

Diálogos

de Derecho y Política

NÚMERO 17 // AÑO 7 // MAYO - AGOSTO DE 2015 // ISSN 2145-2784



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

1803

Revista electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia - Medellín, Colombia

Revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*

© Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
ISSN 2145-2784

Rector

Mauricio Alviar Ramírez

Decana

Clemencia Uribe Restrepo

Director-editor

Cristian Zapata Chavarría

Comité Científico

Juan Antonio García Amado
Roberto Gargarella
Antonio Carlos Wolkmer
Rodolfo Arango Rivadeneira
Juan Guillermo Gómez García
Francisco Cortés Rodas

Comité Editorial

Fabio Humberto Giraldo Jiménez
William Fredy Pérez Toro
Manuel Alberto Alonso Espinal
Juan Oberto Sotomayor Acosta
Gloria Patricia Lopera Mesa
Gloria María Gallego
Mario Alberto Montoya Brand
Julio González Zapata
Lina Claudia Adarve Calle
Rafael Rubiano Muñoz

Diagramación

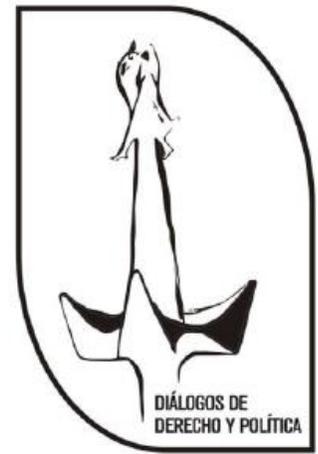
Oficina de Comunicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

Contacto

revistadiálogos@udea.edu.co
<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/>

Contenido

Participación niños, niñas y adolescentes en la guerra: ¿víctimas o victimarios? Raimir Omar Patiño Hurtado	4
Derecho de resistencia en la teoría política. De la “vindiciae contra tiranos” a la teoría de la guerra justa en los siglos XVI Y XVII Susana Valencia Cárdenas.....	27
La ordenación jurídica de la auditoría pública en Cuba. Alcides Francisco Antúnez Sánchez Elena Polo Maceiras Eulalia Viamontes Guilbeaux.....	42
La formación en la justicia indígena como alternativa frente al pluralismo jurídico. Eduardo Díaz Ocampo	70
El estudio de la acción colectiva y los movimientos sociales en ciencia política, un balance desde el pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. James Gilberto Granada Vahos Jonathan Alejandro Murcia	89



Participación niños, niñas y adolescentes en la guerra: ¿víctimas o victimarios?¹

Raimir Omar Patiño Hurtado

Abogado, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario
Correo electrónico: raimir19@hotmail.com

¹ Artículo elaborado en el marco de la especialización en derechos humanos y DIH que cursó el autor.

Resumen.

En este artículo se pretende analizar el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, atendiendo al carácter que como víctimas o victimarios se les da en el ordenamiento jurídico colombiano, destacando la importancia que representa su percepción como víctimas, no solo antes y después de estar vinculados al conflicto armado, sino también, y más importante aún, mientras aún hacen parte de este. Se expondrá la normatividad más relevante en el ámbito nacional e internacional, correspondiente a la problemática que abarca el reclutamiento de NNA. Se identificarán los grupos armados organizados al margen de la ley que más realizan esta práctica. De igual forma, se analizarán las razones y formas de reclutamiento, así como las situaciones y vivencias que deben afrontar los menores de edad mientras hacen parte del respectivo grupo armado; todo esto con el fin de contextualizar la vulneración de derechos de la cual son objeto los menores de edad reclutados, permitiendo vislumbrar la prevalencia de su calidad de víctima sobre la de victimario, a los ojos de la Constitución y la ley, propendiendo por una justicia transicional garantista de los derechos humanos.

Palabras clave: Infancia y adolescencia, reclutamiento, víctimas, victimarios, conflicto armado.

Participación niños, niñas y adolescentes en la guerra: ¿víctimas o victimarios?

Introducción

El reclutamiento de menores de edad en el conflicto armado colombiano es un tema que por la calidad de sus víctimas, debería constituirse como un delito de suma importancia y prevalencia para el Estado, dada la grave afectación que se realiza sobre los derechos y garantías fundamentales de esta población. Lo anterior, de conformidad con la consagración que hace la Constitución Política respecto de la protección especial de la cual deberían gozar los niños, niñas y adolescentes en nuestro país (artículos 44 y 45 C.N.).

Cuando se habla de reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, se habla de la destrucción de un proyecto de vida, destrucción de los sueños, ilusiones y metas que dichos menores algún día se visualizaron alcanzar. La Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia –COALICO– y la Comisión Colombiana de Juristas CCJ, nos ilustran al respecto:

Durante la vinculación, NNA sufren múltiples violaciones de sus derechos: son separados abruptamente de sus familias y su entorno protector; se les impide el acceso a la educación y a la recreación entre otros derechos fundamentales; son expuestos a enfermedades, agotamiento físico, violencia sexual, graves heridas de guerra (que no sanan adecuadamente), torturas y malos tratos, y en los casos más graves, a la muerte (COALICO – CCJ, 2013, p. 25)

No obstante, aunque no implicaría gran dificultad catalogar a estos NNA como víctimas del conflicto armado, dado su status de sujetos de especial protección constitucional y por la indefensión que caracteriza a los menores de edad, intelectual y físicamente hablando, también es importante resaltar el hecho de que los niños, niñas y adolescentes, una vez han sido vinculados al respectivo grupo armado se convierten en autores, coautores o cómplices de conductas punibles igualmente sancionables y que a su vez dejan otras víctimas directas e indirectas.

Lo anterior denota un círculo delictivo en el cual se ven inmersas las cerca de 7.773 víctimas de reclutamiento ilícito en el conflicto armado colombiano (Unidad de Víctimas. 2015), a quienes luego de vulnerárseles varios derechos, tal como se detallará más adelante, son instruidas, motivadas o coaccionadas a vulnerar otros derechos generando nuevas víctimas, convirtiéndose, en parte, el reclutamiento ilícito en causa y consecuencia del conflicto armado colombiano.

En ese sentido, la pregunta que orienta la construcción de este texto es si los niños, niñas y adolescentes reclutados por parte de grupos armados ilegales deben tener la calidad de víctimas, independientemente de los hechos delictivos cometidos en razón del conflicto armado, propendiendo por una justicia transicional garantista de los derechos de esta población.

Para intentar dar respuesta, el análisis está estructurado en cuatro apartados, que abordan aspectos como la normatividad nacional e internacional correspondiente a esta problemática, las razones y formas del reclutamiento, además de la situación y vulneración de derechos que afrontan los NNA como consecuencia de este flagelo, para posteriormente analizar su connotación de víctima en el ordenamiento jurídico colombiano y la prevalencia que debe tener dicha condición para la judicialización en el marco de presentes y futuras negociaciones de paz.

1. Marco normativo correspondiente al delito de reclutamiento ilícito

1.1. Normatividad internacional

El reclutamiento de NNA en los diferentes conflictos armados a nivel mundial ha sido suficientemente regulado por organismos de jurisdicción internacional, así como por la mayoría de las respectivas naciones en las cuales se centran dichos conflictos. La referencia internacional más relevante dentro del tema es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, y en la cual se establecen disposiciones de prohibición de reclutamiento de niños y niñas, inicialmente, a partir de los 15 años de edad. Posteriormente, mediante el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, entrado en vigor el 12 de febrero de 2002, se elevó la edad de reclutamiento a los 18 años de edad, estableciendo en su artículo 4, respecto de la vinculación de los NNA a los grupos armados ilegales, lo siguiente:

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas (...) (UNICEF, 2006).

Por su parte, según lo expresado por la Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, conflictos armados como los presentados en Ruanda, Congo y Sierra Leona, evidenciaron aún más el papel preponderante que tenían los niños, niñas y adolescentes, en calidad de víctimas y victimarios en estos enfrentamientos bélicos, resaltando las dificultades en la judicialización de este delito al manifestar que:

Si bien existían serias evidencias de la gravedad de la situación de estos NNA, el crimen de reclutamiento ilícito continuaba siendo invisible. Las condenas por este delito en los tribunales nacionales de los países en situaciones de conflicto o posconflicto eran mínimas y la impunidad constante. Recientemente, la justicia internacional empezó a asumir con seriedad dicha situación, y ya se han logrado avances en cuanto al juzgamiento de altos mandos comprometidos en el delito. (COALICO – CCJ, 2013, p 17)

Como consecuencia de estos antecedentes en África, la Organización de Naciones Unidas aprobó en 1997 “Los Principios y Buenas Prácticas de Ciudad del Cabo”, realizándose en el año 2007 una actualización de estos principios, en lo que se denominarían “Los Principios

de París”, estableciéndose directrices sobre los NNA vinculados a grupos armados y disposiciones referentes a su desmovilización y reintegración social.

En el numeral 2.1 del documento contentivo de “Los Principios de París”, podemos observar, ya en concreto, la definición de niño o niña vinculada con un grupo o fuerza armada, el cual reza:

Se refiere a cualquier persona menor de 18 años que esté o haya sido reclutada o utilizada por un grupo o fuerza armada en cualquier condición, incluyendo pero no limitándose a niños, niñas usadas como combatientes, cocineras, vigías, mensajeras, espías o para propósitos sexuales. No se refiere solamente a una niña o niño que esté haciendo parte o haya sido parte directa en hostilidades. (ONU, 2007).

Otra importante referencia normativa a nivel internacional es la contenida en el Estatuto de Roma, en el cual se soportan todos aquellos delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional –CPI–, centrándonos en el escenario que nos atañe, es decir, conflictos armados no internacionales. El artículo 8 correspondiente a los “Crímenes de Guerra” en su numeral 2. (e). (vii) expresa: *“Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”*.

En este precepto, a diferencia de lo expresado en los Principios de París, se habla de “Participación activa en hostilidades”; no obstante, para entender lo que dicha participación representa, nos remitimos a lo sostenido por la misma CPI:

La participación activa en hostilidades no sólo implica la participación directa en las mismas, es decir, en los combates, sino que también abarca la participación activa en actividades conexas, tales como la exploración de terreno, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, mensajeros o en puntos de control militar. (Aponte, 2011, p. 180)

Por otra parte, también se hace necesario resaltar el hecho de la diferencia en la edad que se establece en el Estatuto de Roma y los Principios de París, pues en este último se consagra un rango más amplio de edad, cobijando hasta los 18 años, mientras que en el Estatuto de Roma, se maneja la aplicación del límite de edad a los 15 años. Esto se entiende, citando al Doctor Aponte (2011):

Para comprender esta diferencia, se debe tener en cuenta la evolución histórica, en la medida en que en un primer momento se consideró que los menores entre 15 y 18 años no necesitaban una protección especial. Sin embargo, con el transcurso del tiempo y debido a legislaciones de países como Colombia, en las cuales la mayoría de edad se entiende cumplida a los 18 años, algunos de los nuevos cuerpos normativos y tratados, amplían el margen de protección para ese grupo de menores (...) (p.181)

Por su parte, independiente de la norma internacional aplicable al conflicto armado colombiano, es sabido que los grupos armados que hacen parte de él, históricamente se han

destacado por reclutar NNA con edades, en algunos casos, muy inferiores a los 15² años, tal como se evidenciará más adelante.

1.2. Normatividad nacional

De igual forma como se desarrolló lo correspondiente a la normatividad internacional, se realizará una exposición sobre reglamentación interna del tema del artículo, para lo cual se puntualizará en aquellas normas que están vigentes y que regulan directamente aspectos de interés en el presente estudio.

Tal como se mencionó en la parte introductoria del presente trabajo, la población de niños, niñas y adolescentes en nuestro país goza de especial protección constitucional, específicamente amparados por los artículos 44 y 45 de la Carta Política³. De igual forma, en concordancia con los artículos 93 y 94 en lo que respecta a la integración de los tratados y convenios internacionales en el ordenamiento interno y la aplicación del Bloque Constitucionalidad.

Punitivamente hablando, el delito de reclutar niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados se encuentra consagrado en el artículo 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Años después se promulgó la ley 1098 de 2006, normatividad que como se menciona en su propio artículo 2, tenía por objeto: “Establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento”.

Es por ello que en su artículo 20 numeral 7 textualmente se enuncia la protección a que tienen derecho los NNA frente al reclutamiento por parte de grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML), protección cuya principal responsabilidad está en manos del Estado, en los términos del numeral 30 del artículo 41 de la misma norma.

²Véanse los informes de Human Rights Watch. 2004, Pachon, X. 2009, Springer, N. 2012. y COALICO – CCJ, 2013,

³ Art. 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

(...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Art. 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. (...)

Con respecto a la desmovilización o desvinculación de los NNA de los GAOML, Colombia ha desarrollado algunas disposiciones normativas aplicables para estos eventos, las cuales se procederá a reseñar brevemente, sin ahondar profundamente en ellas. Una de estas, la ley 418 de 1997, la cual ha sido prorrogada parcialmente en varias ocasiones, y *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*; establece en su artículo 17 la implementación de un programa especial diseñado y ejecutado por el ICBF enfocado hacia la protección y asistencia de los NNA que hayan formado parte en el conflicto armado interno, priorizando aquellos que no tienen familia, o quienes la tienen pero no se encuentran en condiciones para hacerse cargo de ellos.

Por su parte, el decreto 128 de 2003, reglamentario de la ley 418 de 1997, establece en su articulado las siguientes disposiciones de protección y atención a los NNA desvinculados.

Artículo 22: establece la entrega de niños y niñas al ICBF en un plazo de 36 horas y la prohibición de su utilización en actividades de inteligencia.

Artículo 23: ordena la verificación de las condiciones de atención de los niños y niñas.

Artículo 24: establece el Programa de atención de niños y adolescentes desvinculados.

Artículo 25: señala que los beneficios económicos son reglamentados por el ICBF y el Ministerio del interior. (COALICO – CCJ, 2013, p. 42)

Otra norma de gran importancia en lo que respecta a la prevención del reclutamiento ilícito, es el decreto 4690 de 2007 *“por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley”*. De igual forma, siguiendo la línea de las políticas públicas, se han proferido algunas directivas por parte del Ministerio de Defensa que emiten disposiciones al respecto: Directiva 15 de 2007, en la cual se regulan aspectos relativos a la capacitación e instrucciones que deben seguir los miembros de las Fuerzas Armadas estatales aplicables en los casos derivados de la desvinculación de NNA de los GAOML, así como lo relativo a la denuncia de estos casos; entre ellas se destacan: la Directiva 15 de 2007, la Directiva 048 del 28 de febrero de 2008 y la Directiva 7169 del 13 de febrero de 2008. No obstante lo anterior, el documento que más claramente ilustra sobre las políticas públicas en materia de prevención del reclutamiento de NNA por parte de los GAOML es el Conpes 3673 de 2010, en el que se establecen los lineamientos correspondientes a las competencias y planes de acción para la protección y prevención de este flagelo.

2. Razones y formas de reclutamiento de NNA

Antes de abordar lo correspondiente a las motivaciones y formas de reclutamiento, se hace necesario identificar primero los actores que lo realizan. En ese orden de ideas, se puede afirmar que históricamente los principales perpetradores del delito de reclutamiento ilícito en Colombia han sido las guerrillas y los grupos paramilitares. Como lo señala Human Rights Watch en su informe presentado en el año 2003 *“Aprenderás a no llorar”*, la mayoría de los niños combatientes forman parte de las FARC, seguidos por el ELN y los grupos paramilitares. Afirmación que revalida en su informe de 2005, en el cual manifiesta que

aproximadamente el 80% de los niños combatientes de Colombia pertenecen a las FARC y al ELN, mientras que el porcentaje restante se encuentran en las filas paramilitares.

En un informe más actual, del año 2012 titulado “Como corderos entre lobos”, se concluyó que para ese año los porcentajes de reclutamiento de esta población, por parte de la guerrilla y los paramilitares, se nivelaron, señalando que cuatro de cada diez combatientes de sus filas actualmente son niños, niñas o adolescentes (FARC 42 %, ELN 44 % y paramilitares 40 % del total de su pie de fuerza) (Springer, 2012, p. 30). No obstante lo anterior, según este mismo informe, en la actualidad son las Bandas Criminales (BACRIM) el grupo que más recluta NNA, afirmando que el 50% de su pie de fuerza hacen parte de esta población. Sin embargo, el presente trabajo se enfocará solamente en los que a la guerrilla y paramilitares concierne, teniendo en cuenta la historicidad propia de estos grupos en Colombia.

