aplicable al contrato de concesión minera-, debemos resaltar uno de los apartes del artículo 46 de la Ley 685 de 2001 el cual señala que “Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus

19. Declaración que pretende la salvaguarda del interés colectivo al medio ambiente.

prerrogativas”. Así, queda en evidencia la clara voluntad del legislador de salvaguardar las prerrogativas que con el contrato de concesión se obtuvieron, es decir, las económicas; tanto es así que la misma ley señala que sólo para efectos de las contraprestaciones en favor del Estado²⁰ no le será aplicable dicha regla.

De lo dicho hasta ahora podemos decir que el legislador previó un régimen legal garantista y respetuoso de la inversión. A raíz de esta tesis se concesionaron varios polígonos en el país, sobre los cuales se comenzó a realizar las obras de exploración y luego, los de explotación. En muchos de esos polígonos únicamente se tuvo en cuenta las prohibiciones que por mandato de la ley -para aquella época- le eran aplicables, más ahora, bajo una nueva óptica en la política medio ambiental, se han llegado a crear afectaciones en áreas que en el pasado no se habría pensado fueran posibles²¹.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, decantado el contenido legal y de principios que rodean la temática principal del artículo, se comenzará a señalar los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en cuanto a la aplicación de los principios vistos.

20. *Regalías e impuestos.*

21. *Sobre dicha problemática se puede decir además que afecta todo tipo de actividad económica que se desarrolle en las zonas declaradas como páramos. Al respecto vale citar un aparte de la revista SEMANA en donde se señala:*

Para Ivonne González, vocera de Asomusanturbán, la aprobación de la ley no los deja conformes, pues cree que las soluciones planteadas para los pequeños mineros y agrícolas de las regiones no son claras y no salvaguardan la tradición de los pueblos. “Pareciera que estuvieran haciendo leyes contra la industria y no les importa llevarse a personas como nosotros que tenemos más de 400 años trabajando en el territorio”, dijo y agregó que “quedamos desconcertados con lo que pueda pasar con nosotros, ahora debemos estar pendientes de cómo vaya a reglamentar el gobierno entrante esta ley”. (SEMANA, 2018).

Así queda otro de los muchos resultados decantado, la afectación a los empleos de muchas personas es evidente y además de ello, casi toda la afectación que se sufre es en materia económica, ya que no sólo se les prohíbe el desarrollo de una actividad a la que estaban habituados, sino que además, -como reto del Gobierno nacional- se les debe hacer una transición a otras fuentes de ingreso que supla sus mínimos. Ahora, cabe preguntarse ¿será que dicha nueva actividad económica, en forma real y efectiva, podrá suplir las necesidades de la población sin desmejorar su calidad de vida?, es decir, ¿percibirán los mismos ingresos con la nueva actividad que con la anterior que fue prohibida? Mucho queda aún por articular.

Inicialmente, y en virtud de dar un orden cronológico adecuado a lo que hasta ahora constituye el derrotero jurisprudencial para la materia, debemos mencionar la sentencia de la Corte Constitucional, 2014, en la cual se desarrolla por primera vez una controversia entre la reglamentación del uso del suelo por parte de los entes territoriales en ejercicio de la autonomía territorial, y la libre disposición con la que cuenta el Gobierno central para administrar de las riquezas del subsuelo, en ejercicio del principio de Estado Unitario. A pesar que sobre dicho caso se intentó demostrar una presunta *cosa juzgada*²², dicha excepción no prosperó, luego entonces es del caso observar lo que de contenido tiene dicha sentencia.

La aventurada conclusión de la Sala fue que entre los organismos del orden central y los descentralizados (v.g. Gobernaciones, Municipios) debe existir una armonía en el ejercicio de sus actividades administrativas. Así es que, los principios de Concurrencia, Coordinación y Subsidiariedad constitucionales deben tener plena aplicación en el ejercicio administrativo de los entes de cualquier orden, más aún cuando de conceder derechos sobre el subsuelo se trata; pues con dicha concesión de derechos se puede impactar la calidad de vida de la población.

Dicha sentencia de constitucionalidad evalúa en forma juiciosa los principios que entran aparentemente en contradicción. En primer lugar desarrolla el papel que juega el ordenamiento del territorio²³ en la salvaguarda y promoción del medio ambiente. Así, señala:

22. *En las intervenciones realizadas durante el proceso, debemos destacar las del Ministerio de Minas y Energía (MME), la Agencia Nacional de Minería (ANM), y la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI); pues en ellas se alegó la existencia de cosa juzgada; excepción que para el caso no prosperó. Si bien es cierto, citaron como precedente sobre la materia a la Sentencia C-395 de 2012, también lo es que: “En primer lugar debe aclararse que, aunque el artículo acusado es el mismo en uno y otro caso, al momento de tomar la decisión plasmada en la Sentencia C-395 de 2012 se encontraba vigente la ley 1382 de 2010, cuerpo normativo que, si bien no modificó el artículo 37 del Código de Minas, subrogó disposiciones determinantes para la interpretación del mismo, como son el artículo 34 y 38 del mismo cuerpo normativo. Esto conlleva a que el sentido normativo derivado del artículo 37 en vigencia de la ley 1382 de 2010 se viera afectado por el contenido normativo de preceptos que, al momento en que se toma esta decisión, ya no se encuentran vigentes” (Subrayado fuera del texto). (Corte Constitucional, 2014).*

23. *Ordenamiento que desarrollan los entes territoriales mediante los Planes de Ordenamiento Territorial (POT).*

La simple existencia de una regulación nacional que establezca límites a la facultad de reglamentar los usos del suelo por parte de los municipios no implica per se vulneración del principio de autonomía territorial. Por el contrario, esta parece ser la opción contenida en la Constitución, que i) en su artículo 288 prevé que la gestión de sus intereses por parte de, entre otros, los municipios debe hacerse dentro de los límites de la Constitución y la ley; ii) que determina que, más que regular, los consejos municipales reglamentarán los usos del suelo, reglamentación que, como es obvio, debe hacerse en acuerdo con la regulación legal existente – artículos 311 y 313 numeral 7-; iii) que prevé que la distribución de competencias se hará en los términos en que se establezca la ley – artículo 288; iv) que asigna la propiedad del subsuelo al Estado – artículo 332-; v) que asigna la propiedad de los recursos naturales al Estado – artículo 332-; vi) que determina que la intervención del Estado en la economía debe seguir los parámetros establecidos en la ley – artículo 334-; y vii) que dicha intervención debe tener como objetivo el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio. De manera que el propio constituyente determinó que la ley fuera la norma a partir de la cual i) se desarrollara el contenido del principio de autonomía que ahora se considera vulnerado; y la norma a partir de la cual ii) se diera el desarrollo de los parámetros de intervención del Estado en materia de exploración y explotación minera, regulación que busca un objetivo legítimo, como es el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio. En este sentido, resulta acorde con la organización unitaria del Estado que exista unificación en los criterios, procesos y parámetros que permiten obtener la autorización por parte de la administración para desarrollar actividades de exploración y explotación minera –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado-. Adicionalmente, es acorde con el principio de organización unitaria del Estado que los lugares en que dichas actividades pueden realizarse y, en consecuencia, los criterios para la exclusión de un determinado territorio de la actividad minera sean determinados por una misma entidad, siguiendo idénticos criterios para todo el territorio del Estado. (Corte Constitucional, 2014). (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así, comienza la Corte a aventurarse por las sendas conflictivas que representa la capacidad de reglamentación el uso del suelo en cabeza de los municipios²⁴ junto con las potestades que tiene el gobierno central para administrar lo que es suyo, es decir, el subsuelo²⁵.

Sobre este problema la Corte Constitucional continuó con la ardua labor de intentar resolver el conflicto. La postura de los últimos fallos tuvo una posición claramente proteccionista de la autonomía de los entes territoriales. Dentro de los fallos con una parte considerativa bastante polémica podemos encontrar –continuando con el orden cronológico-, la sentencia con radicado T-445 de 2016, Sentencia que a pesar de ser de tutela²⁶ deja un precedente importante.

La tesis de dicha sentencia sostiene que con base en la autonomía que tienen los entes territoriales para desarrollar su vida en sociedad y propender por el bienestar de la comunidad, puede organizar su territorio de tal forma que es posible excluir el desarrollo de la actividad minera de sus territorios²⁷. Muchos puntos positivos se

24. *En ejercicio de su autonomía territorial.*

25. *De conformidad con el artículo 332 de la Constitución de 1.991. No perdamos de vista que dicha tesis ha tenido un desarrollo histórico en el que el subsuelo pasó por ser, en primera medida, propiedad de particulares, y luego, durante el mando de Simón Bolívar, dicha propiedad se nacionalizó, a partir de ello comenzó una disputa –que hasta el día de hoy tiene sus rezagos- entre los “estados soberanos” de 1958 y la “Nación”. A criterio del autor, dicho conflicto encontró su “pseudo – solución” en el artículo 1 de la Constitución Política de 1.991, pues en éste se incorporó al mismo rango, tanto la cláusula de estado unitario como la de autonomía de los entes territoriales. Al ser de éste modo, vemos que dichas cláusulas en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional han chocado, a pesar de que se conmine a una coordinación entre el orden central y los entes territoriales.*

26. *Éste tipo de Sentencias tiene efectos inter partes.*

27. *Postura absolutamente discutible en el entendido de que esta riñe con postulados como lo es la libertad de empresa y las potestades de un estado unitario. Al respecto, el artículo 333 de la Constitución señala: “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. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Subrayado fuera del texto). Por lo anterior, no es comprensible cómo, de tajo, los entes territoriales sin realizar concertación alguna con el sector industrial, pueden llegar a prohibir el desarrollo de una*

ven en la sentencia en cita, pero así mismo, es claro que se originan muchos problemas por la posibilidad de exclusión de la que habla.

Dentro de los puntos positivos que desarrolla la sentencia, podemos encontrar los reseñados anteriormente en la Sentencia C-123 de 2014, es decir, los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad. Dicha sentencia los define de la siguiente forma:

El principio de concurrencia parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. La Sentencia C-123 de 2014 sobre el particular, precisó: «De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad». (Corte Constitucional, 2014) (Subrayado fuera del texto).

Así, podemos señalar que la concurrencia es la facultad (y deber) que tienen los diferentes órganos del estado para participar en la toma de decisiones que involucren sus competencias. Ahora bien, debemos preguntarnos si con el ejercicio unilateral que implica la acción popular²⁸, se está o no garantizando dicha concurrencia, más aún cuando en uso de este medio constitucional lo que se pretende, es prohibir de plano el desarrollo de una actividad que se encuentra en cabeza de un órgano del estado; para el caso en concreto es el desarrollo de la actividad minera cuya competencia, administración y control, recae en cabeza de la Agencia Nacional de Minería.

actividad extractiva en su territorio, dada cuenta de que es un mandato imperativo de la Constitución el que el Estado debe impedir que se obstruya la libertad económica, y además, evitar restricciones al ejercicio de la actividad económica.

28. Unilateral en el entendido en que la ejerce la población civil sin consideración alguna, o acuerdo previo, con los diferentes órganos del estado que ven afectada la esfera de sus competencias por su iniciativa popular.

Decantado lo anterior continuamos con el desarrollo que dio la sentencia al principio de coordinación:

El principio de coordinación, a su vez, tiene como presupuesto la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas. En igual medida el Auto 383 de 2010 respecto de este principio afirmó que: «exige la ordenación sistemática, coherente, eficiente y armónica de las actuaciones de los órganos estatales en todos los niveles territoriales para el logro de los fines del Estado» (Corte Constitucional, 2014) (Subrayado fuera del texto).

Entiéndase que el principio de coordinación es un elemento axiológico fundamental en los sistemas de competencias transversales, pues con base en él es que se logra armonizar los diferentes intereses que naturalmente se contraponen en todas las dinámicas sociales y estatales. Respecto de la dinámica estado-individuo debe tenerse en cuenta que “la acción pública se convierte en el producto de interacciones entre protagonistas múltiples, públicos y privados, cuyas estrategias e intereses se pretende conciliar; el contrato es el medio de formalizar esta cooperación” Chevalier, (2011) así, lo que tendría que lograrse a la luz de este principio es una armonía en el ejercicio de las competencias, sustentado en la cooperación y la conciliación entre los diferentes intereses (tanto públicos como privados) que se involucran, acuerdo que además, debe quedar revestido con los elementos de un contrato.

Con base en lo anterior, a criterio del autor, no es de recibo plantear la prohibición de una actividad extractiva como solución; debe procurarse un acuerdo de voluntades, una verdadera concertación, previa conciliación de intereses, para llegar a un verdadero contrato que beneficie a todos los actores. En este sentido, y respecto de la coordinación entre los órganos estatales continúa diciendo que (Chevalier, 2011) “las políticas públicas se caracterizan cada

vez más por una exigencia de transversalidad, su aplicación supone la intervención de un conjunto de actores públicos, cuya cooperación se formalizará en un dispositivo contractual” (p. 25), de ahí, que además de tener que realizar esfuerzos para conciliar intereses con la población y los activistas sociales, los órganos estatales deberán acordar y cooperar en el desarrollo de sus competencias en forma recíproca, y luchar porque en ningún momento lleguen a cercenar u opacar las competencias del otro. Con la aplicación de ésta fórmula se puede llegar a una gestión institucional eficaz²⁹.

Finalmente, la sentencia abarca el principio de subsidiariedad de la siguiente forma:

El principio de subsidiariedad, finalmente, corresponde a un criterio, tanto para la distribución y como para el ejercicio de las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención del Estado, y la correspondiente atribución de competencias, debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo cual es expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades. (Corte Constitucional, 2014) (Subrayado fuera del texto).

Es evidente que, en el desarrollo del principio de subsidiariedad, la Corte Constitucional da una prevalencia a los órganos descentralizados bajo la hipótesis de que son ellos quienes conocen las necesidades de la población. El estudio armónico que desarrolla la Corte sobre los principios de la Constitución Política de Colombia 1991 le lleva a concluir de esa forma.

Ahora bien, no podemos olvidar que dentro del ejercicio de las competencias todos los órganos

29. “ahora bien: este mecanismo de legitimación entró en crisis: la simple invocación del interés general no es ya por sí sola suficiente; es necesario que la gestión pública aporte la prueba de su eficacia” Chevallier, 2011: 25.

del Estado, tanto los centralizados como los descentralizados, están llamados a velar por el interés general en su actuar; interés que no solo compete a las regiones o municipios, sino que debe tomarse desde el conjunto de la nación también. Por ello, el principio de Estado unitario toma una dimensión preponderante en la medida de que este asegura la estabilidad del sistema nacional.

Las discrepancias que puedan generarse por el ejercicio de las competencias de los órganos de los distintos órdenes, no necesariamente deben conllevar al cercenamiento o eliminación de competencias de los demás órganos. En este sentido señala Chevallier.

La contractualización de las relaciones Estado y las colectividades territoriales fue así el subproducto de una descentralización que tuvo como efecto no solo el dotar a estas colectividades de una autonomía de acción más extensa, sino también el transferirles amplias atribuciones, dándoles la posibilidad de construir verdaderas “políticas”: el recurso a métodos de tipo contractual pasa a ser indispensable para armonizar las acciones conducidas en distintos niveles territoriales. Del mismo modo, el contrato permite contrarrestar los efectos de la especialización funcional, al facilitar el desarrollo de acciones conjuntas. La contractualización aparece como el medio de preservar la cohesión de la acción pública, corrigiendo los efectos del poli centrismo, de la “territorialización” y de la segmentación que afectan a las estructuras estatales; su promoción revela que la concepción monolítica y piramidal del pasado dio paso a una organización más compleja, fundada en el pluralismo y la diversidad, que conlleva el uso de dispositivos más flexibles de coordinación y de armonización (Chevallier, 2011: 35) (Subrayado fuera del texto).

Sobre esta línea de pensamiento se debe decir que, al encontrarnos en un sistema complejo, de competencias varias y distintos intereses, se debe procurar por la armonización de las funciones. Las finalidades del estado siguen siendo las mismas, a pesar de que ahora exista autonomía en los entes territoriales. Sería nefasto para la consecución del bienestar general la idea de entregar prevalencia absoluta y facultades de prohibición a grupos particulares; no se debe perder de vista que estamos en un sistema estatal, y que cualquier mínimo

desequilibrio del mismo termina por afectar a la colectividad en general, no solamente por regiones.

3. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

Entiéndase pues, que armonizar los principios de Estado Unitario y el de Autonomía Territorial es una tarea compleja, máxime cuando de dicha relación depende la seguridad jurídica de un sector³⁰. Por ello, la aplicación de los principios de Concurrencia, Coordinación y de Subsidiariedad resulta de imperiosa urgencia. Pero además de lo anterior, debemos ser conscientes de que para dicha aplicación se requiere de un enorme esfuerzo por parte del Gobierno Nacional y de la Rama Legislativa. Profundizando un poco más en el asunto resulta acertado decir que dicha coordinación debe involucrar a las tres Ramas del Poder Público, pues de sus determinaciones depende tanto el rumbo de la industria nacional, como el de las comunidades y el medio ambiente en general.

Decantado lo anterior es claro que el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a la industria extractiva es preocupante, máxime cuando hemos visto que la solución no es prohibir sino concertar. Acertado es decir que la nueva tesis jurisprudencial de la Corte Constitucional es uno de los fenómenos que ha generado más inseguridad jurídica en la actualidad; ha menguado la confianza inversionista, y por tanto, deja en una zona gris tanto la voluntad de invertir en la industria extractiva del país³¹, como el destino de la industria existente.

30. Pero no debe entenderse únicamente la inseguridad jurídica como un fenómeno producto de la coalición de éstos principios. Además de ello, también juega un papel fundamental el hecho de que en Colombia existe una normatividad dispersa y abundante, lo que comúnmente se conoce como hiperinflación legislativa. Para dar más claridad debemos señalar un fenómeno muy interesante que ocurrió con la Ley 1382 de 2010, la cual fue declarada inexecutable con efectos diferidos por 2 años, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-366 de 2011; al no realizarse las correcciones que solicitaba el fallo (realizar la consulta previa), salió del ordenamiento jurídico dicha ley. Prima facie dicho acontecimiento no representa problema alguno, más no es así, un gran problema se origina pues el contenido de dicha norma, luego se empezó a incorporar en forma paulatina dentro de los Planes Nacionales de Desarrollo, un ejemplo es la Ley 1753 de 2015. Así, la normatividad para el sector minero se encuentra dispersa. Finalmente, a modo de crítica, tenemos también el Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015, que como todos los Decretos Únicos Reglamentarios son complejos de leer y en muchas ocasiones generan confusión. Recuérdese que la normatividad tendría que ser más concisa y clara.

31. Afectando en forma latente el desarrollo industrial, o al menos, la locomotora extractiva. Con todas las contingencias que ello representa v.g. Las regalías, la generación de empleo, el suministro de materias primas para obras públicas etc.

Así pues, los principios de Coordinación, Concurrencia y Subsidiariedad que trae la Constitución Política de Colombia 1991³² tendrían que aplicarse bajo una óptica del acuerdo contractual. Esta solución se debe aplicar tanto para la relación Estado- Estado, como Estado- particulares; no de otra forma es posible reconciliar las diferencias e intereses existentes. Dicho acuerdo contractual materializa el consenso y la voluntad de los agentes intervinientes³³, y además logra la conciliación de los diferentes intereses que se encuentran en juego.

Dicho acuerdo contractual tendrá que llevarse a cabo, mediante una audiencia pública, previa al otorgamiento del título minero. Lo que debe realizarse es un conceso, un verdadero acto contractual; cuyo contenido sea de obligatorio cumplimiento para quienes lo suscriben, so pena de realizar pagos a título de sanción e indemnización por los perjuicios que se ocasionen a la parte cumplida.

La aplicación de dicha figura consagra en su máxima expresión los principios anteriormente mencionados, y constituye una herramienta de protección a los intereses tanto de la población civil, como del Estado y de la industria. Por ello, en el corto plazo, de implementarse ésta herramienta, se logrará reforzar la seguridad jurídica en el país³⁴, mediante acuerdos claros, obligatorios, multilaterales y sinalagmáticos; que propendan por la consecución real del interés general.

No obstante lo anterior, es menester resaltar que dicho acuerdo contractual no exime de sus responsabilidades y papel protagónico ni al Consejo Asesor de Política Minera (CAPM), ni a la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), pues del correcto ejercicio de sus competencias también depende la seguridad jurídica del sector.

32. Constitución Política de Colombia de 1.991. Artículo 288.

33. Entiéndase éstos como: Nación, Entidades Territoriales y Colectividades Sociales.

34. Recuérdese además que por los daños o perjuicios producidos por una indebida gestión de la industria también se originan litigios internacionales. Tales son los contenidos en acuerdos de inversión que en muchos de los casos están respaldados por tratados de libre comercio. Un ejemplo claro es el "caso Marmato". De no cumplirse con las sanciones pecuniarias que llegaren a imponerse al país, se podría generar una crisis de cooperación comercial entre los países involucrados; de ahí que al tomarse una determinación que afecte a la industria, para este caso la extractiva, debe observarse con mucho juicio las posibles externalidades que se pudieren producir para el país. En últimas, dichas sanciones serán pagadas por todo el pueblo colombiano.

La doctrina hace una fuerte crítica respecto del eficiente cumplimiento de las funciones a cargo del CAPM, y lo hace en este sentido:

El Consejo Asesor de Política y Normatividad Minera está adscrito al Despacho del Ministro de Minas y Energía, y tiene las siguientes funciones específicas: recomendar la adopción de medidas, la política y los mecanismos de coordinación; rendir conceptos de los proyectos que le competen; y proponer lineamientos, ajustes y prioridades de acción (Guiza, 2016: 15) (Subrayado fuera del texto)

El autor concluye que “el Consejo se enfoca en emitir recomendaciones y sugerencias sobre las medidas que se deberían aplicar por parte del sector minero, más que en establecer propuestas concretas sobre los temas en específico en los que debería hacerlo (Guiza, 2016: 15.). (Subrayado fuera del texto),

Así, vemos que la aplicación del principio de coordinación no es exclusivamente un reto del Poder Judicial, por el contrario, dentro del ejercicio de sus competencias, debe el CAPM realizar propuestas tendientes a crear mecanismos de coordinación. El único problema, es que aparentemente no lo ha hecho. Para lo anterior tendrían que verse las Actas producto de sus reuniones, es decir, el Actas No. 17 de marzo del 2013 y el Acta No. 18 de mayo de 2014; en ellas se evidencia que dichas reuniones únicamente se realizaron una vez por año, y que además, tuvieron una duración de 2 horas y media, tiempo por demás insuficiente para proponer soluciones adecuadas para viabilizar mecanismos de coordinación. En esta línea, de conformidad con el Decreto 255 de 2004³⁵ le asiste la competencia a la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME). Se reestructura esta entidad y la planeación estatal para el desarrollo minero queda a su cargo. Por lo tanto, su función se concreta en planear en forma integral, indicativa y permanente el desarrollo y aprovechamiento de los recursos mineros del país, como se señala en el artículo 5 del decreto en mención, así como en el artículo 5° del Decreto 4130 de 2011, por medio del cual se reasignaron funciones del sector minero-energético (Guiza et al. 2016).

35. “Por el cual se modifica la estructura de la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME, y se dictan otras disposiciones”.

Con base en lo anterior es acertado señalar que también en cabeza de la UPME se encuentra la planificación integral para el sector minero-energético, y que por ello, en su agenda para el año 2018 debe incorporarse además, la creación de políticas tendientes a materializar en forma efectiva la coordinación entre los órganos interinstitucionales y además, la de concertación entre el sector extractivo y las comunidades dada la relevancia que dicho acontecimiento representa en nuestro actual momento.

Luego de lo anterior, debe realizarse una práctica sana, no solamente frente a la publicidad de los proyectos mineros que se vayan a realizar en determinado territorio, sino además, frente a los mecanismos de participación de los que pueden hacer uso. La participación de todos los actores interesados es fundamental. De manera específica, el rol que le compete a la comunidad debe velar porque el proyecto se realice dentro del marco del cumplimiento de las normas legales y que este genere los menores impactos negativos posibles. Participación proactiva que apoyará el desarrollo de proyectos mineros de interés local, regional o nacional. Por lo anterior, es fundamental que el Gobierno Nacional, regional y local preste toda su colaboración para que haya claridad, entre todos los actores, de los alcances de la participación comunitaria y que facilite los mecanismos que permitan una interlocución fluida entre los inversionistas o dueños del proyecto y la comunidad. (Ministerio de Minas y Energías, 2006, citado por Guiza, et al. 2016: 128).

Finalmente, la evolución de la jurisprudencia constitucional, en buena hora, nos ha llevado a un panorama absolutamente nuevo. En comunicado No. 40 del expediente con radicado No. T-629895 en la Sentencia SU-095 del 11 de octubre de 2018³⁶, la Corte Constitucional modificó la posición existente frente al poder que tienen las consultas populares para prohibir el desarrollo de la actividad extractiva en los municipios.

En dicho comunicado se informó la prohibición de realizar cualquier tipo de veto a la industria extractiva ya que dicho acto choca en

36. Colombia. Corte Constitucional. Comunicado No. 40. Expediente con radicado No. T-629895 en la Sentencia SU-095 del 11 de octubre de 2018. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2040%20comunicado%2011%20de%20octubre%20de%202018.pdf> (29/10/2018; 23:38 Hrs.)

forma directa con las competencias propias del orden central. Y por lo mismo exhorta al Congreso de Colombia a establecer uno o varios métodos que logren de forma efectiva materializar los postulados de coordinación y concurrencia entre las competencias de los órganos del orden central y descentralizado. Dichos mecanismos deben incorporar además las siguientes reglas: (...) i) Participación ciudadana y pluralidad; ii) Coordinación y concurrencia nación territorio; iii) Inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables; iv) Diferencialidad / Gradualidad; v) Enfoque Territorial.; vi) Legitimidad y Representatividad; vii) Información previa, permanente, transparente, clara y suficiente; viii) Desarrollo sostenible; ix) Diálogo, comunicación y confianza; x) Respeto, protección y garantía de los derechos humanos; xi) Buena Fe; xii) Coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial y, xiii) Sostenibilidad fiscal.

Llama la atención dentro de las reglas, la incorporación del numeral iii), pues con el ya

da a entender que bajo ningún aspecto le será permitido a los municipios o departamentos vetar el desarrollo de la actividad extractiva, así se utilicen mecanismos de participación ciudadana, pues dicha actuación se habrá de entender como inconstitucional.

Es muy acertada dicha premisa ya que bajo ningún aspecto se debe desconocer que el producto de las regalías por concepto de la actividad extractiva, termina siendo un elemento esencial para el desarrollo de los proyectos de utilidad pública de la nación en general.

Ahora bien, con dicho pronunciamiento el panorama para la seguridad jurídica y la inversión en el sector es más claro, y propugna por un avance sostenible y armónico del ejercicio de las competencias de los distintos órdenes. Habrá que ver qué sucede con la tarea encomendada al Congreso de la República, y además, que impactos tendrá esta decisión en los distintos órdenes territoriales en el país. El gran reto apenas comienza.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional No. 116, Bogotá, Colombia, 20 de julio de 1991.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-123 del 5 de marzo de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-493 del 5 de agosto 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-445 del 19 de agosto 2016. M.P. Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional. (2018). Comunicado No. 40. Expediente con radicado No. T-629895 en la Sentencia SU-095 del 11 de octubre de 2018.
- Chevallier, J. (2011). *El estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2013). *Democracia y garantismo*. (2nd ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Guiza, L. et al. (2016). *Actualidad y desafíos del derecho minero colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Ley 99 de 1.993. Diario Oficial No. 41.146, Bogotá, Colombia, 22 de diciembre de 1993.
- Ley 685 de 2001. Diario Oficial No. 44.545, Bogotá, Colombia, 15 de agosto de 2001.
- Ley 1382 de 2010. Diario Oficial No. 47.618, Bogotá, Colombia, 9 de febrero de 2010.
- Ley 1753 de 2015. Diario Oficial No. 49.538, Bogotá, Colombia, 9 de junio de 2015.
- Pérez, A. (1991). Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 203-217.
- Pérez, A. (1999). *Derechos humanos Estado de Derecho y Constitución*. (10ma ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- SEMANA. (2018). Colombia da vía libre a la protección de sus páramos, ¿cómo llevarla del papel a la realidad?. 28 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.semana.com/Item/ArticleAsync/573367?nextId=573408>

EPISTEMOLOGÍAS DEL FUEGO, UNA PROPUESTA A PARTIR DEL PENSAMIENTO ANCESTRAL*

EPITEMOLOGIES OF FIRE, AN APPROACH FROM ANCESTRAL THOUGHTS

EPISTEMOLOGIAS DO FOGO, UMA PROPOSTA BASEADA NO PENSAMENTO ANCESTRAL

Federico Sánchez Riaño^a
cotidianocreativo@yahoo.es
Aura Isabel Mora^b
auraisabelm1@gmail.com

Fecha de recepción: marzo 15 de 2019
Fecha de revisión: marzo 29 de 2019
Fecha de aceptación: abril 23 de 2019

RESUMEN

En este artículo se da cuenta de la investigación realizada sobre la producción de conocimiento ancestral a partir de los rituales de varios pueblos originarios de América (Abya Yala), en lo que se ha denominado por los autores “Epistemología del fuego”. En ella se enuncian las maneras propias de producción, búsqueda y transmisión de conocimiento que, desde lo ancestral, han sido usadas por los pueblos indígenas para la construcción de comunidad, privilegiando la forma en la que cada ser se piensa a sí mismo dentro de una cosmovisión y una inteligencia cósmica¹ que permite bases para afrontar la idea de la separación interna y externa, a la que se ha visto abocado el ser humano desde la construcción occidental del mundo.

1. *La inteligencia cósmica es una categoría de investigador Atawallpa Oviedo Freire investigador del Buen Vivir / Vivir Bien quien desarrolla la cosmología de los pueblos andinos. | Cosmic intelligence is a category of the researcher Atawallpa Oviedo Freire whom investigated Well Being and who develops a world view of Andean peoples*

* Artículo de investigación en el marco de la maestría de Comunicación Educación en la Cultura de la Corporación Universitaria Minuto de Dios.

a. *Magister en Comunicación Educación en la Cultura y Especialista en Comunicación Educativa de la Universidad Minuto de Dios, Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Periodista de la Fundación Universitaria INPAHU, investigador, editor y escritor independiente.*

b. *Comunicadora Social, Especialista en Comunicación - Educación, Magister en Investigación en problemas sociales Contemporáneos y Doctoranda en Comunicación Universidad de la Plata. Investigadora - docente de la maestría en Paz, desarrollo y Ciudadanía*

Para citar este artículo:
Sánchez, F., y Mora, A. (2019).
Epistemologías del fuego, una propuesta a partir del pensamiento ancestral.
Revista Misión Jurídica, 12, (16), 281 - 308.

Continuando con la idea tejida por otros autores de un pluriverso (un mundo donde quepan muchos mundos), estas epistemologías basadas en el reconocimiento de la diversidad aportan también a la construcción de una polifonía académica que pueda retomar estas ciencias nativas para integrar sus conocimientos y la forma de producirlos para ampliar las perspectivas en las Ciencias Sociales.