Ahora bien, en cuanto a las razones que tienen estos grupos para realizar esta práctica, se puede decir, basados en el informe anteriormente mencionado, “Como Corderos entre Lobos”, que se pueden destacar cuatro (4) razones que explicarían por qué reclutar menores de edad es un buen negocio para estos grupos alzados en armas. En primer lugar, por la facilidad con la que se pueden extraer a los niños y niñas de sus hogares pobres, apremiados por la supervivencia; segundo, por el desarraigo y la precaria formación emocional, que hacen más fácil deshumanizarlos y someter su consciencia al discurso sectario; en tercer lugar, están los argumentos económicos, toda vez que los NNA vinculados en su mayoría no reciben remuneración, además se adaptan rápidamente a condiciones difíciles; y por último, con su reclutamiento se descarta la infiltración de la Fuerza Pública en sus filas, ante la imposibilidad de esta última de vincular esta población.

Todo lo anterior, además teniendo en cuenta, como lo afirma Springer (2012), que “Los niños soportan mejor los rigores de las largas caminatas, el esfuerzo físico intenso, del desgaste de huir y la mala alimentación que reciben. Tienen mejor alcance visual, mejores reflejos y se enferman con menos frecuencia” (p.35). Lo cual, hacen que esta población sea una opción muy rentable para los oficios del Conflicto Armado.

Por su parte, respecto de las formas por las cuales se realiza la vinculación de los NNA a los GAOML, se pueden distinguir dos clases: el reclutamiento forzado y el reclutamiento voluntario, definido el primero de ellos en los términos de Alejandro Aponte como:

(...) el reclutamiento forzoso es aquel que se asocia más comúnmente con los escenarios de conflicto y consiste en la incorporación de los menores de edad al conflicto por la vía coercitiva, que se puede hacer efectiva mediante figuras como la amenaza, extorsión, secuestro o el sistema de cuotas que implica que cierta región debe aportar cierto número de soldados en un período de tiempo, sin importar si dichos reclutados son o no menores de edad (2011, p. 170)

De acuerdo a lo manifestado por Human Rights Watch en su informe, la mayoría de NNA combatientes en Colombia ha sido vinculada voluntariamente a las filas de los grupos paramilitares y de guerrilla. En su estudio manifiesta que aproximadamente el 14% de ellos fueron obligados a ingresar a las filas de estos grupos, coerción que mayoritariamente

consiste en amenazas hacia ellos o a sus familiares. De igual forma en este informe se vislumbran casos en los cuales son las propias familias las que entregan sus hijos a estos grupos, ya sea para “pagar una deuda pendiente” o porque ya tienen un referente familiar vinculado a ellos⁴.

Tal como lo manifiesta Ximena Pachón (2009), en su publicación *La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra*, las presiones o amenazas que emiten estos GAOML, en gran cantidad de ocasiones traen como consecuencia el desplazamiento de muchas familias, que buscan un lugar en el cual puedan refugiarse de dicha persecución y poder evitar que sus hijos sean reclutados.

Por otra parte, respecto de la tendencia sobre qué grupos son los que más recurren al reclutamiento forzoso, tenemos que son las guerrillas quienes más recurren a esta práctica, según lo explica Human Rights Watch:

Existen informes fiables de que tanto las FARC-EP como la UC-ELN recurren en ocasiones a la fuerza para obtener nuevos reclutas. Esta práctica es mucho menos habitual en las fuerzas paramilitares, probablemente porque pagan un salario a los combatientes y les es más fácil reclutarlos. (Human Rights Watch, 2005, p. 34)

No obstante, como se señaló anteriormente, la mayoría del reclutamiento de esta población se realiza de forma voluntaria. Tal como lo explica el CICR (2009) en su publicación *Los niños en la Guerra*, entre las razones de peso que pueden llevar a los NNA a unirse a los GAOML, se encuentran, las profundas desigualdades sociales, el desarraigo social causado por la guerra, la separación de los adultos que los cuidaban, la falta de acceso a la educación y los desplazamientos, la ideología, cuando la comunidad cree fervientemente en una causa, o cuando los familiares también son combatientes, también las ansias o la tentación de poder que pueden infundir las armas y los uniformes, o se puede deber a motivos de venganza por la muerte o agresión sufrida a algún ser querido. Inclusive, como pasa en muchas ocasiones, pueden agruparse varias de estas causas en un mismo caso.

Con lo anterior concuerda Human Rights Watch (2004), al puntualizar en factores como: la pobreza, las privaciones, el subempleo, la escolarización truncada, la falta de afecto y de apoyo familiar, los malos tratos y abusos de los padres o cuidadores, la inseguridad y la promesa de una remuneración por sus servicios; que incitan o influyen directamente en la decisión de abandonar el núcleo familiar para formar parte del conflicto armado; factores con alta presencia en el territorio Nacional, en especial en zonas rurales y remotas.

Pese a lo anterior, es importante tener en cuenta que la voluntad de los NNA para ingresar a estos grupos armados no exime de responsabilidad a quienes los reclutan. En palabras de Aponte (2011), “*el consentimiento de ellos o de sus padres, no excluye el delito ni los*

⁴ Es el caso Xaviera, una adolescente de raza negra oriunda de la costa occidental de Colombia y su padre fue integrante del ELN, según el informe, manifestó que su madre murió cuando tenía 14 años: “Cuando eso pasó, mi papá me mandó para la guerrilla. Me dijo que me mandaba a trabajar. Me dijo que él tenía una cuenta pendiente con ellos, y que me tenía que enviar a cambio. Lo odiaba pero me dijeron que me tenía que quedar, que si trataba de escaparme me mataban”.

limita en su calidad de víctimas”(p.174), y más aun teniendo en cuenta la incapacidad jurídica relativa que tienen dentro del ordenamiento jurídico colombiano e internacional, como lo expresa la Comisión Colombiana de Juristas, en su rol de intervinientes dentro de la sentencia C-240 de 2009:

(...) el consentimiento o la autorización del niño o niña, no eximen de responsabilidad penal a los miembros del grupo que hayan permitido su participación en las hostilidades, toda vez que a la luz del derecho penal internacional tal consentimiento es irrelevante y, en términos generales, un niño o niña no tiene capacidad para consentir ni para contraer obligaciones jurídicas, salvo contadas excepciones, máxime cuando el ingreso de menores a grupos armados está condicionado, entre otras razones, por la búsqueda de refugio, recursos económicos y protección. (Corte Constitucional, 2009)

Fuera de lo anterior, existe otra forma de ingreso de NNA al conflicto armado colombiano y que no se puede catalogar propiamente como reclutamiento y que por lo general se presenta en grupos como la guerrilla, debido a su longevidad en el conflicto armado, es lo que Pachón (2009) denomina “hijos de la guerrilla”.

(...) niños que nacieron dentro de la organización, que son hijos de padres guerrilleros y quienes después de pasar sus primeros años al lado de unos parientes o acudientes, apenas lograron adquirir las habilidades mínimas que les permiten “vivir en el monte”, se unen a sus padres e ingresan a las filas guerrilleras a seguir el camino por ellos señalado. (Pachón, 2009)

De cualquier forma, independientemente de cómo ingresaron los NNA a los GAOML, estos deben ser considerados como víctimas. Tal como lo manifiesta la Defensoría del Pueblo (2008) en una de sus publicaciones, “todos los niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados al margen de la ley, independientemente de su forma de vinculación y desvinculación de dichos grupos, deben recibir protección, atención integral y restablecimiento a sus derechos fundamentales”.(p.40)

3. Situación y vulneración de derechos de los NNA durante y después de su reclutamiento

La situación de los niños, niñas y adolescentes que se incorporan a las filas de las Fuerzas Armadas irregulares, especialmente tratándose de grupos guerrilleros, es muy difícil, hace parte de un estilo de vida marcado por la humillación, el maltrato, la violencia y la justificación de esta última como única forma de solucionar conflictos, tal como se evidenciará en el desarrollo del presente acápite.

Al imaginar la vida que llevan los NNA reclutados por estos grupos, no puedo dejar de recordar las experiencias propias vividas cuando presté el servicio militar en el Ejército a los 17 años en el año de 1999, último año en el cual aún era legal la incorporación de menores de 18 años en las Fuerzas Armadas Estatales. Pese a que presté mi servicio militar como “bachiller”, lo cual representaba que no participaba de operaciones fuera del área metropolitana de una ciudad, según las normas de aquel entonces, sí sentí el rigor de un adiestramiento militar basado en insultos, humillaciones, golpes, trasnochos, mala

alimentación, rutinas extenuantes como era (o es) recurrente en las Fuerzas Armadas de Colombia para la formación de nuevos reclutas.

Sin embargo, aunque no puedo negar que dichos tratos, así como el aislamiento de mi núcleo familiar, realmente me afectaron a esa edad, lo que verdaderamente dejó una huella, hasta la fecha imborrable, en mi persona, fue el recuerdo de una ocasión en la cual presencié los cadáveres de tres presuntos guerrilleros, colocados en la cancha de microfútbol de la unidad militar en la cual servía. No sé si era por mi relativa, temprana edad, pero me impactó ver a esas tres personas acostadas allí, de aspecto aparentemente joven, con sangre seca en sus ropas raídas, a uno de ellos, una mujer, le faltaba casi la mitad de la cara, otro tenía un agujero en el estómago del tamaño de un puño y al otro solo lo vi bañado en sangre seca y polvo, no quise inspeccionar o averiguar en donde tenía su herida. Cuando le preguntamos a un superior, con qué arma se le hizo la herida a dicha mujer, este contestó: “con un Galil 7.62 mm”, el mismo tipo de arma que yo portaba en mis manos justo en ese momento.

Siento que me afectó en cierta medida el comprender el nivel de destrucción que podía ocasionar con el arma que portaba, todo lo cual me llevó a reflexionar qué pasaría si tuviera 3 ó 4 años menos de los que tenía en aquel entonces, cómo me afectarían aquellos tratos, aquella vida, aquellas experiencias, cómo reaccionaría si fuese yo quien a los 12 ó 13 años soy el que acciona un arma y le quito la mitad de la cara a una persona.

El reclutamiento de NNA por parte de grupos armados organizados al margen de la ley trae como consecuencia la vulneración de diversos derechos a esta población, así como situaciones adversas que dejan secuelas en sus vidas, y que dificultan su adaptación y socialización en una eventual reintegración a la vida civil. Así lo expresan representantes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al manifestar que:

(...) con el reclutamiento se rompe el ciclo vital entre la infancia y la adolescencia, momento en el cual se está estableciendo la identidad de la persona, lo que genera un impacto psicológico y social. Con el reclutamiento se niega el derecho a la familia y a la intimidad, se producen alteraciones en las condiciones y situaciones de existencia, impactos psicológicos, físicos y fisiológicos, entre otros y finalmente se rompe el proceso de socialización del menor reclutado (ICBF, 2012).

Son muchos los derechos que se les vulneran a los NNA que se encuentran en dicha situación, tales como los consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política, en donde se precisa que los niños gozan de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud, la alimentación equilibrada, su nombre, tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y al amor, la educación, la recreación y la libre expresión de su opinión. Además, resalta que estos deben estar protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación laboral y trabajos riesgosos, dejando claro de igual forma, que estos derechos prevalecen sobre los derechos de los demás.

Los anteriores derechos se encuentran más desarrollados en el código de infancia y adolescencia, ley 1098 de 2006, en el cual en su capítulo II Derechos y Libertades, dedica varios artículos a señalar los derechos de los que deben gozar los niños, niñas y

adolescentes en nuestro país, detallándolos y resaltando la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad para respetarlos y hacerlos respetar. En dicho capítulo se encuentran derechos como: - Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano, - Derecho a la integridad personal. - Derechos de protección (el cual incluye todos los aspectos y situaciones en que deben estar especialmente protegidos), - Derecho a la libertad y seguridad personal, - Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, - Custodia y cuidado personal, - Derecho a los alimentos, - Derecho a la identidad, - Derecho a la salud, - Derecho a la educación, - Derecho a la recreación, - Derecho a la intimidad; además de libertades fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento, la libertad de locomoción y la libertad para escoger profesión u oficio.

A continuación se intentará mostrar cómo se materializa la vulneración de dichas libertades y derechos a los NNA durante su reclutamiento y mientras dura su vinculación con los GAOML, a través de testimonios de los protagonistas de esta problemática. Lo que es quizás el proceso más difícil de adaptación a la nueva vida que tendrán los NNA, es su etapa de adiestramiento y/o entrenamiento, en donde enfrentan situaciones como la relatada en el informe presentado por Springer (2012) sobre un testimonio rendido por “Juan”:

(...) en el entrenamiento nuestro, a cualquier pelao que le preguntes te dice que la primera arma que te dan, que le dan a uno, era la parte del cuerpo de un muerto, para que te acostumbres al olor de la muerte y no les tengas miedos a los muertos. (...) Entonces, por ejemplo a mí lo primero que me dio el (patrón) fue una cabeza y me decía ‘la cabeza la tienes que guardar en el equipo, y cada vez que haiga formación me la tienes que entregar. En formación todos tenemos. A uno le tocaba un brazo, al otro una pierna, al otro le tocaba la cabeza, ¿sí?, hasta que se descompusiera esa vaina (p. 39)

Situación esta que genera impacto con solo leerla, desgarradora sin lugar a dudas y propia de un comportamiento salvaje, primitivo y reprochable desde cualquier punto de vista. Todo lo anterior, en términos de Springer (2012), hace parte de un proceso de despersonalización y deshumanización. Consiste en desprenderlos del miedo, la nostalgia, la vergüenza, el pudor, la duda, pero también de todo sentido de la auto preservación.

Así mismo, en un video publicado por el medio noticioso NTN 24 (2015), se muestra el testimonio de un niño rescatado por el Ejército, en el cual describe cómo fue el entrenamiento que recibió en el grupo guerrillero del cual hacía parte:

A nosotros nos enseñaban a golpear al enemigo y a no dejar que ellos nos golpearan a nosotros, ni nada y eso era lo que nos enseñaban a nosotros y estudiábamos, pero era una estudiada falsa y curso que nos dieron ahí, pero eso no es nada, no aprendimos ni mierda, no hacen sino madriarlo a uno (...) nos sancionaban, o sea 8 o 15 días voliendo machete.

En algunos de los tantos testimonios recogidos por medios periodísticos se puede evidenciar el trasegar de lo vivido por los menores de edad que son vinculados al conflicto armado. Como es el caso de Martín, quien en la actualidad tiene 25 años y que asegura que

hizo parte de las filas de la Columna Móvil Jacobo Arenas de las FARC desde que tenía 11 años. Relata los momentos angustiosos que vivió durante su participación en las hostilidades:

Los enfrentamientos, disparar, correr, ver a otros como él, menores que él, morir. Un día, luego de un encuentro con un grupo de militares, uno de los niños resultó herido. El chico no toleró el dolor y se disparó a sí mismo con el cañón de la pistola en la boca. Sin embargo, el recuerdo más profundo y oscuro para él es la toma de Toribío en el 2005(...) Martín cuenta que durante los cerca de cinco días que duró la toma, corrió desde Toribío hasta el campamento día y noche para recargar cartuchos y llevar a sus compañeros heridos (...) Al final, su verdadero trabajo fue llevar al campamento a sus compañeros moribundos. Vio de nuevo morir a los otros niños que habían vivido con él (...) Cuando el ataque terminó, lloró. Lloró inmensamente su drama secreto y remoto y abismal de ser un niño del conflicto (...) (Ospina, El País, 2014)

Sin posibilidad de un enfoque diferencial positivo en sus filas, las niñas igualmente son víctimas de fuertes castigos y abusos durante su estancia con estos grupos, como se reveló hace unos años en un informe de la Revista Semana (2006), que daba cuenta de la información obtenida en unos computadores incautados a esta misma guerrilla.

Por perder una gorra, una niña de 16 años fue obligada a ir a la montaña y traer al hombro 150 viajes de leña. Otra, estuvo amarrada durante dos días por robarse una panela, y una bolsa de leche. Por decir una mentira, una pequeña tuvo que cargar 20 viajes de leña, 20 bultos de arena y cavar 15 metros de trinchera. Otra niña, de 14 años, fue duramente sancionada porque tuvo miedo de permanecer en la guardia. Como si la montaña inhóspita, oscura, y el horror de la guerra no fueran suficiente tormento para una mente infantil (...)

Aparte de los malos tratos, ejercicios y castigos extenuantes, y vivencias atroces derivadas de su participación en las hostilidades, otra forma de vulnerar sus derechos, consiste en todos aquellos actos constitutivos de afectación a la integridad sexual de esta población. Muestra de ello fue lo que se pudo evidenciar luego del operativo militar realizado por el Ejército en el mes de abril de 2015 en Caquetá, en donde se entregaron siete menores de edad, dos niñas de 11 y 17 años y cinco niños entre los 15 y 16 años que se encontraban vinculados al frente 49 de las FARC. Según Noticias RCN (2015):

Las niñas relataron que durante la fiesta de celebración por el fin del entrenamiento, las menores eran llamadas por turnos a una carpa donde eran abusadas sexualmente por el comandante del frente, alias “Orlando Porcelana”, y sus escoltas. Además, aseguraron que las mujeres dentro de las filas son sometidas a abusos sistemáticos y asignadas cada día a un guerrillero diferente para sostener relaciones sexuales.

Luego de los abusos y actos sexuales que se realizan sobre estas niñas, sobrevienen de forma igualmente preocupantes consecuencias como las enfermedades de transmisión sexual y los abortos, que constituyen nuevas formas de degradación de la integridad humana, y que como es de esperarse, no se cuenta en la mayoría de ocasiones con medios y recursos para un tratamiento adecuado; como se demuestra en la información obtenida en la

operación militar anteriormente relatada, en donde se informa sobre “...la presencia del VPH entre las filas. Según esos informes, cuatro niñas, dos niños y once adultos presentan el virus”. O como lo relatado por Natalia, una mujer que fue reclutada a la edad de 11 años:

“Yo quedé en embarazo hace tiempo y me hicieron abortar de seis meses, me dijeron que en las Farc no era permitido. Les pedí que me lo dejaran tener y me contestaron que no. Vi muchas cosas, una muchacha que tenía casi nueve meses de embarazo, iba a tener su hijo ya casi y le sacaron al niño, ella se murió” (Diario El País, 2011).

Son varios los testimonios y las evidencias que dan cuenta de la difícil situación que atraviesan los menores de edad que son reclutados por GAOML, situaciones que representan diversas y cruentas formas de vulneración de sus derechos, no solo de los derechos humanos que son propios de todas las personas, sino de los derechos correspondientes a la infancia y la adolescencia que son prevalentes tanto en el ordenamiento jurídico nacional como internacional; situaciones y vivencias que además, dejan huellas tanto en su cuerpo, como en su personalidad, tal como lo muestra un estudio revelado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en el año 2013, en donde manifiestan, que los niños desvinculados tienen más comportamientos infractores y agresivos, que sus índices de masa corporal son más altos y frecuentemente tienden a presentar cicatrices. Así mismo, como afectaciones causadas por la vinculación en el conflicto armado, se desprenden serios problemas psicológicos, tal como lo expone el Centro Internacional para la Justicia Transicional (2014), al manifestar que “la exposición a la violencia, a jerarquías rígidas y abusivas, a castigos y violencia sexual, afecta la autoestima de los jóvenes y promueve la imposición de una identidad basada en el temor, la inseguridad, la desconfianza y la violencia”

Ahora bien, ante todo lo anterior, y teniendo claro que esta población ha sufrido diversos daños y perjuicios que muy probablemente han dejado o dejarán en ellos secuelas físicas y psicológicas en el trasegar de sus vidas, no se podría desconocer su rol de víctimas dentro del conflicto armado al cual fueron vinculados. Pero, ¿cómo sopesa nuestro ordenamiento jurídico la calidad de víctima o la de victimario de los NNA que se encuentran en esta situación?

4. Calidad de víctimas y/o victimarios de los NNA reclutados en el conflicto armado colombiano

Tal como se expuso en el capítulo anterior, los niños, niñas y adolescentes afrontan situaciones que constituyen claras vulneraciones a varios de sus derechos, propios de su calidad de personas y de sujetos de especial protección legal y constitucional, sufren daños *reales, concretos y específicos*⁵, lo que conllevaría a su determinación como víctimas. De igual forma, como se explicaba anteriormente, al formar parte de las hostilidades, están propensos a cometer actos propios de los conflictos armados y del respectivo grupo del cual hacen parte, como por ejemplo, matar, herir, secuestrar, violar, desplazar, reclutar

⁵ Definición de víctima dada por la oficina asesora jurídica de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2015)

ilícitamente, lo que evidentemente constituyen infracciones a la ley penal y que consecuentemente deja otras víctimas por dichas acciones.

Es por ello que en este capítulo se pretende exponer el punto de vista de los operadores judiciales de nuestro país al momento de analizar y sopesar las acciones delictivas cometidas por los NNA vinculados a los GAOML en el marco del conflicto armado colombiano, contrastando su calidad de víctimas y victimarios en este escenario.

Para lo anterior, se analizará algunos fallos emitidos por la jurisdicción de Justicia y Paz luego de la implementación de la ley 975 de 2005, en cuanto a los procesos judiciales seguidos a los máximos responsables de violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra suscitados en el marco del conflicto armado colombiano, específicamente en lo que atañe al reclutamiento de NNA, así como también, fallos de sentencia proferidos por las altas cortes en relación con esta problemática.

El primero de estos fallos fue el proferido el 7 de diciembre de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, contra Edgar Ignacio Fierro, alias “Don Antonio”, quien fungía como comandante del Bloque Norte de las Autodefensas. En esta sentencia se enuncia el registro de 410 casos de reclutamiento ilícito por parte de la Fiscalía, aunque no se hace una alusión directa respecto del doble papel (víctima–victimario) que tienen los NNA reclutados, en uno de sus apartes resalta el hecho de que a quienes se les imputa el delito de Reclutamiento ilícito, también pueden ser víctimas de este:

En esa medida la Sala quiere también poner de presente que el reclutamiento ilícito puede predicarse igualmente de las Fuerzas Armadas oficiales, como aconteció con el postulado procesado EDGAR IGNACIO FIERRO FLORES, quien fue enlistado en el Ejército Nacional de Colombia cuando contaba con 17 años de edad.

Otro importante fallo fue el emitido en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia (2012), contra Freddy Rendón Herrera, alias “El Alemán”, reconocido comandante del Bloque Élder Cárdenas de las AUC, en donde se documentaron 309 casos de NNA víctimas de reclutamiento, sentencia que es considerada como “el primer incidente de reparación judicial por reclutamiento ilícito de personas menores de dieciocho años que se realiza en el mundo”,(COALICO – CCJ, 2013, p.48) fallo que se ha convertido en un hito por las medidas de reparación que ordenaron implementar, además del llamado de atención frente a la situación de especial vulneración que afrontan las niñas reclutadas, haciendo hincapié de igual forma en las torturas, tratos crueles, abusos sexuales y esfuerzos físicos desproporcionados a los que son sometidos los NNA en las filas de estos grupos. Así mismo, esta sentencia es de gran importancia para el tema que nos atañe, teniendo en cuenta que aborda la doble connotación que tienen como víctimas, pero también de victimarios, los NNA reclutados en el marco del conflicto armado. En uno de sus apartes, manifiesta:

Es incuestionable que por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales –muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente “voluntaria”-, los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de

reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes les llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas – y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales)

Aunque en este fallo se expuso notablemente la percepción de que los NNA independientemente de su condición deben ser procesados penalmente en salvaguarda de los derechos de las víctimas que dejaron sus actos, también se dijo que dicho juzgamiento debe realizarse acatando las garantías propias de los procesos a menores infractores y que además, debe ser especialmente tutelar y protectorio, y en ese orden de ideas, se debe tener en cuenta para determinar si el menor de edad reclutado es penalmente responsable, factores como:

(a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta..., y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc.

Otra sentencia de gran importancia fue la tomada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá en abril de 2012 en contra de Orlando Villa Zapata, alias “La Mona”, comandante paramilitar del Bloque Vencedores de Arauca, en donde se determinó su responsabilidad por el reclutamiento de 73 NNA. En este fallo se dispuso la medida de satisfacción correspondiente a una disculpa pública a las víctimas por el daño moral y por la ruptura de los núcleos familiares causada por el reclutamiento. De igual forma se previó asistencia psicológica y médica para los NNA reclutados, para tratar sus experiencias vividas al interior del conflicto, además se exhortó a las entidades públicas correspondientes a ofrecer oportunidades educativas y laborales para reintegrar a las víctimas del reclutamiento a la sociedad.

Por su parte, un fallo más reciente en el que se vislumbran claramente las afectaciones y daños que sufren los NNA reclutados y que conlleva hacia su percepción innegable como

víctimas, es el emitido en agosto de 2013 en contra de Rodrigo Pérez Alzate, alias “Julián Bolívar”, quien comandó el Bloque Central Bolívar de las Autodefensas. En él se expuso, gracias a diversas entrevistas a menores reclutados, que los entrenamientos que debían realizar eran muy exigentes, a veces brutales, además que fueron testigos de las torturas y ejecuciones hacia prisioneros y sintieron el rigor propio de los combates. En esta sentencia, se expusieron de igual forma las consecuencias o huellas que estos hechos dejaron en los NNA, al manifestar que:

Son pocos los menores que luego de su desvinculación, logran terminar el bachillerato, o pueden llegar a ser profesionales; hay problemas de aceptación en las mismas comunidades; igualmente se presenta estrés post traumático, pérdida de control que tiene una persona frente a un hecho violento; los olores e imágenes traen a la memoria terror y miedo, sufren de dolores de cabeza constantes y sin causa aparente, dolor de estómago y otros. Hay síntomas psicológicos como reviviscencia repetitiva del hecho lo cual perturba las actividades diarias, se dan conductas de evasión o insensibilidad emocional, traducidos en asumir actitudes de no importarles nada; no hay proyectos a futuro, solo existe el hoy y el ahora; despersonalización, no poder reconocerse así mismo; no pueden reconocer adecuadamente la realidad que viven; amnesia disociativa, es decir, separan el recuerdo del trauma de otros recuerdos como si no se hubiera vivido; pseudo alucinaciones sentidas como el estar dividido en dos: uno, quien sufrió el evento traumático y dos, quien no lo sufrió (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Justicia y Paz, 2013).

Así mismo, la Corte Constitucional se ha ocupado de abordar de forma directa el contraste que subsiste de la doble connotación de víctima y victimario que tienen los NNA reclutados, para lo que se trae a colación dos importantes fallos de este alto tribunal. El primero de ellos, del que ya se habló en líneas anteriores, lo que respecta a la sentencia C-203 de 2005, en esta sentencia se resalta la importancia de una judicialización a los menores reclutados, con plena observancia de las garantías y derechos especiales que es propia de esta población, esto con el fin de procurar evitar una doble victimización, en sus términos:

el procesamiento jurídico-penal de dichos menores sin que se respeten debidamente las garantías y finalidades referidas en esta sentencia equivale, en la práctica, a una doble victimización: en estos casos los niños y adolescentes combatientes no sólo se constituyen en víctimas del delito de reclutamiento forzoso, sino también en víctimas de un tratamiento procesal penal que no es apropiado para su particular condición, y que puede generar por lo mismo profundos efectos nocivos sobre su desarrollo y reinserción.

En esta sentencia se estudia la figura del indulto como un beneficio y posibilidad viable a aplicar a los NNA que se desvinculen de dichos grupos, destacando su papel de víctimas dentro del conflicto armado, condicionándolo a la comisión de delitos políticos, más no a los crímenes de guerra y de lesa humanidad que pudieron cometer en el desarrollo de las hostilidades.

En este orden de ideas, en la sentencia 253A de 2012 la Corte Constitucional estudia lo estipulado en el párrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, donde señala en relación con la condición de víctimas de los niños, niñas y adolescentes, que esta les es atribuible siempre y cuando se desvinculen del grupo armado siendo aún menores de edad.

Por su parte, en relación con aquellos ex integrantes de grupos armados que ingresaron siendo niños, niñas o adolescentes, pero se desvinculan siendo ya mayores de edad, la corte manifiesta que en esos casos, “no se pierde la condición de víctima, derivada, en primer lugar, de la circunstancia del reclutamiento forzado, pero en ese caso se impone acreditar ese hecho y acceder los programas especiales de desmovilización y de reinserción” (2012), además aclaró que ellos deben ser objeto de una política diferencial y que deben analizarse circunstancias particulares como las limitaciones que se presentan para abandonar los grupos.

De igual forma, la Corte Constitucional, en fallo de 2013, estudió la alternativa de aplicar la figura del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía General de la Nación, en procesos seguidos a NNA como partícipes de delitos cometidos por grupos al margen de la ley. En este fallo se decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad respecto de la norma establecida en el artículo 175 de la ley 1098 de 2006, que precisamente hace referencia a la aplicabilidad de este principio en los procesos seguidos a los adolescentes en dicha situación. Pese a que en este fallo el alto tribunal se declaró inhibido para fallar al respecto, alegando que ya se había abordado dicha problemática en la sentencia C-203 de 2015; sí es importante el fallo, hermenéuticamente hablando, toda vez que vislumbra otra alternativa o beneficio jurídico al cual se puede acudir para evitar una posible doble victimización de los NNA reclutados por Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, contextualizando la situación que atraviesan los niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado colombiano y considerando las anteriores, las actuales y las venideras negociaciones con grupos partes en dicho conflicto, sería apropiado establecer senderos jurídicos claros respecto del tratamiento judicial que debe afrontar esta población luego de ser desvinculada, previendo beneficios jurídicos y garantías de protección especiales no solo a quienes en el momento de la desvinculación son menores de edad, sino también a quienes ingresaron al respectivo grupo armado siéndolos, pero se desvincularon alcanzando ya la mayoría de edad. Al respecto, recientemente se pronunció el actual vice fiscal Jorge Fernando Perdomo

(...) los guerrilleros que ingresaron a las FARC como menores de edad (y que hoy continúan en las filas de ese grupo armado) serían considerados víctimas del conflicto. El funcionario señaló que cada caso se tendría que examinar individualmente y que si se logra establecer que el guerrillero fue víctima de reclutamiento forzado podría tener beneficios judiciales. Indicó que frente a los delitos de esos guerrilleros se podría aplicar la figura de ausencia de responsabilidad o principio de oportunidad, por lo que no irían presos (Periódico El Tiempo, 2015).

Lo manifestado por el vice fiscal constituiría un importante avance en materia de justicia transicional y restaurativa. Con ello se evitaría una doble victimización de los NNA

reclutados y se buscaría resarcir en parte la pasividad del Estado al no lograr evitar dichos reclutamientos; por otro lado, contribuiría eficientemente con una justicia garante de la protección especial que se le debe legal y constitucionalmente a los NNA, además de configurarse en una propuesta interesante para las negociaciones de paz presentes y futuras; siempre y cuando las políticas de prevención de reclutamiento ilícito ofrezcan garantías que propendan por la disminución de este flagelo y dicho camino jurídico no se convierta en un incentivo que refleje impunidad, para los menores de edad que se vinculen a los GAOML.

CONCLUSIONES

- Tanto a nivel nacional como internacional, el reclutamiento de Niños, Niñas y Adolescentes por parte de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley es una práctica ilegal que ha sido suficientemente legislada. No obstante, su prohibición en normas positivas no ha producido los efectos necesarios para evitar su proliferación y permanencia en el trascurso del conflicto armado en nuestro país.
- En Colombia, todos los actores armados que hacen parte del conflicto tienen o han tenido la práctica reprochable de incluir en sus filas a menores de edad. Práctica que incluso se dio al interior de las fuerzas armadas estatales.
- El reclutamiento de NNA es uno solo, independientemente de si es forzado o “voluntario”. La voluntad del menor para ingresar al respectivo grupo no exime a sus reclutadores de la responsabilidad por dicha conducta y los daños a las víctimas son equivalentes en ambas modalidades. Los NNA son un objetivo apetecible para los GAOML, por razones relacionadas con sus condiciones físicas, por economía y por infiltración. De igual forma, factores como la pobreza, las necesidades básicas, falta de empleo, la escolarización truncada, la falta de afecto y de apoyo familiar, los malos tratos y abusos de los padres o cuidadores, la inseguridad y la promesa de una remuneración por sus servicios, entre muchas otras razones, promueven el interés de los NNA para ingresar a estos grupos.
- Al ingresar a las filas de una organización armada ilegal, muchos niños, niñas y adolescentes, atraviesan por situaciones que dejan huella en sus vidas para siempre, son sometidos a tratos crueles y degradantes, son abusados sexualmente, son sometidos a castigos físicos extenuantes, son testigos y perpetradores de crímenes atroces, vivencias por las que atraviesan a muy temprana edad, que dejan secuelas en su personalidad y en su interacción social, al tener lugar en una etapa de desarrollo cognitivo y psicosocial fundamental para esta población.
- Los niños, niñas y adolescentes reclutados por Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, sufren grandes daños que abarcan tanto lo físico como lo psicosocial durante su vinculación en estos grupos. Daños que conllevan a constituirlos indiscutiblemente como víctimas en el marco del conflicto armado colombiano y que por ende se les deben respetar los derechos a la verdad, justicia y reparación.