Se desarrolló un trabajo de inmersión usando metodologías de aprendizaje y descripción propias de los pueblos con los que se realizó el trabajo. Esto permitió realizar un ejercicio de escucha atenta de la palabra hablada de los mayores (abuelos sabedores) y la participación en sus rituales, que aquí se entienden como unas pedagogías ancestrales.

PALABRAS CLAVE

Ley de origen, epistemología, fuego, Buen Vivir, pedagogía ancestral, sentipensar, pueblos indígenas

ABSTRACT

This article reveals an investigation carried out on the production of ancestral thoughts from the rituals of many native populations of America (Abya Yala) in what has been called by the authors "Epistemologies of fire". Here their own ways of production, search and transmission of knowledge are set which, from the ancestral, have been used by indigenous communities for the construction of a community, privileging the way in which each being thinks of itself inside a world view and a cosmic intelligence that allows for bases to be laid to confront the idea of internal and external separation, that has been pursued by human beings since the western construction of the world.

Continuing with the idea elaborated by other authors of a pluriverse (a world where many worlds can fit), these epistemologies based in the recognition of diversity contribute as well to the construction of an academic polyphony that can recapture these native sciences to integrate their knowledge and the way of producing them to expand the perspectives in Social Sciences.

Continuing with the idea woven by other authors of a pluriverse (a world where many worlds fit), these epistemologies based on the

recognition of diversity also contribute to the construction of an academic polyphony that can take up these native sciences to integrate their knowledge and way to produce them to broaden the perspectives in the Social Sciences.

An immersion work was developed using learning and description methodologies specific to the villages with which the work was carried out. This allowed us to carry out an exercise in careful listening to the spoken word of the elderly (knowledgeable grandparents) and participation in their rituals, which are understood here as an ancestral pedagogies.

KEYWORDS

Law of origin, Laws of indigenous peoples, fire, well being, ancestral pedagogy, feel-thought, indigenous communities.

RESUMO

Este artigo relata a pesquisa realizada sobre a produção de conhecimento ancestral a partir dos rituais de vários povos indígenas da América (Abya Yala), no que tem sido chamado pelos autores de "Epistemologia do Fogo". Afirma os modos de produção, busca e transmissão de conhecimentos que, do ponto de vista ancestral, têm sido utilizados pelas comunidades indígenas para a construção da comunidade, privilegiando o modo como cada ser se pensa dentro de um cosmovisão e uma inteligência cósmica que permite que as fundações encarem a ideia de separação interna e externa, que foi abordada pelo ser humano a partir da construção ocidental do mundo.

Continuando com a ideia tecida por outros autores de um pluriverso (um mundo onde muitos mundos se encaixam), essas epistemologias baseadas no reconhecimento da diversidade também contribuem para a construção de uma polifonia acadêmica que possa absorver essas ciências nativas para integrar seu conhecimento e maneira de produzi-los para ampliar as perspectivas nas Ciências Sociais.

Um trabalho de imersão foi desenvolvido utilizando metodologias de aprendizagem e descrições específicas para os povos com os quais o trabalho foi realizado. Isso permitiu realizar um exercício de escuta cuidadosa da palavra falada dos idosos (avós conhecedores) e da participação

em seus rituais, que são entendidos aqui como uma pedagogia ancestral.

PALAVRAS-CHAVE

Lei de origem, epistemologia, fogo, vida boa, pedagogia ancestral, sentir-pensar, povos indígenas

INTRODUCCIÓN

Ha sido habitual desde el paradigma de conocimiento racional – científico cartesiano de la cultura occidental mostrar la ciencia separada e independiente de la vida, de las especies no humanas, y estas, separadas de los contextos sociales culturales de lo humano. Los modelos científicos de esta cultura se presentan en un marco de pensamiento único y como verdad absoluta, donde se ha impuesto una forma y manera de producir conocimiento al amparo que le da la epistemología ligada a la razón científica, por ser la que estudia cómo se construye el conocimiento y cómo sabemos lo que pensamos que sabemos. Es decir que la epistemología es la encargada de cuestionar la manera en la se produce el conocimiento.

Para efectos de este trabajo, la epistemología del fuego es una metonimia que produce condiciones y horizontes de posibilidad de pensar otras epistemologías, en este caso, la idea de visibilizar la sabiduría de los pueblos originarios que han demostrado tener un equilibrio mayor con la naturaleza y el ambiente que las propuestas de desarrollo creadas en las últimas décadas. Este trabajo pretende abrir caminos que contribuyan a las comprensiones y preguntas de la epistemología del Sur² y procurar producir un lenguaje apropiado para la producción de una epistemología “otra³”, la epistemología del fuego.

2. La epistemología del Sur es una tendencia teórica de las Ciencias Sociales elaborada por Boaventura de Sousa Santos quien las define como un reclamo de nuevos procesos de producción, de valorización de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido, de manera sistemática, destrucción, opresión y discriminación causadas por el capitalismo, el colonialismo y todas las naturalizaciones de la desigualdad en las que se han desdoblado (de Sousa Santos, *Epistemologías del Sur*, 2011).

3. La epistemología “otra” es un término que nace en la corriente de la decolonialidad en América latina utilizada por Aníbal Quijano, para referirse a las comprensiones de la realidad anti hegemónica. Comprender el sentido de los movimientos contrahegemónicos contemporáneos en América Latina, requiere desbordar los

Pensar en una epistemología del fuego y enunciar formas de producción de sentido a través del conocimiento de nuestros pueblos nativos, es una propuesta que lleva implícito el gran desafío de trabajar en conjunto las rigurosidades y perspectivas del mundo cultural de occidente, incluyendo sus formas de validación de lo que se puede denominar “ciencia”, junto con las propias rigurosidades y perspectivas de los pueblos originarios de nuestro continente para producir y pensar lo que se ha denominado por ellos como Ciencia de Origen o Ley de Origen⁴.

La epistemología del fuego es un lugar para observar cómo se producen los conocimientos en los pueblos originarios, conocimientos poco valorados y, muchas veces, invisibilizados por la academia y por las ciencias sociales como conocimientos propiamente dichos. La propuesta es tomar estas formas de producción como válidas para pensar los problemas estratégicos de la sociedad, en campos como la educación, la política, la economía y la tecnología. Dado que la Epistemología es una “ciencia” que se ocupa de los métodos de hacer “ciencia” y de la forma de validar el “conocimiento”, se quiere proponer entonces observar la manera en que se producen los conocimientos de comunidades, sabedores, pensadores y sabios del territorio alrededor del fuego, de donde nace el nombre de “Epistemologías del Fuego”, que al ser producidos

marcos teóricos de raíz occidental, así como las posturas epistemológicas que les dieron lugar. Sin ello, no es posible recuperar el sentido de acción de la diversidad del mundo o la pluralidad de prácticas reales y de relaciones sociales, a través de las cuales se ha ido construyendo aquella organización social que se origina en el contexto de la historia de un subcontinente con pasado colonial, es decir, en naciones ancestrales de origen no occidental, entre las que la definición de lo común y lo colectivo necesita de otras perspectivas de análisis que permitan reconocer en ellas, no la pervivencia de socialidades atrasadas, sino la resistencia de fuentes de construcción de lo social fundamentadas en otra forma de entender la realidad toda o donde priva aún, una racionalidad diferente a la hegemónica. (López, 2015: 213).

4. Son las leyes que orientan la vida de los pueblos originarios. La Ley de Origen se entiende como el principio ordenador del actuar colectivo de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Es aquel “mandato inicial en el cual se estableció el cuidado y deber que tienen los pueblos indígenas de cuidar la tierra que habitan. Es por eso que, reestablecer el pensamiento mayor significa restituir también el orden natural inscrito en dicha ley” (Murillo, 2013: 27). Es importante anotar que la Ciencia o Ley de Origen es la que permite la creación de una cosmovisión, es decir que por medio del conocimiento de la Ciencia de Origen es que los mayores han comprendido el entrelazamiento del ser nativo con su habitad y, a partir de su estudio, han generado sus propias formas de explicar el universo, las cuales se contienen y se presentan al final en lo que se ha denominado desde Occidente, como “cosmovisión”.

de manera ritual y comunitaria alrededor del fogón, la fogata, la hoguera son verdaderos espacios de comunicación donde se comparte un sentido colectivo y compartido de la vida.

METODOLOGÍA

Esta es una investigación cualitativa, bajo el paradigma hermenéutico, entendiendo la realidad investigada como diversa, múltiple y holística, además con una naturaleza interpretativa, por cuanto se realizó un ejercicio de síntesis, traducción y reflexión de la experiencia de los coinvestigadores, así como de los conceptos y dimensiones de pensamiento que trajeron en su palabra los mayores y sabedores. Se realizaron entrevistas semiestructuradas, así como inmersión en los rituales que se describen en el cuerpo del trabajo considerando la reflexión sobre los mismos una sistematización de corte biográfico narrativo, un lugar de encuentro e intersección entre diversas áreas sociales y que permite relacionar diversos saberes, entre ellos la historia oral e historia de vida, y la antropología narrativa (Huchim & Reyes, 2013).

Con el taita Miguel Chindoy se realizó el método propio Kamëntšá del Jenëkwentan «conversar entre dos o más», comprensión Kamëntšá de la manera de transmitir los conocimientos mediante la oralidad (Mavisoy, 2014: 207), aquí más que una entrevista se concibe el escenario de aprendizaje como una visita, donde el Wuachën (visitante), comparte espacio y tiempo con el Tsenjwuachën (visitado). La diferencia fundamental es que el mayor es quien marca la pauta del desarrollo de la visita y no se llevan preguntas escritas sino se formula un tema para comenzar el diálogo.

Igualmente se realizaron sesiones de palabreo, entendido como una reunión entre iguales alrededor del fuego, donde la palabra adquiere una dimensión “sagrada” al ser pronunciada desde el corazón, por lo general con la presencia de plantas como el ambil y la hoja de coca, razón por lo cual también se le conoce como mambear, nombre que recibe el acto de mascar la hoja mientras se observa el pensamiento.

Fundamentalmente se puso en juego un diálogo de saberes, donde los coinvestigadores no solo entraron a preguntar sino también a exponer y aportar a los temas escogidos

para el abordaje del propósito central de la investigación, es decir, observar cómo se producen los conocimientos en los pueblos originarios, para lo cual se abordaron temas como la construcción de comunidad, el ritual, la educación entendida desde las costumbres y la importancia y potencia de la lengua como forma estructurada de pensamiento propio.

DE LA EPISTEMOLOGÍA Y LA VERDAD

En una concepción general, la epistemología estudia cómo se genera y se valida el conocimiento de las ciencias. Su función es analizar los preceptos que se emplean para justificar los datos científicos, considerando los factores sociales, psicológicos y hasta históricos que entran en juego. De ahí que la epistemología esté relacionada directamente con la ciencia y la importancia que ella tiene para lo que ha sido el proyecto de la modernidad, considerada dentro una “región espacio-temporal muy reducida que de manera muy arbitraria se llama mundo occidental, y a una parte temporal que es, como suele hacerse, de Grecia en adelante” (García, 2006: 116).

Jaramillo, citando a Ceberio y Watzlawick, afirma que “es una rama de la filosofía que se ocupa de todos los elementos que procuran la adquisición de conocimiento e investiga los fundamentos, límites, métodos y validez” (Jaramillo, 2003: 2). Por su parte, Valderatto, considerando a la ciencia como un sistema de comunicación que postula aquello que la sociedad va a considerar como verdadero, encuentra que un centro del debate epistémico está en encontrar qué es la verdad, entendida como la adecuación entre las teorías y los hechos en un lenguaje capaz de explicar los fenómenos de una manera clara y general (Valdettaro, 2015).

Varios temas se desprenden de esta cuestión: qué relaciones se postulan entre las teorías y los hechos; qué son las teorías; qué son los hechos (o la realidad); que está primero (si la teoría, o los hechos); Todo ello tiene que ver con las maneras de construir el conocimiento científico: si desde la teoría, o desde los hechos. Y, además, qué lugar ocupa el sujeto (el investigador) en dicho vínculo: esto es, cómo se relaciona un sujeto con hechos y teorías: ¿se relaciona de manera directa? ¿se relaciona de otros modos? ¿se encuentra involucrado o no el investigador con aquello que investiga? (Valdettaro, 2015: 23).

Por su parte, García señala que el surgimiento de métodos y metodologías que precisaran la verdad del conocimiento surgió en contraposición a los seis siglos en los que la iglesia dominó el ámbito de la ciencia. Es la llegada de Tomas de Aquino, proponiendo una “doble verdad” que pudiera admitir que, por debajo de la luna, el hombre podría admitir la existencia de “verdades relativas” a través de la experimentación, lo que abriría la puerta para la aparición de Newton, que llevaría la verdad al plano de la física y con el descubrimiento de las leyes naturales en contraposición a las normas morales o jurídicas (García, 2006). Nace entonces una forma de legitimación de la verdad que, superando la fe, admite que la mente humana pueda comprender las leyes de la naturaleza, la verdad deja de ser un atributo de la revelación divina y se convierte en un asunto meramente racional.

En 1901, Bertrand Russell es quien introduce el término epistemología, traduciéndola del alemán *wissenschaft* (ciencia) en contraposición a *erkenntnis* (conocimiento): “A partir de ese momento se hace necesario distinguir entre una teoría del conocimiento que podríamos llamar teoría del conocimiento común, y una teoría del conocimiento científico que sería la epistemología” (García, 2006: 117).

Para García (2006) el conocimiento (la posibilidad de determinar qué es verdadero) es fundamental como base del poder, además su legitimación dentro del desarrollo del mismo es una expansión del proyecto de occidente en todos sus sentidos en la construcción de un mercado semicapitalista por medio de “una producción de creencias basada en un sistema de pasiones” (Valdettaro, 2015: 16).

Precisamente para Valderatto, citando a Pierce, el conocer hace parte de un Sistema de Creencias que puede partir desde cuatro métodos, (i) tenacidad (opinión propia), (ii) la autoridad (lo que el poder de turno quiere que creamos), (iii) metafísico (creencias en armonía con las causas naturales) y (iv) el científico (que permite alcanzar la verdad por medio de la razón y la experiencia) (Valdettaro, 2015: 26).

Aquí es importante detenernos para anotar que para la epistemología existen dos contextos fundamentales desde donde se analiza el conocimiento, el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”, donde el primero

aborda las condiciones sociales de producción del conocimiento científico, mientras el segundo se centra en el tipo de criterios que dichas hipótesis deben satisfacer para ser aceptadas en el corpus científico, es decir premisas que puedan demostrar su validez a partir de la experiencia (Bárceñas, 2002: 48).

En esta investigación, por su delimitación y propósito, se realizará sobre todo un abordaje de ese contexto de descubrimiento en el marco de las comunidades y grupos que compartieron con nosotros su experiencia. Por eso resulta fundamental la comprensión de epistemología para Piaget, quien se interesa específicamente por cómo conoce el sujeto más que por lo que es el conocimiento en sí (Cortes y Gil, parafraseado por Jaramillo, 2003). Piaget también identifica con claridad la necesidad de entender los “mecanismos comunes”, como actividades cognitivas presentes, inclusive antes del nacimiento, que luego pasan a la biología y a las actividades del ser humano; actividades que “tienen continuidad con la ciencia, que hay una continuidad funcional de mecanismos en todo ese proceso” (García, 2006: 119).

Con esa claridad es necesario, sin embargo, hacer un esbozo de tres aspectos básicos donde posteriormente – en otras investigaciones – se podría realizar un análisis con respecto al objeto, la teoría, la sistematización y los métodos de producción y reproducción del conocimiento, revisados a la luz de una epistemología del fuego.

En primer lugar, si bien una episteme se centra en el conocimiento de un objeto, la palabra misma abstrae y nombra a una realidad que, en este caso, no es un algo sino un quién: abuelo, y un cómo: ritual. Por lo tanto, no se puede confundir al fuego con el fuego, no es sobre el elemento y sus propiedades donde giran las inquietudes de las ciencias ancestrales, sino desde una visión holística de ser, estar y pensar el mundo a partir del conocimiento de la naturaleza puesto al servicio de la vida, más que del hombre. Por eso el objeto y propósito de las ciencias nativas es integrar y conocer una manera de estar en equilibrio con la naturaleza, entendiendo al hombre como parte y guardián de la misma. **El fuego es el pensamiento del hombre ancestral escuchando el corazón de la vida en todo lo que existe.**

De allí se desprende una teoría sensible que pasa por postulados que tienden a transformar lo cotidiano en un espacio “sagrado”. El Buen Vivir,

entendido como un cuerpo teórico polifacético y polifónico, es expresado por cada cultura desde un punto de vista particular con generalidades compartidas por pueblos distantes entre sí pero que han seguido un mismo cauce de pensamiento y validez: aceptar que hay conocimientos que están más allá del alcance del hombre, pero que se colocan a su disposición para enseñarle “el arte de vivir” (Garreta, 2017). En esta investigación se da cuenta de dichos conceptos sin pretender generar una estructura de validez, por ahora consideramos que es necesaria su enunciación para comenzar a observar con atención el poder propio de una voz milenaria que no ha usado a la escritura para conservarse, una voz potente y propia de los territorios de Abya Yala.

En tercer lugar, en la epistemología del fuego la premisa de la sistematización del saber de la Ciencia de Origen, adquiere una dimensión escrita en el viento (tradición oral) que confía en la transferencia de los conocimientos por medio de la memoria/hilo resguardada en el fuego/abuelo, pero sembrada y cuidada en los líderes espirituales, políticos y culturales, representados en los mamos, curacas, taitas, cocineros, sembradores, caminantes del sendero. Aquí se percibe el conocimiento como la siembra de una semilla. La palabra y el saber se entregan a las nuevas generaciones para que la comprendan, la guarden, la cuiden y luego la vuelvan a entregar. Esta sistematización comprende el mito no desde una concepción devaluada y confrontada con un conocimiento real y científico, sino como una ciencia de lo cotidiano. El mito guarda un poder de comprensión de todas las esferas de la vida, la relación de pareja, el trato de los hijos, el cuidado de la tierra, el origen de las plantas y su uso, la cura de las enfermedades, en fin, todo lo que la comunidad requiere para su bienestar.

Finalmente, en sus métodos, la construcción de comunidad adquiere un sentido profundo porque es para eso que debe servir la palabra. El rito que protege al mito es un diseño de poder que resguarda al participante para que pueda tener un proceso de aprendizaje propio. La experiencia es fundamental. Si bien la palabra del mayor es la guía en la mayoría de los rituales y ceremonias que aquí se describen, es la experiencia propia la que determina la validez del conocimiento, bien el cuerpo y las visiones en Yagé, la reflexión y percepción ampliada en un Círculo de Palabra, el calor y el sudor del Temazcal, los mensajes y sentires en un Fuego Maya. Construir conocimiento en comunidad se

concibe como un espacio de aprendizaje en familia, por eso el abuelo fuego, el abuelo yagé, la madre tierra, el padre sol, son referencias de seres que hacen parte de nuestro linaje en lo no humano y a quienes se caracterizan como parte fundamental del aprendizaje, al reconocer en ellos a seres más antiguos que el hombre y con una sabiduría propia.

Esta perspectiva permite inferir formas de conocimiento distintas a la humana, aunque a su alcance. El conocer en la perspectiva de los sabedores involucra no tanto una comprensión de lo que rodea al ser humano como separado de él, sino en la integralidad presente en las relaciones de la existencia en el plano tiempo de la experiencia en la Tierra y, además en el por qué y para qué de la misma.

Para el campo de la CEC (Comunicación Educación en la Cultura), en construcción, resulta fundamental y prometedor un abordaje de estos campos de interacción que superan lo puramente antropológico para pensar en otras formas de producir conocimiento relacionadas directamente con el territorio de Abya Yala. Intención no ajena a lo enunciado por Wallerstein (1999) con respecto al papel central de las ciencias sociales en la reunificación epistemológica de la cultura, la ciencia y las humanidades (Valdettaro, 2015: 156).

LA PROPUESTA DE LA EPISTEMOLOGÍA DEL FUEGO

La “epistemología del Fuego” es una metáfora que permite conocer cómo se produce el conocimiento en las ritualidades de los pueblos originarios, donde se han tejido comprensiones “otras” de la vida que han resultado valiosas para su preservación. En las condiciones epistemológicas actuales los conocimientos de los pueblos originarios no están en el estatuto de validez de ciencias, “la identificación de las condiciones epistemológicas permiten mostrar la vastísima destrucción de conocimientos de los pueblos originarios, causada por el colonialismo europeo” (de Sousa Santos, Epistemologías del Sur, 2011: 10) lo que ha llamado Boaventura desde su propuesta de epistemología del Sur: epistemicidio. Como el autor plantea, el fin del colonialismo político no significó el fin del colonialismo epistémico y, por el contrario, continuo produciendo una forma única de producir conocimiento.

Desde antes Iban Ilich y actualmente Boabenventura de Sousa, identificaron la dificultad de nuevas imaginaciones políticas para asumir los retos del presente, la confirmación de formas de producir conocimiento “otros” hacen frente a esta dificultad. Se pretende que la propuesta de la epistemología del fuego entre a hacer parte de una propuesta de imaginación política decolonial que conlleve a contribuir a la ausencias epistémicas, comprendiendo la importancia de los conocimientos de los pueblos originarios, porque son estos pueblos lo que en las últimas décadas se han puesto en la tarea de entrar al mundo de occidente para compartir su sabiduría y han dado las luchas necesarias para entrar a participar de la política de una manera transcendental en el cambio de pedagogía.

Por eso, Colombia cuenta en la actualidad con categorías como la etnoeducación, etnopedagogía, pedagogías ambientales y una licenciatura en pedagogía de la Madre Tierra⁵, liderada por personas de pueblos originarios, para hablar del caso colombiano. Mientras tanto en Bolivia hay actualmente tres universidades indígenas⁶ y en Ecuador está la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas de Ecuador, que acosada y sin el aval del Estado sigue funcionando. México ha desarrollado una experiencia denominada la Universidad de la Tierra, vinculada con la revolución indígena zapatista y que está estrechamente relacionada con un aprendizaje convivencial y estructurado a partir de necesidades propias, privilegiando el uso de la lengua del territorio, pero en diálogo constante con el mundo. Estos son solo algunos de los casos de la participación de los pueblos originarios por entrar a disputar desde su propia perspectiva los espacios de poder de la educación y la pedagogía.

Así pues, cabe preguntarse si se puede pensar occidentalmente la manera en la que se produce conocimiento en los pueblos originarios, para determinar si pueden cumplir las características básicas internas de una ciencia, a saber, la necesidad de un dominio de objetos específicos, una serie de

hipótesis mínimas a partir de las cuales se explica el funcionamiento de dicho dominio, y unos métodos consolidados. Más allá de eso, la posibilidad de preguntarse si es necesaria dicha enunciación para determinar su validez o si, en otra perspectiva, lo sea la narrativa de las prácticas de lo que se denomina Ciencia o Ley de origen que tiene características propias y formas de validación que sobrepasan las premisas intelectuales y los rigores de la ciencia de occidente. Consideramos que la puesta de esa narrativa es la primera parte del ejercicio y en ella se centra por lo tanto el presente escrito.

Esta propuesta no trata de crear un distanciamiento radical con el pensamiento occidental, sino de crear un escenario para otorgar el mismo estatuto de validez al pensamiento ancestral, por ello, “tomar distancia no significa estar simultáneamente dentro y fuera de lo que se critica” (de Sousa Santos, 2010: 24). Esto en concordancia con lo que se plantea en la epistemología del Sur; la doble sociología transgresiva de las ausencias y de las emergencias, es decir, un movimiento epistemológico que consiste en contraponer a la epistemología dominante del norte global, una epistemología del Sur.

Para la epistemología del Sur “su objeto empírico es imposible desde el punto de vista de las ciencias sociales convencionales (...) se trata entonces se transformar objetos imposibles en objetos posibles, objetos ausentes en objetos presentes” (de Sousa Santos, 2013: 22). En este orden de ideas, las no existencias están configuradas en aquellos conocimientos que han sido invalidados y siguen siendo invisibilizados por tener características de pensamiento mágico, primitivo, inferior, premoderno o subdesarrollado, como plantean las corrientes decoloniales (Quijano, 2007). La epistemología del fuego es una alternativa de transición que aparece frente a la dificultad de imaginación política ya que entra a disputar un espacio de comprensión en las ciencias sociales, dándole validez a los conocimientos de los pueblos originarios, entendiendo las diferencias con las formas en la que se producen los conocimientos en occidente.

En la epistemología del fuego, como una epistemología “otra”, el fuego no solo se configura como productor de conocimiento en el uso material, ejemplo: el pueblo maya lee literalmente el fuego y

5. Programa de pregrado de la Facultad de Educación la Universidad de Antioquia, creado a partir de un trabajo realizado con La Organización Indígena de Antioquia, el Grupo de Investigación Diverser y el Programa de Educación Indígena, así como con comunidades indígenas de Antioquia. Esta en marcha desde el 2011 y tiene como objetivo desarrollar un proceso para maestros líderes de los pueblos con pedagogía y corazón bueno.

6. La Universidad Indígena “Tupac Katari”, en la Paz; la Universidad Indígena “Casimiro Huanca”, en Cochabamba; y la Universidad Indígena “Apiaguaiki Tüpa, en Kuruyuki-Chuquisaca.

a partir de esta lectura se produce el conocimiento⁷, esto además de ser diferente a la manera en que se produce el conocimiento en occidente, es una manera material y de utilizar el fuego como productor de conocimiento. El fuego es también pasión humana, significa la apuesta de la afectividad en la producción de conocimiento, corazonar la investigación, recordar la palabra antigua.

Betty Martínez Ojeda, investigadora en el tema de pueblos ancestrales, que indaga sobre cómo funciona el conocimiento de los pueblos originarios para entender el choque con el pensamiento occidental, plantea que los pueblos occidentales (europeos) poseen las mismas capacidades cognitivas que los pueblos originarios, pero ¿qué es lo que propone el mundo occidental, científico cartesiano?: “propone un conocimiento que en búsqueda de la objetividad separa el sujeto del objeto cognoscente, formando una radicalidad en la validez del conocimiento, además de creer que esta forma de producir conocimiento es universal” (Martínez, 2018: 1).

En este contexto plantea Martínez que, a nivel cognitivo, el pensamiento occidental fue despojado de la afectividad, de ponerle emoción al conocimiento. Está es una diferencia a nivel cognitivo, porque el conocimiento despojado de la afectividad da como resultado una producción de conocimiento sin afectividad con el entorno, con la naturaleza. “El pensamiento occidental tiene una forma cognitiva por descripción, el pensamiento de los pueblos originarios es participativo y para que sea participativo y los sujetos puedan apropiarse de ese conocimiento generan al mismo tiempo identidad” (Martínez, 2018: 3). Este concepto ofrece luces para comprender cómo se produce el conocimiento alrededor del fuego de manera participativa en una comunidad indígena, que además promueve la identidad particular de ver el mundo y organizar la vida en las comunidades de pueblos originarios.

Un ejemplo es la forma de preguntar, en occidente la pregunta de investigación se da en tanto la parte de un todo, en los pueblos originarios se da dentro del contexto no solo social y cultural sino natural o ambiental, por eso, el interés de los pueblos originarios de tener en cuenta los animales y plantas del territorio para

preguntarse sobre la vida. Con ello, se organiza la vida social en las comunidades, se le pide permiso al río y al espíritu del pescado para acceder a la él como comida, lo que se aprende intenta entender que la vida es un tiempo sagrado y que el conocimiento indígena trabaja en la ciencia de lo cotidiano. Por otro lado, en occidente, el objetivo de la pregunta es razonar de manera humana, sin participación de las especies no humanas.

El conocimiento de pueblos originarios, es un conocimiento mítico, no siempre ni exclusivamente cognitivo,

fundamentalmente el conocimiento mítico, es metacognitivo, no se puede trabajar como una reflexión ultra consiente de la razón, de la modernidad, sino, al contrario, está producido a través de los mitos. Las comunidades lo que hacen es escuchar el mito en un ritual, entonces la cognición cambia, además cambia con la alteración de la conciencia, ejemplo de ello es la toma de yagé, del yopo u otras pantas que participan de la reflexión. Es decir, se provoca la metacognición, que reflexiona sobre el sujeto mismo y sobre su cosmología a partir del mito. Mientras Descartes saca la metafísica del conocimiento, de tal manera que le quita lo sagrado, en los pueblos originarios lo sagrado viene a hacer el sentido, es decir el plano de lo metafísico, y eso hace una conexión mayor del sujeto con el entorno para producir su conocimiento (Martínez, 2018: 6).

El conocimiento producido a través o acompañado por el fuego, es un conocimiento producido sobre algo objetivo con una participación humana y de especies no humanas, que tiende a promover la identidad colectiva, un conocimiento que emociona.

Por eso la emoción se concentra a través de la ceremonia, cuándo se quiere dar mayor sentido entonces se ritualiza. El ritual es una fuente de conocimiento potente, estas acciones son liminales, donde se lleva a las personas al límite de sus capacidades, del desorden, del miedo, al terror todo esto permite crear conocimiento y aprender. Es el lugar donde la conciencia comienza desbaratar los límites, se pierden lógicas adquiridas, se desaprende y se aprende de nuevo (Martínez, 2018: 7).

7. Véase caso de la profesora Astrid Pinto en el capítulo sobre el Fuego Maya.

QUÉ SIMBOLIZA EL FUEGO

El fuego en la historia humana fue fundamental para crear una nueva relación con el mundo, su conocimiento le brindó la posibilidad de protegerse del frío y los animales, establecerse en un sitio, cocinar y, así, absorber más proteínas de los alimentos, transformar los elementos de su entorno, por ejemplo, con la producción de herramientas de piedra y barro cocido, en fin, repensar el mundo y la vida. Su luz y calor, además, le permitió prolongar el día y realizar otras actividades que ya no quedaban restringidas por la llegada de la noche. Esa memoria de gratitud ante el elemento que parece haberse perdido en la modernidad, fue bien guardada en una memoria que se preserva en nuestros territorios a través de los pueblos originarios.

En un viaje realizado dentro del contexto de esta investigación, el coinvestigador tuvo la oportunidad de llegar a Nabusimake⁸, donde fue recibido hospitalariamente en la casa del profesor Tobías Mendiola⁹. Allí, le fue ofrecida la cocina para pernoctar.

(...) sobre un cuero de vaca, pasé varias noches preguntándome seriamente por qué, si había varias habitaciones desocupadas, no me ofrecían una cama. La incomodidad de los primeros días dio paso a un bienestar sin igual para la situación y a múltiples sueños que me hacían despertarme en paz y armonía. La última noche, frente a una hoguera armada en el patio interior de la casa, un yerno de Don Tobías me reveló la verdadera dimensión de mi estadía en la cocina, lugar reservado, me dijo, para invitados muy especiales, porque se ubicaba frente al fuego que sostenía la casa. Era, de alguna y muchas maneras, una forma de abrirme su corazón y de que yo abriera el mío (Sánchez F., 2017).

8. Territorio Aruhaco en la Sierra Nevada de Santa Marta. Para llegar se requiere hacer un recorrido por carretera destapada en camionetas 4x4, capaces de superar el inclemente viaje. Los Aruhacos se han negado a dejar que la carretera se arregle para resguardarse de la penetración del mundo occidental y del consumo. El turismo se maneja con mucha prudencia. Igualmente, no han dejado que se instale luz para evitar la producción de basura, representada en todos los electrodomésticos que se dañan con el paso del tiempo. No necesitan acueducto porque su cuidado del agua hace que todos la tengan en cantidades abundantes de los múltiples ríos que bañan su territorio.