- Es claro que los NNA al hacer parte de las hostilidades pueden ser perpetradores de crímenes propios de los conflictos armados, lo que a su vez produciría nuevas víctimas. No obstante, pese a que no se puede pasar por alto los delitos que pudiesen cometer mientras hacen parte del grupo armado, los NNA deben conservar dicha calidad de víctimas propendiendo por una justicia transicional garantista de los derechos de esta población. Lo anterior, teniendo en cuenta que ingresaron a dicho grupo de forma ilegal, se les vulneraron derechos fundamentales y pasaron por alto la protección especial que legal y constitucionalmente se les debe. En ese adiestramiento que recibieron, se les enseñó a matar, a odiar, a actuar sin miedos ni remordimientos, a causar daño, se les lavó el cerebro infundiéndoles que estaba bien lo que hacían; por lo tanto, es cuestionable endilgarles responsabilidad penal por sus actos, cuando han sido inducidos, adiestrados, seducidos y motivados a realizarlos desde una temprana edad.
- Los desmovilizados de los grupos que hacen parte del conflicto armado, que fueron vinculados siendo NNA, pero que ya alcanzaron la mayoría de edad, igualmente deben tener la calidad de víctimas y en consecuencia, ser sujetos de beneficios sociales y jurídicos, teniendo en cuenta, la vulneración a sus derechos a temprana edad, las restricciones para abandonar el respectivo grupo armado y la clase de delitos que cometieron durante su permanencia. Estos casos no deben ser vistos como una vulneración a derechos que pasó en determinado tiempo, sino como un daño de tracto sucesivo que perduró hasta su desmovilización o desvinculación.
- Las presentes y futuras negociaciones de paz deben constituir acuerdos que armonicen principalmente con las víctimas, teniendo en cuenta, como es el caso que nos atañe, que las víctimas pueden ser parte activa de las hostilidades dentro del conflicto armado. No se trata del perdón tajante de crímenes, sino de la aplicación de una justicia transicional y restaurativa, que permita un reconocimiento de víctimas equitativo, determinando acciones y omisiones que llevaron a su generación y a la vulneración de derechos de la que fueron objeto, que dilucide la verdad en cuanto a responsabilidades, no tanto con intereses punitivos sino más que todo en aras de la prevención de este flagelo, el cual causa un daño irremediable en los niños, niñas y adolescentes que lo padecen y afecta el tejido social de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Aponte, A. 2011. Persecución Penal de crímenes Internacionales: Dialogo abierto entre la tradición Nacional y el desarrollo Internacional. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.

Centro Internacional para la Justicia Transicional (2014) Reparación integradora para niños, niñas y jóvenes víctimas de reclutamiento ilícito en Colombia. Recuperado el 6 de septiembre de 2015 de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Informe-Colombia-Reparacion-reclutamiento-illegal-2014.pdf>

Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia - Comisión Colombiana de Juristas. 2013. El Delito Invisible. Recuperado el 27 de junio de 2015 de http://www.coalico.org/images/stories/delitoinvisibleactualizado2014_web.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja – CICR. 2009. Los Niños en la Guerra. Recuperado el 6 de agosto de 2015 de https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_4015.pdf

Constitución Política de Colombia. 1991

Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2005. MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. 8 de marzo de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C- 240/2009. MP MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. 1 de Abril de 2009.

Corte constitucional. Sentencia C-253A/12 - MP GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, 29 de marzo de 2012.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. MP JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. 12 de diciembre de 2012. Sentencia de Segunda instancia 38222 – Contra: Fredy Rendón Herrera.

Defensoría del Pueblo. USAID Del Pueblo de los Estados Unidos. OIM Organización Internacional para las Migraciones. 2008. Ruta ética jurídica para la atención de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados al margen de la ley. Recuperado el 26 de agosto de 2015 de http://www.oim.org.co/component/docman/doc_download/210-ruta-etico-juridica-para-la-atencion-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-desvinculados-de-los-grupos-armados-al-margen-de-la-ley.html?Itemid=

El País. (2011, Noviembre 18). Niñas que recluta la guerrilla se vuelven esclavas sexuales. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/ninas-recluta-guerrilla-vuelve-esclavas-sexuales-pinzon>

El Tiempo. (2015, Agosto 25). Guerrilleros que entraron a las FARC siendo niños serían víctimas. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/menores-reclutados-por-las-farc-recibirian-beneficios/16286278>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)

Human Rights Watch. 2004. Aprenderás a no llorar. Niños combatientes en Colombia. Recuperado el 18 de julio de 2015 de https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia_ninos.pdf

Ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia

Ley 599 de 2000 - Código Penal Colombiano

Noticias RCN (2015, Mayo 05). Niños en las filas de las Farc son abusados sexualmente y presentan VPH. Recuperado el 5 de septiembre de 2015 de <http://www.noticiasrcn.com/nacional-dialogos-paz/ninos-las-filas-las-farc-son-abusados-sexualmente-y-presentan-vph>

NTN24 (2015, Abril 28). Impactante testimonio: menor de edad reclutado por las FARC describe castigos y adoctrinamiento de los terroristas. Recuperado el 30 de agosto de 2015 de <http://www.nten24.com/video/testimonio-de-nino-reclutado-por-las-farc-48872>

Organización de las Naciones Unidas – ONU. 2007. Principios y directrices sobre niños vinculados a fuerzas y grupos armados. Recuperado el 30 de junio de 2015 de https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/Paris_Principles_SP.pdf

Organización Internacional para las Migraciones – OIM. (2013, Diciembre 04). Evalúan impacto psicosocial del conflicto armado sobre la niñez. Recuperado el 6 de septiembre de 2015 de <http://www.oim.org.co/noticias/41-ninez-desvinculada/2662-evaluan-impacto-psicosocial-del-conflicto-armado-sobre-la-ninez.html>

Ospina, Y. (2014, Marzo 17). El País. Martín, la historia de un niño desmovilizado que venció a la guerra. Recuperado el 30 de agosto de 2015 de <http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/martin-historia-nino-desmovilizado-vencio-guerra>

Pachón, X. 2009. La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra. Recuperado el 7 de mayo de 2015 de <http://pdba.georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Working%20Papers/WP15.pdf>

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

Semana. (2006, Julios 01). Infamia: los abusos físicos y sexuales a las niñas en las FARC. Recuperado el 5 de septiembre de 2015 de <http://www.semana.com/nacion/articulo/farc-reclutamiento-de-menores/79755-3>

Springer, N. 2012. Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Recuperado el 6 de junio de 2015 de http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informe_comoCorderosEntreLobos.pdf

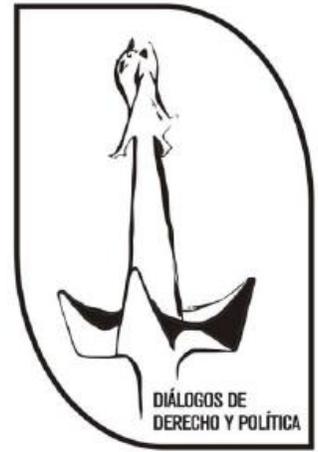
Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, MP. EDUARDO CASTELLANOS ROSO, 16 de abril de 2012. Rad. 110016000253200883280. Contra: Orlando Villa Zapata

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - sala de justicia y paz. MP ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ. 30 de agosto de 2013. Rad. 110016000253200680012. Contra: Rodrigo Pérez Alzate

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz - MP: LÉSTER MARÍA GONZÁLEZ ROMERO. 7 de diciembre de 2011. Rad. 110016000253-200681366. - Contra Edgar Ignacio Fierro Flores

Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2015). Recuperado el 29 de octubre de 2015 de <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>

UNICEF Comité Español – Legendre, M. 2006. Convención sobre los derechos del niño. Recuperado el 24 de mayo de 2015 de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>



Derecho de resistencia en la teoría política. De la “vindiciae contra tiranos” a la teoría de la guerra justa en los siglos XVI Y XVII¹

Susana Valencia Cárdenas

Abogada, Master en Ciencias Sociales, énfasis en Estudios Políticos.
Docente de la Universidad de San Buenaventura.
Correo electrónico: susana.valencia@usbmed.edu.co

¹ Artículo de difusión. Fruto de investigaciones personales de la autora.

Resumen.

El siglo XVI se inscribió inevitablemente en el cambio de racionalidad política aparejado a la aparición del Estado Moderno y a diversas transformaciones en las concepciones del mundo, de las ciencias naturales y del hombre. La religión, motor articulador de estas concepciones hizo parte de dicho cambio. Teólogos protestantes y católicos formularon tesis que derivaron en la legitimación de una nueva forma de entender la política: el ejercicio del nudo poder en aras de conservarlo y mantenerse en el mismo.

En este artículo, derivado de la monografía del pregrado, se abordarán algunas ideas del escritor político francés Stephanus Junius Brutus, quien sostuvo vehementemente en el siglo XVI la existencia de un legítimo ejercicio de la resistencia a la autoridad política; posteriormente, se presentará el término guerra justa en los autores escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII Francisco de Vitoria y Francisco Suárez.

Palabras clave: Derecho de Resistencia, legitimidad política, guerra justa.

Derecho de resistencia en la teoría política. De la “*vindiciae contra tiranos*” a la teoría de la guerra justa en los siglos XVI Y XVII.

“[...] La tragedia de la modernidad es la disensión íntima del hombre proyectada en el tiempo, la lucha permanente de las dos ciudades que siempre ha existido y existirá. La guerra es concebida como un medio necesario para resolver la crisis [...].” Luciano Pereña y Vicente. *Estudio preliminar*.²

1. Legitimidad teórica de la resistencia al soberano. La obra del monarcómaco francés Phillipe Duplessis Mornay (Stephanus Junius Brutus)

“[...] Si el príncipe persiste y no rectifica [...], sino que tiende a cometer impunemente todo el mal que le plazca, entonces es en verdad culpable declarado de tiranía, y es lícito ejercer contra él cuanto el derecho o una justa violencia permita contra un tirano [...]”.³
Stephanus Junius Brutus.

La matanza de San Bartolomé, en Francia, —comenzada en agosto de 1572— acaeció en el fragor de la disputa religiosa que llevó a la monarquía católica francesa a perseguir a los protestantes de su país que adoptaron la doctrina calvinista, también conocidos como *hugonotes*.

A propósito de la matanza, un hugonote considerado rebelde por la realeza católica francesa, Phillipe Duplessis Mornay o *Stephanus Junius Brutus*, según se le ha atribuido, publicó en 1579 la *Vindiciae contra tyrannos*, un texto de carácter ideológico que se insertó en el combate religioso de la época. En esta obra no se retoman directamente los supuestos de la teoría de la guerra justa a la manera como lo hicieron los escolásticos españoles Francisco de Vitoria y Francisco Suárez algunos años después de la *Vindiciae*, pero sí se trazan las cuestiones o preocupaciones de los principales autores monarcómacos, como Theodore de Bèze y François Hotman, en cuanto al mejor gobierno de los reinos. Se trataba de reflejar una preocupación medieval aún presente a pesar de la convulsión generada por los maquiavelistas, y de la preocupación por el gobierno en el cual el poder habría de tener fijadas o establecidas claramente sus potestades, y en el que el pueblo sería titular de derechos.

En Junius Brutus la idea de alianza o pacto de fundación del Estado que acoge la ley del Dios judeocristiano permite entender que, si bien la autoridad del soberano proviene de Dios, ella no ha de ser ilimitada. Sin embargo, el autor sugiere que de los hechos de la época podría inferirse un constante abuso del poder por parte de los príncipes al pretender disponer sobre las conciencias de los súbditos en lo atinente a la fe que profesaban. Un príncipe que se dice

² En: SUÁREZ, Francisco. *Guerra, intervención y paz internacional*. Estudio, traducción y notas por Luciano Pereña y Vicente. 1ª Edición autorizada. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, colección austral. 1956. 205 pp. P. 10

³ JUNIUS BRUTUS, STEPHANUS (Seudónimo de DUPLESSIS- MORNAY, Phillipe). *Vindiciae contra Tyrannos o poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y del pueblo sobre el príncipe (1579)*. Introducción histórica de Harold J. Laski. Estudio preliminar y notas de Benigno Pendás. Traducción de Piedad García-Escudero. Editorial Tecnos, colección clásicos del pensamiento. Madrid, 2008. 294 pp.

Cristiano no habría de ordenar a sus súbditos la obediencia de preceptos contrarios a Dios; sin embargo, si esa orden tuviera lugar, ella habría de ser injusta, y sería legítimo que quienes están llamados a obedecerla ejercieran resistencia.

El precepto injusto constituiría así una violación a la alianza entre Dios, el pueblo y los reyes, a quienes no les estaría dado regular los asuntos divinos, *v. gr.* la creencia en una determinada religión, sino sólo los asuntos humanos o enteramente terrenales, *v. gr.* el cuerpo y los bienes de los súbditos; mas si sucediera que un príncipe también buscara ejercer un dominio sobre el alma, transgrediría el juramento hecho ante Dios y su pueblo y, por ello, podría perder su reino a manos de sus vasallos.

Porque todos los reyes son vasallos de Dios, están sujetos a las leyes eternas e inmutables que Éste profiere en su potestad, y por consiguiente sería más que una necedad considerar rebeldes a quienes se niegan a obedecer un precepto injusto: “*no sólo no estamos obligados a obedecer al rey que ordene algo contrario a la ley de Dios, sino, al contrario, somos rebeldes a Dios si obedecemos*”,⁴ así, el referente de legitimidad en el ejercicio del poder son las leyes divinas e inmutables proferidas por Dios, plasmadas en los diez mandamientos contenidos en las dos tablas entregadas por Dios a Moisés.

La *Vindiciae* plantea que los mandamientos de la primera tabla, atinentes a aquellas conductas de sumisión a Dios, son límites inamovibles a los príncipes y también a la autoridad superior de los mismos, mientras los mandamientos de la segunda tabla contienen los preceptos de conducta para con el prójimo y la obediencia al poder político. Éstos no son tanto o más relevantes que los primeros, puesto que: “[...]. *Si el príncipe ordena matar a un inocente, expoliar, extorsionar, nadie que conserve un poco de conciencia querrá obedecer tal mandato. [...]*”.⁵

Aquí aparece también el asunto de la conciencia como referente de la obediencia al poder en un reclamo moral que dirige Junius Brutus, quien no duda de que efectivamente, en su tiempo, la pena infligida a quien lesiona la persona del rey habría de ser más grave en derecho que la de aquel que atenta contra un monumento construido para él; pero pretende además que, no sólo en conciencia sino también en derecho, quienes vulneren las leyes de la primera tabla reciban igual castigo, atroz y severo —*v. gr.* los reyes católicos de su tiempo—.

Se niega, entonces, que la obediencia al poder político, que había sido entendida hasta el momento en términos de sumisión estricta a la autoridad, según las ideas protestantes, sea incondicionada o absoluta: en lugar de doblar la rodilla ante esos príncipes que prescriben conductas injustas, dice Junius Brutus, habría de rendírsele culto a Dios desobedeciendo sus mandatos.⁶

⁴ *Ibíd.* P. 35.

⁵ *Ibíd.* P. 36. En este punto el hugonote podría estar retomando lo que sus contemporáneos calvinistas franceses consideraban respecto a que la obediencia a la autoridad también habría de ser un asunto de *conciencia*. Cfr. WALZER, Michael. *La revolución de los santos. Estudio sobre los orígenes de la política radical*. Buenos Aires. Katz Editores. 354 pp.

⁶ *Ibíd.* P. 37.

La alianza se entiende en un primer momento como el pacto entre Dios y el pueblo por el cual aquél le otorgó a este los reyes, del cual resultaría que éstos se obligan por igual a salvaguardar la fe cristiana; por esto se otorga validez a la posibilidad de que el pueblo haga resistencia frente al rey cuando este pretenda abolir la fe protestante, si es necesario, combatiendo con la guerra y con la astucia.⁷ La noción de pueblo al que le estaría dado resistir no refiere a la totalidad de la muchedumbre desenfrenada, sino sólo a aquéllos que ostentan autoridad y reconocimiento dentro del reino.⁸ Esta parte conformaría un conjunto que es superior al mismo rey; y porque se da por sentado que a esta parte le ha sido conferida la representación universal del pueblo, se acepta que puede conspirar y conjurar en secreto para el éxito de la resistencia a un rey que ya no observa la ley de Dios.

La resistencia sería así la manifestación por antonomasia de que se observa estrictamente la alianza realizada con Dios: convendría más apartarse del rey que de Aquél, y quienes resisten sólo se apartarían de los mandatos del rey considerado impío porque pretende usurpar lo que corresponde a Dios.

Los reyes son sólo gobernantes del pueblo, previa elección de Dios. Por ese motivo, aquéllos también habrían de rendirle cuentas y reconocer que le deben su autoridad. De existencia previa a los reyes, la *Vindiciae* anticipa que el pueblo es su razón de ser; de hecho, recuerda a los reyes que: “[...] reinan sin duda por Dios, pero a través del pueblo y a causa del mismo; y [...] no deben el reino sólo a Dios y a su espada, porque el pueblo fue quien primero les ciñó esa espada”,⁹ y que el pueblo podía existir por sí, mientras ellos sólo podían ser reyes si existía un pueblo.

Asimismo, el texto plantea un germen importante para la posterior modernidad política: la ficción de la representación universal del pueblo por parte de sus estamentos, que están por encima del rey, quien sólo es un administrador de la república, y únicamente es reconocido como tal una vez el conjunto del pueblo o sus estamentos, investidos de majestad, hayan dado su aprobación.

De otro modo, en la *Vindiciae* tiene lugar la metáfora de la *nave del Estado*. La república, sostuvo, semejaría un barco cuyo piloto es el rey, pero cuyo propietario —que no ya tripulante— es el pueblo, representado por los estamentos.¹⁰ En ese sentido, el único fin del gobierno consiste en velar por el bien del pueblo, siendo la dignidad regia, más que un honor, una carga estatuida para poner fin a las disputas entre los ciudadanos por la propiedad de los bienes, administrando justicia y defendiendo al pueblo de los ataques externos mediante el ejercicio de la guerra.

⁷ *Ibíd.* P. 54.

⁸ *Ibíd.* P. 55. El pueblo, que podría resistir, sería conformado por: “[...] los magistrados inferiores al rey, elegidos por el pueblo o nombrados de otra forma como copartícipes del poder [...] que representan al conjunto. Entendemos también la asamblea [...], a la que se someten todos los asuntos públicos”.

⁹ *Ibíd.* P. 83.

¹⁰ *Ibíd.* P. 89. “[...] el mismo pueblo atiende y obedece a aquél mientras cuida del bien público; sin embargo no es ni debe ser considerado menos siervo de la república, como cualquier juez o jefe militar [...]”.

Ahora bien, si el príncipe ejercía esas dos funciones con su puro capricho devenía verdaderamente un tirano, por lo que no sólo los súbditos eran sujetos a las leyes; sujetos o destinatarios irremediables de las mismas eran asimismo sus reyes, quienes se encontraban por debajo de ellas, negándose la posibilidad de que su validez resultara relativizada por interpretaciones influenciadas por pasiones como la ira o el odio. El rey recibía las leyes del pueblo, que son justas en sí mismas, y “*debe ser tenido por injusto lo que realice en contra o en fraude de ellas*”.¹¹ Las tesis del hugonote son una reivindicación de tinte aristotélico de que sólo las leyes debían gobernar y no los hombres, todos los cuales, incluso los reyes, se hallaban sujetos a las mismas, situación ya ideal o considerada difícilmente realizable en la práctica de la política, pero entendida asimismo como condición o supuesto de la libertad política.

En cuanto a la delimitación y definición del *tirano*, la *Vindiciae* sostiene que lo era el soberano que se ubicaba fuera de la ley, que desdeñaba de ella y se creía exento de su cumplimiento; asimismo era tirano el soberano que pretendía ejercer el poder de vida y muerte sobre sus súbditos de manera arbitraria y movido por su solo capricho: era una facultad reservada únicamente frente a quien fuera condenado según las leyes, las únicas que poseían el poder de vida y muerte; y también era tirano el soberano que, sin atender al bien público para atender a su interés privado, malgastara el dinero correspondiente al patrimonio público: sobre él el rey es sólo su administrador, no su propietario ni su usufructuario.

El segundo momento de la idea de la alianza es el correspondiente al pacto entre el rey y el pueblo, asunto transversal en la *Vindiciae*, porque su objetivo consistía en resaltar que la institución del rey supone la existencia previa del pueblo.

Se afirma que no sólo existía un pacto entre Dios de un lado, y el pueblo y los reyes de otro, sino también entre los reyes y el pueblo.¹² Con respecto a Dios, el soberano se obliga a una obediencia piadosa; con respecto al pueblo, a gobernarle justamente, es decir, conforme a las leyes. El incumplimiento por parte del pueblo haría que este quedara como sedicioso, mientras el incumplimiento del soberano haría que este quedara como un tirano.

La tiranía en el pensamiento del hugonote se clasifica en dos tipos. De un lado, como aquella ejercida por quien se apodera del reino por la fuerza, y de otro modo, como aquella de quien ejerce el gobierno del reino contra el derecho y la justicia; la primera, una tiranía sin título, y la otra una tiranía de ejercicio, y quienes estén a la cabeza, ladrones y poseedores de mala fe.¹³

La *Vindiciae* defiende la posibilidad de reprimir por la fuerza al soberano que incumple sus promesas. Para esta justificación su autor no duda en apelar al derecho natural, en razón del

¹¹ *Ibíd.* P. 115.

¹² Esta afirmación de Junius Brutus se contraponen a lo que afirmara Lutero algunos años antes en el sentido de que los príncipes sólo tenían obligación con respecto a Dios de acoger los mandatos de su fe, y que con respecto al pueblo no se encontraban vinculados por ninguna obligación. Cfr. LUTERO, Martín. *Escritos políticos*. Madrid. Editorial Tecnos. 2ª edición. 1990. 170 pp.

¹³ El hugonote considera que la tiranía de ejercicio es más injusta, lo que difiere de lo sostenido por Francisco Suárez para quien la segunda forma de concebir la tiranía no sería nada reprochable o reprochable. Cfr. SUÁREZ, Francisco. *Ob. Cit.* P.126, ya citado en líneas anteriores.

cual creyó válida la protección de la vida y la libertad contra todo ataque y violencia. La defensa contra el ejercicio tiránico del poder era considerada de esa manera indudablemente legítima, lo que se explica así:

Si alguien intenta quebrantar este derecho mediante la violencia o el fraude, todos estamos obligados a oponernos, porque ataca a la sociedad a la que debe todo, porque socava los cimientos de la patria, a cuya [defensa] estamos vinculados por naturaleza, por las leyes y por juramento; de tal modo que, si no lo hacemos, en verdad somos traidores de la patria, desertores de la sociedad humana y gentes que desprecian el derecho.¹⁴

Y sostiene firmemente, contra las afirmaciones de Lutero, que el derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil sí permiten que esa defensa contra el tirano sin título sea ejercida mediante las armas, y por cualquier particular, llamado a repeler la fuerza del tirano sin título mediante la fuerza; quien resiste, de ningún modo podría asumirse como rebelde, ni como sedicioso pues, dice: “[...] es sedicioso quien intenta sublevar al pueblo contra la constitución política. Y no promueve la sedición, sino que al contrario la impide, quien reprime al destructor de la patria y el orden público [...]”.¹⁵

Así entonces se entiende que la tiranía es la causa de los peores males. La destrucción del Estado, mediante el desprecio de sus leyes, supone una desestabilización tal que las acciones del tirano superan en maldad a las del ladrón o del asesino. Precisamente por esto se afirma:

[...] el tirano que comete felonía contra el pueblo —que es el señor del feudo— y lesiona la sagrada majestad del reino o del imperio, es rebelde; cae por eso bajo las mismas leyes, y merece penas mucho más graves. Por eso [...] podrá ser depuesto por su superior [...]. Y superior es todo el pueblo o quienes lo representan [...].¹⁶

Con respecto a la tiranía de ejercicio se niega que cada uno de los individuos pueda resistir: no pudiendo los individuos protegerse por sí mismos, no están obligados a proteger la república mediante la oposición armada al tirano de ejercicio. Sólo el pueblo, entendido como se mencionaba antes —el conjunto de esos individuos representados por otros—, puede tener iniciativa de resistir al tirano de ejercicio. No sucede lo mismo, de acuerdo a lo expuesto, frente al tirano sin título porque estos no han suscrito ningún pacto o alianza —cualquiera puede resistir su poder—.

Las cuestiones abordadas en la *Vindiciae* pretendieron asumirse como verdades apoyadas en testimonios aportados por las Sagradas Escrituras; sin embargo, luego de pretender ejercer sobre ellas una “recta interpretación”, ejercicio propio del pensamiento protestante, esos testimonios se acompañaron de preceptos y enseñanzas propios de la moral, de la filosofía

¹⁴ Ibíd. P. 168. Subraya propia.

¹⁵ Ibíd. P. 169. Subraya propia. Podría considerarse que el concepto *orden público* es entendido por el hugonote, en su contexto, finales del siglo XVI, como aquella categoría que comprende la observancia de las leyes naturales, y del derecho de gentes y el derecho civil, en fin, como aquello que implica el respeto por parámetros de justicia inscritos en el referente jurídico y moral del gobierno de la comunidad política. Por su parte se destaca el comienzo de la reivindicación de un concepto de *patria*, propia de la conformación de la sociedad europea estratificada, en estados nacionales.

¹⁶ Ibíd. P. 176. Subraya propia.

política, de la ley natural, entre otros, pero con el propósito de aducir que una rigurosa justificación al ejercicio de la rebelión amparado en causas religiosas era necesaria para considerarla un ejercicio legítimo y justo en sí mismo, siempre que resultara encaminado a salvaguardar la fe cristiana protestante, la “verdadera religión”. Esta devino así una causa a defender y a extender a todos los territorios objeto de disputa.

Por supuesto no ha de perderse de vista que esto no da cuenta de la existencia de continuidades discursivas: las ideas, por ser extraídas de los hechos de la época no sirvieron más que a necesidades concretas. Esto es lo que explica Harold J. Laski, a propósito de la contienda religiosa de la época y la búsqueda de los límites de la obediencia política como cometido intelectual, la cual se concreta después en las aspiraciones de las religiones encontradas en el campo de batalla del reconocimiento estatal del valor de la tolerancia religiosa.¹⁷

Así se presenta el momento en que la idea de la soberanía popular se abre paso, sugerida en el escrito de acuerdo a la concepción del ejercicio del poder por parte del soberano como una función o carga y no una dignidad, y al reconocimiento del pueblo como el sustento de ese ejercicio. Pronto se la advirtió como una idea tremendamente conveniente que comenzó a servir a intereses particulares de quienes, como Catalina de Médicis, antes que la libertad religiosa, pretendían conservar el poder; asimismo la idea sirvió a los hugonotes, miembros del brazo político del protestantismo, para defender, en ocasiones, a la corona francesa, y en otras, para ejercerle resistencia mediante la fuerza o rebelión en el momento en que los católicos, haciendo lo propio mediante el fanatismo, optaron por perseguirlos.

Los escritos de los autores hugonotes —Theodore de Bèze, F. Hotman y Junius Brutus o Duplessis Mornay, entre otros—, son panfletos, no exposiciones organizadas que den cuenta de la filosofía de una doctrina religiosa, aunque sugieren numerosas pistas sobre la negación del absolutismo de Estado. Este se consideraba incompatible con la reivindicación de libertad religiosa entendida en ese momento político como supuesto de la libertad política. También dieron claves sobre su afirmación de los derechos del pueblo a ser reivindicados de cara a las intromisiones del príncipe, y sobre la idea de un contrato social suscrito entre el príncipe y el pueblo, idea presente durante aproximadamente un siglo, influenciando a John Locke y principalmente a Jean Jacques Rousseau.

En suma, la protesta contenida en la *Vindiciae* tuvo importantísimo valor a pesar de haberse dado precisamente en un momento de auge de la centralización despótica del poder por parte del Estado, propugnada por quienes, como Jean Bodin, defendieron la existencia de un poder regio ilimitado, absoluto y no sujeto a un posible orden abstracto de naturaleza superior a él mismo,¹⁸ y también en un momento de estricta diferenciación de las nacionalidades europeas

¹⁷ LASKI, Harold J. *La Vindiciae en su contexto: introducción histórica*. En: JUNIUS BRUTUS, STEPHANUS (Seudónimo de DUPLESSIS- MORNAY, Phillipe). *Vindiciae contra Tyrannos o poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y del pueblo sobre el príncipe*. Estudio preliminar y notas de Benigno Pendás. Traducción de Piedad García- Escudero. Editorial Tecnos, colección clásicos del pensamiento. Madrid, 2008. 294 pp. P. 215-294.

¹⁸ *Ibíd.* P. 273- 278. A quien interese profundizar las tesis de Bodin, puede ver: BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. España, Tecnos. 1986. 307 pp. No interesa hacer aquí esa profundización dado que el supuesto transversal hasta el momento ha sido el del ejercicio de la resistencia como posibilidad teórica. Si

debida a una estratificación de la sociedad burguesa, iniciada en la Edad Media, inconstante en diversos momentos, pero acentuada ya en los albores de la modernidad.

Harold Laski afirma acertadamente que el propósito de la protesta no tuvo que ver con la libertad religiosa, con la admisión o la tolerancia del culto protestante o del católico, sino con las pretensiones de establecer una nueva forma de gobierno de tinte hugonote, a fin de cuentas, otra tiranía, y que igualmente los católicos, al aspirar de manera clara a la persecución eran tan ajenos a la idea de libertad como los hugonotes. Por esto, Laski sostiene: “[...] los dos estaban realmente perplejos ante el problema específico de la lealtad. Intentaron negar el deber de obediencia cuando implicaba resultados desfavorables para una religión determinada [...]”.¹⁹

2. Teoría de la guerra justa, una tradición medieval. Sus repercusiones respecto a la resistencia.

Es importante retomar en este punto algunos aspectos señalados por Alex J. Bellamy sobre la contienda que comenzó en los siglos XII y XIII consistente en la lucha de fuerzas en la constitución política de Europa: a quienes pretendían su unidad en el Sacro Imperio Romano se contraponían quienes buscaban establecer una sociedad de soberanos iguales.²⁰ En líneas anteriores se ha intentado una breve aproximación al asunto.

Interesa destacar en este punto las elaboraciones que permitieron concretar, en ese periodo de tiempo, la teoría de la guerra justa entendida según la idea romana como aquella que sólo debía tender al restablecimiento de una situación de paz — simplemente vista en n sentido negativo, como aquella en que no había guerra — y que, además, habría de satisfacer tres requisitos.

El primero de ellos era el inicio de la guerra con el fin de recuperar bienes robados, de vengar injurias o — una comunidad podía iniciar una guerra— en defensa propia. Estos requisitos suponían entonces una agresión ajena.²¹

El segundo, que la guerra se declarara y fuera emprendida por una autoridad legítima, es decir, con plena facultad para realizar ese tipo de declaraciones, a pesar de que en dicho

bien la contrastación con las tesis de Bodin puede ser interesante ha de suponer su negación absoluta a la posibilidad de resistir el poder político. No obstante debe destacarse que Laski sí realiza esa contrastación y explica que las tesis de Bodin dejan entrever que el Estado debía ser obedecido únicamente por ser tal, dado que su sola voluntad es ley. Mientras, las tesis de los hugonotes se encargan más bien de construir un derecho abstracto al poder regio, determinado por la voluntad divina, y al cual los reyes se encontrarían sujetos de manera irremediable: sólo por ser tal, por provenir de la voluntad de Dios ese derecho es justo y legítimo, fuente del poder soberano, y todo cuanto pudiera vulnerarlo devendría ilegítimo y susceptible de ser repelido por la fuerza —de las armas—. Laski no identifica en la *Vindiciae* algo que pueda parecerse a una teoría de la soberanía, pero sí una idea del contrato social, lo que expone al texto a numerosas críticas. Al respecto de esas críticas, véase el texto de Laski citado en esta nota, P. 277 y 278.

¹⁹ *Ibíd.* P. 282. Subraya propia.

²⁰ BELLAMY, Alex J. *Guerras justas, de Cicerón a Irak*. Trad. Por Silvia Villegas. Madrid. Fondo de Cultura económica. 2009. 412 pp.

²¹ *Ibíd.* P. 67. Bellamy sostiene que esta formulación fue realizada por el autor escolástico Graciano siguiendo el modelo de Agustín. No obstante para éste era necesaria también la existencia de una intención correcta.

momento no se tenía claridad sobre qué autoridad podía hacerlo, en ocasiones se atribuía dicha facultad al Emperador, a los príncipes o a los nobles de inferior autoridad a éstos; la disputa misma por la autoridad no permitía dilucidar esta cuestión teórica de importantes repercusiones prácticas.

El tercer supuesto se refería a los medios para adelantarla. Según Bellamy, autores como los decretalistas —comentaristas medievales del *Decretum*, escrito que versaba específicamente sobre la teoría de la guerra justa— señalaban que podía utilizarse cualquier medio necesario para que la victoria resultara asegurada.

Ahora bien, el método escolástico seguido por Tomás de Aquino, poco valorado en su época según Bellamy, le permitió separarse de algunas proposiciones de Agustín, principalmente puesto que no consideraba que toda guerra fuera justa.²²

Las tres condiciones propuestas por De Aquino eran: la autoridad legítima, la existencia de una justa causa y de una intención correcta.

Sólo la autoridad que tuviera entre sus facultades la de declarar la guerra podía adelantarla, no los individuos particulares, quienes frente a aquélla no poseen derechos de mayor rango ni la posibilidad de movilizar y armar al pueblo, a la manera de quien constituye un ejército.