9. Nativo del territorio, Don Tobías es profesor de historia y es uno de los promotores de recuperar la lengua y el territorio a partir de la sabiduría de la ciencia de origen, representada en el conocimiento de los mamos.

Esta anécdota muestra cómo las comunidades usan el fuego en la vida cotidiana para producir solidaridad con el huésped, es una forma de agradar al otro que viene de lejos, de indicarle que es bien recibido. La cocina representa la calidez del hogar, creada por y con el fuego, que ejemplifica cómo la comunidad teje sus relaciones alrededor del elemento, capaz de unir los afectos que se entregan, al dar la cocina para pernoctar. También es costumbre en zonas rurales de Colombia, especialmente en regiones frías, que la cocina, generalmente de leña o carbón, sea el lugar de encuentro para las familias. La cocina es una parte fundamental de la vida en los territorios indígenas. El fuego allí simboliza afecto, protección y un alimento tanto material como espiritual.

En esa dimensión espiritual, los taitas Ingas y Kamëntšá, en Putumayo, se reúnen alrededor del fuego para palabrear, cocinar y servir yagé; los Misak, en el Cauca, lo usan de manera imprescindible para practicar su sanación ritual; en la Sierra Nevada para los Kogui, Aruhacos, Kankuamos y Wiwas hace parte del diseño del mundo originario y se ubica en Nabusimake (Lugar de Claridad), conocida por ello como “el corazón del mundo”. Mama¹⁰ Senchina¹¹, mayor Kogui, y su familia se siguen sentado frente al fuego para contar el mito de origen de la hoja de coca (experiencia que dura tres noches sin dormir), para enseñar la palabra antigua “palabra de origen”, aprender a tejer, cantar y contar la vida. El fuego sirve para alentar el uso de la palabra reflexiva sobre lo cotidiano y lo sagrado dentro de lo cotidiano; el fuego acompaña la memoria de la comunidad a través de la narración de los mitos y la realización de los ritos.

El Taita Miguel Chindoy¹² piensa el fuego como la primera forma de conocimiento humano, es

10. Mama o mamo es el guía espiritual de los kogui, así como la figura central de la cultura al encarnar la ley de origen. Su preparación comienza desde la gestación, aprendiendo directamente de sus mayores y en la naturaleza el conocimiento del origen que, según su creencia, no solo preserva y cuida el equilibrio su territorio, sino de la Tierra entera.

11. El mama Senchina pertenece al pueblo Wiwa y se formó con los Kogui como guía espiritual. Actualmente, habita en el territorio de Ubate y se desplazó de su territorio de origen junto con su familia para compartir consejo con los “hermanos menores”, como son denominados los que no pertenecen a su cultura. El mama es portador de valiosos conocimientos del buen vivir y sus enseñanzas se centran en el cuidado de la vida por medio de la sanación personal de la energía sexual, así como el “pagamento”, ritual por medio del cual se agradece y se “paga” a la Tierra por los alimentos y demás dones recibidos.

12. El Taita Miguel es autoridad del pueblo Kamëntšá y ha recorrido un largo camino como representante de su comunidad y de los pueblos indígenas del país. Aunque en el andar por el mundo

decir que en sí mismo saber prenderlo y usarlo significó mucho para la humanidad entera. “Es un elemento que nos habla de la vida y, a su alrededor, los abuelos se sentaron a hacer una cocción no solo de los alimentos sino también de su palabra, calentar la palabra” (Chindoy, Palabreo, 2017)¹³.

Astrid Maribel Pinto¹⁴ plantea que “el fuego es el único elemento que el hombre no puede contaminar”, sin embargo, aclara que “la única forma de contaminar el fuego es racionalizándolo”. Esto no quiere decir que no se puede pensar en su significado, manifiesta que “lo mejor es sentarse a sentir, mirarse desde y con el corazón” (Pinto, 2017).

El fuego ancestral se presenta, entonces, como un elemento conectado con el corazón, con el espíritu, simboliza sanación y comunidad, comunicación a través de la palabra que en él se calienta y se repite para que se adhiera en la mente y el corazón de las comunidades que se permiten ser con su compañía y guía; conocimiento del arte milenario del aprendizaje humano; abuelo y orientador de la vida.

En síntesis, reiteramos que esta epistemología concibe el fuego como el pensamiento del hombre ancestral escuchando el corazón de la vida en todo lo que existe.

indígena ha visto como se les ha dado la denominación de “taitas” a los médicos tradicionales, especialmente a los que sirven yagé, el Taita Miguel aclara que el término viene de quien puede ejercer autoridad y que se deriva de los tres pilares fundamentales que sostenían el fogón Kamëntšá, ellos son: el espiritual, encargado de la medicina; el político, encargado del bienestar social; y el productivo, encargado fundamentalmente de la siembra. Por lo tanto, quien ejerce o ha ejercido alguna estas dignidades es taita... y quien es taita no deja de serlo porque se vuelve un guía y debe ser ejemplo. El Taita Miguel fue elegido popularmente como gobernador de su comunidad en 1997 y posteriormente en 2004, el más alto cargo político dentro de la estructura de cabildo heredada de la Colonia, pero que se ha pretendido resignificar desde la práctica con todas las dificultades que ello puede implicar. Actualmente, el mayor está vinculado a la organización Autoridades Indígenas de Colombia lo que involucra su constante devenir por todo el territorio nacional.

13. Estas y las otras citas del taita Miguel Chindoy fueron recopiladas en reuniones de Palabreo, siguiendo la ya propuesta metodología del pueblo originario, donde el investigador fue el visitante (menor) y el taita el visitado (mayor).

14. Maestra de la ceremonia del Fuego Maya y guardiana de un territorio de belleza y poder a las afueras de San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México. Es Investigadora y docente de la Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, así como del Centro de Estudios Superiores de México y Centroamérica. Su vida entre la academia y el conocimiento maya no ha estado ajenas a las críticas de sus compañeros de oficio, sin embargo, ha conseguido posicionar estos conocimientos en su entorno desde la seriedad milenaria con la que los aprendió, su línea de investigación actual es Historia y estudios culturales de las emociones.

CÓMO PENSAR LAS EPISTEMOLOGÍAS DEL FUEGO. PERSPECTIVA DECOLONIAL Y PENSAMIENTO SUR

Para contestar la pregunta de esta investigación ¿cómo se producen los conocimientos en los pueblos originarios? es necesario retomar su sabiduría como ciencias nativas para integrar sus conocimientos y la forma de producirlos y de esta manera ampliar las perspectivas en las Ciencias Sociales “otras”.

Para ello, retomando lo planteado por el grupo de Colonialidad – Modernidad es necesario pensar las Ciencias Sociales “otras” como un espacio decolonial. La intención de este trabajo es proponer una episteme “otra”, donde el pensamiento corazonado simbolice el fuego, y la afectividad y la conexión con la naturaleza puedan hacer parte de las ciencias y de los espacios de educación de los niños, niñas y jóvenes.

A partir de la perspectiva decolonial, liderada por Quijano (2001) se encuentra claramente la preocupación por la creación de nuevos conceptos que permitan dar cuenta de epistemologías “otras” que permitan narrar la realidad de la sociedad, en este caso la de producción de conocimiento en las comunidades visitadas. Un reto de dar forma a esa creación de esos nuevos marcos conceptuales son las narraciones de la práctica social que se hace a través de formas “otras” de producir conocimiento como el diálogo de saberes, la toma de Yagé, el Temazcal, y el Fuego Maya.

En el camino hacia el conocimiento a partir de la obra de Aníbal Quijano (2014) en el desarrollo de la categoría decolonialidad del saber, se puede concluir que están dadas las condiciones necesarias para generar el conocimiento sobre la realidad de los pueblos originarios para hacer una propuesta de epistemologías “otras”. Quijano pone en discusión la manera en cómo, de la epistemología de las ciencias sociales, surgieron tres supuestos: el de la simplificación, la objetividad, y el supuesto de las dos culturas y, como estos supuestos, ya no pueden explicar la realidad social de las poblaciones (Quijano, 2014).

Boaventura de Sousa Santos, plantea que la epistemología del Sur es fundamentalmente un reclamo de nuevos conceptos de producción y de valoración “de los conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones

entre diferentes tipos de conocimiento a partir de las prácticas de los grupos sociales que han sufrido las injustas discriminaciones causadas por el capitalismo y el colonialismo” (de Sousa Santos, *Epistemologías del Sur*, 2011: 35). La premisa de una epistemología del Sur ofrece la dimensión del mundo más allá de la comprensión de occidente. Eso significa que la propuesta epistemológica puede descentrarse, cambiar y tomar caminos impensados en la epistemología occidental. La segunda premisa se centra en que la diversidad del mundo es infinita, una diversidad que incluye modos muy distintos de pensar y sentir, de concebir el tiempo, la relación entre seres humanos y no humanos y de organizar colectivamente la vida, la convivencia y lo asuntos de ciencia.

Estas premisas dan bases para la epistemología del fuego, entendiendo que la epistemología occidental dejó por fuera y desperdiciados un sinnúmero de conocimientos de los pueblos originarios que le servirían para su pensamiento porque las teorías y conceptos desarrollados en el norte global y sobre todo en el mundo académico, “no identifica tales alternativas y, cuando lo hacen, no las valoran en cuanto a contribuciones válidas para construir una sociedad mejor; por eso necesitamos un pensamiento alternativo de alternativas” (de Sousa Santos, *Epistemologías del Sur*, 2011: 36), en este caso un pensamiento alternativo se encuentra en la apertura de una epistemología del fuego, que ofrezca parámetros de validez académica para el pensamiento vivo de los pueblos originarios.

Para la producción de las epistemologías del Sur, Bonaventura de Sousa Santos propone la ecología de saberes y la traducción intercultural. El fundamento de la ecología de saberes es que no hay ignorancia o conocimiento en general; toda la ignorancia es ignorante de un cierto conocimiento. Por ello, el interés de que los conocimientos de los pueblos originarios integren estas nuevas epistemes componen una mirada crítica a la forma de producir conocimientos en todos los centros, sin dejar por fuera ninguno en su forma territorial, es decir en el sur hay centros, y en los centros del norte hay sur. En cada fase de la ecología de saberes es crucial cuestionar si lo que se está aprendiendo es valioso, o si debería ser olvidado o no aprendido. La ignorancia es solamente una forma descalificada de ser y hacer cuando lo que se ha aprendido es más valioso que lo que se está olvidando. La utopía del interconocimiento es aprender otros conocimientos sin olvidar el/lo propio (de Sousa Santos, 2011: 35).

Para Bonaventura de Sousa Santos, “la ecología de saberes comienza con la asunción de que todas las prácticas de relaciones entre los seres humanos, así como entre los seres humanos y la naturaleza, implican más de una forma de conocimiento y, por ello, de ignorancia” (de Sousa Santos, 2010: 43). El problema se centra en que, epistemológicamente, el hegemon dominante de la sociedad se caracteriza por el hecho de que favorece prácticas en las que predomina el conocimiento científico.

A parte del hecho de que esta forma de distribución es imposible en las condiciones del capitalismo global, este conocimiento tiene límites intrínsecos en relación a los tipos de intervención en el mundo real que se pueden alcanzar. Estos límites son el resultado de la ignorancia científica y de una incapacidad para reconocer formas alternativas de conocimiento e interconectar con ellas en términos de igualdad. En la ecología de saberes, forjar credibilidad para el conocimiento no científico no supone desacreditar el conocimiento científico. Simplemente implica su utilización contra-hegemónica. Consiste, por una parte, en explorar prácticas científicas alternativas que se han hecho visibles a través de las epistemologías plurales de las prácticas científicas y, por otra, en promover la interdependencia entre los conocimientos científicos y no científicos (de Sousa Santos, 2010: 43).

Este principio del carácter incompleto de todos los conocimientos es la condición para la posibilidad de un diálogo y un debate epistemológico entre ellos. Lo que cada conocimiento aporta a semejante diálogo es la manera en que conduce una cierta práctica para superar una cierta ignorancia, Los planteamientos de Bonaventura de Sousa Santos, nos permite entender como desde una epistemología occidental, se deslegitima constantemente a partir de supuestos racionales y se niega la presencia de saberes y conocimientos en su origen y tradición milenaria de pueblos que han sido capaces de convivir y dialogar con especies no humanas, haciéndolas participantes de su producción de conocimiento y parte fundamental de organización de la vida social de sus pueblos y comunidades.

La epistemología del fuego es una alternativa a la crisis civilizatoria y ambiental actual, esto teniendo en cuenta que la sociedad no ha construido su sentido común alrededor de la

tranquilidad y el equilibrio ecológico, lo que implica un desafío para retomar los conocimientos que antes no habían sido válidos para la razón y para el desarrollo, pero que hoy urgen, porque el pensamiento y la forma de producir conocimiento de los pueblos originarios están mucho más cerca de la armonía con la naturaleza y de producir maneras de Buen Vivir¹⁵ en un proyecto de sociedad que incluya y sane la deteriorada relación del hombre con la Tierra.

Para esta epistemología, el fuego en los pueblos originarios es energía, cuerpo expandido, representante del sol que se transforma en alimento para el cuerpo (cocina) y el espíritu (medicina) porque el fuego, sana, purifica y transforma.

El mundo indígena se vive alrededor del fuego, donde la palabra consigue calentarse, pensarse y ofrecerse con la profundidad y la verdad que pueda hacerla resonar en quien la escucha. Trae consigo enseñanza de perspectivas antiguas de entender la vida y crea prácticas en torno a la comunicación desde el arte de escuchar y el arte de hablar. En efecto, la creación de una vida en comunidad surge ante el fuego como símbolo de unidad y compromiso, memoria e identidad. Allí, todos tejen el conocimiento para la comunidad y, finalmente, se nombran en un colectivo. El fuego es el organizador de la vida social reconocido como maestro y memoria, hilo de pensamiento y sentir que se teje en las relaciones sociales. El fuego es también el lugar de encuentro y constructor de una comunidad que reflexiona sobre su propia experiencia (Sánchez, 2017).

15. El Buen Vivir es una perspectiva epistemológica que nace de los pueblos originarios de los Andes, especialmente en Bolivia y Ecuador. Desde esta perspectiva los territorios no son solo un espacio geográfico, como se piensa desde el Estado, sino recursos naturales ligados íntimamente a la vida del ser humano desde donde la vida se estructura como un todo integral y permite reconocer principios construidos, de acuerdo con las leyes de la naturaleza, para la formación de comunidad.

El proceso de cambio que emerge hoy en la región, desde la visión de los pueblos ancestrales indígenas-originarios, irradia y repercute en el entorno mundial, promoviendo un paradigma, uno de los más antiguos: el "paradigma comunitario de la cultura de la vida para vivir bien", sustentado en una forma de vivir reflejada en una práctica cotidiana de respeto, armonía y equilibrio con todo lo que existe, comprendiendo que en la vida todo está interconectado, es interdependiente y está interrelacionado (Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2010:11).

Esta epistemología está presente en los rituales con los cuales se ha honrado la búsqueda de los hombres de conocimiento de nuestro continente, desde el norte al sur, es de suma importancia su presencia en los rituales ceremoniales. Sin embargo, el fuego no está solo, los elementos de la naturaleza están presentes siempre como guías y compañeros del camino, al igual que las plantas de conocimiento; cada cultura tiene una, muchas comparten varias. Podemos decir que es común y, por lo tanto, sumamente importante, que los pueblos originarios sostienen su conocimiento y su ser en la naturaleza, dotándola de una vida plena e igualitaria a la del hombre, y que no han conseguido tanto hablar con ella (que lo hacen) como escucharla. El fuego es parte del conocimiento de nuestros nativos americanos, un lugar/tiempo donde se construyen saberes y conocimientos que transforman e intervienen la vida por medio de los rituales y ceremonias que producen conocimientos sobre su territorio.

La epistemología del fuego parece emerger como complemento necesario del mundo de la razón desde una multidimensionalidad de diálogo y la singularidad. Esta ciencia sensible, que reconoce en la naturaleza una fuente de sabiduría aplicada al bienestar de todos los seres, puede aportar mucho sentido al momento actual. Para los sabedores participantes de esta investigación, el fuego es un ser vivo, un abuelo capaz de guiar y al ser humano para que conserve el equilibrio de la vida con prácticas concretas como el cuidado del agua, la salud, la sexualidad. Aprender a interser: ser con la intermediación de todo lo que existe.

El propósito de entablar un diálogo entre pensamiento occidental y pensamiento ancestral es una labor de tejido que une, tanto la manera en la que se ha producido el primero, como la forma en que se ha sostenido el segundo.

Este es un ejercicio que nos permite afianzar lo que intentamos indagar, pero también, en lo poquito que se pueda producir, aportar a la sociedad, al mundo, porque hoy necesitamos entender el mundo desde la pluralidad, entendernos nosotros mismos desde la dimensión no puramente racional y de eso se trata: cómo entender el pensamiento ancestral no simplemente desde la racionalidad, sino desde otras dimensiones (Chindoy, 2017).

Desde esta perspectiva de la dimensión indígena, el fuego significa y dignifica la necesidad

de reconocer las emociones y los sentires como parte del conocimiento propio de cada ser humano, en el mismo sentido como lo utiliza Orlando Fals Borda, con el sentipensar (Fals Borda, 2009).

Traer al escenario académico estas miradas otras-propias-ancestrales permite observar una dimensión de la vida más allá de la razón cartesiana, sin necesidad de eliminar o contraponerse a esta última. Todo lo contrario, es en el encuentro de los conocimientos, a través de un diálogo sincero, lo que puede traer al campo de las ciencias sociales una oportunidad para unir lo que nunca se debió separar¹⁶. Por lo tanto, escuchar la invitación que nos hacen las comunidades a través de sus sabedores, y mediante símbolos como el fuego, a re-unirnos con lo más esencial de la vida, cobra mucho sentido.

Por ello, el fuego representa la posibilidad urgente de emocionar el pensamiento, es decir ponerlo en movimiento y revitalizarlo con un re encantamiento del mundo que nos permita sentirnos y pensarnos como parte de la vida. Como dice Arturo Escobar, más que movimientos sociales, crear una sociedad en movimiento capaz de reconocer que “la conciencia no es una prerrogativa de los seres humanos sino una propiedad distribuida en todo el espectro de la vida” (Escobar, 2017: 55). Además, nos sirve para re conocer la gran diversidad de conocimientos que los pueblos originarios han conservado con gran esfuerzo y sacrificio para comenzar a dimensionar su utilidad en la construcción de un territorio que requiere pensarse desde la complejidad de sus múltiples perspectivas.

Cuando se habla de epistemología del fuego, es necesario entender la particularidad de cada comunidad, lugar y costumbres de los grupos humanos que han tejido alrededor del fuego formas de comprensión y rituales particulares. En la diversidad polifónica de las comunidades, se simboliza un solo fuego, un elemental que se convierte en puente - puerta - escenario

16. Eduardo Galeano lo describe bien en su texto *Celebración de las bodas de la razón y el corazón*: “¿Para qué escribe uno, si no es para juntar sus pedazos? Desde que entramos en la escuela o la iglesia, la educación nos descuarta: nos enseña a divorciar el alma del cuerpo y la razón del corazón. Sabios doctores de Ética y Moral han de ser los pescadores de la costa colombiana, que inventaron la palabra sentipensante para definir el lenguaje que dice la verdad (Pérez, 2012).

multidimensional que permite una purificación del ser. Se puede decir que las distintas voces que aquí se dan cita están cuidando un solo fuego-memoria que viene a recordar y proponer una relación con el mundo y la vida estrechamente ligada con la Tierra, pero, sobre todo, con el territorio, que permite una humanidad capaz de reconocerse a sí misma en todo lo que ve.

CONOCIMIENTOS DE LA EPISTEMOLOGÍA DEL FUEGO

La necesidad de tejer, producir y transmitir estos conocimientos es plantear nuevos horizontes de sentido en los procesos de enseñanza, pedagogía e investigación con capacidad de generar marcos teóricos de intelectuales indígenas y académicos e investigadores que coincidan en un pensamiento de la organización de la vida social a partir de principios biocéntricos. Por ello, en esta epistemología del fuego se proponen, como teorías fundantes, el pensamiento y cosmovisiones de los pueblos originarios, el Buen Vivir / Vivir Bien, la educación popular y el pensamiento sur - decolonial, que proponen un diálogo entre epistemes.

Esta epistemología se nutre de nuevas posibilidades de resignificar lo aprendido y aprender otras formas de producir conocimiento, antes invalidadas por el estatuto de verdad académica. Esta trasmisión de conocimientos de los pueblos originarios ha logrado mantener prácticas de convivencia pacífica, de procesos colectivos y comunales que desarrollan lazos de solidaridad entre especies humanas y no humanas, enraizadas en valores de la cosmocomunidad.

Entender una forma de adquirir conocimiento a través de la naturaleza en una relación de enseñanza aprendizaje lleva a admitir y confrontar varias cosas que serán el sustento de esta nueva - antigua epistemología:

1. La naturaleza tiene una forma de conocimiento propia.
2. Este conocimiento es tan poderoso que es capaz de crear y recrear la vida.
3. Tiene memoria y la guarda en la realidad de lo que es, minerales, plantas y animales (incluido el ser humano).

4. Se mueve en esferas que superan la racionalidad, pero que están al alcance de la comprensión humana (entender desde el corazón, sentipensar).

5. Tiene reglas que anteceden -superan- al hombre (y a sus necesidades) para respetar y guardar el equilibrio de la vida.

6. Se pone al servicio del hombre para ayudarlo a guardar el equilibrio (interno - externo) y, en ese sentido, le entrega un propósito: ser guardián de la vida.

7. Tiene una pedagogía propia que, si bien es diferente en cada grupo humano (uso de ritos y plantas diversas), conserva en todas unas características comunes.

8. Permite cambiar el enfoque del antropocentrismo al biocentrismo, por lo tanto no se puede entender la vida al margen de las relaciones comunitarias y con el territorio.

9. Reconoce en el hombre su diversa igualdad.

Toda la potencia y el enriquecimiento que se pueda generar en este trabajo solo es posible si a esta enunciación le sigue también una labor de comprensión, solo digna y sostenible, en cuanto reúne muchas voces capaces de nombrarse desde otras realidades, muchas manos que quieran construir lo que con urgencia será la base de una deuda con nuestra identidad en lo indígena.

LOS CONOCIMIENTOS PRODUCIDOS ALREDEDOR DE LA MADRE TIERRA

Para el Taita Miguel, el reconocimiento del pensamiento indígena es una necesidad que se encuentra en las “leyes de la naturaleza”. Desde su mirada, se requiere otra forma de entender la relación con la Madre Tierra y, por eso, ella misma ha buscado un espacio para observar desde el conocimiento ancestral de nuestros territorios una relación que nos conecte nuevamente con la vida, de la cual somos cuidadores. También resalta la importancia que tiene para la academia, y para el mundo indígena, generar este diálogo “entre iguales” para compartir, desde la diversidad, formas de pensar el mundo que puedan ser tomadas con seriedad y respeto.

(...) ha llegado el momento de escuchar ese otro pensamiento nacido de la naturaleza, de lo que llamamos ley natural. En el mundo hay normas mucho más antiguas que las humanas; lo que

han hecho los pueblos indígenas es escuchar, interpretar y respetar esa ley. Nuestro llamado es respetar esa ley (Sanri, 2013: 74).

Estos conocimientos de la denominada Ley de Origen han redundado en un beneficio ambiental gracias al cuidado de los ecosistemas que esta palabra/obra de los mayores ha permitido en nuestro país. Bien lo explica el Taita Víctor Jacanamijoy¹⁷ -quien renunció a ser abogado por no poder aceptar la concepción de que la tierra es un “bien” susceptible de venderse y comprarse-, al afirmar que los pueblos indígenas se han dedicado al cuidado de la Tierra y que en sus territorios es donde se encuentra la riqueza natural y la biodiversidad más notoria del país.

Este pensamiento de afuera (la tierra es un bien) nos ha llevado a volver todo susceptible de negociación, de explotación. Y eso es lo que ha hecho la humanidad, sacar y sacar y saquear. No ponen nada, solamente sacan y contaminan. Al contrario, los pueblos indígenas hemos cuidado, a nosotros no nos ha importado sacar esas cosas que están debajo de la tierra, que por algo deben estar allí, porque hacen parte de ese otro cuerpo que es la Tierra. La Tierra tiene huesos que son las rocas, la Tierra tiene sangre que es el agua, y también el petróleo, su calor. Tiene sistema respiratorio, que son las lagunas; si se acaban las lagunas, ¿dónde puede evaporarse el agua?, así respira. Eso lo entendemos desde los abuelos. Hoy en día, los científicos hablan de la capa de ozono y la atmósfera; nosotros lo entendemos desde hace rato (Sanri, 2013: 64).

Las culturas nativas de Abya Yala permiten entender como los pueblos nativos han centrado su existencia con respecto al cuidado de la Tierra y su papel como ser vivo:

17. El Taita Víctor dice ser seis veces taita, por cuanto tiene seis hijas, es un médico tradicional indígena Inga, perteneciente a lo que él denomina con orgullo “la Cultura Milenaria Médica Indígena del Ambi Uaska, Yagé”. Nació en Santiago, Valle de Sibundoy, Putumayo, y es fundador del Cabildo Indígena Inga de Bogotá, donde también fue gobernador en 1999. Trabaja permanentemente en la difusión de la cultura del yagé y en la recuperación de la música indígena (Kalusturinda), vestido tradicional, lengua y los tejidos en Auanga (telar tradicional). Es reconocido en muchos ámbitos por su facilidad de expresión y activa participación social y política lo que hace que sea muy fácil encontrar entrevistas suyas por internet hablando de su pueblo. Ha sido conferencista de Derecho Comparado, Derecho Indígena y Romano, Medicina Indígena y Lengua Quichua, debido a su formación de tres años en el estudio del Derecho.

Una cosa bonita, que he aprendido de los pueblos indígenas hermanos que manejan distintas plantas, es el cuidado de la Tierra, es decir, nosotros estamos al servicio de la naturaleza, no al contrario; aquí se ha entendido que la naturaleza está al servicio nuestro. En nuestras tierras, que yo llamo "América Indígena", nosotros debemos estar a la orden de la naturaleza; ella es la que nos gobierna. Por eso, nuestros sabios, nuestros taitas, nuestras mamas, nuestros curacas entienden que es así, nosotros debemos estar al servicio de la naturaleza (Entrevista a Taita Víctor Jacanamijoy en: Sanri, 2013: 64).

Cuando los abuelos han entendido que el centro es la vida, entonces... nosotros somos parte de esa existencia viviente y no el centro, y nosotros como existencia viviente con todas las posibilidades y los regalos que nos ha dado la naturaleza, hemos entendido -o los abuelos entendieron-, la responsabilidad de ser guardianes de la vida, entendiendo que todo es vida (Chindoy, 2017).

Esto es lo que sabemos: la tierra no pertenece al hombre, es el hombre el que pertenece a la tierra. Esto es lo que sabemos: todas las cosas están ligadas como la sangre que une a una familia. El sufrimiento de la tierra se convertirá en sufrimiento para los hijos de la tierra. El hombre no ha tejido la red que es la vida, solo es un hilo más de la trama. Lo que hace con la trama se lo está haciendo a sí mismo (Jefe Seattle, 1854: 5).

En el conocimiento ancestral, la comprensión sobre la vida y el papel del hombre se enfatiza desde diversos territorios y culturas sobre los mismos puntos: el primero, la imposibilidad de no comprender a la Tierra en una dimensión de respeto a partir de una relación familiar, como a la madre; en segundo lugar, honrarla por medio de una profunda gratitud que se debe manifestar en actos concretos de cuidado que benefician a las próximas generaciones; en tercer lugar, comprender que el papel del hombre, más que el de un transformador de su entorno, es el de un guardián del mismo, lo que le da sentido y propósito a su existencia recordando que el bienestar de la Tierra es el suyo propio; finalmente, aceptar que la Tierra, como ser vivo, posee una inteligencia capaz de dialogar y crear en niveles de conocimiento

y orden (Ley de Origen) que, si bien pueden sobrepasar en muchos casos la comprensión humana, se ponen a su alcance para quien quiere escucharlos y respetarlos.

PEDAGOGÍAS DE LA EPISTEMOLOGÍA DEL FUEGO

Toda epistemología tiene sus propias metodologías, es decir aquellas maneras que le son propias para fijarse en cómo se aprenden sus conocimientos. En este caso, nos referiremos no solamente a una manera de crear (y crear) un conocimiento ancestral -invisibilizado por la idea de una verdad y una única forma privilegiada de llegar a ella-, sino también a la manera en la cual, el mismo conocimiento ancestral se ha involucrado con la construcción de una comunidad mediante prácticas que convierten a la vida en una ceremonia de conexión con el entorno.

En ese sentido, más que metodologías, estas prácticas son pedagogías ancestrales que han sostenido, de una generación a otra, los rasgos más importantes de las culturas que aquí dialogan. Del norte al sur del continente, los abuelos encontraron plantas de poder con las que descubrieron que la sanación y el conocimiento no están separados. La ciencia indígena, si bien, busca prioritariamente la salud, no la entiende alejada del aprendizaje. Por eso, la manera de transmitir la ciencia es fundamentalmente el ritual, que es también medicina y al mismo tiempo memoria y escuela.

Cada ritual indígena tiene su propio diseño que, más allá de la forma de realizarlo, guarda maneras de ordenar el entorno para que sea de mayor provecho el tiempo invertido en la experiencia y esté de acuerdo con el conocimiento que se ha adquirido por las generaciones anteriores. En el diseño se guarda también la protección de un camino enseñado, por lo general, por un abuelo, lo que garantiza que su espíritu está presente en la medida en la que se respetan sus enseñanzas por medio del "cuidado" de la ceremonia que, en muchos casos, gira en torno a las plantas sagradas.

Para el Taita Benito¹⁸, el siguiente paso de la evolución de un ser humano es convertirse en

18. Benito Chasoy es un Taita Inga, que durante más de quince años se ha dedicado al estudio de la ciencia del yagé por medio de su preparación y su práctica. Vive en la selva del Putumayo, por la

planta sagrada, pues es la forma de ayudar a los hermanos que están buscando formas de estar y ser en el mundo. Las plantas en los rituales son usadas como mediadoras de conocimiento y portales de comunicación con lo sagrado, su uso adecuado permite un estado trascendente y de atención que enseña y cura, propósitos comunes de los rituales que se abordarán. Sin embargo, no es exclusivamente sobre su uso, cualidades, beneficios o sus rituales sobre los que la presente investigación trata, pues ello requiere un espacio propio de indagación¹⁹.

Por eso, si bien las plantas son parte fundamental de la vida ritual y del conocimiento de los pueblos indígenas, no es en ellas, ni exclusivamente con ellas, que se está planteando la existencia de una epistemología del fuego, tampoco se pretende desconocer su importancia, sino entender que en los rituales, que alrededor de ellas se desarrollan, se han tejido buena parte de los conocimientos que sostienen el mundo ancestral, y que en su uso se ha desarrollado una verdadera ciencia multidimensional destinada al beneficio del hombre y de la vida misma.

Considerando el espacio y la intención de este trabajo, la profundidad que cada uno de los rituales merece no va a poder ser abordada completamente en la presente investigación. Por lo tanto, si bien se describirán los principales rituales en que los coautores han participado, el texto se centrará de manera específica en las relaciones que se producen en ellos y las reflexiones que han surgido a partir de su abordaje.

EL YAGÉ: UNA ESCUELA, UN CAMINO

Lo primero que se pone en tensión al entrar en un ritual es la dimensión de lo sagrado, esto por cuanto desde la espiritualidad católica, prevaleciente en nuestro entorno, resulta muy difícil pensar que una planta no solo está viva, sino que es la representación de la divinidad misma en la Tierra. Eso pasa con el yagé.

Esta ceremonia alrededor del bejuco del yagé propone la toma de la medicina para curar no solo

el cuerpo, sino la mente y el espíritu. El yagé es una bebida ancestral que se realiza con dos plantas, yagé²⁰ y chago pangra²¹. Se realiza de noche y con el fuego encendido, es dirigida por un taita, quien, por lo general, ha recibido la medicina desde cuna y se ha preparado para compartirla a través de un serio estudio²². Por eso, la concepción del yagé entre los taitas no está ligada exclusivamente a la medicina, los mayores se refieren a su práctica como “la ciencia del yagé”, hablan del estudio de la planta y nombran a los guías que la sirven como “sabedores”.

El yagé, por lo tanto, ofrece un camino de conocimiento que permite a quien lo estudia comprender, a través de la experiencia, en primer lugar, su vida misma. Aquí la palabra ciencia no busca emular a la cultura occidental, más bien es una forma de referenciar el campo de los saberes dentro de un contexto de conocimiento ancestral donde curar es una forma de conocer, como lo relata el Taita Víctor Jacanamijoy.

En el bajo Putumayo, uno llega y le dicen los mayores: “Bueno, ¿usted es Taita?”, y uno dice: “Bueno, estoy aprendiendo”. “A ver –le dicen a uno–, cúreme este paciente. Si se cura, le creo que es taita, si no, pues no”. Es una gran prueba; esto no es como el examen del Icfes o de la Nacional, donde en un papel lo ponen a hacer pruebas; esto es en vivo y en directo, delante del taita: si usted sabe o no sabe takii (cantar para curar), sabe samai, sabe curar o no (Sanri, 2013: 17).

Si bien, el rol del taita como guía de la ceremonia es imprescindible, el papel del tomador de yagé en su propia cura es fundamental. En sí, de él dependen los avances que obtenga en el camino. La ingesta del “remedio”, como le dicen con cariño y respeto la mayoría de taitas, provoca generalmente chuma (borrachera de yagé), vómito y diarrea. Esto resulta parte fundamental de la enseñanza del yagé por cuanto uno de sus objetivos es limpiar el cuerpo.

Región de Planadas, a veinte minutos en lancha de Puerto Asís. Su confianza en el yagé lo llevó a adoptar un estilo de vida dedicado a su estudio y, por eso, se desplazó a esta región para poder profundizar en las enseñanzas tanto de la planta como de la selva.

19. Al respecto puede consultarse Sánchez F. (2015) donde se analiza a la planta del yagé y su ceremonia como un espacio de enseñanza aprendizaje profundo y se desarrollan las subdivisiones aquí propuestas.

20. Bejuco que crece en la selva del Putumayo, encargado de la limpieza física del organismo en la ceremonia.

21. Planta selvática a la que se le atribuyen las propiedades visionarias de la medicina de la Ambi Huasca.

22. Corresponde esta descripción a nuestra experiencia, sin pretender que todas las tomas o ceremonias sean así. Es más, por la llegada del yagé a las grandes ciudades se ha incrementado el número de “taitas” que no necesariamente tienen tanta preparación, por eso es necesario, de querer tener la experiencia, seleccionar con mucho cuidado al sabedor que orientará la ceremonia.

El Taita Víctor Jacanamijoy, parafraseando a Descartes, dice, con toda seriedad “vomito luego existo”. Esta “limpia” conecta la experiencia profundamente con el cuerpo y prepara al tomador para la pinta, es decir las visiones que pueden llegar.

El yagé es una planta de conocimiento y enseñanza. Por eso, cuando lo tomamos, decimos suma pinta. Suma: lo más bonito de la vida, y pinta: visión, que no se puede confundir ni con sueño, ni con alucinación; es un estado de consciencia. En ese estado nos ponemos al alcance de información útil para nosotros mismos y para nuestros seres queridos. El yagé te cura con la belleza de la naturaleza; eso es lo que se ve en las visiones: la perfección de la naturaleza (Sanri, 2013: 67).

Como constructo de conocimiento, también se puede pensar en el yagé como ciencia médica -medicina expandida- (Sánchez, 2015: 26), que trabaja en niveles de observación muy profundos, tanto del paciente como del taita, los cuales permiten reconocer, en un nivel energético, las causas de los problemas físicos. Sin embargo, el concepto de salud no está enfocado hacia la enfermedad, sino a llevar una vida en plenitud y equilibrio, donde mente y cuerpo están profundamente relacionados. “Después de que usted es alegre, así tenga una enfermedad, si usted es alegre y no mentaliza la enfermedad, pues inevitablemente se cura, porque hay que recordar que la mayoría de enfermedades son psicológicas” (Chasoy, 2013).

Salud y educación van de la mano. Como en otras miradas ancestrales, el concepto de separación no existe en el mundo indígena; aprender a cuidarse es una forma de conocimiento, el yagé tiene como mandato, para comenzar, no contaminar el cuerpo. Poco a poco, se comienzan a notar, para bien, cambios en la alimentación y en las prácticas cotidianas de los tomadores que se toman el yagé en serio, “yageserios”, se dice en algunos grupos, en contraste con “yageceros”, como usualmente se nombran a los tomadores.

Nos están matando desde la cuna; a un chiquitín desde la cuna le dan tóxico y veneno: azúcar. En vez de raspar panela que le aporta nutrientes y calorías a su cuerpo. El tema es de comportamiento humano. Aquí [en mi casa] no se consume azúcar; segundo, nos bañamos con agua tibia al fogón; procuramos sembrar

nuestro propio maíz que no tiene insecticidas, pesticidas, abonos químicos, porque nada más, ni nada menos, aquí está en juego la vida de cada uno de nosotros. Es esta semilla, yo soy semilla; esta semilla es el cuerpo. Es cuidar nuestra propia naturaleza, nuestro cuerpo. ¿Cómo estamos comiendo, durmiendo, respirando? (Jacanamijoy, 2012).

(...) ha sido muy difícil verme a mí mismo y transformarme; ver en qué estoy fallando y cómo autocorregirme, es un abuelo que te enseña a ti mismo a corregirte, no solo que te va a corregir, sino que permite que tú mismo lo hagas y te permite evolucionar y adquirir fortaleza: (Gaitan, 2015).

Al realizarse usualmente en espacios fuera de la ciudad (y aunque no, también), crea para el tomador una relación más consciente con la Tierra, a quien se reconoce como la madre, la gran proveedora de todo lo que existe:

La Tierra es la que nos da todo. Igual que una mamá nos da su seno, nos da su cariño, nos da su amor. Igual que una mamá nos da la leche a todos, la Tierra nos da la leche que es el agua, el líquido vital de todo ser viviente que es el agua. Nos da el oxígeno, nos da el alimento, nos da además medicamentos, porque todos somos susceptibles de enfermarnos, pero la misma naturaleza nos da las plantas para que nos curemos. Es decir que en la Tierra está todo. Esto sería suficiente para explicar por qué nosotros debemos estar a la orden de la naturaleza, de la Tierra; no al contrario (Sanri, 2013: 64).

Para el Taita Víctor, la medicina enseña fundamentalmente voluntad²³, paciencia²⁴ y constancia²⁵. Con el yagé, no solamente los antiguos aprendieron los secretos de la naturaleza, sino que consiguieron ordenar y educar a sus comunidades. Por eso, pensar en esta ceremonia como un campo de adquirir conocimiento útil para un buen vivir ubica a la planta -dentro del mundo indígena- como parte esencial dentro del proceso de formación

23. Nadie va obligado, el querer es fundamental pasar una noche con frío enfrentado al malestar del cuerpo y mirándose a uno mismo dentro del misterio de lo desconocido requiere, sin duda, voluntad.

24. Aprender a tomarse la vida con calma, las grandes angustias mentales de lo cotidiano pasan a un segundo lugar frente a la intensidad de la experiencia y se mide con otro baremo a los problemas.

25. El camino exige permanencia para profundizar y aprender a resistir la medicina.

humano que, usualmente, en el mundo occidental, se relaciona con la escuela. Reflexionando sobre el yagé y la educación, el taita Miguel piensa que uno de los objetivos que comparten, es la claridad.

Los mayores siempre hablan de que el yagé nos muestra el camino, entonces es como el equivalente a la educación o a la formación, como le dicen en la sociedad, pues para quienes han tenido la posibilidad de tener claro el camino, y eso es la educación, la educación es claridad... la claridad con la vida, los compromisos y el deber ser (Chindoy, Palabreo, 2015).

El Taita Miguel explica que los abuelos “entendieron esta práctica como parte de la formación que requiere el ser humano; ancestralmente, la educación no se ha entendido como un proceso de información, sino como proceso vivencial y energético fundamentalmente, no es de información” (Chindoy, 2015). Así también lo confirma el músico “yageserio” de Tabio, David Sánchez²⁶, al comparar al yagé con la academia: “Yo le digo mi universidad, yo estoy haciendo una carrera, en ella estoy aprendiendo, tengo maestros, tengo compañeros, lo siento igual que una universidad en la que estoy aprendiendo” (Sánchez D., 2015).

Un aprendizaje personal e intransferible. Cada uno aprende lo que necesita para su vida, no se pretende que todos aprendan ni lo mismo, ni al mismo tiempo. A pesar de desarrollarse en un espacio común alrededor del fuego, cada tomador tiene su propio escenario de enseñanza personal a través del cuerpo, el silencio, la música, la palabra y la pinta²⁷. En esos espacios, cada ser determina su camino. El Taita Oscar Garreta asegura que el avance de un buen tomador se puede ver por la forma en que hace caso tanto a los consejos del taita como a los de la planta misma.

Si bien se recalca que la sanación y el aprendizaje son personales, la comunidad que se genera alrededor del yagé se construye alrededor de una propuesta de solidaridad y hermandad:

26. Guitarrista de la academia *Gentil Montaña*, tiene un terreno en Tabio, donde construyó en compañía de otros buscadores de conocimiento una maloca dispuesta para que sirviera como lugar de curación. Actualmente toca con un grupo que se creó gracias a las sesiones de yagé y es aprendiz del Taita Oscar Garreta, con quien actualmente toma la medicina. Su papel como músico es fundamental durante la medicina, pues la música hace parte esencial del yagé.

27. Se recomienda para profundizar en estos espacios de comprensión a Sánchez, F. 2013.

todos toman de la misma copa, todos son parte de la sanación, hay aprendices dedicados a ayudar a los que pasan por momentos de crisis y el taita, literalmente, pone su vida al servicio de la salud y la protección de los presentes.

Finalmente, el yagé es un camino de autodescubrimiento que permite entender las relaciones del hombre con la naturaleza, busca la sanación personal integral (mente, cuerpo) y permite diálogos experienciales con dimensiones interiores. Es una práctica milenaria que, compartida ahora con los no indígenas, se convierte en una manera de enseñar un pensamiento antiguo que, como dice el Taita Víctor, requiere necesariamente pasar por la experiencia para ser comprendido.

(...) los Inga salimos de nuestros territorios, pero no con las manos vacías; nosotros venimos a proponer; a proponerles limpia, conocimiento. También nos movió la necesidad de que haya más personas que compartan nuestro conocimiento. Algo que ya he entendido es que, solos, no va a pasar nada. Lo que queremos hacer es, como dicen los arhuacos, al hermanito menor hay que hacerle entender; hay que hacerle probar yagé. Esa es la enseñanza de yagé, es tomando. Muchos profesores en la universidad alegan que hay que leer; usted acaba la universidad y viene una especialización, y luego una maestría, y luego un doctorado, y luego un PhD. Entre más lea, más conocimiento. Se nos ha querido engañar o decir que la única forma de adquirir conocimiento es leyendo. Yo estoy afirmando que no es así, porque el conocimiento también es experimentando, entendiendo directamente (Sanri, 2013: 69).

MEDICINA TEMAZCAL: “UNA CASA PARA SUDAR CON TODAS MIS RELACIONES”

Está lloviendo. No sé si eso es una buena o una mala señal: La tierra se comunica pero no me han enseñado a escucharla. El hombre fuego está luchando con toda sus fuerzas para encender la hoguera que le recordará a las abuelas el volcán del cual vienen, sin embargo, el clima que a la una de la tarde rodea a Tabio hace que su tarea de brindarles calor sea realmente difícil, entonces ayudamos a encender el fuego, mientras las nubes caen sobre nosotros en forma de lluvia antigua y fría. Luz Amalia comienza a entonar una canción que le pide al cielo un poco de sol, se

acompaña por una maraca que imita el sonido de la lluvia bailando con el viento, esta es una forma de hablarle al cielo donde danzan las dos fuerzas vitales con las que intenta comunicarse (Sánchez F., 2017).

Volver a entrar con consciencia en el vientre de la madre tierra, lugar de protección y crecimiento, felicidad y paz; recordar la humildad de quien no es más que un niño aprendiendo a gatear por la vida; enfrentar la oscuridad, madre de la luz, abuela de la humanidad; hacer memoria por medio del calor de las abuelas piedras calentadas al fuego; tener un propósito; morir para volver a nacer; todo eso, y más, sucede en un Temazcal.

La palabra proviene del náhuatl (lengua yutonahua de Mesoamérica) y significa “casa de las piedras calientes”: Tetl, piedra; Mazitli, caliente; Calli, casa. Como lo indica su nombre, es un lugar para purificar el cuerpo a través del sudor, el cual es producido por la interacción del agua con el fuego concentrado y condensado en piedras volcánicas, denominadas abuelas, por ser parte de la Tierra desde su creación. En primer lugar, las abuelas son puestas al fuego durante varias horas, esta labor es realizada por el hombre fuego, un ser a quien se la ha dado la responsabilidad de activar su memoria por medio de una hoguera que debe permanecer correctamente prendida para que caliente a todas por igual y así permitir que su conocimiento sea útil para los asistentes a la ceremonia.

El Temazcal se realiza dentro de un diseño circular que posee cuatro entradas, las cuales simbolizan no solo las cuatro direcciones (norte, sur, oriente, occidente), sino los cuatro elementos (fuego, aire, tierra, agua) y también las cuatro puertas en las que se desarrolla la ceremonia. Dentro del círculo mayor, que rodea y protege lo que en él está contenido, se levanta una construcción que se asemeja al vientre de una mujer embarazada, realizado con madera flexible y amarrado con lianas. A esta casa se debe entrar gateando y saludar, besando a la Tierra, con una frase en náhuatl, Mitakuye Oyasín, que traduce “con todas mis relaciones”, lo que indica que quien entra reconoce que lo hace con todo lo benéfico y lo que ha sembrado en sus relaciones con la vida (seres humanos y no humanos) y que entra dispuesto a sanarlo (resignificarlo).

Así como en otros rituales, se prohíbe la entrada de mujeres en su sagrado tiempo de luna (periodo menstrual) por considerar que

su energía debe ser tratada cuidadosamente²⁸ (se hacen temazcales específicos para mujeres con periodo). También se recomienda entrar guiado por un propósito definido y sudar con él. Aunque con formas de hacer diferentes en puntos específicos (cantos, propósitos, formas de manejar la palabra, la mayoría de los sabedores que lo dirigen (hombres medicina) obedecen a un legado tradicional que se protege en la estructura de la ceremonia, orientada principalmente a reconectar al ser con su cuerpo, su espíritu, su entorno y con la vida expresada en la Tierra, que es invocada en el Temazcal como madre de amor y sabiduría.

Las cuatro puertas, más que un lugar físico, expresan el simbolismo del tiempo que dura cada parte del ritual. Cuando todos los presentes están adentro, mujeres a un lado, hombres al otro (con el fin de garantizar el equilibrio de la energía de lo masculino y lo femenino) el hombre del fuego va entrando las abuelas piedras, quienes son saludadas por todos los presentes y se les da la bienvenida ofreciéndoles una planta que se frota en su superficie (copal, palmito dulce, cedro, entre otras) y que despiden aromas medicinales. Quien ofrenda la planta también hace una oración de acuerdo con el propósito de ese momento específico del ritual. El encargado de acomodar las abuelas en el centro del Temazcal, lo hace con cuernitos de venado. Una vez todas las abuelas han entrado, se ordena al hombre del fuego recoger las medicinas y los cuernitos y entrar al “agua de vida”, por lo general, depositada en una tinaja de barro. Luego, entran la maraca y tambor y, finalmente, ante la solicitud del hombre medicina, el hombre fuego cierra el Temazcal.

Aún con los ojos abiertos, todo queda en perfecta oscuridad. Los sabedores explican que es una oportunidad para verse a sí mismo y que la energía usada normalmente para estar permanente viendo hacia afuera, retorne al interior de los presentes. De acuerdo con la puerta y la escuela del hombre medicina que dirige, se indica el propósito, el cual puede ser pensar y, o, rezar en, y con, los abuelos, los padres, los hijos o uno mismo; se pide también concentración y

28. En esto la mayoría de rituales coinciden en preservar el tiempo de periodo menstrual como un momento de regeneración de la mujer en la cual debe conservarse y cuidarse. Al respecto, una médica tradicional Misak, quien dirigió una ceremonia a la que asistieron los coinvestigadores, explicó que parte de su preparación para ser sanadora era saber menstruar.

silencio para escuchar los cantos de medicina, que pueden ser en náhuatl o en castellano. El hombre medicina ofrece agua a las abuelas y el vapor comienza a calentar todo el espacio, poco a poco la temperatura se eleva y el calor comienza a ser el protagonista principal de la experiencia. Mientras tanto, los cantos se van entonando y el tambor llena el aire con los latidos del corazón que pretende emular. El tambor es el corazón del Temazcal y quien lo toca debe mantener su latido de manera constante, se escuchan respiraciones agitadas y gemidos producidos por el calor, el tiempo comienza a parecer eterno y cada quien hace lo que puede para mantenerse concentrado en su respiración y permanecer vivo.

No es en vano que Arturo Rueda²⁹, sabedor de México, en el último Temazcal al que asistió el coinvestigador, hubiera comenzado la ceremonia diciendo que nos encontrábamos en “la universidad más antigua, y también, al mismo tiempo, en el hospital más antiguo del continente” (Rueda, 2017). La estrecha relación entre salud y educación que se presenta en estas prácticas, nos remite nuevamente al Taita Miguel, quien explica que, en el mundo indígena, la educación es todo un proceso vivencial y energético, más que un espacio de acumulación de información. En efecto, en el Temazcal, a la par que se van liberando toxinas, también la mente hace una limpieza profunda. Esto sucede, según la experiencia de los investigadores, porque la mente, al no poder sostenerse en su ritmo de pensamiento normal, por enfrentarse a una situación que le parece límite, libera la energía que gasta en los procesos de pensamiento repetitivo cotidianos y, entonces, se accede a un nivel de conciencia diferente de la vida, donde todo cuenta para el aprendizaje.

Los miedos, las angustias, las memorias que se requieren sanar se convierten en una forma de enseñanza muy profunda. El Temazcal es morir al miedo para nacer a la vida, soltar lo que no sirve para seguir adelante, adquirir fuerza para estar más consciente del privilegio de estar vivos. Sentir el cuerpo, probar sus límites, descubrir que es más fuerte de lo que uno cree, entender que en su

forma de funcionar hay un conocimiento que nos mantiene vivos (Sánchez, 2017).

Para Felipe Mardones³⁰, el Temazcal busca la unidad, recordar que no estamos separados, que mente, cuerpo y espíritu son una unidad permanente y no andan solos, cada uno por su lado, sino en una común unidad con respecto a sí mismos y a todo lo que hace parte del todo. La dinámica de la separación se hace evidente en la forma de pensar el mundo, eso genera la enfermedad, “pensar que nada tiene que ver contigo, cuando todo es un reflejo de la misma creación es un error que debe ser sanado” (Mardones, 2017).

Felipe Mardones denomina a la separación un “arreglo neuronal colectivo”, equiparado a una cultura, una narrativa. Identifica en esa cultura de la separación la verdadera raíz de nuestros problemas, o todo lo que llamamos problemas, entre ellos: la desigualdad, la pobreza, la destrucción de la naturaleza. Entonces, dentro de esa lógica, se busca arreglar lo que parece ser el problema, por ejemplo, luchar contra los empresarios ambiciosos y los políticos corruptos parecería solucionarlo, pero le parece ingenuo porque llevamos décadas y décadas en esa lucha y no funciona porque, para él, la ambición y la corrupción no son la causa del problema sino sus síntomas. Esto, a su entender, no tiene sentido, separar el mundo entre “los buenos y los malos” es completamente absurdo, se debe ir al origen: la separación es el problema. Pero, de ser así, ¿de qué exactamente es de lo que estamos separados? (Mardones, 2017).

Separados de todo, yo separado de ti, separado del viento, el viento es una fuerza azarosa, está soplando porque hay un cambio de presión atmosférica en un lugar y en el otro, no está soplando porque la vida tenga algo que ver conmigo, ¿te das cuenta? Cuando uno reduce todo, todo está reducido al azar, y si va caminando una niña allí no tiene nada que ver conmigo, ¿por qué tendría algo que ver conmigo? Cuando comienzas a expandir tu ser, te das cuenta de que todo tiene que ver contigo, hasta el pajarito que acaba de pasar

29. Estudiante de maestría en Desarrollo Sostenible en ECOSUR, Arturo Rueda es un joven mexicano que ha recibido la enseñanza del Temazcal de los Lakota, pueblo del norte del continente. También es biólogo y trabaja con investigación social.

30. Un hombre medicina de Chile, quien después de hacer un doctorado y ser profesor universitario renunció a la academia para dedicarse a otra forma de vida, con prácticas como el Temazcal, pero también por medio del desarrollo de una “economía sagrada”, más consciente de las necesidades de la Tierra.

por arriba, está diciendo: “Ah, me gusta lo que está diciendo, se está acordando cómo es la vida”, y eso que me estoy acordando de solo un cero punto uno por ciento de lo que hay para recordar. Separado yo de la vida, dividiendo las situaciones que me agradan y las que me desagradan y tengo que evitar, si hay alguien en mi comunidad que me cae mal voy a aprender a apartarlo. Nuestro arreglo neuronal, nuestra forma de pensar, nos hace pensar separados (Mardones, 2017).

A parte de la unidad, Onennes, Felipe Mardones explica que el Temazcal tiene otro dos principios fundamentales: uno, el aliento, el aire que respiramos (re espirar, re espiritualizar la existencia), y otro, el agua, la fluidez, la belleza de la vida. Aunque aclara que no es un vocero de los Lakota, a quien respeta por lo que le han enseñado y cuya tradición lleva en su corazón, nos explica con mayor profundidad el Mitakuye Oyasín, y cómo el llamado de esta medicina no tiene nada que ver con que uno se vuelva una buena persona:

Estamos todos relacionados, todos somos familia, con estas piedras, con el aire, con todo el mundo visible y todo el mundo invisible, con las estrellas, con la señora que va caminando al frente. La gente, cuando no entiende, piensa que este camino es un llamado a ser buena persona. No lo es. El mundo separado puede estar también dentro de uno mismo, así como separo afuera a Donald Trump [de] la Madre Teresa, por decirte un ejemplo, también me puedo separar yo mismo [de mí]: ¡Ah, tengo un ángel y un diablo!, que es también una separación totalmente absurda. Por ejemplo, si juzgamos que somos pecadores -visto desde la religión-, o que tenemos ego -en los caminos espirituales-, debemos derrotar nuestro ego. Así como debemos derrotar a Monsanto y Donald Trump, también debemos derrotar nuestro ego, es lo mismo. Llega un punto en la vida, donde la ausencia de la separación no es tan fácil de aceptar porque estamos acostumbrados a estar en guerra con algo y muchos no van a querer escuchar lo que estoy diciendo. Si uno está en guerra con algo de uno, está en guerra con algo de afuera y viceversa, entonces llega un momento de la vida en que uno se cansa de estar en guerra y aprende a abrir los ojos del alma y ver su mente y su corazón como en verdad son. Yo no sé cómo hacerlo, no quiero que suene como receta, cada quien tiene su camino (Mardones, 2017).

Las tradiciones ancestrales son caminos que le dan la bienvenida a quien sienta su llamado. En el Temazcal los abuelos han propuesto un rezo para recordar y renacer a la experiencia de una vida no separada del ser humano, volver a espiritualizar la experiencia de andar por el mundo y conocer en la plenitud del momento presente. Como dicen los Mapuches en Argentina, “estar ahí no más”... con todas mis relaciones.

ECOSOFÍA MESOAMERICANA: EL FUEGO MAYA

La ceremonia de Fuego Maya³¹ es uno de los ejemplos fundamentales para la comprensión de lo planteado en la presente investigación, debido a su especial relación con el elemento escogido para condensar la relación pedagógica entre el hombre -como un ser integrado a la naturaleza- y el fuego -como un abuelo dispuesto a guiarlo en el camino del Buen Vivir-

Si bien, como ya se ha dicho, el fuego es reconocido en las ceremonias ancestrales como abuelo, memoria, guía y sabedor profundo, es en el Fuego Maya donde se presenta con un papel definido de Ser Vivo capaz de hablar, expresarse y dirigir el ritual de acuerdo a las características de los presentes. Lo visible y lo invisible en un espacio que borra las fronteras de una razón protegida en sus sentidos corporales (solo es verdad lo que se puede medir) y teóricos (solo es real lo que sobreviva a las reglas de la lógica). Además, se reitera, el fuego en este ritual es considerado sagrado por ser el único elemento que el hombre no ha podido contaminar.

La maestra de Fuego Maya, Astrid Pinto, nos indica que la ceremonia da cuenta de los muchos conocimientos que los antiguos condensaron en su realización: manejar impecablemente el espacio donde se enciende el fuego, pedir permiso al territorio y a los espíritus, limpiar el lugar, hacer las ofrendas adecuadamente, saber qué día se está haciendo la ceremonia, qué se conmemora ese día, qué nawal es el que se trabaja³², Es un

31. El Fuego Maya del que se da cuenta en esta investigación se desarrolló en el contexto del curso “ética ambiental y ecología política” de la maestría en desarrollo sostenible del Colegio de la Frontera Sur ECOSUR y fue levantado por Astrid Pinto, quien además de ser mediadora de la ceremonia trabaja como investigadora en CESMECA.

32. Del término nawal y su significado se hablará con

aprendizaje largo que, en su caso, partió de la relación con su abuela, una sabedora indígena que, cuándo Astrid se enfermaba, le curaba no el cuerpo, sino su nawal, “si te enfermas, vienes al altar y quemas candela, haces una oración, haces una ofrenda y así se cura. Es sanación por medio del espíritu”. También explica, entre risas, que eso de la medicina botánica maya es una invención de antropólogos, “los mayas no curan con hierbas, curan con el fuego, con el espíritu” (Pinto, 2017).

El fuego en Maya K'iché se dice Q'áqu, cuando se le añade Lok'laj Q'áqu, se refiere entonces al Fuego Sagrado Maya, el cual se considera sobre todo como “un portal de comunicación con las jerarquías espirituales” (Mayatecun, 5133)³³. También es una ceremonia para recordar el tiempo como lo concebían los antiguos y elevar un rezo, día por día, a cada uno de los nawales que simbolizan los veinte meses de trece días en los que se divide el año, según la ceremonia a la que se asiste. Es tal la importancia del tiempo para la ceremonia que, a quien la dirige se le llama Ajq'ij, que significa “el contador de los días” o el “contador del tiempo”. “Contar” quiere decir que no solo sabe enumerarlo con precisión, sino también narrarlo, siendo de esta manera, más que guías espirituales, orientadores y mediadores de las relaciones entre la comunidad, el fuego y el tiempo.

El Toj (ceremonia Maya) [ofrenda] tiene el sentido de agradecer a los Ajaw (las energías del Universo) y armonizarse con el Cosmos. Tiene además sentidos particulares, dependiendo de la energía del día y la intención de quienes la celebran. Se establece un diálogo entre las y los participantes, con el fuego, mediado a través del Ajq'ij (Baldomero Cuma citado en: Hurtado, 2013: 1).

El fuego, como puerta del tiempo, se centra en el calendario solar, conservado en los territorios Mayas para pensar la vida alrededor de la siembra y como un ritual en sí misma. Además, según nos explica Alberto Vallejo³⁴, como una visión

detenimiento más adelante, se quiere primero ponerlo en el contexto en el que se usa y después observar su narrativa en un pasaje especial para ello.

33. Aunque la fecha de consulta en calendario gregoriano es 6 de noviembre de 2017 y ante la ausencia de fecha de publicación, hemos decidido en homenaje a esta otra forma de contemplar el tiempo, referenciarla con la fecha en calendario Maya A'b: Mes Mak año Job'iq 5.133, según nos informa la página de consulta.

34. Antropólogo y un reconocido estudioso y experto en la

de ecosofía mesoamericana, lo que involucra la posibilidad de invocar y convocar la sabiduría de la naturaleza en una propuesta al servicio del hombre para el cuidado de la vida.

Los *nawas* le llamaban a este calendario el Tohualtalani, la cuenta de los sueños o de los tonales, porque justo, a lo que refiere es a un calendario de usos rituales y adivinatorios. Estos dispositivos matemáticos, mentales para generar un pensamiento y un conocimiento de todo el entorno, la ecosofía, una relación con el medio y con los seres que interactúan con esos medios. Estos dispositivos matemáticos calendáricos tienen esas funciones, esos orígenes, esos usos (Vallejo, 2017).

El Fuego Maya, como lo conocimos y según hemos podido constatar en otras experiencias, se basa en una ofrenda a diversos elementos de la vida. El azúcar es la base del mismo y, a partir de círculos realizados en el suelo, se van disponiendo dentro de sus límites, otros alimentos como panela y cacao, además de flores y velas (en grupos de a trece) de diferentes colores, que se ubican de acuerdo con las instrucciones del Ajq'ij. Una de ellas es comprender que al fuego (a la vida) se le están ofreciendo “dones”, objetos con significado, alimento; lo que se da es lo que se recibe. Así, la idea es permanecer con buenos pensamientos y con atención en lo que se está haciendo, entre otros: deshojar las flores y acomodar sus pétalos, de acuerdo a los colores sin que se mezclen, disponer los alimentos en orden, acomodar los palitos de madera entre los elementos. Es decir que se crean unos dispositivos de atención en lo que se hace y en cómo se hace. Es una práctica compartida en todos los rituales, donde no se enfoca al aprendiz en un resultado, sino en la atención al proceso.

Un mándala multicolor hecho por la interacción de todos los presentes es el resultado final. Desde su interior, Astrid enciende el fuego con la intención de recordar a la academia que existen muchas formas de saber y todas merecen ser abrazadas con el corazón de una ciencia que necesita recobrar el espíritu de la vida, para ser, sobre todo, útil, en estos momentos de crisis.

Cultura Maya, no solo a nivel teórico, sino con un recorrido experiencial que, en la ceremonia en mención, le llevó a realizar una codirección donde nos explicó la mayor parte de lo que aquí se expone. Hace parte del Centro de Estudios Superiores de México y Centroamérica (CESMECA), San Cristóbal de las Casas, Chiapas, San Cristóbal de las Casas.