La causa justa tenía que ver con que la guerra se emprendiera para: “*vengar un mal, castigar a alguien que no había reparado un mal o recobrar algo que había sido tomado de manera ilegítima*”.²³

La defensa legítima por parte de la comunidad de cara a la tiranía no se menciona como causa justa en sí misma, circunstancia que Bellamy explica en que para De Aquino quienes inferían un daño, y entre ellos había que contar a los gobernantes tiránicos, no contaban con un derecho inherente a defenderse contra atacantes potencialmente legítimos.²⁴

Finalmente, la intención correcta debía consistir solamente en hacer un bien o evitar un mal.

No es baladí que las tesis de Tomás de Aquino resultaran problemáticas en su época. La interpretación que ofreció sobre la guerra justa resultó ser más “terrenal” que la realizada por Agustín; su disquisición fue la concreción de una combinación y recíproca fundamentación de la teología y la filosofía, y de la interpretación teológica de asuntos humanos a través de la razón humana. A pesar de la injusticia inferida a sus tesis, A. Bellamy destaca la importancia de reconocer en los aportes de De Aquino una intención de justificar filosóficamente una limitación de la guerra según el criterio de la proporcionalidad. Este principio, referido a que la guerra se ejercía de modo legítimo si se valoraba que el hecho de no hacerla era más grave que hacerla, continuó resonando hasta la aparición de la tradición de la guerra justa interpretada en el siglo XVI, momento en que ya se había dado sepultura a la estructura del gobierno medieval en el marco del cual la teoría de la guerra justa había comenzado.

²² *Ibíd.* P. 74.

²³ *Ibíd.* P. 76.

²⁴ *Ibíd.* P. 76.

El descubrimiento de la razón de Estado supuso la finalización o decadencia de la estructura del gobierno medieval y la aparición de una contingencia histórica aparejada a la concreción de la temprana modernidad política, en lo que hoy se conoce como el Renacimiento. Sin embargo, los preceptos teológicos medievales sobre la guerra justa continuaron presentes en las obras de autores preocupados por el asunto de la guerra, cuya complejidad en la época — finales del siglo XVI y principios del XVII— quizá había determinado que el ejercicio bélico llegara a ser una “lucha de razas”, en términos de M. Foucault,²⁵ o por lo menos un combate entre grupos de personas llevado a cabo de acuerdo a criterios de identidad nacional.

Así pues, uno de los teólogos inquietos por el asunto de la guerra fue el fraile dominico español Francisco de Vitoria, preocupado principalmente por la legitimidad de la conquista española aquí, en América. Sostiene, con Tomás de Aquino, que ninguna guerra es justa, ni siquiera la iniciada por los españoles para “convertir a los indios”, y que a éstos les era dado usar la fuerza en defensa propia contra aquéllos.²⁶

Las preocupaciones del fraile De Vitoria tuvieron que ver, entre otros asuntos, con cuáles podían y debían ser las causas de una guerra justa, quién podía declararla y qué actos podía lícitamente cometer contra su enemigo quien se encontrara en una guerra justa.²⁷

La guerra defensiva era indudablemente lícita, así como la guerra ofensiva, aquella en ejercicio de la cual no sólo pretendía reclamarse o defender cosas o derechos, sino también reclamar la satisfacción por una injuria recibida. Ambas, dice Vitoria siguiendo a Agustín, habrían de emprenderse para preservar la paz y la seguridad de la república y mantener al enemigo en su sitio. Con estos únicos fines bastaría para emprenderlas sin problemas teológicos y/o éticos.

De Vitoria pretendía probar que todo el orbe saldría beneficiado con una guerra justa del pueblo contra sus enemigos, sean éstos tiranos y/o ladrones; y parecería ofrecer una justificación, desde el punto de vista moral, sobre la licitud de que incluso quienes padecen una tiranía puedan repelerla mediante la fuerza y escarmentar a quien la ejerce:

[...] cualquiera, aunque sea un simple particular, puede emprender y hacer la guerra defensiva. Esto es manifiesto porque es lícito repeler la fuerza con la fuerza [...] por consiguiente, cualquiera puede hacer una guerra de este género sin necesidad de recurrir a la autoridad de otro, no sólo para la defensa de su persona, sino también para la de sus cosas y bienes.²⁸

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad (curso en el collège de France)*. Trad. Por Horacio Pons. Buenos Aires. Fondo de cultura económica. 2ª reimpresión. 2001. 281 pp. De acuerdo a la perspectiva de Foucault en los siglos XVI y principios del siglo XVII no se hace evidente ya el discurso histórico de la soberanía, sino el discurso de las razas, “*de la lucha de las razas a través de las naciones y de las leyes*”. Asimismo se destaca que ese nuevo discurso constituye una historia de la lucha de razas en la que no todos aparecen como vencedores, tal como aparecían en la historia romana, sino que también se hace evidente la derrota de otros. Por eso se la caracteriza como contrahistoria. *Ob. Cit.* P. 70 y siguientes. Subraya propia.

²⁶ BELLAMY, Alex J. *Ob. Cit.* P. 94.

²⁷ DE VITORIA, Francisco. *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de guerra (1557)*. Editorial Porrúa. México, 1974. 101 pp. P. 76.

²⁸ *Ibíd.* P. 78. Subraya propia.

Así, Vitoria atribuiría licitud a un posible ejercicio de la resistencia a los tiranos en cabeza de los súbditos. No obstante, esta afirmación merece atención y no puede dar lugar a distracciones porque a renglón seguido acude a Agustín — a quien se sigue atribuyendo toda autoridad en la interpretación del derecho natural, casi diez siglos después de haber escrito sobre la guerra justa— para sostener que sólo en el príncipe legítimo, que es el que ha sido elegido por la república, reside la autoridad para emprender la guerra. Así, no se trata de que cualquiera pueda resistir, sino que puede hacerlo cualquiera que tenga autoridad o rango dentro de la comunidad sin necesidad de acudir a otra autoridad. Asimismo, F. de Vitoria argumenta en defensa de los inocentes, sin distinguir si para el ejercicio legítimo de la fuerza —con la satisfacción de los requisitos de la teoría de la guerra justa— éstos habrían de ser simples súbditos que padecieran una situación de injusta opresión, o personas con cierto rango entre la república.

Por último, Vitoria reserva el ejercicio de la guerra para la reparación de un mal previo, aunque no todo mal debía servir de causa para una guerra: *“la guerra sólo era justificable si el daño que intentaba reparar era mayor que el probable mal que ella desencadenaría.”*²⁹

En fin, el fraile español expuso extensamente sus preocupaciones sobre la guerra según criterios de derecho natural, de razón y de justicia para intentar delimitar cada detalle de lo que habría de realizarse antes, durante y después de la guerra e igualmente sostuvo la obediencia a la autoridad a la que atribuía un origen divino. No obstante, no se trataba ya de una obediencia incondicionada, a la manera en que había predicado Martín Lutero. El contexto político en que el escolástico español vivió y escribió devino diferente y las guerras se intensificaron aún más; así, los intelectuales y escritores se ocupaban más de limitar la guerra entre estados apenas nacientes, que de estudiar la posibilidad de que los súbditos pudieran resistir un ejercicio tiránico del poder.

Así a Vitoria se le haya atribuido —con error considera Bellamy— el origen teórico del derecho internacional, ha de destacarse que sus tesis, hilvanadas sobre la teoría de la guerra justa,³⁰ abrieron la posibilidad teórica de que los súbditos o, en general, los inocentes e inermes frente a la tiranía o ejercicio injusto e ilegítimo del poder, pudieran armarse contra él para intentar eliminar sus ignominiosos efectos.

Es de ese modo como otro autor escolástico y seguidor de Vitoria, Francisco Suárez, propuso un enfoque similar en cuanto a la teoría de la guerra justa.

En su obra *Guerra, intervención y paz internacional*,³¹ Suárez se pregunta si la sedición —o ejercicio de resistencia como una forma de disidencia política—, es intrínsecamente mala. Entendida como *“toda lucha colectiva que se da dentro del mismo estado [y que] puede*

²⁹ *Ibíd.* P. 95.

³⁰ BELLAMY, Alex J. *Ob. Cit.* P. 99.

³¹ SUÁREZ, Francisco (1548 – 1617). *Guerra, intervención y paz internacional*. Estudio, traducción y notas por Luciano Pereña y Vicente. 1ª Edición autorizada. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, colección austral. 1956. 205 pp.

entablarse entre dos partidos o entre el soberano y su pueblo”,³² Suárez responde que la sedición en que llegara a expresarse la lucha emprendida por un partido contra otro, al que le está dada una legítima defensa de la agresión, es ilícita; pero reconoce que en la guerra del pueblo contra el soberano no hay maldad intrínseca aunque se desarrolle de manera agresiva — no pudiendo ser de otro modo— porque sólo con el cumplimiento de las condiciones de una guerra justa la sedición es honesta, debiendo ser ejercida además contra un tirano.

El matiz introducido por Suárez a esa afirmación tiene que ver con su identificación de dos clases de tiranía: aquella en que el soberano ejerce una dominación —habiendo accedido al poder mediante usurpación—, y la otra, atinente a la manera de gobernar. Sólo frente a la primera tiranía, considera, cualquiera de los miembros del Estado y aun otras instituciones del mismo tienen derecho a levantarse contra el tirano, un agresor que inicualemente mediante su actuación emprende una guerra injustificada a la república y sus miembros.

La segunda forma que podría revestir la tiranía, que tiene que ver con el ejercicio del poder, no conlleva en sí misma una injusticia tal que pudiera resistírsele legítimamente: el príncipe que realiza un ejercicio injusto del poder, considera, es propiamente un soberano y no realiza una verdadera agresión a los súbditos. En consecuencia, éstos no podrían declararle una guerra de agresión y si lo hicieran ella devendría una verdadera sedición: a los súbditos sólo les estaría dado hacer lo necesario para asegurar su propia defensa de la insoportable dominación de quien ha usurpado el poder.³³

CONCLUSIONES.

No puede perderse de vista que precisamente porque las ideas: “[...] tienen una historia más duradera que sus patrocinadores. [y que] Nacidas de una circunstancia concreta, siguen viviendo hasta engendrar acontecimientos muy diferentes de lo que su época de origen pudo prever o desear”,³⁴ conforme a las tesis del monarcómaco francés, luego de ser retomadas por jesuitas y puritanos ingleses, se gestó luego una tradición que consideró que los asuntos políticos se derivaban de hechos sociales, que podrían ser corregidos por la razón eterna y la ley natural, y que amparaban dentro de múltiples posibilidades el derecho de resistencia a la tiranía.

Por eso, mereció la pena ver cómo estas mismas ideas sobre el poder político y la posibilidad de ejercerle resistencia trascendieron teóricamente, con éxito en las obras de los escolásticos españoles Francisco de Vitoria y Francisco Suárez elaboradas a fines del siglo XVI y comienzos del XVII, quienes retomaron también los planteamientos de la teoría de la guerra justa formulada desde la Edad Media.

Finalmente, podría considerarse que el asomo de derecho que Suárez reconoce conforme a la teoría de la guerra justa no tiene completa naturaleza insurreccional en el sentido de que no resulta atribuido exclusivamente al pueblo conformado por cada uno de los súbditos. Antes bien, estos están llamados a defender al Estado de la dominación ejercida por el príncipe. La

³² *Ibíd.* P. 125.

³³ *Ibíd.* P. 126.

³⁴ *Ibíd.* P. 236.

superioridad del poder del Estado sobre el poder delegado por éste al príncipe no admite duda para Suárez, quien defiende la idea de Estado-nación que ya había hecho aparición en Europa en el siglo anterior al cual escribe. No es para menos, pues el autor asiste a una Europa totalmente fragmentada, a un tiempo de tragedia en que el Estado surgió como forma política absoluta.³⁵

³⁵ El autor del estudio preliminar de su obra considera que la construcción del Estado realizada por Suárez tiene el fin de legitimar la política del Imperio Español, que es la antítesis a la construcción del Estado atribuida desde el siglo XVI a Maquiavelo o una forma de reacción a lo que las tesis del florentino, bien o mal interpretadas, habían suscitado. Cfr. Luciano Pereña y Vicente. *Estudio preliminar*. En: Suárez, Francisco. *Guerra, intervención y paz internacional*. 1ª Edición autorizada. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, colección austral. 1956. 205 pp. P. 9-46.

BIBLIOGRAFÍA.

BELLAMY, Alex J. *Guerras justas, de Cicerón a Irak*. Trad. Por Silvia Villegas. Madrid. Fondo de Cultura económica. 2009. 412 pp.

DE VITORIA, Francisco. *Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de guerra*. Editorial Porrúa. México, 1974. 101 pp. P. 76.

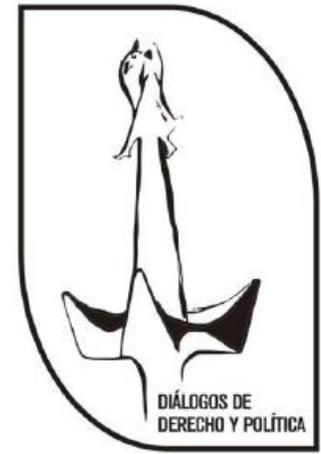
FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad (curso en el collège de France)*. Trad. Por Horacio Pons. Buenos Aires. Fondo de cultura económica. 2ª reimpresión. 2001. 281 pp.

JUNIUS BRUTUS, STEPHANUS (Seudónimo de DUPLESSIS- MORNAY, Phillipe). *Vindiciae contra Tyrannos o poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y del pueblo sobre el príncipe*. Introducción histórica de Harold J. Laski. Estudio preliminar y notas de Benigno Pendás. Traducción de Piedad García- Escudero. Editorial Tecnos, colección clásicos del pensamiento. Madrid, 2008. 294 pp.

LASKI, Harold J. *La Vindiciae en su contexto: introducción histórica*. Parte de: JUNIUS BRUTUS, STEPHANUS (Seudónimo de DUPLESSIS- MORNAY, Phillipe). *Vindiciae contra Tyrannos o poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y del pueblo sobre el príncipe*. Estudio preliminar y notas de Benigno Pendás. Traducción de Piedad García- Escudero. Editorial Tecnos, colección clásicos del pensamiento. Madrid, 2008. 294 pp. P. 215-294.

SUÁREZ, Francisco. *Guerra, intervención y paz internacional*. Estudio, traducción y notas por Luciano Pereña y Vicente. 1ª Edición autorizada. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, colección austral. 1956. 205 pp.

WALZER, Michael. *La revolución de los santos. Estudio sobre los orígenes de la política radical*. Buenos Aires. Katz Editores. 354 pp. P. 45- 81; 185-198; 285-317.



La ordenación jurídica de la auditoría pública en Cuba.

Alcides Francisco Antúnez Sánchez^{*}
Elena Polo Maceiras^{**}
Eulalia Viamontes Guilbeaux^{***}

* Profesor Auxiliar de Derecho Ambiental y Mercantil. Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba.
Correos electrónicos: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu.

** Profesora Titular de Derecho Financiero y Económico. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. República de Cuba.
Correo electrónico: epolo@fd.uo.edu.cu

*** Profesora Titular de Derecho Laboral y Ambiental. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. República de Cuba.
Correo electrónico: eviamontes@lex.uh.cu

Resumen.

La regulación jurídica de la auditoría pública en las formas de gestión, apuntan como un paso en el avance por el órgano supremo de control. Para ello, es realizado un análisis histórico, teórico, legislativo del desarrollo y evolución del control a través de la auditoría pública en Cuba. Se realiza un estudio del desarrollo que ha tenido la ordenación jurídica de esta acción de control hasta llegar a la del tipo ambiental en las formas de gestión estatal dentro del sector empresarial cubano por ser el mayoritario, la necesidad de implementarla para construir empresas amigables con el ambiente en la actualización del modelo económico, la que se efectúa por parte de la Administración Pública. A tales efectos, para desarrollar todo este análisis se utilizaron los métodos teóricos de investigación como el exegético-jurídico, el histórico-lógico, inducción-deducción y el de análisis-síntesis.

Palabras clave: auditoría pública, empresa amigable con el ambiente, desarrollo sostenible.

La ordenación jurídica de la auditoría pública en Cuba.

Ojeada histórica de la auditoría pública cubana

Los estudios realizados desde los saberes contables e históricos, señalan al ejercicio de la auditoría pública, como la función estatal dedicada a controlar los bienes, la que en su generalidad no era del todo conocida en Cuba, a consecuencia de ser una de las colonias de España, elementos que demuestran que la vida económica era regida y controlada por esta metrópoli, al ser la dueña de los negocios de forma mayoritaria en la nación; las evidencias refieren que los cubanos de la época no la ejecutaron ni tenían los conocimientos sobre dicha actividad de manera adecuada, esta era realizada por inspectores de esta nación que controlaban los negocios de su propiedad, señalado por Castillo Téllez y Villar de francos Álvarez.