Comienza, entonces, el proceso de ofrendar (dar alimento) a los nawales, elementos que simbolizan la unión entre el hombre y la naturaleza, por medio de un animal o un ser. Para Vallejo, 2006, el uso de los nawales obedece a una lógica indígena de alteridad y construcción dialógica que da respuesta al planteamiento del otro “no humano, la naturaleza y los seres del mundo sagrado” (p. 216), y que define al mismo tiempo la construcción del yo a partir de la relación con lo simbólico.

Para Alberto Vallejo, la importancia del nawal es que visibiliza una forma de conocimiento otra sobre la condición humana, al recordar que los hombres son diversos y, dentro de esa diversidad, cada uno tiene funciones, habilidades y características personales, sin las cuales, sencillamente, no sería él mismo.

El *nawal* lo que define básicamente es tu arte, saber de qué y para qué estas hecho. Los mayas, en Guatemala, dicen que una de las enfermedades más comunes en la sociedad en general es no conocer tu nawal. Estamos tan necesitados de chamba y todo esto, dentro de un sistema laboral impuesto por el capitalismo, que la gente no desarrolla lo que realmente es su ser. Las neurosis, sicosis y enfermedades mentales en la sociedad actual se producen porque la gente no sigue su destino, no sigue su camino, se traicionan a sí mismos, no se conocen a sí mismos. No desarrollan lo que podrían aportar al mundo (Vallejo, 2017).

El Fuego Maya es una antropología ancestral que propone desde el conocimiento mesoamericano respuestas al por qué y para qué de la vida a partir de los dones que por naturaleza posee cada ser humano en relación con el cosmos. Su práctica, como todas las descritas en esta investigación, fue ferozmente perseguida durante la Conquista y la Colonia, la evangelización la relacionaba con brujería. Al igual que en otros territorios, el ritual, como un dispositivo de memoria y relación con el mundo, se conservó en las profundidades de las selvas, guardado con cuidado hasta que llegara el momento adecuado. El momento en que el hombre blanco pudiera tener la disposición de escuchar. Ese tiempo del renacer de estas ceremonias rituales parece haber llegado con fuerza para dejar sentir una voz antigua que, por supuesto, no se piensa diferente a la práctica política.

Estamos en tiempos donde estas tradiciones no solo han tenido un resurgimiento sino un uso a nivel político, por parte de los pueblos mayas, incluso con uno de los acuerdos de paz más importantes, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas³⁵. Es la primera vez, desde la llegada de los españoles, que hay un instrumento legal que reconoce el derecho de la espiritualidad indígena y a su cosmovisión, un concepto antropológico que se volvió herramienta política (Vallejo, 2017).

LA FIGURA DEL ABUELO/MAESTRO EN LA EPISTEMOLOGÍA DEL FUEGO

El abuelo en el mundo indígena desempeña el mismo papel del maestro en el mundo espiritual de oriente o, guardadas las proporciones, el de profesor del mundo occidental. La diferencia radica en la profundidad del trato que se crea gracias a un lazo de sangre directo o simbólico, que genera un escenario de tejido familiar y humano, no desentendido de un proceso de aprendizaje serio y exigente. En este escenario, el maestro es de la familia (abuelo) y enseña para la familia (nieta, pueblo), es “el mayor”, término que se refiere con mucho respeto a la enseñanza que él representa para su pueblo la comunidad que se reúne alrededor del fuego con toda la carga de significado que ello implica.

Una acepción con carga simbólica es la que referencia a este proceso educativo, comunicacional y espiritual como una siembra. En ese sentido, la posibilidad de sembrar adecuadamente ofrece a quien deposita la semilla la oportunidad de perpetuarse a través de la palabra que el otro lleva consigo. La siembra se hace para muchas generaciones adelante, la palabra es referencia de semilla, el ejemplo lo es de alimento y abono para que la semilla crezca bien. Así como las plantas se ofrendan a sí mismas como alimento de sus descendientes, este proceso de entrega no es ajeno en el espíritu de la ancestralidad de nuestros pueblos. En el pueblo Kamëntšá, se repite una frase que ejemplifica con mucha belleza este proceso: “somos los herederos de nuestros abuelos y los abuelos de nuestros herederos” (Chindoy, 2017).

35. Firmado en México D.F. en 1995

Ese conocimiento que se teje de manera oral se escribe por medio de la experiencia en la sensibilidad de los participantes. Cabe anotar que esto va generando una forma de ser, estar y pensarse en la vida. La palabra no es tanto propiedad de una persona. El plural de los abuelos, los mayores, los taitas, los mamos, antecede por lo general la enunciación de los conocimientos hablados que se imparten, se refugia el sabedor en un conocimiento comunitario del cual él solo es un mensajero. Sin embargo, cada quien hace y teje la historia de este hilo milenario desde su propio ser, su infinita diversidad que vino a expresarse con la libertad y la sabiduría que trae el camino recorrido por sus antepasados.

Valga decir que la idea de que sean los mayores los guías de la comunidad (o la sociedad) no fue desconocida: en Roma, el término Senado, en latín, *Senatus*, venía precisamente de *senex*: anciano. Para las comunidades son los mayores quienes sostienen la comunidad con su palabra. Fundamentalmente, la palabra de un mayor resguarda un camino milenario que indica a quien la escucha cómo llegar a sus canas y, más allá, cómo asegurar la vida para los que vienen en comunidad. Allí se reflejan la cultura, uso, costumbres, -sus usos y costumbre-, el mito vivo de ley de origen. Palabra de orden y respeto, la palabra de los mayores es, fundamentalmente, una medicina.

En ese sentido abuelo, nieto y padre no están separados, todos tienen el mismo hilo de sangre y los conecta no solo a todos entre sí, sino a todos con la Tierra. Por eso, que la placenta junto con el ombligo del recién nacido se siembre en la tierra, no es simplemente una tradición, sino un rito con la intencionalidad de iniciar al nuevo miembro de la comunidad en el cuidado del legado de los mayores (Pueblo Kamëntšá, 2014: 6). Desde esa parte de su ser, sembrada en su lugar de nacimiento, es que el Taita Miguel enuncia a los Kamëntšá, no como una comunidad que se piensa como parte de la Tierra, sino que se siente como parte de ella.

Al decir que “somos los herederos de nuestros abuelos y los abuelos de nuestros herederos”, el Taita Miguel indica que los que vienen adelante son los mayores, por eso en las comunidades es muy común cargar a los niños atrás. Frente a una concepción del tiempo que propone una linealidad con principio y fin, (re) aparece una mirada de espiral donde a veces para avanzar hay que devolverse y para subir se debe bajar. La

metáfora del caracol, tan bien manejada por los zapatistas, define con perfección el movimiento: de adentro hacia afuera, de abajo hacia arriba, de adentro hacia afuera

LA EXPERIENCIA PEDAGÓGICA - SENTIPENSAR

En esta propuesta pedagógica, se instala la experiencia como principal fuente de conocimiento. El sentipensante, un término acuñado por el investigador y fundador de la Investigación Acción Participativa, Orlando Fals Borda, nos indica que el camino para producir un conocimiento pertinente para la vida está en la vida misma. El sentipensar tiene conciencia de mente - cuerpo en la construcción del pensamiento. Fals Borda plantea que es necesario reconocer los saberes de las comunidades populares, campesinas e indígenas, porque son ellos, los que tienen los saberes y conocimientos de las bases de la vida, como la alimentación, el cuidado del agua y la protección de la naturaleza.

Los asuntos estratégicos de la vida social se juegan en la cotidianidad de la gente del común, por eso, esta propuesta supone salir del salón al territorio y convertirlo en un aula de clase. Un ejemplo sería las aulas abiertas, donde confluye el interés de investigación de la academia con el de las comunidades.

Orlando Fals Borda plantea que, a partir de la experiencia en territorio, están personas inteligentes, preparadas para asumir su ritmo de vida, que tienen el conocimiento y que fueron ellos quienes inventaron el concepto de sentipensante que aparece en sus libros,

Ese concepto no lo invente yo, eso fue cerca de las ciénagas de San Benito Abad, un pescador que iba conmigo que me dijo: mire, nosotros si en realidad creemos que actuamos con el corazón, pero también empleamos la cabeza y, cuando combinamos las dos cosas, somos sentipensantes. Es un concepto muy sencillo y que se entiende en su totalidad (Fals Borda, 2008).

Esta anécdota del investigador señala, como él lo expresa, “que el lenguaje que dice la verdad es el lenguaje sentipensante, aquel, que es capaz de pensar sintiendo y sentir pensando” (Fals Borda, 2008). La pedagogía del sentipensante

está comprometida con la transformación de la realidad de la vida de la gente. Es producir un conocimiento que rompa con las concepciones clásicas de las ciencias sociales, que colocan a los profesores, intelectuales e investigadores fuera de la sociedad, cuando, por el contrario, son ellos los llamados a transformar la realidad con la participación de la gente.

Cuando la escuela queda alejada del territorio, también queda ciega. Es necesario convertir el territorio en un aula de clase donde se aprende y se produce un saber útil. El profesor y el investigador ya no son quienes tienen y llevan el saber, son quienes deben escuchar para comprender y, con el otro, con el poblador, con los pueblos originarios, con los campesinos y el pescador, producir un conocimiento pertinente para la verdadera solución de los problemas de la vida, por eso es fundamental un conocimiento sentipensante.

En la epistemología del fuego, los sabedores nativos producen su saber, y lo comparten, en una conexión profunda entre mente y cuerpo, al explicar con su ejemplo y en los rituales ancestrales que existe una manera de estar en el mundo que pueda ser más benéfica para sí mismo y para quienes lo rodean. Para los abuelos y sus aprendices, la pedagogía del sentipensante es la vida cotidiana y el conocimiento es para transformar.

LA OBSERVACIÓN DEL MUNDO EN LA EPISTEMOLOGÍA DEL FUEGO

Para el Taita Miguel es claro que el ejercicio que involucró la racionalidad indígena de la vida fue realizado por los mayores mediante un proceso profundo de observación del mundo. Observar desde el pensamiento Kamëntšá implica que cuando observamos nos estamos comunicando con aquello que estamos observando. “No es un simple mirar”, aclara el taita, gracias a esta capacidad, los abuelos aprendieron a comprender su entorno y, por ende, a penetrar en el espíritu de lo observado, por eso boninch ja bua juan quiere decir adentrarnos con nuestra vista en aquello que estamos mirando, observando. Entrar en algún lugar con nuestros ojos:

(...) A través de la observación del boninch ja bua juan fue como nuestros abuelos comenzaron a entender el mundo, el entorno

y, claro, la perfección del mundo. Entonces no miraron un entorno lleno de cosas, sino la perfección del mundo, a través de la observación fue como nuestros abuelos entendieron que la Tierra es un ser vivo, y todo lo que crece alrededor de la Tierra tiene vida. Mire todo lo que se produce a través de un acto que es la observación boninch ja bua juan. Ese acto de observar tiene unos efectos que generan acercamiento, entendimiento, generan un afecto con aquello que estamos observando (Chindoy, 2017).

Entonces, mientras observar, como se hace en la investigación tradicional, es describir un objeto de estudio, exclusivamente a través de los ojos antropocéntricos de la razón moderna; en las cosmologías ancestrales, observar es un ejercicio que se realiza a través de los ojos del corazón, es un espacio para conocer, pero también para cuidar y preservar porque se concibe la vida como un mismo tejido vital. Como lo expresara con tanta belleza el Jefe Seattle, de la Tribu Sioux, cuando se vio obligado a vender su tierra al presidente de los Estados Unidos en 1854:

Esto es lo que sabemos: todas las cosas están ligadas como la sangre que une a una familia. El sufrimiento de la tierra se convertirá en sufrimiento para los hijos de la tierra. El hombre no ha tejido la red que es la vida, solo es un hilo más de la trama. Lo que hace con la trama se lo está haciendo a sí mismo (Jefe Seattle, 1854).

Comprender la observación a partir de la sabiduría de los pueblos originarios explica en gran medida el profundo respeto por el entorno que las culturas ancestrales desarrollaron en el continente, esta comprensión acepta e involucra que no solo el otro humano, sino lo otro (existencia viviente) tienen subjetividad y sentidos propios. Por lo tanto, estos agentes - seres (plantas, sol, objetos, espíritus...) entablan permanentemente comunicación con lo que somos y hacemos en el mundo. La importancia de llevar la vida a un plano como el aquí expresado puede hacer que se entienda con mayor facilidad la necesidad de comprender procesos ecológicos urgentes para nuestros territorios.

La epistemología del fuego busca la posibilidad de integrar, al conocimiento actual, la palabra antigua de los mayores (pueblos originarios) para conectar la experiencia y tomar decisiones sobre

el futuro, con miras a producir sentidos sociales compartidos alrededor de una vida buena y bella para todas y todos.

CONCLUSIONES

El trabajo de investigación abordó la epistemología del fuego, más que su estudio, su práctica está respondiendo a un llamado que han recibido los pueblos ancestrales de compartir su manera de aprender y curar. Un llamado que, sostienen, es realizado directamente por el territorio, por Abya Yala que, como ser vivo, requiere que esta manera de cuidar la vida, sin desentenderla ni centrarla exclusivamente en lo humano, pueda tener la oportunidad de aportar algo útil en estos momentos de intensa búsqueda de sentido.

Las prácticas y las nociones que han sido entregadas con el cuidado y respeto de los pueblos originarios al cosmos, permiten elaborar ciertos preceptos para abordar las que se han denominado epistemologías del fuego, enunciando en ellas las maneras de producir conocimiento, y que, desde lo ancestral, han sido usadas para la construcción de comunidad, privilegiando la forma en la que cada ser se piensa a sí mismo dentro de una cosmovisión y una inteligencia cósmica y que permite bases para afrontar la idea de la separación interna y externa, a la que se ha visto abocado el ser humano desde la construcción occidental del mundo.

Como complemento necesario de lo que es el hombre, emergen de las selvas conocimientos que se ponen al servicio de la vida, enseñándole a estar en paz con ella. Destino no resuelto dentro de los esquemas de pensamiento utilitarista, donde lo único que ha tenido valor (si lo ha tenido) es el ser humano. Descubrimiento no realizado de un verdadero Nuevo Mundo, que está a la espera de hacer aportes que no solo generen un movimiento en el pensamiento para admitir la necesidad de curar una enfermedad muy profunda en la manera de entender la vida, sino la posibilidad de que se

admitan otras formas de conocimientos creados con rigores y perspectivas de una ciencia ancestral.

Nuevamente, frente a las coincidencias en los descubrimientos de Abya Yala como un territorio capaz de producir conocimientos propios con una enunciación que sobrepasa y ponen en tensión las lógicas tradicionales de validez científica, el papel de las ciencias sociales se expande. En efecto, si estas ciencias son capaces de integrar a su pensamiento el conocimiento de los pueblos nativos, podrán reconocer en ellos su propia ancestralidad e historia para, desde allí, aportar a una urgente resignificación de la vida del ser humano en la crisis de una modernidad que, en muchos lugares del continente, ni siquiera ha llegado del todo.

En ese sentido, y continuando con la idea tejida por otros autores de un pluriverso (un mundo donde quepan muchos mundos), estas epistemologías basadas en el reconocimiento de la diversidad aportan también la construcción de una polifonía, donde no solamente la palabra y el pensamiento son protagonistas de la producción de sentido; en efecto, la relación de expresiones variadas como música, canto, poesía, narrativas cantadas, mitos, ritos y otros emergen como un escenario de comunicación-educación en la cultura capaz de tejer lazos profundos y producir conocimientos variados y útiles para un buen vivir.

Invitar al cuerpo al escenario de la educación formal, comprendiéndolo como un vehículo que se relaciona sabiamente con el mundo, es un llamado a tomar conciencia de su importancia y cuidado a través de diferentes vías que puedan ser útiles en ese propósito. La conexión del hombre con todo su ser es un llamado de los mayores que, con su ejemplo, enseñan un estilo de vida basado en el respeto y en el reconocimiento de lo sagrado, más allá de lo religioso, en una dimensión espiritual práctica que no está en guerra con nada externo y que busca con sinceridad la unidad, desde la diversidad de cada uno y de sus sueños.

BIBLIOGRAFÍA

- Bárcenas, R. (2002). Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: un problema filosófico en la investigación científica. *Acta Universitaria*, 12(2), 48-57.
- Botero-Gómez, P. (2015). Pedagogía de los movimientos sociales como prácticas de paz en contextos de guerra. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(2), 1191-1206.
- Chindoy, M. (02 de 07 de 2015). Palabreo. (F. Sánchez, Entrevistador) Bogotá, Colombia.
- Chindoy, M. (2 de 11 de 2017). Palabreo. (F. Sánchez, Entrevistador) Bogotá, Colombia.
- Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, C. (2010). Lima: Oxfam América y Solidaridad Suecia América Latina (SAL).
- de Sousa Santos, B. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Uruguay: Trilce.
- de Sousa Santos, B. (2010a). *Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural editores.
- de Sousa Santos, B. (2011). *Epistemologías del Sur. Utopía y Praxis Latinoamericana*, 16(54).
- Escobar, A. (2017). Desde abajo, por la izquierda y con la tierra: la diferencia de Abya Yala/Afro/Latino/América. En J. Regalado, *Pensamiento crítico, cosmovisiones y epistemologías otras, para enfrentar la guerra capitalista y construir autonomía*. Chiapas: Ciesas.
- Fals Borda, O. (17 de 08 de 2008). Orlando Fals Borda-Sentipensante. (R. Bassi, & D. Britton, Entrevistadores) (En línea). Recuperado el 02 de 05 de 2017, de <https://www.youtube.com/watch?v=LbJWqetRuMo>
- Fals Borda, O. (2009). *Una sociología sentipensante para América Latina (antología)*. Bogotá: CLACSO/Siglo del Hombre Editores.
- Gaitan, Y. (04 de 05 de 2015). Comunicación personal. (F. Sánchez, Entrevistador) Tabio, Cundinamarca, Colombia.
- García, R. (2006). García, Rolando. *Salud Colectiva*, 2(2), 113-122.
- Garreta, O. (07 de 06 de 2017). Entrevista. (F. Sánchez, Entrevistador) Tabio, Cundinamarca, Colombia.
- Huchim, D.H., & Reyes, R. (2013). La investigación biográfico-narrativa, una alternativa para el estudio de los docentes. *13(3)*, 1-27.
- Hurtado, J. (2013). Explicación del Ajq'ij Baldomero Cuma sobre el agua desde la cosmovisión maya. Recuperado el 06 de 11 de 2017
- Jacanamijoy, V. (10 de 10 de 2012). Palabreo previo a toma de yagé. (F. Sánchez, Entrevistador) Bogotá, Colombia.
- Jaramillo, L. (2003). *¿Qué es Epistemología? Cinta de Moebio*, 18. Chile: Universidad de Chile Santiago
- Jefe Seattle, G. (1854). Carta del Gran Jefe Seattle, de la tribu de los Swamish, a Franklin Pierce Presidente de los Estados Unidos de América. Recuperado el 08 de 08 de 2017, de <http://herzog.economia.unam.mx/profesores/blopez/valoracion-swamish.pdf>
- López, M. F. (2015). La epistemología otra en la comprensión de los movimientos contrahegemónicos. *Revista sociológica de pensamiento crítico*, 213 - 224.
- Mardones, F. (25 de 09 de 2017). Entrevista sabedor México. (F. Sánchez, Entrevistador) Chiapas, México.
- Martínez, B. (11 de 01 de 2018). Entrevista. (A. Mora, & F. Sánchez, Entrevistadores) Bogotá, Colombia.
- Mavisoy, W. (2014). Etnografía sobre el que hacer antropológico y las manifestaciones de un antropólogo por su origen. *El Ejercicio de jtsenuabnayá «Existir reflexionando» Entre los kamëntšá. Tabula Rasa(20)*, 197-221.
- Mayatecun. (0 de 0 de 5133). *El Fuego Sagrado Maya*. Recuperado el 06 de 11 de 2017, de <https://somossentipensantes.blogspot.com.co/p/sentipensantes.html>
- Murillo, D. (2013). *Ley de Origen y legislación*

en Colombia: Contraposición, intereses y contradicciones entre los pueblos indígenas y el estado, en materia de explotación de recursos naturales en la Sierra Nevada de Santa Marta (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

- Pinto, A. (23 de 09 de 2017). Entrevista Fuego Maya. (A. Mora, & S. Federico , Entrevistadores) San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, México.
- Quijano, A. (2014). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En CLACSO, Cuestiones y horizontes : de la dependencia histórico-estructural a la (págs. 777-832). Buenos Aires: CLACSO.
- Rueda, A. (26 de 07 de 2017). Comunicación personal. (F. Sánchez, Entrevistador) San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, México.
- Sánchez, D. (12 de 06 de 2015). Comunicación personal en toma de yagé. (F. Sánchez, Entrevistador) Tabio, Cundinamarca, Colombia.
- Sánchez, F. (2017). Reflexión de Diario de Campo. Sierra Nevada de Santa Marta: Instrumento de recopilación de información sin publicar.
- Sanri, F. (2013). Diálogos con los demás para hablar con uno mismo. Bogotá: Editorial Bambú.
- Sanchez, F. (2015) Pedagogía Ancestral. La escuela del Yagé (Tesis de especialización). Unimunto, Bogotá, Colombia.
- Valdettaro, S. (2015). Epistemología de la comunicación: una introducción crítica. Bogotá: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.
- Vallejo, A. (15 de 09 de 2017). Comunicación personal en Ceremonia de Fuego Maya. (F. Sánchez, Entrevistador) San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, México.



COLABORADORES INTERNOS ■
NACIONALES

**COLABORADORES INTERNOS
NACIONALES**

**NOCIÓN DE INTIMIDAD SEXUAL DESDE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTECONSTITUCIONAL COLOMBIANA**
Alexander Fula López

NOCIÓN DE INTIMIDAD SEXUAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*

THE CONCEPT OF SEXUAL PRIVACY IN THE JURISPRUDENCE OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT

NOÇÃO DE INTIMIDADE SEXUAL DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Alexander Fula López^a
afulal@unicolmayor.edu.co

Fecha de recepción: diciembre 03 de 2018
Fecha de revisión: febrero 14 de 2019
Fecha de aceptación: abril 07 de 2019

RESUMEN

Para entender cuál es el alcance y el significado de los derechos sexuales y reproductivos en las cárceles de Colombia, es necesario encontrar elementos para hilvanar la discusión sobre la categoría de intimidad que, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional es imprescindible para la preservación de la dignidad de los privados de la libertad. Desde el análisis de esta categoría, pueden destacarse las primeras nociones de los derechos objeto de estudio. En este artículo se intenta develar que las tensiones para la garantía de tales derechos surgen por la no existencia de una teoría clara sobre los mismos, y una disposición de trabajar en la posibilidad de que las particularidades posibilitan la construcción de unas condiciones que posibilitan el ejercicio de los Derechos Sexuales y Reproductivos en Colombia.

Para citar este artículo:

Fula, A. (2019). Noción de intimidad sexual desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 313 - 323.

* Artículo de investigación científica que presenta análisis de información recolectada para la Tesis Doctoral en Derecho titulada "Los Derechos Sexuales y Reproductivos en las Cárceles de Colombia", para la Universidad del Rosario.

a. Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia, estudios en Maestría en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales en el IEPRI, de la Universidad Nacional, Doctorando de la Universidad del Rosario. Docente e Investigador de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y Universidad Militar. Universidad Del Rosario Facultad de Jurisprudencia Doctorado en Derecho.

PALABRAS CLAVES

Derechos Sexuales y Reproductivos; Intimidad; Cárceles.

ABSTRACT

To find elements for a real understanding of Sexual and Reproductive Rights in Colombian jails analytical tools are necessary to begin to disentangle the discussion on the category of Intimacy that in the Colombian Constitutional Court is noted as essential in the preservation of the dignity of individuals deprived of liberty. From the study of this notion the first notions of the rights that are being analysed can be pointed out; this article is an attempt to reveal that the tensions on the assurance of this type of rights develop because of the lack of a clear theory on the matter and a disposition to work on the possibility that the particularities make possible the construction of conditions that make the exercise of Sexual and Reproductive Rights in Colombia feasible.

KEY WORDS

Sexual and Reproductive Rights; Privacy; jails.

RESUMO

Encontrar elementos para compreender o alcance e o significado dos direitos sexuais e reprodutivos nas prisões da Colômbia, é necessário para começar a encadear a discussão sobre a categoria de privacidade, que a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional é essencial para a preservação da dignidade das pessoas privadas de liberdade. A partir da análise desta categoria, as primeiras noções dos direitos em estudo podem ser destacadas. Neste artigo procuramos revelar que as tensões pela garantia de tais direitos decorrem da falta de uma teoria clara sobre elas, e uma disposição para trabalhar em que as particularidades permitam a construção de condições que permitam o exercício de direitos, direitos sexuais e reprodutivos na Colômbia.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos sexuais e reprodutivos; intimidade; prisões.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es hacer un recorrido por la noción de intimidad, expresión que es un elemento transversal de una investigación sobre los Derechos Sexuales y Reproductivos (en adelante DSR) en las cárceles de Colombia. La afirmación que se intentará sustentar en este escrito es que la intimidad, como concepto jurídico, es abierta e imprecisa con el fin de construir, sustentar y permitir posiciones y significados desde aplicaciones particulares. Los elementos que ayudarán a reflexionar sobre esta afirmación son: (i) precisar la noción de intimidad construida desde el material jurídico colombiano, y (ii) revisar aspectos teóricos y prácticos que determinan las formas o métodos para la construcción del concepto. Estas últimas son el control de convencionalidad y la acción de tutela.

La intimidad significa para el diccionario de la Real Academia de la Lengua: “1. Amistad íntima. 2. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” (RAE, 2019). Obviamente tales definiciones son limitadas para el tema propuesto, puesto que identificar intimidad con el tema de la actividad sexual es de primer plano una arbitrariedad necesaria y metodológica para esta investigación, y de entrada podría proponerse que la sexualidad es solo la unión de lo biológico, lo social, lo psicológico y lo cultural, cuando tiene que ver con el comportamiento, las actitudes y los sentimientos de la persona; formando parte fundamental de la personalidad del individuo orientada por la razón, la voluntad y las demás dimensiones y valores del ser humano.

El momento en el cual la pareja se encuentra para disfrutar de su otro en una relación sexual que puede ser penetrativas o no. Entendidas las primeras como: **Las relaciones sexuales penetrativas** incluyen además de besos, abrazos y caricias contacto genital (pene - vagina, pene - ano, pene - boca) o penetración con otro tipo de elementos u objetos. Y **las no penetrativas** que incluyen caricias, besos, abrazos y masturbación, entre otras actividades, sin llegar a la penetración. Esta aseveración que utiliza y distingue Profamilia, de entrada, es útil para empezar a dialogar al respecto (<https://profamilia.org.co>).

A partir de lo anterior y en aras de la investigación, es necesario confirmar que, en los primeros acercamientos a las fuentes de

información en la Cárcel Nacional Modelo, la noción de DSR es básicamente nula dentro de los discursos y diálogos establecidos con los internos y parte del personal a cargo de la prisión, siendo las herramientas más cercanas para los internos: (i) el derecho a la visita conyugal, (ii) el cuidado de las enfermedades por contagio sexual y el (iii) derecho al beso que negocian los miembros de la comunidad LGBTI, es claro entonces que la noción de intimidad aparece tenuemente.

Este diálogo no es solo entre disciplinas, es una construcción de sentido jurídico que alimenta el universo de condiciones y elementos que precisan una investigación que intenta descubrir ¿cómo las normas tocan el cuerpo de manera efectiva? o para ser precisos ¿cómo las normas, sin importar su origen y su efectividad, logran condicionar este aspecto del desarrollo del sujeto? Condicionar significaría entonces, que la norma ubica comportamientos en la persona y en su actividad sexual que le somete a una relativa libertad en su desarrollo, en este caso aquellos privados de la libertad.

ANTECEDENTES A LA NOCIÓN DE INTIMIDAD

El término “intimidad”, al rastrearse como categoría de análisis, se puede ubicar en disciplinas como la antropología, la psicología, el psicoanálisis y el derecho. No significa esto que no haya más posibilidades disciplinares, sino que estas disciplinas acusan un esfuerzo visible que se puede identificar en un trabajo preciso que delimitará al plano jurídico colombiano.

Como punto de partida las sentencias de la Corte Constitucional colombiana se convierten en un insumo que determinan cómo las normas jurídicas dan sentido al desarrollo de la experiencia sexual en las cárceles colombianas, que conectan con el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos.

Para el jurista colombiano Edgar Escobar (2004) la piedra angular donde se ha sustentado la inserción del concepto de “intimidad” al ámbito jurídico nace en la expresión “tener derecho a ser dejado en paz” emitida presuntamente por el juez Cooley de los Estados Unidos, pero allí precisamente en 1890 el magistrado del Tribunal Supremo, Louis Brandeis, quien a la par de Samuel Warren escribieron un texto reprochando

la invasión a la intimidad sufrida por Warren cometida por un periodista. En 1939 Nizer refiere que el “derecho a la intimidad es el derecho del individuo a una vida retirada y anónima” (Escobar, 2004: 36-37) William Swuindier afirma que el derecho a la Vida Privada es aquel “derecho a vivir su propia vida en soledad, sin ser sometido a una publicidad que no se ha provocado ni deseado” (Escobar 2004: 37). Posteriormente Lucier Martin dice que “la vida privada es la vida familiar, personal del hombre, su vida interior, espiritual, la que lleva cuando vive detrás de su puerta cerrada”. Su ubicación codificada se postula en que la obra “Derecho Civil” de Jean Carbonnier sostiene que “la intimidad es la esfera secreta de la vida del individuo en la que tiene el poder legal de evitar a los demás”. (Escobar 2004: 37).

En este instante es útil referir a Cass Sunstein (2006) en su texto “Acuerdos Carentes de una Teoría Completa en Derecho Constitucional y Otros Ensayos”. La tesis del autor consiste en que “la gente se pone de acuerdo sobre prácticas constitucionales, y hasta sobre derechos constitucionales, cuando no puede ponerse de acuerdo sobre teorías constitucionales (...) ordenamientos constitucionales que funcionan bien tratan de resolver problemas a través de acuerdos carentes de una teoría completa” (p.35). Las premisas que dan contenido y sentido a dicha sugerencia son: (i) los acuerdos permiten abstracciones que son aceptadas y desacuerdos en las particularidades por lo tanto tal fenómeno posibilita en el derecho constitucional y en política la construcción de la Constitución. (ii) las reglas y las analogías son enunciadas como “los dos métodos más importantes para resolver disputas constitucionales sin obtener un acuerdo sobre principios fundamentales, tales dispositivos buscan hacer posible la obtención de acuerdos donde el acuerdo sea necesario y hacer innecesaria la obtención de acuerdo donde sea imposible un acuerdo” (p. 36) (iii) premisa “con frecuencia se llega a un acuerdo carente de teoría completa sobre un principio general, queriendo decir con esto que las personas que aceptan el principio no necesitan estar de acuerdo sobre lo que implica en casos particulares” (p. 39).

Así el punto de partida es identificar las características del escenario que emerge de los acuerdos de prácticas y derechos constitucionales sin acuerdos sobre teorías constitucionales. Cass Sunstein (2010) formula esto como un fenómeno,

donde los acuerdos permiten abstracciones que son aceptadas y desacuerdos en las particularidades, lo cual posibilita en el derecho constitucional y en política la construcción de la Constitución. Sin embargo, admite que acuerdos carentes de una teoría completa a veces incluyen resultados concretos en vez de abstracciones. A la vez el fenómeno tiene como posibilidad que ante el desacuerdo o la duda sobre una cuestión abstracta se avance hacia un nivel de mayor particularidad, es decir un descenso conceptual.

Dado lo anterior es necesario observar que la intimidad como concepto jurídico es abierto e impreciso con el fin de sustentar posiciones y significados desde particularidades así sea de manera histórica. A continuación, se hará un recorrido sobre la noción de intimidad desde el material jurídico colombiano, situación que no se da adrede sino por construcción de cultura jurídica.

La revisión propuesta por Escobar, 2004, es juzgada *per se*, como un conjunto de reflexiones subjetivas, sin embargo, aduce una concepción hecha por el Tribunal Superior de Bogotá donde Abelardo Rivera Llano define

la vida privada debe constituir una ciudadela donde estén protegidos y asegurados los cuatro estados característicos de la privacidad y la libertad: a) la soledad, cuando la persona vive sola por autodeterminación; b) la intimidad, cuando el individuo está en compañía de otros o de un pequeño grupo (familia, amigos); c) el anonimato, que consiste en el interés de no ser identificado en la rutina de cada día; d) la reserva, entendida como voluntad de no revelar ciertas cosas sobre sí mismo (Rivera, 1982: 17).

Tales conceptualizaciones podrían alejarse del objetivo de este trabajo, ya que no es posible identificar tales aseveraciones con la posibilidad del concepto necesario para el desarrollo de este escrito sobre la noción de intimidad dentro del espacio de lo sexual, por lo tanto encontrar el vínculo en una noción que se confunde con privacidad no es la vía, pero es lo que se ha construido manera arbitraria, la conexión fáctica se encuentra y puede empezar a rastrearse con la noción de visitas conyugales que de entrada sostiene una serie de dificultades conceptuales que se comentarán más adelante. El vínculo que le concede Escobar a la noción de intimidad lo localiza con el derecho al libre desarrollo

de la personalidad y la intimidad. Refiere entonces que las personas que se encuentran privadas de la libertad (preventivamente o condenadas) tienen derecho a la visita conyugal por parte de la esposa o esposo, o del amante o compañero. Esta debe entenderse en el sentido de satisfacer los apetitos sexuales (Escobar, 2014). En cuanto al tema, las visitas a los centros de reclusión dejan claro, por parte de los directivos, que las visitas conyugales se encuentran reguladas por el reglamento interno de los centros de reclusión donde se tienen que generar las condiciones adecuadas para el desarrollo de la actividad sexual¹.

Yendo a las normas jurídicas un lugar de observación primaria del material, los artículos 1, 13 y 15 de la Constitución Política Colombiana (CPC) establecen:

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...).

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

De acuerdo a lo visto con Sunstein, estos son acuerdos constitucionales abiertos e imprecisos, es necesario observar cómo en el ejercicio de la materialización del espíritu de la norma, el material

1. *El hacinamiento carcelario es un factor determinante en este análisis por cuanto, según Archila y Hernández el incremento de la población carcelaria "no es correlativo con el presupuesto económico que se ha destinado para ésta. Lo anterior genera una serie de condiciones deplorables que "afectan el espacio vital, la alimentación, la salud y la seguridad de los presos" (2015: 202).*

jurídico del cual dota la Corte Constitucional puede dar luces tanto al concepto como a la práctica que da significado desde lo jurídico².

Cabe aclarar que aquellos en condición privativa de libertad, se suspenden algunos derechos como el de la libertad, a la libre circulación, derechos políticos si están en condición de condenados, a la libertad de escoger profesión y oficio. Y otros se limitan como el derecho a la intimidad, a la comunicación oral y escrita, al trabajo, a la educación. Sin embargo, derechos como a la vida, a la libertad de conciencia, al debido proceso, el derecho a invocar el hábeas corpus, se mantienen inviolables.

CÁRCEL, CORTE CONSTITUCIONAL Y NOCIÓN DE INTIMIDAD

La primera sentencia para poner en consideración es la T-596 de diciembre de 1992, de allí puede tomarse material jurídico, político y sociológico que determine objetos de investigación frente al tema carcelario, sin embargo, para el objeto de este escrito, los siguientes puntos enmarcan las condiciones de posibilidad del lugar en donde los presos construyen su estadía y con ello la posibilidad de intimidad con sus parejas. En dicha sentencia el análisis concreto afirma:

La Sala de Selección Número 7 de la Corte Constitucional decidió acumular las solicitudes de tutela T-4368, T-4486 y T-4665. Todas ellas fueron instauradas por presos de la cárcel de 'Peñas Blancas' de la ciudad de Calarcá en el departamento del Quindío, y todas ellas tienen que ver con la misma violación y la misma petición: tratos degradantes como consecuencia de la inadecuada evacuación de excretas en recintos cerrados de la penitenciaría. Los reclusos se quejan de las insostenibles condiciones ambientales producidas por la ubicación de letrinas deterioradas, sin agua suficiente para la limpieza y contiguas a los sitios destinados para dormir (Corte Constitucional, 1992).

Si la situación carcelaria, vista desde el marco normativo que otorga la Constitución de

2. Al respecto Jiménez, 2008, realiza un análisis sobre la dimensión que obra en el derecho colombiano a partir de la preponderancia de los principios definidos por la Constitución y desarrollados por la Corte Constitucional.

1991, ya en 1992 aparecen acciones jurídicas representativas, teniendo la tutela como instrumento usado por los reclusos, es pertinente como objeto de estudio, entonces es pertinente también, entender el papel del lenguaje y las interpretaciones que tanto reclusos como el aparato judicial asumen como propio para dar sentido a la preservación y garantía de los derechos, es decir, también que el curso de los acontecimientos ha llevado a una discusión entre el sistema judicial colombiano y los actores relevantes, esto es la creación de un escenario de discusión e interpretación sobre lo que son los derechos tanto para los agentes que buscan su garantía como para aquellos que intentan materializarlos para su vida.

Significa esto que el tema carcelario ha encontrado una vía jurídica -la tutela³, que sobrepasa el uso de los medios de comunicación para visibilizar las situaciones relevantes de los centros de reclusión. En pocas palabras, la vigencia de la problemática carcelaria y el uso de las posibilidades jurídicas que brinda la Constitución como herramienta de los reclusos para hacer del encierro un lugar medianamente digno, se evidencia en una reflexión continua de los actores relevantes sobre el tema que alimenta y transforma cualquier contenido discursivo y jurídico, en casos concretos que se convierten en material de análisis y observación para posibles eventualidades futuras. Es la suma de contenidos no acabados, pero sí momentos de observación para la continua reflexión.

La Sentencia T 501 de 1994 intenta dar claridad en principio sobre los derechos del interno y con estos el derecho a la intimidad: el cumplimiento estricto de las normas establecidas dentro de un centro carcelario debe realizarse, por parte de los guardianes y el personal directivo, mediante procedimientos razonables que no atenten contra la dignidad y los derechos de los internos, esto es, evitando prácticas tales como los malos tratos físicos, los malos tratos humillantes o los castigos desproporcionados. Ahora frente al derecho a la intimidad, este se caracteriza así:

3. Sentencia T - 474 de 2012. Una vez se ha dejado claro que la visita conyugal posee, bien el carácter de derecho fundamental, bien el de ámbito o faceta constitucionalmente protegida de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y la intimidad del interno, resta señalar que se trata de un derecho susceptible de protección directa por vía de la acción de tutela.

La intimidad puede en ciertas circunstancias ser limitada, pero nunca vulnerada en su núcleo esencial. Lo anterior, porque como derecho que es, no puede ser absoluta. En el caso sub examine se observa con nitidez cómo se debe adecuar la intimidad a las normas legales y reglamentarias, a las necesidades de los demás reclusos, y a la disciplina propia de un establecimiento de tal naturaleza. Todo ordenamiento jurídico debe ser adaptable a las circunstancias reales, porque lo contrario sería plasmar como deber ser lo que no puede realizarse (Corte Constitucional, 1994).

De lo anterior, el núcleo esencial es la intimidad que se precisa en el desarrollo personal y familiar. Pero tal aseveración empieza a reconocer dificultad en la materialización de los derechos, el debate entre el deber ser y la realidad de materialización de los derechos soporta la necesidad de un trabajo concertado entre las normas y las condiciones de aplicabilidad, así tal sentencia insta a que los centros carcelarios

amolden el ejercicio del derecho de intimidad a las circunstancias, sin que ello implique desconocimiento del núcleo esencial del derecho. La situación especial en que se halla el peticionario -una cárcel- hace que sea imposible que su derecho a la intimidad tenga el mismo alcance que en situaciones de plena normalidad (...) Es deseable ver a los presos en condiciones de pleno bienestar, pero ello no depende del juez de tutela (Corte Constitucional, 1994).

Dicho lo anterior, se destacan los siguientes elementos: la intimidad es sujeta al otro en la cárcel, esto es, se limita por las condiciones del entorno, no puede ser normal, es decir es una intimidad adjetivada, como anormal, el juez de tutela enuncia, dice y propone la realidad y la administración de los centros tienen la responsabilidad de garantizar los ordenes de los jueces. Sin embargo, un tema que sale a la luz es la capacidad de los centros para garantizar las posibilidades y ordenes de los jueces frente al goce de los derechos. Los reclusos tienen derechos que promueven una revisión entre el deber ser de la mirada del legislador y las condiciones reales de los centros, la distancia se hace larga y los elementos normativos se pueden ver insuficientes.

Volviendo a las conclusiones de la Sentencia T-596, esta resalta:

El sufrimiento de los presos es una consecuencia inevitable, no fin en sí mismo. El sufrimiento es inseparable de la pena, pero la pena no se reduce al sufrimiento, ni lo tiene como objetivo. En consecuencia, toda aflicción excesiva y que no corresponda al fin de la pena, debe ser considerada ilegítima y ajena y debe ser tenida en cuenta bajo la perspectiva constitucional, con el objeto de castigar posibles violaciones de los derechos fundamentales. En el apartado 5. Toda pena, independientemente del delito del cual provenga, debe respetar unas reglas mínimas relativas al tratamiento de los reclusos, que se encuentran ligadas, de manera esencial, al concepto de dignidad humana y al principio según el cual la pena no tiene por objeto el infligir sufrimiento corporal (Corte Constitucional, 1992).

Así por lo tanto expresiones tales como: sufrimiento inseparable a la pena y pena como necesaria, útil y proporcional generan posibilidades muy abiertas de considerar el sufrimiento adecuado y proporcional, y quien se atribuye tal margen de interpretación y acción de generar dicho sufrimiento, por otra parte, la imprecisión de que la pena no tiene por objeto infligir sufrimiento corporal deja entrever que hay otro tipo de sufrimiento del cual la pena sí podría disponer. Pero como tal, permite pensar en la continua reflexión que diferentes agentes pueden hacer sobre la materialización de los derechos. Puesto en discusión la anterior sentencia y algunos temas claves allí consignados para la cuestión sobre la intimidad, existe una primera disposición que vincula esta categoría con el goce de algunos derechos⁴, esto es el concepto de dignidad humana que en principio la sentencia lo conecta con la imposibilidad de la pena de infligir sufrimientos corporales, por lo tanto los tratos degradantes en primera instancia se están ubicando en el cuerpo, sin embargo de entrada separar el sufrimiento entre el cuerpo y la psiquis es en principio discutible.

4. "El cambio de época que se ha venido dando hacia la categoría de víctimas, implica un cambio de idea sobre la concepción de justicia en todos los aspectos. En el derecho penal por ejemplo se comienza a dar entonces un cambio, intentando mirar hacia las víctimas y hacia su sufrimiento" (Díaz: 2012: 269).

Posteriormente, yendo un poco más allá del tema del sufrimiento y el cuerpo, la Sentencia C-394 de 1995 admite que la intimidad tiene un carácter relativo ya que debe preponderar el régimen de disciplina y la seguridad acentuando, por lo tanto, que el administrador de tal disciplina o quien haga su vez dentro de los centros adquiere por su función poder de significar lo adecuado para respetar la razonabilidad y relatividad del derecho con adjetivos de prudencia y razonabilidad. En la sentencia citada, el tema se comprende bajo la expresión “firmeza” en los actos propios del régimen disciplinar, atribución que ejecutan los guardias en sus actos del “servicio “estos” [refiere a la guardia] deben respetar el pudor y la privacidad de los internos de manera prudente y razonable. Lo anterior significa, permitirles un mínimo de intimidad en todo aquello que no constituya amenaza contra la disciplina y la seguridad del establecimiento” (Corte Constitucional, 1995). Posteriormente enuncia esta sentencia:

-DERECHO A LA INTIMIDAD DEL INTERNO- En los establecimientos carcelarios el derecho a la intimidad no es absoluto, sino que está limitado en atención a las exigencias propias del régimen disciplinario y a las condiciones de seguridad que han de mantenerse. Las facultades de custodiar y vigilar constantemente a los internos y de requisarlos cuidadosamente son inherentes a la función de los guardianes en cualquier establecimiento de esta índole. Sin embargo, deben éstos respetar el pudor y la privacidad de los internos de manera prudente y razonable, es decir permitirles un mínimo de intimidad en todo aquello que no constituya amenaza contra la disciplina y la seguridad del establecimiento (Corte Constitucional, 1995).

Y, para finalizar, admite:

DISCIPLINA CARCELARIA. La “firmeza” de que se habla en este literal no debe traducirse en actos que constituyan violación a la norma constitucional, que prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La prohibición no implica que el recluso no pueda poseer material pornográfico, porque cada persona es libre de escoger sus lecturas y pasatiempos, mientras no afecte los derechos de los demás. Cuestión distinta es que, por razones de moralidad, un servidor público no

puede ser divulgador de pornografía, y ese es el sentido de la norma acusada; concretamente los miembros del cuerpo de vigilancia no pueden ser difusores de pornografía, cuando la misión de los establecimientos carcelarios es de readaptación, y no de degradación moral (Corte Constitucional, 1995).

Esta sentencia deja claro temas reflexionados en este escrito, en primera medida no hay una interpretación unívoca de los derechos y delega a las autoridades carcelarias discrecionalidad en sus actos, pero con un marco de acción. Este marco es una trilogía entre derecho a la intimidad, relatividad del mismo y firmeza, que de entrada le dice a la administración carcelaria desde dónde obrar y reflexionar. Sea esto prudente o apropiado no es objeto de este escrito, solo se define que, sin criterios claros, cualquier interpretación puede ser objeto de revisión y validez. Un ejemplo como el de la pornografía donde la sentencia deja claro que, quienes deciden si un acto define peligro a la disciplina del establecimiento o degradación moral es la misma guardia en primer momento. ¿Qué significaría esto dentro de un centro de reclusión? Esto es objeto de otro trabajo, pero podría adelantarse la existencia de un control subjetivo de quienes detentan el poder sobre la intimidad de los reclusos a través de una relación entre “derecho a la intimidad, relatividad del mismo y firmeza”, ya que la amplitud en la reflexión y en los desacuerdos desde la teoría sobre el derecho a la intimidad que se construye desde acciones judiciales en el caso de Colombia, posibilita en el campo de acción que otros elementos sociológicos, entre ellos el poder, decida lo que es o no adecuado en el curso de los acontecimientos y la cotidianidad, a lo cual existirá una respuesta de los internos o un modelo de negociación de sus intereses frente a lo que pueda darse como un acto jurídico, que permitirá un nuevo momento de acción y reflexión. Un ejemplo que concretiza la observación señalada puede ser la *Visita Conyugal*.

VISITA CONYUGAL

Este elemento también referido indistintamente como íntima en algunos apartes, aparece en la disertación sobre el espacio creado dentro de los centros carcelarios para la garantía de derechos. La Sentencia T-269/02 permite aterrizar el tema de la visita conyugal, escenario no único, pero sí delimitado donde el desarrollo

sexual puede efectuarse de manera reglada, es decir, para efectos del trabajo investigativo la visita conyugal no se convierte en el único escenario posible para el tema de la construcción del universo sexual de los reclusos, siendo un escenario reconocido institucionalmente de entrada es necesario que la realidad sobrepase el objetivo y disposición de dicho espacio íntimo.

Desde la afirmación El respeto a la dignidad humana, pilar del ordenamiento constitucional, la persona no se puede ser sometida a limitaciones ni siquiera cuando se encuentra recluida. El derecho a la visita conyugal del interno muestra la sentencia referida como fundamental por conexidad, la visita conyugal, con derechos como la intimidad, la protección a la familia y la dignidad humana, aunque limitado por las condiciones propias del encierro, la Corte insta la necesidad de instalaciones físicas adecuadas, privacidad, higiene y seguridad.

La ausencia de tales condiciones no debe ser razón para determinar la imposibilidad del curso de dichas visitas, los centros deben propender, por lo tanto, a hacer efectivas las condiciones para el desarrollo de las visitas conyugales. Pero la corte se atreve un poco más y decide significar en la misma sentencia:

(...) la visita íntima es aquel espacio que, como su nombre lo indica, brinda a la pareja un espacio de cercanía, privacidad personal y exclusividad que no puede ser reemplazado por ningún otro. Piénsese por ejemplo en las visitas generales las cuales se realizan usualmente en un patio o locutorio acondicionado común, al cual concurren a su vez los demás reclusos. Si bien estas visitas permiten un acercamiento, no le dan a la pareja las condiciones físicas de la visita de carácter íntimo. En tal ambiente, es a todas luces complejo desarrollar el mismo grado de cercanía, intimidad y familiaridad (Corte Constitucional, 2002).

Hacer un acucioso trabajo etnográfico sería importante para responder la siguiente pregunta: ¿Qué elementos de análisis teóricos y disciplinas de estudio toma en consideración la Corte Constitucional para dar tales conceptos? Pero más aún, en la siguiente consideración se propone la pregunta anterior al decir la Corte:

Tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los reclusos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja. Y la visita conyugal debe admitirse según la corte para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta (Corte Constitucional, 2002).

Sin embargo, tales visitas tienen restricciones razonables explicadas por la misma corte, las cuales deben ser definidas por los administradores carcelarios usando el Juicio de Proporcionalidad⁵.

Por último, en la Sentencia T - 474/12 la Corte propone un nuevo elemento: la relación de especial sujeción. Allí la accionante alega que el INPEC, el director del establecimiento penitenciario y carcelario "El Pedregal" de Medellín y el director del establecimiento penitenciario y carcelario de Yarumal vulneran el derecho a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad cuando niegan la visita íntima entre la peticionaria y su pareja, quienes se encuentran en condiciones de privación de la libertad en diferentes municipios, situación que dificulta la posibilidad de tales encuentros por escasez de recursos económicos y físicos.

La Corte reitera que las personas privadas de la libertad tienen suspendidos algunos de sus derechos como la libertad de locomoción; otros derechos se restringen por asociación a la naturaleza de la pena y principalmente a la necesidad de preservar las condiciones de seguridad del establecimiento penitenciario; y, finalmente, un grupo de derechos son intocables, como el de la salud, la integridad personal y la vida. La Sentencia T - 474/12 afirma que la suspensión como la restricción se explica por

5. Los pasos para tal juicio son: (i) determinar si la medida limitativa busca una finalidad constitucional, (ii) si es adecuada respecto del fin, (iii) si es necesaria para la realización de éste - lo cual implica la no existencia de una alternativa que garantice el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido- y (iv) si es estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado -esto implica un no sacrificio de valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.

(...) los fines que persigue el Estado y sus obligaciones de investigar y castigar las violaciones de bienes jurídicos de especial trascendencia, preservar la seguridad, y propender por la resocialización del recluso, de manera que toda suspensión o restricción de un derecho que no guarde relación directa con esos propósitos se encuentra proscrita. (Corte Constitucional, 2014)

El concepto de relaciones de sujeción especial nace y se desarrolla en Alemania durante la época de la Monarquía Constitucional. Según Ramírez (2009), se diferenciaban dos tipos de relaciones que se tejen entre los ciudadanos y la administración. La primera relación hace referencia al vínculo existente entre el Estado y el ciudadano común; mientras que la segunda relación era la generada entre el Estado y determinados colectivos que ostentaban un estatus especial. En la segunda relación aparecen la sujeción especial que se considera compuesta por un conjunto de individuos pertenecientes a colectivos (estudiantes, presos, funcionarios, militares y establecimientos públicos) pero lo importante es que “esta significación es la que permite definir que las personas privadas de libertad bajo este concepto, pueden limitar el ejercicio de los derechos otorgando al Estado un especial actor que considere tanto la suspensión como la restricción de los mismos” (Ramírez, 2009: 291).

Por otro lado, en la Sentencia T474 de 2012, se afirma que:

En términos simples, muchas de las obligaciones de abstención que pesan sobre las autoridades públicas para que los ciudadanos puedan gozar de sus derechos, se tornan, en el caso de las personas internas, en obligaciones positivas, pues la persona no está en condiciones de procurar por su cuenta la eficacia de sus derechos. Las obligaciones positivas del Estado frente a toda persona se preservan en cambio incólumes (Corte Constitucional, 2012)

Para la Corte Constitucional todos los derechos tienen carácter polifacético, lo que significa que poseen diversas esferas, algunas de carácter negativo o de abstención y otras de naturaleza positiva o de prestación. Por ello, la eficacia de cualquier derecho comporta costos para el Estado pero además distingue entre fundamentalidad y reconocimiento de la importancia del derecho mediante consensos de derecho positivo, jurisprudenciales, dogmáticos

o del DIDH, y con la potencialidad del mismo para la realización de la dignidad humana como y exigibilidad, esto refiere a los medios o herramientas para asegurar su eficacia que estipulativamente se pueden denominar garantías⁶.

La Corporación en la Sentencia T - 474/12 (en análisis) precisó que las visitas íntimas a las personas privadas de la libertad constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad del tratamiento penitenciario. Para la Corte, el Estado

(...) debe propender por la presencia de la familia en el proceso de resocialización del interno, la cual se relaciona con otros derechos fundamentales del recluso, dentro de los que se cuenta la posibilidad de mantener comunicación oral y escrita con las personas que se encuentran fuera del penal, así como conservar una vida sexual activa, lo que a la postre permitiría una reincorporación que genere un menor traumatismo al ex-convicto⁷ (Corte Constitucional, 2012).

Más adelante admite que las dificultades administrativas o de cualquier índole no pueden impedir el desarrollo de las visitas y allí la administración carcelaria debe construir el escenario adecuado siguiendo lo regulado por la ley, expresamente en el artículo 112 del Código Penitenciario y Carcelario, que asegura que el derecho a la visita conyugal debe hacerse efectivo. Además, la Corte recuerda que el Acuerdo 11 de 1995 del Consejo Directivo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario donde se expide el Reglamento General base de reglamentos internos propios de cada centro, en su artículo 29, define que esta visita íntima es por lo menos una vez al mes sobre la materialización de las condiciones del artículo 30 de dicha norma.

6. Las garantías de los derechos comprenden todos los recursos judiciales que prevé el ordenamiento para su exigencia, pero también las políticas públicas destinadas a aumentar la cobertura de los servicios públicos, los espacios de discusión democrática y la propia acción política y social de los grupos organizados de la sociedad civil.

7. Cita la Sentencia T - 474/12 - Sentencia T-894 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas). En este caso la Corte estudió la situación de dos personas, reclusas en diferentes centros penitenciarios, que solicitaban mediante tutela la autorización de la visita íntima. La Corte negó el amparo porque la actora no había elevado solicitud alguna al director del establecimiento carcelario donde se encontraba reclusa, tal como lo exige la normatividad pertinente. Sin embargo, ordenó a esta autoridad, informar, orientar y prestar la ayuda necesaria a la peticionaria, sobre el procedimiento a seguir, con el fin de obtener el beneficio de la visita conyugal.

CONCLUSIONES

Todo lo revisado puede constituir un espacio histórico y jurídico donde la noción de intimidad, relativa a las relaciones sexuales, no es un concepto cerrado y que el acercamiento teórico - jurídico apropiado, en el tema de los sujetos privados de la libertad no es fácilmente visible. Lo que se evidencia es un recorrido desde actos particulares que dan contenido a la experiencia regulada de lo sexual en aspectos limitados en los centros de reclusión.

Hay evidencia de un desprendimiento teórico desde el derecho de visita conyugal que desde su formulación empieza a generar dificultades teóricas para la amplitud de un derecho a la vida íntima sexual, aquí los espacios entre cónyuges se construyen como entre parejas de esposos o compañeros, dejando de lado reflexiones de género diferenciales. Lo anterior admite que la intimidad se construye desde el otro y solo en el asunto referenciado de la pornografía se evidencia la posibilidad de un sujeto íntimo sexuado.

Grandes acuerdos desde lo constitucional y desde elementos externos como las convenciones,

son temas abiertos e imprecisos que desde las particularidades se permiten responder a los actores que detentan la necesidad de garantía de sus derechos, y tal imprecisión en el tema de la intimidad en el nivel sexual, muestra cómo se activan herramientas jurídicas en el ámbito nacional, como la Tutela y a nivel constitucional y supra-constitucional el control de convencionalidad para proporcionar elementos y reflexiones que generen sentido para la materialización de los derechos.

No son claros los lugares desde dónde el acervo jurídico colombiano habla, no se demuestran objetos investigativos a la hora de emitir conceptos que tocan la misma intimidad de los sujetos en este caso privados de la libertad, sin embargo el espacio que genera el derecho legitima a través de los procesos las alternativas discursivas de los actores que crean el sentido y desde lo que se considera acordado, derecho a la intimidad, a la dignidad, por ejemplo, emiten posibilidades de interpretación que puján discursivamente para lograr sus fines, es decir el derecho como herramienta y fin en sí mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- Abaunza, C., Mendoza, M., Bustos, P., Paredes, G., Enríquez, K. & Padilla, A. (2014). *Adultos mayores privados de la libertad en Colombia*. Recuperado de: <http://www.urosario.edu.co/Accion-Social-SERES/Documentos/pi-Adultos-mayores-SERES/>
- Archila, J. y Hernández, M. (2015). Subrogados y hacinamiento carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia. *Misión Jurídica*, 8 (9), 199-227.
- Carbonell, M. (2013). Introducción General al Control de Convencionalidad. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>
- Corte Constitucional. (04 de noviembre de 1994) Sentencia T-501/94. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional. (07 de septiembre de 1995) Sentencia C-394/95. [MP. Vladimiro Naranjo]
- Corte Constitucional. (18 de abril de 2002) Sentencia T-269/02. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional. (25 de junio de 2012) Sentencia T-474/12. [MP. María Victoria Calle Correa]
- Corte I.D.H., Caso Gelman v. Uruguay, Sentencia 24 de febrero de 2011.
- Diaz, F. (2012). La justicia desde las víctimas. *Misión Jurídica*, 5 (5), 267-275.
- Escobar, E. (2004). *El Derecho a la Intimidad*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Goffman, E. (2004). *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Jiménez, W. (2008). Entre reglas y principios. *Misión Jurídica*, 1 (1), 15 -50
- Kropotkine, P. (1977). *Las prisiones*. Barcelona: Pequeña Biblioteca
- Londoño, M. (1996). *Derechos sexuales y reproductivos "los más humanos de todos los derechos*. Cali: Iseder.
- Mayorga, J. (2011). *Cárceles, cielo e infierno, historias de vida*. Bogotá: Agencia de reporteros sin fronteras.
- Parrini, R. (2007). *Panópticos y laberintos*. México D.F: El colegio de México.
- Peláez, R. (2016). *Estructura del Proceso Civil en el Contexto de la Oralidad* (2nd ed., p. 163). Bogotá: Doctrina y Ley.
- Ramírez, M. (2009). Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. *Revista Universitas*, (118), 273-291.
- Ramírez, J. (1979). *Curso de sociología jurídica*. Bogotá: Libro del Profesional.
- Ricard, M., Bo, R., y Climent, C. (2010). Propuesta de análisis fenomenológico de los datos obtenidos en la entrevista. *UT. Revista de ciencias de l'educació*, 113-133.
- Rivera, A. (1982). *La libertad. el derecho a la intimidad y la informática. Primer Seminario Nacional sobre informática jurídica y gestión judicial*. Bogotá: Rama Judicial.
- Shifter, J. (1988). *Amor de machos*. San José: Alpes.
- Soriano, R. (1997). *Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel derecho.
- Sunstein, C. (2006). Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional.
- *Precedente*. *Revista jurídica*, (-), 31-49. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1423>
- Universidad del Rosario-Instituto Rosarista de Acción Social. (2011). Desarrollo del sistema penitenciario y carcelario Colombiano entre 1995 y 2010. Recuperado de: <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/desarrollo-del-sistema-penitenciario.pdf>
- **Páginas WEB**
- http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/11-Consideraciones a la figura_000.pdf
- <http://www.profamilia.org.co/>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/>



RESEÑAS ■

LE MISURE PROVVISORIE SECONDO LA CEDU E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

Consuelo Quattrocchi Prefazione di Fabrizio Lobasso ^a

Dalla lettura del libro si evince come esso persegua l'obiettivo di offrire al lettore un quadro giuridico e giurisprudenziale relativo al tema della tutela cautelare circoscrivendolo però all'ambito del sistema di protezione dei diritti umani della Corte di Strasburgo. Prima di questo momento, infatti, pare che la materia in oggetto fosse stata studiata dalla dottrina di ambito nazionale con soluzioni ricostruttive che ne analizzano il contesto più generale della protezione internazionale dei diritti umani.

Traspare come la volontà dell'autrice sia quella di indagare e far conoscere attraverso un approccio più sistematico e "pratico" il tema delle misure provvisorie. L'Opera fornisce, infatti, una ricognizione dell'ambito legislativo della Corte di Strasburgo oltre

La lectura del libro muestra cómo persigue el objetivo de ofrecer al lector un marco jurídico y jurisprudencial relacionado con el tema de la protección preventiva, pero limitándolo a la esfera del sistema de protección de los derechos humanos de la Corte de Estrasburgo. Antes de este momento, de hecho, parece que el tema ha sido estudiado por una doctrina nacional con soluciones reconstructivas que analizan el contexto más general de la protección internacional de los derechos humanos.

Es evidente que la voluntad del autor es investigar y crear conciencia sobre las medidas provisionales a través de un enfoque más sistemático y "práctico". De hecho, el Trabajo proporciona un reconocimiento del marco legislativo de la Corte de Estrasburgo, así como

a. Doctor investigador en Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos Universidad de Roma Italia. Doctor cum laude en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales Universidad de Roma Italia. Estudiante de las cuestiones relativas a violaciones de los derechos humanos, a los sistemas operativos de las medidas provisionales y problemas relacionados con el amianto. Ha asistido a numerosas actividades de formación (Curso leadership femenino; Curso de periodismo europeo; Curso « Hate crimes training for italian NGOs », Isgj; Curso enseñanza del italiano a extranjeros; Curso protección europea de los derechos humanos). Ha ocupado los siguientes roles: Jefe del Departamento de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la ONA (Observatorio Nacional de Asbesto); Moderador de la Mesa Redonda "La protección de los derechos humanos en Europa"; Jefe del Departamento de los derechos humanos para la TIA Ass. Internacional de Formación; Ponente en el seminario titulado "ENTRE INDIA ECONOMÍA Y SOCIEDAD", celebrado en la Universidad de Roma La Sapienza Departamento de Teoría Económica y Métodos Cuantitativos de decisiones políticas; Prácticas en el Ministerio de Relaciones Exteriores; Escritor de artículos sobre los derechos humanos. Actualmente escritor y creador de "MAI PIU' SCHIAVI!", blog sobre los derechos humanos.

che una ricostruzione di altri ordinamenti giuridici (sistema interamericano, sistema africano, Corte internazionale di Giustizia) non tralasciando gli interrogativi interpretativi che tali realtà normative suscitano.