Datos estos que aportan que en el período comprendido desde el siglo XVII hasta el XVIII, el control por la Administración relacionada con las finanzas públicas, estuvo constituida por los órganos de la Intendencia de Hacienda y el Tribunal de Cuentas, instituciones públicas que realizaron las funciones de percepción, los registros contables y la vigilancia de las rentas y los recursos públicos.

Dicho esto, es una realidad que la historia económica del país, reconoce las tendencias que hubo sobre la formación y constitución de organismos técnicos-económicos, factores que dieron lugar a la creación de la organización estatal denominada Consejo de la Administración, donde participaban el Intendente General de Hacienda y el Presidente del Tribunal de Cuentas, fortaleciéndose con ello los mecanismos de control creados en esta época.

Otras evidencias muestran la introducción en el campo del control de los bienes públicos, la necesidad de dominar los conocimientos sobre las materias de auditoría y la contabilidad empresarial, labor esta que fue realizada por profesionales especializados en las funciones de control económico, oriundos de casas matrices norteamericanas radicadas en el país. A consecuencia, de no existir un desarrollo adecuado de esta enseñanza, en las materias contables en la nación y como el inicio del camino para que las grandes empresas de los Estados Unidos de América aparecieran en el escenario mercantil patrio, ello permitió con posterioridad se asumiera la preparación de profesionales cubanos en esta actividad en los inicios del siglo XX, en particular en las ramas de la agricultura, la minería, la banca y los servicios públicos. Este factor permitió a los cubanos, apropiarse de las técnicas de la contabilidad y la auditoría más avanzadas en esta época.

Es así, que la Constitución de la República en vigencia en esta época, reguló dentro de sus articulados la función de fiscalización a los bienes públicos por parte del Ministerio de Hacienda, institución creada por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.¹

¹ Constitución Cubana de fecha 1^{ero} de julio 1940, artículo 135, reconocida como la de mayor perfección formal y de tendencia más progresista dentro de su filiación liberal burguesa que había conocido la República, 3^{era} etapa del constitucionalismo cubano. Gaceta Oficial de 20 de diciembre de 1946, La Habana, Cuba.

Conforme con la Constitución citada, se evidencia la creación del Tribunal de Cuentas², el mismo tuvo entre sus funciones la de fiscalizar el patrimonio, los ingresos, los gastos del Estado y a los organismos autónomos dentro de este período, para comprobarles la ejecución de sus presupuestos destinados por el Estado a las provincias y municipios, con la observancia de las leyes y las disposiciones en materia de impuestos, derechos y contribuciones en vigor, con toda la autoridad administrativa de fiscalizar la gestión pública de los funcionarios y de los empleados del aparato estatal, como de las organizaciones autónomas en esta etapa.

Para la mitad de siglo, se aprecia como en Cuba se eleva la capacidad técnica del contador cubano a niveles internacionales, como resultado de graduaciones de profesionales en contaduría pública en aulas de la Universidad de La Habana, diseminados en el escenario mercantil patrio con las primeras firmas privadas de auditores y en las instituciones públicas. En estos años, la práctica de la auditoría se asemejó a la que existía en los países desarrollados del mundo, donde para el ejercicio de esta actividad de control, los auditores se agruparon en el Colegio de Contadores Públicos creado en el país para este fin.

Otro dato de interés señala, que para 1953, fue celebrado en la Habana, el 1^{er} congreso internacional de las EFS, se inicia con ello todo un proceso de institucionalización en esta organización, entre los acuerdos finales de esta reunión se establecieron sus estatutos y la fundación formal de la EFS-INTOSAI, proceso que continuó en posteriores congresos en Bruselas y Tokio; la nación cubana se hizo miembro para el ejercicio práctico de esta función pública dentro del área de América Latina a través de la EFS-OLACEFS.

Sin embargo, no es a partir del triunfo de la Revolución, que en esta propia década del pasado siglo, es que se inicia todo un cambio en la estructura socio-económica del país, proceso este que provocó una acelerada transformación dentro de la organización del aparato estatal y con ello de la contabilidad, la auditoría y el control de los hechos económicos en el sector estatal en sus formas de gestión, sustentada en cuerpos jurídicos dentro del ordenamiento jurídico cubano.

En consecuencia, se revela que el gobierno decidió dotar al país de un mecanismo más eficaz, para salvaguardar los intereses del pueblo, es creado para ello en 1959 el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados, como continuador de esta función pública.

Con posterioridad, otras modificaciones realizadas por el Estado, dentro de las que se encontraba el aumento del nivel educacional en el país, la enseñanza de la contabilidad y dentro de esta la de la auditoría fueron necesarias. Se decidió en 1959, a raíz de los cambios y modificaciones en la estructura económica del país, no mantener la labor del Tribunal de Cuentas, el que cesa en sus funciones en 1960. Es así, que para 1961, al constituirse el Ministerio de Hacienda, con la Ley No. 943 como su sustento legal, se le concedieron las funciones de comprobación de los gastos del Estado por la Dirección de Comprobación, encargada de realizar la fiscalización en toda la nación.

² Los orígenes de la actividad de la auditoría y el control de la Hacienda Pública en la primera década del siglo XVIII, para salvaguardar los intereses de España y de la oligarquía en el poder; desde la segunda mitad del siglo hasta 1764, CASTILLO TÉLLEZ, *op cit.* p.62 y ss.

Al finalizar 1965, es disuelto este Ministerio de Hacienda, pasan estas funciones de control al Banco Nacional de Cuba, con la Dirección de Comprobación, actividad que perduró hasta 1967, con la función de practicar la auditoría estatal en toda la nación. Por lo que al cesar estas instituciones públicas en estas funciones, toda la actividad de control practicada en el país se ejecutó por el Ministerio de Industrias, se tomó con ello la decisión de conformar las primeras Unidades de Auditoría Interna en todos los organismos de la Administración Pública de este período analizado, factor que permitió se extendiera esta actividad en todo el país. Estas decisiones tomadas por la Administración Pública, compensaron la pérdida de fuerza en el ámbito de la actividad de control interno y externo de los organismos creados al desaparecer el Ministerio de Hacienda y luego la Dirección de Comprobación.

Todo este análisis *up supra* permitirá evaluar el soporte legal que ha tenido la auditoría pública a partir del proceso de institucionalización ejecutado por la Administración Pública.

La ordenación jurídica de la auditoría pública en Cuba.

Presentado todo el panorama anterior, para 1976, con el período de institucionalización estatal, el que se sustentó en la Ley No. 1323, permitió que se constituyera el Comité Estatal de Finanzas en el entramado administrativo cubano, con ello se reanudó el control a los bienes públicos de nuevo con la Dirección de Comprobación, esta tuvo entre sus funciones básicas, la práctica de la auditoría estatal por parte del Estado como el ente superior. Actividad sustentada a partir de lo establecido en el texto constitucional cubano, en su artículo 10 y cito: (*... "todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad" ...*)

Este organismo de la Administración Central del Estado, de su actuar para la Administración Pública, dirigido a los ciudadanos, confirma el ejercicio de esta función pública, concebida por el Derecho Administrativo como una -actividad de control-, realizada a las instituciones estatales en los organismos de esta Administración, regulada a partir del texto constitucional y en el ordenamiento jurídico sustantivo en los Decretos Leyes No. 67 de 1983 y el 147 de 1994 respectivamente. Toda vez que en Cuba con todo el proceso de nacionalización la forma de gestión que prevalece es la forma de gestión estatal.

En todo este *íter*, la década de los años 80, mostró sucesos internacionales y nacionales ocurridos con repercusión en la actividad de la auditoría estatal y en las demás acciones de control practicadas por la Administración Pública, vinculadas con el desplome del campo socialista y con la Unión Soviética como el principal socio comercial de la nación, basadas en las relaciones económicas de cooperación y ayuda mutua que para este entonces existían, elementos estos que obligaron al Estado cubano a buscar otros horizontes en el campo de la actividad económica y de las relaciones comerciales, a través de otros tipos de asociaciones económicas, que culminaron con políticas dirigidas a desarrollar la actividad de la inversión extranjera, donde aparecen en este escenario firmas auditoras privadas de otros países,

quienes de conjunto con auditores cubanos ejecutaron auditorías en el sector turístico de capital mixto que en ese momento se fomentaba en el país.³

Por ello, las normativas jurídicas en relación con la temática trabajada, tienen su sustento legal en el Decreto Ley No. 159 de 1995, norma reguladora de los deberes y derechos de los auditores y de los auditados como los sujetos activos de esta relación jurídica administrativa, reconocida como función estatal y para las que la practican de forma autónoma. Su práctica, sustentada en el Acuerdo No. 2819 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1995 y en el Decreto No. 228 de 1997, este último para la aplicación de las contravenciones personales en materia de auditoría pública, al exigirse la responsabilidad administrativa.

Para ello se creó la Oficina Nacional de Auditoría, la que en su actuar, tuvo como objetivos fundamentales organizar y dirigir toda la actividad de control en la nación, para ello estableció principios, normas y procedimientos para ejecutar el control público a las personas naturales o jurídicas que recibieran recursos financieros entregados por el Estado, la que fue parte del Ministerio de Finanzas y Precios. En su función pública, propició el desarrollo de otras tipologías de auditorías como la de gestión, la financiera y la especial, realizadas en objetivos económicos, dentro o fuera del territorio nacional de forma obligatoria con arreglo a un plan. Le correspondió también, evaluar los sistemas contables en las entidades auditadas para determinar el grado de control y confiabilidad al certificarles su contabilidad, a su vez organizó y dirigió el orden metodológico de la auditoría estatal, controló el trabajo de las Unidades de Auditoría Interna y la asesoría periódica al ejercitar la supervisión a las Unidades Centrales de Auditoría de los organismos de la Administración Pública y en los órganos locales del Poder Popular.

Es así, que podemos señalar que dentro del desarrollo de esta actividad pública, se constata que el Ministerio de Finanzas y Precios dictó directivas para la confección del plan de auditorías del Estado, confeccionó los programas y las guías metodológicas, al amparo del Decreto Ley No. 159 de 1995, con el fin de fortalecer el control económico y administrativo del sector estatal cubano. Actuó también en acciones de peritaje y solicitó a los auditados la aplicación de la responsabilidad administrativa y la penal a los responsables de las irregularidades detectadas en las acciones de control en el sector estatal cubano.

Para el ejercicio de esta función pública, en este organismo se creó para el país el Registro de Auditores, con el fin de habilitar y registrar a todos los profesionales que practican esta actividad como título habilitante para el ejercicio de dicha acción. Tuvo entre otras funciones

³ Decreto Ley No. 50, *Sobre la Asociación Económica entre entidades cubanas y extranjeras*, de 15 de febrero de 1982, primera regulación jurídica post-revolucionaria que trató la inversión extranjera y las empresas mixtas, entró en contradicción con la Constitución de la República de 1976, impedía de manera absoluta la transferencia de los bienes de propiedad socialista, el comercio exterior correspondía sólo al Estado y no se reconocía las formas de propiedad de las empresas mixtas, no se protegió el bien jurídico ambiental, es la Ley No. 77, *Ley de la Inversión Extranjera*, artículos 54, 55 y 56, la que reconoce la conservación del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales a través de sus artículos 54,55 y 56. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria No. 3, de fecha 6 de septiembre de 1995, siendo modificada por la Ley No. 118, *Ley de la Inversión Extranjera*. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria No.20, de fecha 16 de abril de 2014, la que ratifica la protección al medio ambiente como bien público, en sus artículos 54, 55, 56, 57 y 58.

en su objeto social, la de evaluar quejas, solicitudes y reclamaciones vinculadas al control público del Estado.

Se apreció también, los vínculos de trabajo con instituciones académicas y otras afines a la actividad auditora, dentro y fuera del país por esta Oficina Nacional de Auditoría. Ligadas al intercambio de trabajo con la INTOSAI y la OLACEFS como el órgano regional y con otras asociaciones profesionales, para desarrollar y modernizar la función de la auditoría pública en el país.⁴

Con posterioridad, a partir de los años desde 1985 hasta 1993, se pudo conocer de otros estudios, vinculados con la forma más ventajosa de implementar y fortalecer los mecanismos de control en el país, incluida la actividad de la auditoría estatal, para crear un órgano de fiscalización superior. Ideas estas gestadas para la ejecución del control gubernamental, con la participación de los organismos rectores de actividades de interés estatal en la materia económica y las funciones de la Comisión de Control Gubernamental constituida.

Para ello, con la aplicación del Decreto Ley No. 159 de 1995, se valoró en el plano jurídico la declaración del Estado de fortalecer el control económico y administrativo de las formas de gestión estatal, dirigidas a prevenir el uso indebido de los recursos, la disciplina y la responsabilidad, que permitieran demostrar la transparencia en la información económica-contable a los niveles superiores de la Administración, verificar la honestidad de las personas naturales y jurídicas en la administración de los recursos estatales, factores estos que permitieron un mayor nivel de independencia y autonomía acerca de la función pública estudiada, regulada en manuales y procedimientos administrativos internos por la EFS-ONA de la nación en el momento que funcionó.⁵

En consecuencia se pudo conocer, que entre los años 1999 al 2000, se corrobora en todo este contexto la continuidad de otros nuevos estudios, para consumar la propuesta de crear un órgano soberano, sobre la base de la experiencia alcanzada en América Latina y la Unión Europea en torno al control público; en base a las regulaciones de la EFS-INTOSAI, que fuera capaz de cumplir con mayor efectividad las políticas públicas vinculadas al control público, vinculadas a la actividad de control -policía- y se adaptara a las características de Cuba, a las nuevas concepciones mundiales y a los hechos internacionales con repercusión nacional; toda vez que la propia dialéctica del desarrollo del trabajo de la auditoría, reclamaba un organismo superior para que desplegara un trabajo eficaz y eficiente en la nación.

Se decide como colofón por el Estado cubano, crear para ello el Ministerio de Auditoría y Control, como parte de los organismos de la Administración Pública reconocidos en este

⁴ INTOSAI, *Normas para la ejecución de la auditoría ambiental*, por las EFS, agrupadas por bloques geográficos. *Guía de auditorías de las EFS*, 2007, <http://www.intosai.org>; INTOSAI, *Grupo de trabajo para las auditorías ambientales y el desarrollo sostenible*, 2008, <http://www.intosai.org>; INTOSAI, *Estado de la auditoría ambiental en la comunidad de las EFS aspectos salientes de la 5ta encuesta sobre la auditoría ambiental*, 2007, <http://www.intosai.org>.

⁵ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, “La jurisdicción de la auditoría ambiental: una herramienta de gestión en la protección medio ambiental como responsabilidad estatal”, tutela jurídica de la auditoría ambiental por la EFS-OLACEFS en, *Revista Derecho & Paz*, número 24, Brasil, 2011, p.11.

período, organismo este que practicó la actividad de control y la fiscalización gubernamental, ejerció funciones revolucionarias, modernas, de elevados valores, con el control adecuado en la eficiencia de la economía y la probidad de los funcionarios y directivos del país, en una nueva etapa del control público en la nación cubana.

Este nuevo organismo creado, fue el encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en las materias de auditoría gubernamental, fiscalización y control gubernamental; para regular, organizar, dirigir y controlar a través de metodologías todo el Sistema Nacional de Auditoría en el país. Toda vez, que las funciones de la actividad de auditoría atribuidas a la ONA y al Ministro de Finanzas, excepto la contenida en el artículo 33, del Decreto-Ley No. 159 de 1995, fueron asumidas por este nuevo organismo, a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 219 de 2001 y que como expresión jurídica se manifestó en las materias de auditoría, el control gubernamental y la fiscalización que tuvo en su objeto social.

En referencia a la situación antes apuntada, este nuevo organismo en su actividad de control a los bienes públicos estatales, le diferenciaron de las acciones realizadas por la EFS-ONA, ante los nuevos conceptos incorporados con la auditoría gubernamental: auditoría externa realizada por el gobierno central a los órganos y organismos de la administración central del Estado, a las instituciones financieras bancarias y no bancarias y a las organizaciones económicas estatales; a entidades del sector cooperativo, organizaciones, asociaciones, asociaciones internacionales y demás entidades económicas, cuando reciban por disposiciones gubernamentales subsidios, subvenciones, ventajas, exenciones y concesiones, o presten un servicio público o establezcan contratos o compromisos con el gobierno o con entidades estatales y a cualquier persona natural o jurídica que realice actividades lucrativas sujetas a obligaciones tributarias.

Con la fiscalización: como el acto de verificación, inspección, investigación y comprobación realizada a órganos y organismos de la administración central del Estado, organizaciones económicas estatales y a los dirigentes y funcionarios designados o aprobados por la autoridad u órgano del gobierno, con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones estatales y del gobierno vinculadas con la actividad económico financiera, preservar la disciplina y la integridad administrativa, prevenir y detectar los actos de corrupción administrativa, ejecutada de conformidad con los planes anuales sobre la base de intereses estatales y por las quejas y denuncias de la ciudadanía vinculada a la ilegalidad en el control y uso de los recursos del Estado y los actos de corrupción administrativa.