Nell'attenta rassegna normativa e giurisprudenziale che viene fatta relativamente all'ambito di applicazione della materia cautelare l'autrice propone, attraverso l'adozione di provvedimenti di tipo provvisorio, anche la protezione di donne e minori dalla violenza domestica e di lavoratori gravemente malati a cui non venga accordato un trattamento pensionistico anticipato. In modo particolare circoscrive l'ambito a coloro che abbiano contratto malattie correlate all'esposizione all'amianto (asbesto correlate).

Nel volume si affronta poi il tema della concessione delle misure cautelari e dei presupposti che ad essa ineriscono operando una ricostruzione del fumus, del periculum in mora e del requisito dell'urgenza.

Nella seconda parte traspare la volontà di infondere praticità ai temi precedentemente affrontati sul piano teorico. La decisione sembra essere stata presa a fonte dei dati riportati nel Rapporto pubblicato dall'ECRE in collaborazione con l'ELENA dove si evidenziano preoccupanti statistiche relativamente alle competenze degli operatori del diritto in materia cautelare.

L'ultima parte affronta la questione dell'autorità delle misure provvisorie rivisitandola e proponendo nuove soluzioni.

L'intento generale dell'Opera è quello di poter divenire un valido contributo per l'attivazione di una più efficace protezione dei diritti umani cosa questa che, a parere di chi scrive, non sembra essere impossibile.

una reconstrucción de otros sistemas legales (el sistema interamericano, el sistema africano, la Corte Internacional de Justicia) sin descuidar las preguntas interpretativas que plantean estas realidades normativas.

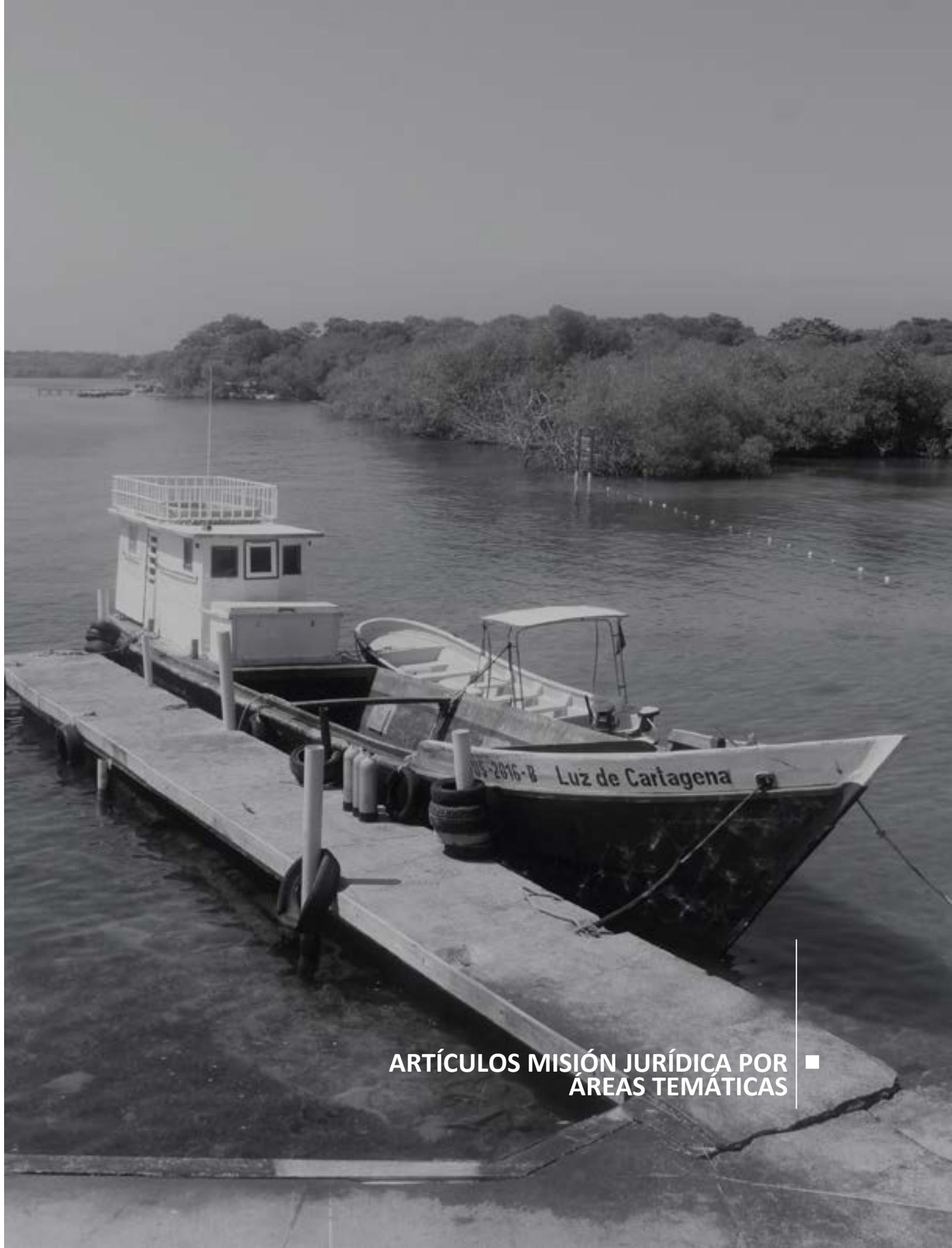
El autor propone, mediante la adopción de medidas provisionales, también la protección de las mujeres y los menores contra la violencia doméstica y de los trabajadores gravemente enfermos en la cuidadosa revisión legislativa y jurisprudencial que se lleva a cabo en relación con el alcance de la cuestión cautelar. A la que no se le concede una jubilación anticipada. En particular, limita el alcance a aquellos que han contraído enfermedades relacionadas con la exposición al amianto (asbesto relacionado).

Luego, el volumen trata el tema de otorgar medidas cautelares y los supuestos inherentes a él mediante la reconstrucción del humo, del periculum en mora y del requisito de urgencia.

En la segunda parte, la voluntad de dar practicidad a los temas discutidos previamente en un nivel teórico es evidente. La decisión parece haber sido tomada como la fuente de los datos reportados en el Informe publicado por ECRE en colaboración con ELENA, donde existen estadísticas preocupantes sobre las competencias de los operadores de la ley en materia de precaución.

La última parte aborda el tema de la autoridad de las medidas provisionales revisándola y proponiendo nuevas soluciones.

La intención general del Trabajo es poder convertirse en una contribución válida a la activación de una protección más efectiva de los derechos humanos, lo que, en opinión del escritor, no parece ser imposible.



ARTÍCULOS MISIÓN JURÍDICA POR ■
ÁREAS TEMÁTICAS

ARTÍCULOS MISIÓN JURÍDICA POR ÁREAS TEMÁTICAS

DERECHO PENAL						
Vol	Issue	Day	Month	Year	Title	Authors
1	1	15	12	2008	Salvaguarda Corte Penal Internacional vs. Soberanía Estatal	David Garcia Vanegas y Nancy Solano de Jinete
1	1	15	12	2008	Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico	Ramón Antonio Pelaéz Hernández
1	1	15	12	2008	Evolución del sistema penal acusatorio en el marco del derecho germano, anglosajón y colombiano	David Garcia Vanegas y Over Humberto Serrano Suárez
1	1	15	12	2008	Crítica a la teoría de la justicia desde la ontología	Ariel Pinzón Chacón
1	1	15	12	2008	La responsabilidad personal como fundamento de la pena: un análisis de Nietzsche	José Jesús Rodríguez Casas
1	1	15	12	2008	El positivismo en el Derecho penal	Ricardo Martínez Quintero
3	3	15	12	2010	La retención transitoria: Medida policial vigente. ¿Por qué se aplica en unas unidades policiales y en otras no?	Fernando Moreno González, Luz Mary Rincón Romero y Marco Antonio Moreno Ramírez
4	4	15	12	2011	Noción base y procedimiento de tribunales de derechos humanos e incidencia del derecho penal en la vulneración de derechos humanos	Nancy Solano de Jinete y Over Humberto Serrano Suárez
4	4	15	12	2011	Los fallos de los funcionarios judiciales y el recurso de casación: Una encrucijada de legalidad, historia, filosofía y otras circunstancias	Ricardo Martínez Quintero
5	5	15	12	2012	Normas y citas: Lente histórico de la casación en Colombia delator de un pensamiento	Ricardo Martínez Quintero
5	5	15	12	2012	Recompensas: Una incongruencia de orden filosófico social y jurídico, en un Estado Social de Derecho como el que se predica en Colombia	Nancy Solano de Jinete y Over Humberto Serrano
6	6	15	12	2013	La ejecución de las sanciones en los delitos de cuello blanco	Iracema Gálvez Puebla y Tania de Armas Fonticoba
6	6	15	12	2013	Prolegómeno al concepto dominante de seguridad humana, una visión a partir del artículo ¿Qué es la seguridad humana? publicado por el IIDH	Over Humberto Serrano Suárez
6	6	15	12	2013	La casación: de recurso extraordinario a proceso constitucional de la sentencia penal a partir de sus fines	Ricardo Martínez Quintero
7	7	15	12	2014	Migraciones, tráfico de personas y otras figuras afines, y la protección penal del normal tráfico migratorio en Cuba	Arnel Medina Cuenca
7	7	15	12	2014	El principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Un estudio desde los derechos humanos y la interpretación jurídica	Omar Huertas Díaz
7	7	15	12	2014	Teoría de la sentencia de casación frente a la lógica de las reglas de la adición	Ricardo Martínez Quintero
8	8	30	6	2015	Le vittime dell'amianto e la Corte di Strasburgo: la tutela cautelare quale possibile giustizia riparatrice	Consuelo Quattrocchi
8	8	30	6	2015	Ejercicios de discriminación y tecnologías de poder: El crimen de Estado como categoría para el Derecho en el Nuevo Humanismo Militar	Sandra Gamboa Rubiano
8	9	15	12	2015	La presumption d'innocence a l'épreuve de la consecration de l'infraction d'enrichissement illicite (cas spécifique du Cameroun)	Marc Stéphane José Mgba Ndjie
8	9	15	12	2015	Responsabilidad por daños ocasionados por la prisión preventiva	Alejandro Pérez Hualde
8	9	15	12	2015	El delito de lavado y los honorarios profesionales	Rafael Berruezo
8	9	15	12	2015	Subrogados y hacinamiento carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia	Juliana Archila Villalobos y Norberto Hernández Jiménez
8	9	15	12	2015	La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano	Omar Huertas Díaz, Jhoanna Caterine Prieto Moreno y Nayibe Paola Jiménez Rodríguez
8	9	15	12	2015	Dilemas constitucionales en el conflicto: Aporías para tiempos de paz en Colombia	Over Humberto Serrano Suárez
8	9	15	12	2015	El desarrollo de la teoría social y sus contribuciones al fenómeno de la punición	Norberto Hernández Jiménez
9	10	30	6	2016	La asistencia penal internacional y la extradición en los delitos de narcotráfico, lavado de activos y financiación del terrorismo y corrupción internacional	Carlos Álvarez Cozzi
9	10	30	6	2016	El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos y derechos de las víctimas en las transiciones democráticas: reflexiones sobre el derecho a la reparación integral	Jorge Enrique Carvajal Martínez y Andrés Mauricio Guzmán Rincón
9	11	15	12	2016	La permeabilización del derecho y las instituciones por los medios de comunicación - la incursión del derecho penal del enemigo	Luz Mary Rincón Romero

10	12	30	6	2017	Análise do marco para a obtenção de novos benefícios na execução penal: existência de nova condenação e lapsos temporais vinculados ao cumprimento da pena	Raphael Silva Rodrigues y Thiago Ferreira Rodrigues
10	12	30	6	2017	Homicidios en Venezuela: Principales debates y aproximaciones explicativas	Keymer Ávila
10	12	30	6	2017	Women behind bars in Greece	Effi Lambropoulou
10	12	30	6	2017	Mentally Ills in the Iranian Criminal Justice	Mansour Rahmdel
10	12	30	6	2017	Fundamentos teóricos de la cadena de custodia en el proceso penal cubano	Emma Calderón Arias
10	12	30	6	2017	Significado dado al secuestro de miembros de la fuerza pública en el contexto del conflicto armado colombiano	Orlando Díaz Marroquín
DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL						
1	1	15	12	2008	Entre reglas y principios	William Jimenez Gil
2	2	15	12	2009	La teoría de la imprevisión ¿regla o principio?	William Jimenez Gil
3	3	15	12	2010	Desarrollo humano: un problema que remite a la ciudadanía social	Óscar Useche Aldana
3	3	15	12	2010	Efectos o consecuencias en la ciudadanía y en la administración pública de las acciones de promoción del control social y rendición de cuentas realizadas por las entidades públicas y las organizaciones no gubernamentales para el periodo 2002-2009	Mario Alberto Álvarez López y Mercedes Restrepo Arias
3	3	15	12	2010	Tejido histórico de la casación en Colombia a partir de su origen a los tiempos actuales	Ricardo Martínez Quintero
4	4	15	12	2011	Configuración ética de las nuevas políticas: Más allá de los sistemas ideológicos cerrados	Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
4	4	15	12	2011	Ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia: a questão das mutações (in) constitucionais na jurisprudência brasileira	Eneida Desirée Salgado
5	5	15	12	2012	Del control difuso al control holístico (133 Vs 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)	Luis Antonio Corona Nakamura y Pedro Navarro Rodríguez
6	6	15	12	2013	La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa	Jaime Rodríguez Arana
6	6	15	12	2013	El silencio administrativo en España	Marta García Pérez
7	7	15	12	2014	La participación en el Estado Social y Democrático de Derecho	Jaime Rodríguez Arana
7	7	15	12	2014	Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad	Isaac Augusto Damsky
7	7	15	12	2014	La constitucionalización del Derecho financiero en el Derecho colombiano	William Jiménez Gil
10	12	30	6	2017	Factores asociados a la implementación de un documento único de identidad en México	Judy Amparo Cordero Peralta y José Fernando Vázquez Avedillo
10	12	30	6	2017	El control administrativo. La Contraloría General de la República	Alcides Antúnez Sánchez, Amed Ramírez Sánchez y Eduardo Díaz Ocampo
10	12	30	6	2017	La "vía de hecho" una nueva herramienta para impugnar los actos administrativos	Jairo Ramos Acevedo
BIOÉTICA						
1	1	15	12	2008	La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología	Narciso Martínez Moran
2	2	15	12	2009	Manipulación genética: Innovaciones, retos y prospectiva en el Derecho penal colombiano	Over Humberto Serrano Suárez y Hernán López López
2	2	15	12	2009	La dignidad humana como valor ético jurídico implicado en la bioética y el bioderecho	Myriam Sepulveda López
9	10	30	6	2016	Making 'sense' of equality in access to medicines: An ethical approach	Iván Vargas-Chaves
SOCIOLOGÍA JURIDICA						
2	2	15	12	2009	El conflicto armado en Colombia: nuevas tendencias, viejos sufrimientos	Fernando Augusto Medina Gutiérrez
2	2	15	12	2009	De la Colonia a la Emancipación. El siglo XIX una historia con hilo conductor repetitivo	Ricardo Martínez Quintero
2	2	15	12	2009	La movilización por la educación en Colombia: Apuesta por la construcción de globalización alternativa	Cmilo Ernesto Villegas Rondón
3	3	15	12	2010	Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre qué es el derecho	Julián Darío Bonilla Montenegro
3	3	15	12	2010	Cientelismo: El pecado original y originador de los partidos políticos en Colombia	Fernando Augusto Medina Gutiérrez
3	3	15	12	2010	Redescubriendo la sociología del Derecho bajo la óptica de autores colombianos	Nancy Solano de Jinete y Over Humberto Serrano Suárez

4	4	15	12	2011	Internet, un derecho humano de cuarta generación	Isaías Jorge Acata Águila
5	5	15	12	2012	Recompensas: Una incongruencia de orden filosófico social y jurídico, en un Estado Social de Derecho como el que se predica en Colombia	Nancy Solano de Jinete y Over Humberto Serrano
5	5	15	12	2012	La justicia desde las víctimas	Fernando Díaz Colorado
6	6	15	12	2013	Conflicto, Violencia y No-Violencia	Karlos Navarro
6	6	15	12	2013	Violences urbaines crise des banlieues de France	Queta Susana Grandin Perea y Jean Pierre Grandin
6	6	15	12	2013	Dialécticas sobre la teoría crítica de los DD.HH y la teoría crítica de la educación de la interculturalidad	Danilo Alfredo Ortiz Vargas
6	6	15	12	2013	La invisibilidad en la contraprestación del don	Luis Bernardo Díaz G.
7	7	15	12	2014	El bicitaxismo en Bogotá: aproximaciones a la constitucionalización del contrato de transporte, a partir de una cuestión práctica	Luz Mary Rincón Romero
8	9	15	12	2015	El Nietzsche colombiano. Aproximación biográfica de don Nicolás Gómez Dávila	Hernán Alejandro Olano García
8	9	15	12	2015	Nuevas configuraciones del derecho a la paz	Luis Bernardo Díaz G.
9	11	15	12	2016	Framing Attica: Newsprint Media Construction of the 1971 Attica Prison Riot: Claims-Makers, Frame Salience, and the Cultural Geography of Readership	John P. Walsh, Joanne Ziembo-Vog y Jacquelynn Martin
9	11	15	12	2016	Influencias sociales en la personalidad de los yihadistas del 11-M	Jesús Sánchez Gómez
9	11	15	12	2016	Estudio y conceptos sobre la violencia durante el noviazgo	Diana Yesmín Bernal Pinilla, Bibiana Patricia Hernández Cuchumbe y Paola María Akl Moanack
10	12	30	6	2017	Women behind bars in Greece	Effi Lambropoulou
10	12	30	6	2017	Mentally Ills in the Iranian Criminal Justice	Mansour Rahmdel
10	12	30	6	2017	Significado dado al secuestro de miembros de la fuerza pública en el contexto del conflicto armado colombiano	Orlando Díaz Marroquín
10	12	30	6	2017	Fuentes para un vocabulario jurídico colombiano	Hernán Alejandro Olano García
10	13	15	12	2017	Lingua, diritti e opportunità: il ruolo della lingua nell'inclusione e nell'esclusione delle popolazioni indigene	Fernand de Varennes
10	13	15	12	2017	El derecho en la cultura	Javier Fregoso Zárate
10	13	15	12	2017	El plebiscito sobre los acuerdos de la paz en Colombia: la legítima búsqueda de la paz en un contexto político antagónico	Ruth Mercedes Gómez
10	13	15	12	2017	Zonas de reserva campesina en el proceso de paz, una lucha por la efectividad de los derechos campesinos en Colombia, la experiencia del Sumapaz	Myriam Sepúlveda López
PEDAGOGIA						
1	1	15	12	2008	Hacia una nueva enseñanza del Derecho	David Garcia Vanegas, Myriam Sepulveda López y Nancy Solano de Jinete
2	2	15	12	2009	La movilización por la educación en Colombia: Apuesta por la construcción de globalización alternativa	Camilo Ernesto Villegas Rondón
3	3	15	12	2010	Reflexiones acerca de la democracia, ciudadanía y educación en América Latina	Lucila Reyes Sarmiento
6	6	15	12	2013	Dialécticas sobre la teoría crítica de los DD.HH y la teoría crítica de la educación de la interculturalidad	Danilo Alfredo Ortiz Vargas
7	7	15	12	2014	Nota preliminar circunscrita al concepto, función y rol de la criminología y la estadística en el ejercicio de la investigación académica	Over Humberto Serrano suárez
8	8	30	6	2015	Ciencia jurídica y enseñanza del derecho. Primeros pasos hacia una concepción del Derecho	Luis Antonio Corona Nakamura y José María Arredondo Bartolo
8	8	30	6	2015	Vigencia de la Escuela Histórica en la enseñanza del Derecho	Alie Pérez Véliz
8	9	15	12	2015	La formazione giuridica post lauream in Italia: Esperienze e prospettive	Giussepe Ferrari
9	10	30	6	2016	La responsabilidad social, un componente esencial de la formación en un programa de química ambiental	Liliana Caycedo Lozano, Diana Marcela Trujillo Suárez y Sara Soledad García
10	13	15	12	2017	Un desafío para México: la cultura de la paz	Esperanza Loera Ochoa
CONCILIACION						
2	2	15	12	2009	Representaciones sociales en torno al concepto de equidad y justicia de los conciliadores en equidad de las unidades de mediación y conciliación de Bogotá	Norhys Esther Torregrosa Jimenez
10	13	15	12	2017	Los mecanismos alternos de solución de conflictos en el ámbito de la justicia informal	Ramón Antonio Peláez Hernández
TRIBUTARIO						
2	2	15	12	2009	Las concepciones tributarias del liberalismo clásico	Óscar Ramírez Cardona

5	5	15	12	2012	La rendición de cuentas a la ciudadanía por las entidades nacionales	Mario Alberto Álvarez López y Mercedes Restrepo Arias
5	5	15	12	2012	Conceptualización contable para juristas y afines	Javier Alcides Álvarez Montañez
DERECHO COMERCIAL						
2	2	15	12	2009	Autorregulación del mercado de valores: profundización del mercado o relativización del control estatal	Omar Alfonso Ochoa Maldonado
4	4	15	12	2011	El derecho en la sociedad del riesgo	Juan Manuel Ortega Maldonado
6	6	15	12	2013	Las operaciones de mercado abierto -OMAS-. Instrumento eficaz para el control de la Base monetaria: trasegar histórico y pertinencia actual	Omar Alfonso Ochoa Maldonado
7	7	15	12	2014	La constitucionalización del Derecho financiero en el Derecho colombiano	William Jiménez Gil
7	7	15	12	2014	El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia	Raúl Alberto Gallardo Ciro
7	7	15	12	2014	La interrelación entre el juez y el árbitro internacional. Estudio comparativo entre Francia y Colombia	Diana Paraguacuto Maheo, Lilian Johanna Bayona y Raul Gallardo
8	9	15	12	2015	Reflexionando con Keynes sobre la crisis global del sistema financiero presentada en 2008	Germán Fernando Medina Ricaurte
9	11	15	12	2016	Bonos de carbono: desarrollo conceptual y aproximación crítica	Omar Alfonso Ochoa Maldonado
10	12	30	6	2017	La regulación imperativa de la sociedad por acciones simplificada (SAS) en México, en contraste con la tendencia desregulatoria y con las SAS colombiana y francesa	Soyla H. León Tovar
10	13	15	12	2017	Las nociones de regulación y reglamentación en derecho económico ¿identidad o antagonismo?	Javier Sanclemente-Arciniegas
10	13	15	12	2017	El monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión	Jorge Pantoja Bravo
10	13	15	12	2017	Naturaleza jurídica del contrato de corresponsalía bancaria mediante redes posicionadas en Colombia	Nicolás Ramírez Zarate
DERECHO ELECTORAL						
2	2	15	12	2009	Pour La Democratie	Orlando Solano Barcenás
3	3	15	12	2010	La depuración del registro cívico nacional de Uruguay	Rodolfo González Rissotto
9	10	30	6	2016	Historia del marco jurídico de los partidos políticos en México	Luis Antonio Corona Nakamura
10	12	30	6	2017	Factores asociados a la implementación de un documento único de identidad en México	Judy Amparo Cordero Peralta y José Fernando Vázquez Avedillo
10	13	15	12	2017	Las circunscripciones especiales transitorias de paz, ¿una propuesta para mejorar la representación política de los sectores y las regiones más afectadas por el conflicto armado interno?	Bárbara González Medina
DERECHO AMBIENTAL						
3	3	15	12	2010	El agua potable como derecho fundamental para la vida	Gabriela Mendizábal Bermúdez y Mariana Guadalupe Sedano Padilla
3	3	15	12	2010	El derecho humano al agua potable: entre un reconocimiento popular y jurisprudencial	Ricardo Motta Vargas
4	4	15	12	2011	Agua multinacional española en Colombia y gestión de recursos hídricos corporativos	Ricardo Motta Vargas
7	7	15	12	2014	Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano	Alcides Francisco Antúnez Sánchez, Elena Polo Maceiras y Yomisel Galindo Rodríguez
9	10	30	6	2016	De los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza: racionalidades emancipadoras del derecho ambiental y nuevas narrativas constitucionales en Colombia, Ecuador y Bolivia	Lizeth Del Carmen Gómez Sierra y Miguel Ángel León
10	13	15	12	2017	Las problemáticas socio-ambientales generadas por la explotación minera en los páramos de Colombia	Gelver Castellanos Calderón
10	13	15	12	2017	La adopción de un pacto internacional para la protección del medio ambiente	Yann Aguila
DERECHO LABORAL						
3	3	15	12	2010	El esquema de multifondos, innovación en la administración del sistema de pensiones obligatorias colombiano	Omar Alfonso Ochoa Maldonado
5	5	15	12	2012	Protección penal de los derechos humanos de los menores trabajadores en México	Isaías Jorge Acata Águila
5	5	15	12	2012	El envejecimiento poblacional y las prestaciones de seguridad social para los trabajadores migrantes e informales de México	Gabriela Mendizábal Bermúdez y Juan Manuel Ortega Maldonado
7	7	15	12	2014	Una aproximación comparada de derechos y principios: Derecho a la pensión y la verdad, principios de igualdad y solidaridad	Alexander Monroy Rodríguez y Oscar Yesid Osorio Barragán
8	8	30	6	2015	La "capacidad de percepción" de los adultos mayores en la defensa de sus derechos fundamentales	Juan Manuel Ortega Maldonado y Gabriela Mendizábal Bermúdez

8	8	30	6	2015	Visión panorámica de la prueba en el reconocimiento de derechos sustanciales del trabajador	Diana Lisbeth Ortega Suescun, Angélica María Parra Báez y Liliana Andrea Vargas Espitia
8	8	30	6	2015	Corte Penal Internacional: ¿Un obstáculo para la paz en Colombia?	Luz Mary Rincón Romero
9	11	15	12	2016	Nexo de causalidad para determinar la responsabilidad del reconocimiento de la pensión de invalidez de origen mixto en Colombia	Gabriel Vargas Mendoza
DERECHO ROMANO						
3	3	15	12	2010	Evolución de las relaciones absolutas y relaciones relativas en el derecho romano arcaico	Claudia Patricia Salcedo de Patarroyo
5	5	15	12	2012	El "Uti Possidetis" Un principio Americano y no Europeo	Jairo Ramos Acevedo
6	6	15	12	2013	Evolución de las relaciones absolutas y las relaciones relativas en el derecho romano preclásico	Claudia Patricia Salcedo de Patarroyo
DERECHO INTERNACIONAL						
4	4	15	12	2011	El jurista colombiano y el derecho islámico y de los países musulmanes. Nuevas fronteras de la comparación jurídica	Lorenzo Ascanio y Massimiliano Castellari
5	5	15	12	2012	Del control difuso al control holístico (133 Vs 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)	Luis Antonio Corona Nakamura y Pedro Navarro Rodríguez
5	5	15	12	2012	El asilo diplomático: connotaciones actuales de un atavismo internacional	José Manuel Ramírez Sineiro
7	7	15	12	2014	La ocupación de viviendas como categoría legal, a partir de las modificaciones introducidas en el derecho inmobiliario cubano	Erick Ortega García
7	7	15	12	2014	La interrelación entre el juez y el árbitro internacional. Estudio comparativo entre Francia y Colombia	Diana Paraguacuto Maheo, Lilian Johanna Bayona y Raul Gallardo
8	9	15	12	2015	Nuevo paradigma regulatorio de las telecomunicaciones en Costa Rica	Carlomagno Burgos V. y Luis Carlo Fernández F.
9	10	30	6	2016	Violations of human rights, use of chemical weapons and the phenomenon of "Non-State Actors": a reflection about the U.N. Security Council resolutions related to Syria	Pasquale Borea
9	10	30	6	2016	China's strategic foray in the post-monarchy Nepal: implications for India	Bawa Singh y Shahbaz Shah
9	10	30	6	2016	La asistencia penal internacional y la extradición en los delitos de narcotráfico, lavado de activos y financiación del terrorismo y corrupción internacional	Carlos Álvarez Cozzi
9	10	30	6	2016	La independencia de la función judicial y la reforma del mecanismo de funcionamiento judicial en China	Pan Deng
9	11	15	12	2016	Asia-Pacífico: el tortuoso camino hacia la integración	Adrián Cisneros Aguilar
9	11	15	12	2016	O financiamento do terrorismo internacional: a complexidade face a globalização dos mercados económicos	André Luís Woloszyn
9	11	15	12	2016	Framing Attica: Newsprint Media Construction of the 1971 Attica Prison Riot: Claims-Makers, Frame Salience, and the Cultural Geography of Readership	John P. Walsh, Joanne Ziembo-Vog y Jacquelynn Martin
10	12	30	6	2017	Enforcing Foreign Judgments - Principle Points from The Viewpoint of the Execution of the Right	Petar Georgiev Bonchovski
10	12	30	6	2017	La mondialisation, vecteur de la circulation des solutions juridiques	Alexis Le Quinio
10	12	30	6	2017	Litigation or Arbitration: a Competition? - Cross-border Commercial Dispute Adjudication in a Globalizing World under the Reign of EU Regulation 1215/2012	S.F.G Rammeloo
10	12	30	6	2017	La vulneración de la dignidad humana en el sector rural colombiano, a partir de la suscripción y vigencia del Tratado de Libre Comercio (TLC) Colombo-Americano	Cindy Paola Rojas Cárdenas, Cristina Alejandra Tinoco Oliveros y Myriam Sepúlveda López
10	13	15	12	2017	La responsabilidad de proteger, la acción del consejo de seguridad y la defensa de los derechos humanos: crítica al sistema internacional	Juan Manuel Rivero Godoy
FILOSOFIA JURIDICA						
4	4	15	12	2011	El jusnaturalismo y el juspositivismo en la justicia	Álvaro Guadarrama González
4	4	15	12	2011	El paradigma discursivo del derecho. La legitimidad pos-weberiana y "el encierro protector del filósofo-rey" en Habermas	E. Ariel Corredor C.
4	4	15	12	2011	El rescate del ethos de la política en la sociedad actual	Alejandro Ordoñez Maldonado
5	5	15	12	2012	El "Uti Possidetis" Un principio Americano y no Europeo	Jairo Ramos Acevedo
8	8	30	6	2015	Un diálogo en torno a la crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico	Over Humberto Serrano Suárez
8	9	15	12	2015	Isonomia: Um breve ensaio acerca da teoria valorativa e de sua busca pela igualdade substancial	Fernando Gentil Gizzi de Almeida
9	10	30	6	2016	La justicia en la literatura griega	María Mercedes Hernández Henríquez

9	10	30	6	2016	La burocracia: elemento de dominación en la obra de Max Weber	Santiago Martínez Castilla
9	11	15	12	2016	El papel del juez en las lecturas aristotélicas actuales	José Luis Aramburo
GENERO						
4	4	15	12	2011	Adopción de políticas estatales en América Latina para la prevención del feminicidio	Omar Huertas Díaz, Nayibe Paola Jiménez Rodríguez y Carlos Mauricio Archila Guío
INFANCIA Y ADOLESCENCIA						
4	4	15	12	2011	Orientaciones en la construcción de políticas de protección de niños y niñas por parte del Estado colombiano	María Patricia Carvajal Medina
5	5	15	12	2012	Protección penal de los derechos humanos de los menores trabajadores en México	Isaías Jorge Acata Águila
5	5	15	12	2012	Infancia, adolescencia, delito y sistema penal en Argentina	Roberto M. Pagés
5	5	15	12	2012	Sustracción interparental de menores: una forma de violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes	Jinyola Blanco Rodríguez y Raúl Santa-cruz López
6	6	15	12	2013	La práctica del consentimiento sustituto en menores intersexuales, con ambigüedad sexual y hermafroditismo, en el Hospital Pediátrico Universitario del Centro Médico de Puerto Rico para el periodo 1998 – 2012	Julieth Vanessa Ordóñez Imbachi
8	9	15	12	2015	La violencia de pareja entre adolescentes: Revisión de los programas preventivos actuales y propuesta de intervención	José Luis Alba Robles, Lorena Navarro Pérez y María Jesús López Latorre
8	9	15	12	2015	La custodia compartida en la práctica judicial española: Los criterios y factores para su atribución	Cristobal Pinto Andrade
8	9	15	12	2015	Una nueva categoría de homicidios por causas personales según el FBI. Secuestro "in utero" o rapto fetal (fetal abduction)	Susana P. García Roversi
9	11	15	12	2016	Estudio y conceptos sobre la violencia durante el noviazgo	Diana Yesmín Bernal Pinilla, Bibiana Patricia Hernández Cuchumbe y Paola María Akl Moanack
DERECHO CIVIL						
7	7	15	12	2014	La ocupación de viviendas como categoría legal, a partir de las modificaciones introducidas en el derecho inmobiliario cubano	Erick Ortega García
9	10	30	6	2016	Sobre el precedente judicial y su obligatoriedad. Una revisión de la jurisprudencia reciente	David Blanco Cortina
9	11	15	12	2016	La causa y la situación patrimonial justa	Jose Luis Del Moral Barilari
9	11	15	12	2016	O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais brasileiros	Vitor Vilela Guglinskia
DERECHO INDIGENA						
6	6	15	12	2013	Territorio indígena y derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica interamericana	Clara Cecilia Suárez Vargas
7	7	15	12	2014	La colisión cultural entre dos visiones: Justicia Indígena y Derecho Estatal	Nancy Solano de Jinete y Germán Humberto Padilla Ospina
8	8	30	6	2015	Avances en acceso a la educación de grupos étnicos en Colombia y el mundo	Luz Carlina Gracia Hincapie
10	13	15	12	2017	Lingua, diritti e opportunità: il ruolo della lingua nell'inclusione e nell'esclusione delle popolazioni indigene	Fernand de Varennes
DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES						
8	9	15	12	2015	Nuevo paradigma regulatorio de las telecomunicaciones en Costa Rica	Carlomagno Burgos V. y Luis Carlo Fernández F.
9	10	30	6	2016	La libertad de expresión en la internet	Edwin Jesith Bernal Ramírez
9	11	15	12	2016	La transmisión automática de información. ¿Hacia un estándar global de intercambio de información?	María Esther Sánchez López
9	11	15	12	2016	Framing Attica: Newsprint Media Construction of the 1971 Attica Prison Riot: Claims-Makers, Frame Salience, and the Cultural Geography of Readership	John P. Walsh, Joanne Ziembo-Vog y Jacquelynn Martin
9	11	15	12	2016	La permeabilización del derecho y las instituciones por los medios de comunicación – la incursión del derecho penal del enemigo	Luz Mary Rincón Romero
10	13	15	12	2017	Analizando el derecho fundamental al olvido a propósito de su reciente reconocimiento y evolución	Jorge Isaac Torres Manrique
DISCIPLINARIO						
9	10	30	6	2016	Evaluación social del Control Interno	German Fernando Medina Ricaurte
9	11	15	12	2016	Immunità parlamentare in Italia: una nuova proposta interpretativa	Giampiero Buonomo
DERECHO CANONICO						
9	11	15	12	2016	El Motu proprio del Papa Francisco que derogó la Consulta obligatoria para las sentencias de nulidad del matrimonio católico	Vilma S Moreno Díaz



Princesa del Mar

Refreshments
Cabanas Bar

Eduardo

SIN PENSAR LA



NORMAS DE PUBLICACIÓN ■

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los artículos puestos a consideración del Comité Editorial de la Revista Misión Jurídica deben ser inéditos; en consecuencia, aquellos manuscritos que hayan sido publicados en otras revistas o publicaciones técnico-científicas no serán aceptados.

La Revista Misión Jurídica acepta artículos originales de los siguientes tipos, en concordancia con lo requerido por el programa Publindex de Ciencias.

Artículo de investigación científica y tecnológica: Documento que presenta de manera detallada los resultados originales de proyectos de investigación. La estructura contiene: Título, Resumen, Palabras clave, Introducción, Metodología, Resultados, Discusión, Conclusiones, Referencias bibliográficas.

Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica del autor, sobre un tema específico y recurriendo a fuentes originales. La estructura contiene: Título, Resumen, Palabras clave, Introducción, Metodología, Discusión teórica o contenido de la reflexión, Conclusiones, Referencias bibliográficas.

Artículo de revisión: Documento resultado de una investigación donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y tendencia de desarrollo; se caracteriza por presentar un soporte bibliográfico no menor a 50 referencias. La estructura de presentación es igual al de Artículo de investigación científica (item 1).

El autor debe especificar el tipo de artículo que está enviando. Se reciben artículos en castellano, portugués, inglés, francés e italiano. Si no es en español, el artículo debe tener obligatoriamente resumen en castellano, inglés y el idioma original.

PROCESO DE ACEPTACIÓN Y PUBLICACIÓN

Los artículos sobre informes finales o avances de investigación en torno a resultados de proyectos de investigación en ejecución o terminados, son valorados por el Comité Editorial de la revista para su posterior remisión a pares académicos, - árbitros de trayectoria especializados en el tema - quienes certifican la originalidad y calidad de los documentos, acogiendo los criterios definidos por el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología “ Francisco José de Caldas” – COLCIENCIAS – y atendiendo los requerimientos de los sistemas de indexación de revistas científicas.

Con fundamento en esta evaluación, la cual es anónima, la revista Misión Jurídica puede sugerir al autor modificaciones formales. El autor se comprometerá a realizar los cambios en el plazo máximo de una semana.

EXTENSIÓN Y FORMATO

Los artículos enviados a la revista no pueden exceder de 60 páginas tamaño carta, ni podrán tener menos de 25 con el siguiente formato de presentación:

Página en procesador de palabra MS-Word® a doble espacio con margen de 3 cm, en la parte superior, 2 cm en la inferior y 2,5 cm en las márgenes laterales derecha e izquierda. Tipo de fuente: Garamond 12 puntos.

El nomenclador, en los títulos principales, debe ir con números arábigos y mayúscula inicial. Subtítulos en margen izquierda, con mayúscula inicial, en negrilla y nomenclador de segundo nivel con números arábigos.

Secciones dentro de subtítulos en la margen izquierda, en negrilla, con mayúscula inicial y nomenclador de tercer nivel con números arábigos. No se utilizarán nomencladores de cuarto orden, en su lugar se usarán viñetas.

El artículo debe estar escrito en tercera persona.
Normas APA (recomendadas) o con nota a pie de página.

PRESENTACIÓN DE LOS ARTÍCULOS

1. TÍTULO Describe el contenido y tema del artículo en forma clara, exacta y concisa. Debe ser atractivo sin superar 25 palabras. Al título se le añadirá una nota al pie en forma de asterisco (*). Allí el autor definirá el tipo de artículo que está enviando. Referirá el contexto en el cual se realizó la investigación, estableciendo nombre del proyecto, institución que apoya, número de registro (si tiene). Si es producto de monografía de Maestría o Doctorado, debe constar el título académico al que optó y la Universidad a la cual lo presentó.

EJEMPLO: EL UTI POSSIDETIS UN PRINCIPIO AMERICANO Y NO EUROPEO*

* Artículo de investigación científica que presenta resultados de un proyecto de investigación terminado sobre los Tratados Internacionales del grupo de investigación Derecho Administrativo COL0070214,- Universidad Libre-Seccional Cali.

2. AUTOR: Nombre del autor y su correo electrónico, con referencia en pie de página agregará hoja de vida resumida (no más de 8 líneas en pie de página) que refiera al grado de estudio, también contendrá la afiliación institucional del articulista o de los articulistas y el nombre de la entidad en la cual se desarrolló el trabajo. Si son dos o más autores se hará referencia a autor a, b, c, según sea el caso.

De igual manera el autor se compromete a enviar en archivo aparte un Curriculum Vitae en extenso, para guardarlo en la base de datos como requisito exigido por Colciencias.

3. RESUMEN EN ESPAÑOL: Sumario de: Objetivos principales de la investigación, alcance (contexto y localización), metodología empleada y principales resultados y conclusiones. Debe estar escrito en tercera persona ser claro, coherente y sucinto, máximo 250 palabras sin incluir referencias bibliográficas.

4. PALABRAS CLAVE: Permiten clasificar y direccionar las entradas en los sistemas de indexación y de recuperación de la información. Debe presentar mínimo seis (6) palabras clave y máximo diez (10), que sean relevantes e indiquen los temas del contenido.

5. ABSTRACT: Resumen en idioma inglés.

6. KEY WORDS: Palabras claves en idioma inglés.

7. INTRODUCCIÓN: Se presenta de manera clara mediante una pregunta de investigación, contextualiza el tema mostrando antecedentes del tema planteado y la consecuencia de su solución. Presenta una justificación adecuada sobre la importancia de realizar el trabajo y trata explícitamente: objetivos, propósitos, y actividades e hipótesis de la investigación creando un contexto adecuado al lector. Termina con un recuento de la estructura que seguirá el artículo.

8. METODOLOGÍA: Especificar la metodología utilizada para el desarrollo del artículo, presentando de manera clara el procedimiento para análisis o revisión de la información.

9. RESULTADOS (No se requiere en artículos de reflexión): Presenta los datos recolectados más relevantes y los suficientemente detallados para sustentar las conclusiones. En esta sección se reportan los nuevos conocimientos, es decir, lo que se encontró. Es el resultado mismo del trabajo que debe presentar los datos sin interpretarlos.

10. DESARROLLO DEL TRABAJO: Cuerpo de la investigación, con sus partes y nomencladores. Es básicamente el fruto del trabajo realizado que el investigador somete a consideración del lector.

11. CONCLUSIONES: Reflexión realizada por el autor con base en los resultados obtenidos y con respecto a los objetivos planteados. Deben dar respuesta a la pregunta de investigación.

12. BIBLIOGRAFÍA: Deben realizarse al final del artículo, se recomiendan por lo menos 30 fuentes consultadas que se citen a lo largo del documento. Excepto para artículos de revisión, cuyo mínimo es de 50 referencias bibliográficas.

CITAS DE REFERENCIA DENTRO DEL TEXTO

El estilo Harvard-APA presenta las citas dentro del texto del trabajo, utilizando el apellido del autor, la fecha de publicación y la página citada entre paréntesis. Este sistema NO requiere utilizar las citas a pie de página, por lo tanto permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de referencias al final del trabajo.

A. EJEMPLOS DE CITA DE UNA OBRA DENTRO DEL ARTÍCULO

1. Williams (1995) sostuvo que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente”.

En este ejemplo como el apellido del autor forma parte de la narrativa, se incluye solamente el año de publicación de artículo entre paréntesis.

2. Si bien es cierto que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente” (Williams (1995) también puede tomarse otra posición al respecto.

Cuando el apellido del autor y la fecha de publicación no formen parte de la narrativa del texto, se incluyen entre paréntesis ambos elementos, separados por una coma.

3. En 1995, Williams descubrió que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente”.

En este caso, tanto la fecha como el apellido forman parte de la oración, por lo tanto no llevan paréntesis.

B. CITA DE VARIOS AUTORES U OBRAS DE UN MISMO AUTOR QUE CONCURRAN EN AÑO DE PUBLICACIÓN

1. Cuando un trabajo tiene dos autores (as), siempre se cita los dos apellidos cada vez que la referencia ocurre en el texto.
2. Cuando un trabajo tiene tres, cuatro o cinco autores, se citan todos los autores la primera vez que ocurre la referencia en el texto. En las citas subsiguientes del mismo trabajo, se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de la frase et al. y el año de publicación.

Ejemplo: La primera vez sería: (Moore, Estrich, McGillis, y Spelman 1984)

Las referencias subsecuentes se utiliza et al., como en el ejemplo a continuación: (Moore et al., 1984, p.46)

3. Cuando un autor tienen más de una publicación en el mismo año, se acompaña el año de la publicación con una letra minúscula.

Ejemplo: En dos estudios recientes (Molina, 1986a, p.80; 1986b, p.138) se indicó que...

4. Cuando se citen dos o más obras por diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis.

Ejemplo: En varias investigaciones (Ayala, 1994; Conde, 1996; López y Muñoz, 1999) llegaron a la misma conclusión...

C. CITAS LITERALES DE AUTORES U OBRAS

Cuando el texto que se usa se cita directamente (o sea se referencia palabra por palabra), se usa la cita y se incluye el apellido del autor, año de publicación y la página en donde aparece la cita, separándose por comas entre sí.

1. Cuando las citas directas son cortas (menos de 40 palabras), éstas se incorporan a la narrativa del texto entre comillas y sin cursiva.

Ejemplo: Por eso no es imposible sostener que “El Estado es un grupo humano que habita cierto territorio, y dentro del cual un orden social, político y jurídico –orientado hacia el bien común- es instaurado y mantenido por un autoridad provista de suficientes poderes de compulsión” (Olano, 2009,35).

2. Cuando las citas directas contienen 40 o más palabras, éstas se destacan en el texto en forma de bloque, sin el uso de comillas. Para tal fin se comienza este bloque en una línea nueva, sangrando las mismas.

Ejemplo: Gómez, L. (2001), elabora una tesis muy completa y pertinente al respecto:

Se erige entonces, en el ámbito jurídico contemporáneo, el Tribunal Constitucional en garante y protector de la Constitución, adquiere una posición privilegiada sobre los demás poderes, asume

la función de establecer límites de contención a los poderes constituidos, determina el ámbito de competencias del Estado frente a la sociedad y sirve de garante de los derechos fundamentales, en especial de las minorías (p,90).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS AL FINAL DEL DOCUMENTO EN NORMAS APA

La lista se titulará BIBLIOGRAFÍA o REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS, debe aparecer por orden alfabético del apellido de los autores y con el siguiente formato:

a. Cuando se refiere a un libro:

Apellido, nombre (año). Título del libro. Lugar de publicación. Editor o casa editorial.

Ejemplo: Moore, M. H., Estrich, S., McGillis, D., y Spelman, W. (1984). Delincentes peligrosos: el blanco escurridizo de la justicia. Cambridge: Harvard University Press.

b. Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:

Apellido, nombre. (año). Título del artículo. Título de la Revista, Volumen (número), páginas citadas.

Ejemplo: AMBROSIONI, Carlos F. (1963). "El proceso romano". Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Tomo XXII (1), 7-130.

c. Cuando se refiere a documentos legales:

Título de la Ley (número/ fecha de emisión) Decreto o artículo. Nombre del Boletín oficial, Institución Competente, página.

Abreviaturas: art., (artículo); num., (numeral); párr. (parágrafo); inc., (inciso); lit. (literal).

d. Para antología o compilación de artículos:

Apellido, nombre. (año) Título del artículo. En: nombre editor o compilador (Eds./Comps), Título del Libro, (pp. páginas citadas) Ciudad: editorial.

Ejm: SANRI, JAIME. (2011). Sistema de partidos y decisiones trascendentales. En: Casa Ospina (eds.) Verdad Sin Justicia (pp.46 – 57) Bogotá. Oveja Negra

e. Ponencias:

Apellido, nombre. (año, día, mes). Título de la ponencia. Institución que realizó el evento, ciudad.

Motta, Ricardo. (2013, 17 de noviembre). El mandato del agua como recurso fundamental. Ponencia presentada en el Seminario Internacional de Filosofía del Derecho, UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA, Bogotá.

f. Artículos de periódicos:

Apellido, nombre. (año, mes, día) Título del artículo. Título del periódico. pp. páginas citadas.

SAMPER, DANIEL. (2012, Octubre 15). Mate tranquilo. El Tiempo, pp. 1A

g Información de internet:

Autor/ Responsable. (fecha de publicación) Título [en línea]. Disponible en: especificar la dirección web. (fecha de consulta)

ROJAS, G. M. (2009). Crímenes de Guerra: justicia vs. Procesos de paz [en línea]. Disponible en http://www.terra.com.co/actualidad/articulo_/html/acu17701-crimenes-de-guerra-justicia-vs-procesos-de-paz.htm. [Consultado marzo 1, 2012].

SISTEMA DE CITA A PIE DE PÁGINA

Se podrán también usar notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

a) Cuando se refiera a un libro: ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela. Una acción humanitaria. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1992.p. 236

- b) Si se cita un conjunto de páginas de un libro: PENAGOS, Gustavo. La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos. La desviación de poder. 2ª Ed. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1987, pp. 131-140.
- c) Cuando se refiera a un artículo citado dentro de un libro: LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. La cuestión del Canal desde la secesión de Panamá. EN: Álvaro Tirado Mejía et al. (editores). Nueva Historia de Colombia, tomo 1, Historia Política 1886-1946. Bogotá, Editorial Planeta, 1989, pp. 145-186.
- d) Cuando se cite un artículo publicado en una revista científica: GUZMÁN V., Manuel. "Elaboración y tráfico de cocaína en Chile, 1966 - 1970". EN: Revista chilena de derecho, Vol. 3, Nos.4-6, julio-diciembre 1976, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile, pp. 251-272.
- e) Cuando se refiera a un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos: DE LA CALLE, Humberto. "El ADN de la ley". EN: El Espectador, Bogotá, domingo 18 de enero de 2009, p. 36.
- f) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos: "Gobierno propone resucitar Minjusticia. Habla de reforma estructural". EN: El Tiempo. Bogotá, 7 de diciembre de 2009, pp. 1-3. Pautas de publicación 334.
- g) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado: *Ibíd.*, p. 23.
- h) Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente: ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela. op. cit., p. 50.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS AL FINAL DEL DOCUMENTO EN CITA A PIE DE PÁGINA

- a) Cuando se refiere a un libro: VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, 573 p.
- b) Si se refiere a un artículo publicado en revista: AMBROSIONI, Carlos F. "El proceso romano". EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Tomo XXII-1963, pp. 7-130. 335
- c) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos: LÓPEZ MEDINA, Diego. "La cultura de la legalidad (II)". EN: *Ámbito Jurídico*. Bogotá, año XIII, No. 303, 9 al 22 de agosto de 2010, p. 12
- d) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos: "Haremos lo que esté a nuestro alcance para que se edifiquen las mejores relaciones entre la Rama Judicial y el Gobierno". Entrevista al vicepresidente del Consejo de Estado, Dr. Mauricio Fajardo. EN: *Ámbito Jurídico*, Bogotá, año XIII, No. 303, 9 al 22 de agosto de 2010, p. 18.
- e) Documentos electrónicos: AGUILERA PEÑA, Mario. "Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953". EN: Revista Credencial Historia, Ed. 163 de 2003, página web de la Biblioteca Luís Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, html (20.04.2009).

PRESENTACIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA AL FINAL DEL DOCUMENTO

Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en Garamond, luego seguida de un punto, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La

primera, un libro; la segunda, una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica; luego el de los autores, en versalita; seguido el título de la obra en itálica; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

Nota: En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. En este listado bibliográfico no se citan las páginas consultadas, sino solo las páginas iniciales y finales de los artículos de revistas, periódicos o capítulos de una obra colectiva (de varios autores). Se recomienda poner el número total de páginas de los libros con el fin de hacerse una idea de su “peso”, ejemplo: XXIII-870 p.

ILUSTRACIONES

Las tablas y figuras - por ejemplo gráficos, dibujos, esquemas, diagramas de flujo, fotos y mapas - deben presentarse en hojas independientes y con numeración consecutiva (Tabla 1; Figura 1, etc.). Los textos y tablas deben presentarse en el procesador de palabra MS-Word®; las tablas y los diagramas de frecuencia (barras y torta) originales deben suministrarse en el archivo del manuscrito y también en su original de MS-Excel®; otras figuras, como fotografías sobre papel y dibujos, se pueden enviar en originales o escanearlas y remitirlas en el formato digital de compresión JPG (o JPEG) preferiblemente con una resolución de 600 x 600 dpi (mínimo 300 dpi); se prefiere que las fotografías sean enviadas como diapositivas. Como norma general, las tablas y figuras sólo se aceptan en blanco y negro.

ENVÍO DE ARCHIVOS

Se aclara a los autores que la recepción del artículo no implica su publicación o compromiso en cuanto a la fecha de edición.

Los artículos y curriculum se recibirán en los correos electrónicos: misionjuridica@unicolmayor.edu.co y orsobar@hotmail.com.

CONVOCATORIA PERMANENTE

La convocatoria de la Revista Misión Jurídica es permanente y la publicación de los artículos dependerá de su orden de llegada. Nuestra temática es abierta con respecto a temas de investigaciones que involucren al derecho y las ciencias sociales.

ORLANDO SOLANO BÁRCENAS
EDITOR

FEDERICO SÁNCHEZ RIAÑO
ASISTENTE EDITORIAL

INSTRUCTIONS TO THE AUTHORS

The articles sent to review of the Publishing Committee of Misión Jurídica magazine must be unpublished, thus the ones that have been published in other magazines or technical or scientific publications will not be accepted.

Misión Jurídica magazine admits original articles that follow the guidelines by the Publindex programme of Colciencias and can be of the following types:

1- Article of scientific and technological research: Document that presents in a detailed manner the original results of the investigation projects. The structure contains: title, summary, key words, introduction, methodology, results, discussion, conclusion, bibliographic references.

2- Reflection article: Document that presents the results of an investigation from an analytical, interpretative perspective and with a review from the author about a specific subject with first hand sources. The structure contains: title, summary, key words, introduction, methodology, theoretical discussion or content of reflection, conclusion, bibliographic references.

3- Article of review: Document consequence of an investigation where the results of published or unpublished investigations on a specific field are analyzed or integrated with the purpose of giving account in the advances and tendencies development. It is characterized for having a bibliographic support of no less than 50 references. The structure is the same as the article of scientific research.

The author must specify which type of article is sending. Articles in Spanish, Portuguese, English, French and Italian are accepted. If the article is not written in Spanish it should compulsorily have the summary in Spanish, English and the original language.

ACCEPTANCE AND PUBLICATION PROCESS

The articles on final reports or investigation previews about investigation project's results taking course or finished are valued

by the Publishing Committee of the magazine to be sent to remission of the academic pair -well known referees specialized in the subject- who certify the originality and quality of the documents, taking into account the criteria defined by the Colombian Institute for the Development of Science and Technology "Francisco José de Caldas" -COLCIENCIAS- and also taking into account the guidelines for indexation of scientific journals.

With this evaluation as a basis, which is anonymous, *Misión Jurídica* magazine can suggest formal changes to the author. The author can commit to make the changes in a week.

EXTENSION AND FORMAT

The articles sent to the magazine cannot exceed 60 pages letter size, nor have less than 25 with the following format: page in word processor MS-Word, double space with 3 cm margin on the top, 2 cm on the bottom and 2,5 cm in the left and in the right. Type of font: Garamond 12 points.

The nomenclature, in the main titles, must be in arabic numbers and capital letter in the beginning. Subtitles must be in the left margin with capital letter in the beginning, in bold and second level, nomenclature of second level with arabic numbers.

Sections within the subtitles in the left margin, bold, with capital letter in the beginning and nomenclature of third level with arabic numbers. Nomenclature of fourth level will not be used, bullets will be used instead.

The article must be written in third person. APA style is recommended or references should be in a footnote.

PRESENTATION OF THE ARTICLE

1. TITLE: Describes the content and theme of the article in a clear, succinct way. It must be attractive and with no more than 25 words.

To the title will be added a footnote with an asterisk (*). There the author will establish the type of article he/she is sending. He/she will tell the context in which the investigation took place, establishing the name of the project, institution in which was supported and number of register (if it has). If it is the result of a Master's or Doctorate degree it must include the academic title chosen and University in which was hosted.

EXAMPLE: THE UTI POSSIDETIS IS AN AMERICAN PRINCIPLE, NOT EUROPEAN*

*Article of scientific investigation that shows the result of a finished investigation project about the International Treaties of the investigation group "Administrative Law" COL 0070214, Libre University, Cali.

2.AUTHOR: Name of the author and e-mail with reference to a footnote will add a summary of his/her Curriculum Vitae (no more than 8 lines in a footnote) that recounts to the level of study, it will also include institutional affiliation of the author or authors and the name of the entity in which the investigation was developed. If there are two or more authors they will be referred as author a, b, c, etc.

Example:

Raul Santacruz Lopez
raul.santacruz@uan.edu.co

a. Lawyer graduated from National University of Colombia, specialist in legal-criminal institutions of the University with Master studies in criminal law, crime science of Externado University of Colombia, with a degree on advanced studies in human rights in Zaragoza University, Spain and candidate to Ph.D.

in this University. Penal judge of the knowledge circuit in Bogotá. Research teacher of Antonio Nariño University and main investigator of cross-discipline group Iustitia.

In the same way the author commits to send on a different file a complete CV to save it in the data base as a requirement of COLCIENCIAS.

3. **SUMMARY IN SPANISH:** summary in Spanish of main goals of the investigation, reach (context and location), methodology employed and main results and conclusions. It must be written in third person, be clear, coherent and succinct, of 250 words top without bibliographic references.

4. **KEY WORDS:** They allow to classify and address the entries in the indexation systems and systems of recovery of information. Should be presented a minimum of 6 key words in Spanish and a maximum of 10, they must be relevant and show the content subject.

5. **ABSTRACT:** Summary in English.

6. **KEY WORDS:** Key words in English.

7. **INTRODUCTION:** It is presented in a clear way by a research question, provides a context for the subject showing precedent of the theme and the consequence of its solution. Has an appropriate justification about the importance of doing the job and explicitly is about: objectives, purposes, activities and hypothesis of the investigation creating a suitable context for the reader. It finishes with a review of the structure the article will have.

8. **METHODOLOGY:** The methodology applied to the development of the article should be specified, clearly showing the procedure for the analysis or review of the information.

9. **RESULTS** (it is not required in the Reflection Articles): Display the most important data collected and detailed enough to back up the conclusions. In this section the new knowledge is reported, to say, the discoveries. It is the result of the research showing the data without interpreting.

10. **DEVELOPMENT OF THE RESEARCH:** Body of the investigation with its parts and nomenclatures. Basically, it is the result of the research that the author subjects to the consideration of the reader.

11. **CONCLUSIONS:** Reflection by the author based on the results and related to the objectives. They must answer the question of research.

12. **BIBLIOGRAPHY:** Must be at the end of the article, at least 30 sources that are quoted during the investigation are recommended. The Articles of Review should have at least 50 sources. The bibliographic references should be at the end of the article or in a footnote.

When it refers to a book:

Bandura, A. J. (1997). Social learning theory. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 343-350.

When it refers to an article published in a magazine:

Chamberlin, J. (2008, May). Enhancing worker well-being: Occupational health psychologists convene to share their research on work, stress and health. *Monitor on Psychology*, 39(5), 26-29.

When it refers to an article published in a newspaper (Opinion Editorials):

Editorial: "What a disaster" and why does this question matter? [Editorial]. (2006). *Journal of Contingencies and Crisis Management*, 14, 1-2.

When it refers to an article (piece of news) published in a newspaper:

Scwartz, J. (1993, September 30). Obesity affects economic, social status. *The Washington Post*, pp A1, A4.

Electronic Documents:

Shotton, M.A. (1998). Computer addiction? A study of computer dependency. Retrieved from: <http://www.ebookstore.tandf.co.uk/html/index.asp>

PRESENTATION OF THE BIBLIOGRAPHY AT THE END OF THE DOCUMENT

Historic legislation (primary sources). First should be written the name of the norm in Garamond, then after a stop, the font, existing 3 options: The first one, a book, the second one a legal gazette or any other normative compilation and the third one an electronic source available on the internet.

In the case of a book, first should be written the name of the guidelines in italics, then the name of the authors in small capitals, followed by the name of the book in italics, then the country, the publishing house and the year of edition. This information separated by commas.

Note: In the bibliography section the books, articles and papers employed in the article should appear in alphabetical, ascendant order according to the surname. In the bibliographic list the pages quoted are not shown, only the initial and ending pages of the articles of magazines, newspapers or chapters of a collective work (of many authors). It is recommended to put the total number of pages from the books with the purpose of getting an idea of its "weight", example: XXIII-870 p.

ILLUSTRATIONS

The charts and figures, for example graphics and drawings, schemes, flow charts, pictures and maps must be presented in independent sheets and with consecutive numbering (chart 1, figure 1, etc.). The texts and charts should be presented in the word processor MS-Word, the charts and diagrams of frequency (bars and pie) originals must be provided in the text file and also its original files in MS-Excel; other figures such as photographs on paper and drawings can be sent in the original way or scanned and sent in JPG (or JPEG) digital compression format, preferably with a resolution of 600 x 600 dpi (minimum of 300 dpi), it is preferred the pictures to be sent as slides. As a general norm, the charts and figures are accepted only in black and white.

FILE SENDING

To clarify to the authors that the reception of the articles does NOT imply its publication or commitment regards the date of edition.

The articles and curriculum vitae will be received in the following e-mail addresses:
misionjuridica@unicolmayor.edu.co / orsobar@hotmail.com

PERMANENT CALL

The invitation to publish of *Misión Jurídica* magazine is permanent and the publication of the articles will depend on the order of arrival. Our topics are open in relation to the investigations that involve law and social sciences.

ORLANDO SOLANO BARCENAS
EDITOR

FEDERICO SÁNCHEZ RIAÑO
EDITORIAL ASSISTANT

INFORMACIÓN PARA LA SUSCRIPCIÓN

Apreciados(as) señores(as):

Deseo suscribirme a la Revista por dos números, a partir del _____

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____ Depto. _____

País: _____ Código Postal _____

Teléfono: _____ E:mail _____

Profesión: _____ Entidad: _____

Suscripción nacional: \$30.000. Internacional: US\$ 20.

No incluye gastos de envío

SISTEMA DE PAGO

Los(as) interesados(as) en suscribirse a la Revista deberán diligenciar el presente formulario, consignar el valor en la cuenta corriente No. 031-06001-5 del Banco Popular, a nombre de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Enviar copia del formulario de suscripción y recibo de consignación vía fax al 57 1+243 76 79.

Firma:

Documento de identidad

Línea de atención al cliente:
(57 - 1) 472 2000 en Bogotá
01 8000 111 210 a nivel Nacional
www.4-72.com.co

El servicio de *envíos*
de Colombia