Y con el control gubernamental: la verificación realizada por las comisiones de trabajo que se constituyen con la participación de organismos de la Administración Central del Estado, la aplicación de las políticas de gobierno y el cumplimiento del plan y el presupuesto por los organismos de la Administración del Estado y las entidades de su sistema, ejecutada acorde a un plan anual del Consejo de Ministros.

Cuestiones estas, consideradas en función de los tres principios básicos con los que fue creado la EFS-MAC, como parte de los organismos de la Administración Pública en el país, con las funciones públicas de prevenir, detectar y enfrentar los actos de corrupción

administrativa, impregnándole esta nota diferente a la actividad de control en Cuba, además de la práctica de la auditoría estatal como la función básica tradicional ejecutada en el país.

Es así, que ya con la actualización del modelo económico en el primer decenio del siglo XXI, vinculados a la actividad de control estudiada, permitieron conocer de la nueva decisión a nivel de Estado, en crear la Contraloría General de la República de Cuba, como órgano de control supremo, sustentada en la Ley No. 107 de 2009, como otra etapa del control público en la nación cubana.

De esta manera, el país se insertaba en las novedosas tendencias internacionales declaradas por las EFS, sienta este el órgano que auxiliará a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado en la ejecución de la más alta fiscalización sobre los órganos del Estado y del gobierno como continuador de las actividades que realizaron en las etapas históricas analizadas por parte de la ONA y el MAC.

No obstante, las decisiones que determinaron la creación de este órgano superior que lo distinguen de las etapas anteriores analizadas del control a los bienes públicos en la nación, está claro que han estado determinadas por la firma de la Convención internacional contra la corrupción y los cambios de rendición de cuentas de esta actividad de control por la Administración Pública a través de este órgano de control supremo, aún sin un reconocimiento en el texto constitucional patrio.⁶

Al respecto, como nota particular, se considera desde la perspectiva jurídica estar en presencia de una etapa superior en la actividad de control vinculada al control de las formas de gestión estatal y no estatal, a partir del tránsito de la auditoría clásica a los activos contables hacia el bien público ambiental, que como sustento legal le da una atención adecuada al hecho de que tanto los daños como la restauración ambiental acarrearán costos reales a la organización implicada al regularse la auditoría ambiental, reconocida como una de las herramientas de gestión en el Derecho Ambiental, como una de las tipologías para la actividad de control a los bienes públicos.

Y que como órgano supremo de control dentro de esta etapa de actualización del modelo económico es un hecho trascendental, toda vez que permitirá a las formas de gestión transitar de la certificación de la calidad a la certificación ambiental, al considerarse como una de las auditorías tipos más integrales.

Sin embargo, es notable destacar que por la transdisciplinariedad de esta función pública, el Reglamento de la Ley No. 107 de 2010, reconoce a otros organismos de la Administración Pública con la facultad de practicar auditorías al amparo del ordenamiento jurídico, como son el Ministerio de Finanzas y Precios, mediante la Oficina Nacional de Administración Tributaria y al CITMA en relación con la auditoría ambiental para acompañar a la EFS-CGR, al Ministerio de Informática y las Comunicaciones en relación con la auditoría homóloga, al Ministerio del Interior respecto a las relativas a protección de la información, criptología y

⁶ POZO CEBALLOS, Sergio, “Naturaleza y papel de la Contraloría General de la República de Cuba dentro del sistema de control externo” en, Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas COFIN, La Habana, 2011, pp.1-20, [http:// www.cofinhab.uh.cu/](http://www.cofinhab.uh.cu/)

seguridad informática, al Ministerio de Economía y Planificación y la Oficina Nacional de Estadística e Información de Cuba en cuanto a la auditoría especial y a las sociedades civiles de servicios y otras organizaciones que practican la auditoría independiente autorizadas por el Contralor General a través de su habilitación pública en el Registro de Auditores de la nación y la debida autorización como se reconoce en el Derecho Administrativo.

A partir de todos estos razonamientos, tras analizar la transversalidad y multidimensionalidad que posee la práctica de esta actividad de control, permitirá contribuir a su desarrollo futuro desde la arista económica y jurídica dentro en las formas de gestión del sector estatal cubano y con ello tributar al desarrollo a futuro de las empresas y las industrias, al trascender de la certificación de calidad de los productos a la certificación ambiental en el sector estatal patrio desde el siglo XX al XXI como se reseñara con anterioridad, para el despunte de la economía en el país y lograr incrementar con ello el PIB.

Todos estos enfoques analizados, se razona que habrá que decodificar los paradigmas⁷ ambientales, tal y como se señalara por LORENZETTI Y BELLORIO, que permitan tomar decisiones dentro del entramado de la Administración Pública en el desarrollo nacional y local de la política pública ambiental patria, permitiéndoles entender y practicar modelos que lleven implícito todo el desarrollo científico-técnico en materia de sostenibilidad y del bienestar social para una adecuado bienestar y calidad de vida; algo no logrado de manera adecuada, donde la auditoría del tipo ambiental jugará un rol superior al ser aplicada a las formas de gestión del sector estatal en la nación por la EFS-CGR, toda vez que está en sí misma en un paradigma.

No obstante, sí bien es cierto, que las formas de gestión del sector estatal cubano, conocedor de las disposiciones jurídicas reguladoras de la política ambiental, no las acata de manera adecuada en su mayoría por diversas causales o contradicciones como la falta de prioridad, el inadecuado manejo de los presupuestos o en ocasiones la actividad no es prioridad, otras sí la consideran importante, pero la relegan a un segundo y tercer plano, sin una adecuada visión a futuro en relación con la disminución o mitigación de los problemas ambientales a transformarse en las empresas y en la industria, donde están presente los factores adversos que trae aparejado los cambios climáticos en este siglo XXI con mega daños ambientales tras su paso.

Presentado todo este panorama, permite dar continuación el análisis del desarrollo sociocultural en la nación cubana en la materia ambiental, como fin socio-administrativo de la Administración Pública en correspondencia con las políticas gubernativas aplicadas por los Consejos de la Administración en el desarrollo local territorial, dirigidas a la actualización del modelo económico, donde se denota la ausencia de la práctica de esta tipología de auditoría en su mayoría, como proyecto a futuro para la sostenibilidad ambiental cuando en el 2010 apareció regulada, no obstante hay que significar que en el 2014 fueron

⁷ KUHN, Thomas, *Estructura de las revoluciones científicas*, el paradigma desarrolla dos componentes esenciales, una “matriz disciplinaria” y un “componente sociológico”, como ciencia normal es una búsqueda de conocimiento dentro del paradigma. Elemento constructivo que permite el desarrollo y afianzamiento, los resultados obtenidos son esperados o predeterminados, es la base y el ser del rompecabezas, insertar las piezas correctas en las posiciones correctas, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 4-26.

realizadas dos auditorías de gestión cooperadas cuyo eje temático fue el control al recurso hídrico en la nación, como antecedente de la auditoría ambiental.⁸

En el plano jurídico también apreciamos, que la práctica de la actividad de control ambiental realizada por la EFS-CGR, las inconformidades formuladas por los sujetos de gestión auditados, tiene un nivel de respuesta solo en la vía prejudicial en la instancia de control supremo, no se reconoce otro recurso en sede judicial en la Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento del 2010; se considera en atención a la importancia y relevancia que tendrá para el desarrollo del país esta institución jurídica en la actualización del modelo económico, para que sea valorado a futuro otro nivel de apelación en sede judicial.

Es también valorado, que esta institución jurídica al ser practicada, permitirá a la EFS-CGR comprobar el proceso de ejecución de los Lineamientos mediante el programa auditor⁹, que permita conocer de los resultados aplicados con el uso e implementación de las tecnologías limpias, la aplicación y el uso de los SGA, la ejecución y el uso adecuado de la contabilidad ambiental, entre otros aspectos a evaluarse en este proceso de control, aún sin utilización en la mayoría de las empresas e industrias del sector estatal.

Es necesario también destacar, que con ello se permitirá construir empresas amigables con el ambiente, pero estamos ante una cultura empresarial en su mayoría caracterizada por la no adecuada utilización de los instrumentos financieros, no evaluadora de la dinámica del mercado internacional, que no tiene en cuenta en su mayoría los niveles de información de cómo operan los elementos de la competencia empresarial ante el empleo adecuado de las técnicas comerciales, las tecnologías y la innovación tecnológica, para tributar a su desarrollo tal y como lo recogen autores como TRIANA CORDOVÍ Y FERNÁNDEZ-COMPANIONI, solo utilizadas por las autorizadas a operar en las actividades del comercio exterior como causales endógenas, que permitan evolucionar a las formas de gestión del sector estatal cubano, al aplicarse la fórmula de I+D+C.¹⁰

Ahora bien, en el plano legal, esta tipología de auditoría tiene como omisión la ausencia de la certificación ambiental al concluirse la evaluación por el equipo auditor, al no haberse regulado en la normativa en vigor en el ordenamiento jurídico, de uso en el resto de la doctrina consultada en la región de Iberoamérica y en el resto de países contrastados, por los beneficios que como valor agregado trae para el comercio interno y el foráneo a los empresarios de las formas de gestión estatal y no estatal.

⁸ BEJERANO PORTELA, Gladys, Contralora de la Contraloría General de la República de Cuba, presentó informe a la Asamblea Nacional del Poder Popular, 2^{do} período de sesiones, VIII Legislatura, sobre las AUDITORÍAS DE GESTIÓN COOPERADAS, ejecutadas por la CGR a los recursos hídricos en la nación, Cuba, 2014, pp.3-54.

⁹ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, “Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano”, la inexistencia del programa de auditoría ambiental y de cómo se ejecutará en el sector estatal en, Revista electrónica Crítica do Direito, número 4, volumen 62, Brasil, 2014, [hptt//www.criticadodireito.com.br/](http://www.criticadodireito.com.br/)

¹⁰ DEL MONTE NAVARRO, Ángel, “La modernización empresarial en Cuba” en, Revista Economía y Desarrollo, Cuba, 2007, pp.5-67; FERNÁNDEZ-COMPANIONI, Andrés, “La empresa cubana, la competitividad, el perfeccionamiento empresarial y la calidad” en, Anuario de la Facultad de Ciencias económicas y empresariales, Universidad de Oriente, Cuba, 2012, pp.1-13, [hptt//ojs.uo.edu.cu](http://ojs.uo.edu.cu)

Es cierto que en Cuba el control a los bienes públicos, tiene como nota característica la obligatoriedad, a diferencia de otros entornos al ser mayoría la forma de gestión estatal la que predomina, cuestión que a futuro deberá ser analizada al entrar otras formas de gestión no estatal en el escenario económico del país con la implementación de los lineamientos y la actualización del modelo económico en este siglo XXI.

En correspondencia con ello, es también apreciada la dimensión política, social y económica que posee la auditoría ambiental dentro del sector estatal cubano, en medio de la compleja situación global, donde las negociaciones multilaterales sobre el medio ambiente y el desarrollo han servido de foro para debatirse los obstáculos que enfrentan los países del tercer mundo para acceder al desarrollo industrial pleno. Está claro también, la brecha tecnológica, las restricciones financieras y el impacto de la deuda externa, las barreras comerciales, los límites de la cooperación internacional, asociadas a la globalización de la economía, a los modelos de desarrollo basados en las leyes del capital y en valores éticos que justifican el deterioro de los ecosistemas y la pérdida de la biodiversidad, con la injusta distribución de las riquezas derivadas del aumento de la pobreza vinculados a los procesos de homogeneización cultural, orientados a exportar patrones insostenibles de consumo que caracterizan a las sociedades económicas desarrolladas como elementos sustantivos de la problemática ambiental, de manera desequilibrada entre el norte y el sur, del que Cuba como nación insular no está ajena.

Es necesario continuar el destaque, que en el caso cubano, como consecuencia del hostigamiento político sostenido por el bloqueo económico continuado por más de 50 años por parte de los Estados Unidos de América dependemos como ningún otro país de la fuerza y los recursos propios; al cobrar singular importancia el rigor con que se manejen los problemas, en la medida que el país sea capaz de integrar los procesos naturales, sociales y culturales con los del desarrollo económico aparejados al desarrollo del intelecto del capital humano en la tarea de actualizar el modelo económico.

En correspondencia con ello, desde las ciencias económicas académicos cubanos entre los que se destaca TRIANA CORDOVÍ¹¹ Y RODRÍGUEZ, coinciden en sus estudios sobre la necesidad del país de obtener en tiempo record flujos de capital a través de la inversión extranjera¹² y con ello permitir el acceso a las nuevas tecnologías de la industria moderna. Con los que, la Administración Pública podrá acometer acciones dirigidas a modernizar y actualizar la industria del sector estatal cubano, para cambiar los patrones de producción y consumo en áreas claves de la economía. Las que podrán ser auditadas a través del programa auditor en la materia ambiental.

¹¹ TRIANA CORDOVÍ, Juan, “*La economía cubana: balance de las transformaciones y perspectivas. Cuba: ¿De la actualización del modelo económico al desarrollo*” en, Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas COFÍN, La Habana, 2013, <http://www.cofinhab.uh.cu/>

¹² Ley No. 118, *Ley de la Inversión Extranjera*. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria No. 20 de fecha 16 de abril de 2014. Decreto Ley No. 313, *De la Zona Especial de Desarrollo Mariel*. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria No. 26 de fecha 23 de septiembre de 2013. Artículo 6, inciso j): velar por la implementación de la evaluación ambiental estratégica realizada por el CITMA en los proyectos aprobados en la zona. En relación con el Decreto No. 316. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria No. 26 de fecha 23 de septiembre de 2013.

De esta forma, se valora, que podrán ser cumplidas de manera adecuada las políticas públicas en materia de protección ambiental, en torno a la aplicación de las tecnologías limpias, ante las empresas reconocidas como las principales contaminadoras declaradas por el CITMA. Y que como se dijera por CASTRO RUZ en el cierre de la Asamblea Nacional, al expresar que la Zona Especial de Desarrollo del Mariel será el laboratorio cubano para experimentar las nuevas tecnologías a aplicarse en la industria cubana futura.

De este modo, desde la perspectiva jurídica, se considera que la implementación de la auditoría ambiental dentro del sector estatal, se verá desnivelada al no estar implementada la contabilidad ambiental dentro del Sistema Contable Nacional como uno de sus subsistemas, acorde con la experiencia de los países contrastados y lo establecido por el PNUMA, lo que permitirá lograr a futuro resultados positivos al analizarse la relación COSTO-VOLUMEN-UTILIDAD, toda vez que la distingue de la potestad inspectora, por ser esta más integral.

No obstante, por su transversalidad, demuestra que la auditoría ambiental por su multidisciplinariedad y multidimensionalidad no podrá estar condicionada a un solo órgano u organismo de la Administración Pública y a otros OACEs que por encargo estatal y obediencia a la Ley se conectan a esta actividad de control, regulado en su reglamento del año 2010.

Se valora también, que la EFS-CGR al amparo de los artículos 9 y 75 constitucionales con que fue creada, le corresponderá ejercitar el más alto control estatal a nombre del Estado, a pesar de no estar reconocida como órgano superior dentro del texto constitucional cubano, análisis este que a futuro deberá tener respuesta en relación a como este órgano supremo de control tiene pertinencia en los ordenamientos jurídicos de América Latina a partir de la Constitución. Para dar respuesta al Reglamento de este órgano de control, al establecer el ejercicio de la auditoría ambiental y de la interpretación del artículo 10 de dicho texto, supone como parte de la observancia de la legalidad, cumplir las políticas establecidas en los cuerpos legales citados, en especial desde el texto constitucional por su jerarquía normativa hasta las disposiciones sustantivas y adjetivas en vigor.

También con ello se evaluará la eficiencia económica y ambiental de los elementos seleccionados en la organización auditada, a través del sistema de indicadores establecidos, como conjunto de instrumentos y sistemas que permitan a la empresa medir, evaluar y comunicar su actuación ambiental a lo largo del tiempo, es el proceso que facilitará las decisiones directivas relativas a la actuación ambiental de la empresa, a partir de la selección de los indicadores, con la recogida y análisis de los datos; la evaluación de esta información con relación a los criterios de la actuación ambiental, de la comunicación y de la revisión y mejora periódica de los procedimientos, que hoy se evalúan a través de las normas técnicas con la ISO 26 000, Responsabilidad Social Empresarial, al certificar el comercio justo.

Sin embargo, al continuar el análisis de los cuerpos jurídicos que dan sustento a la Auditoría Pública patria, el Decreto Ley No. 159 de 1995, reconocido como la Ley de la Auditoría, como tracto legal estudiado hasta la aprobación de la Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento en el 2010, normativas estas que declaran la tutela y práctica de la auditoría estatal, complementada por el derecho sustantivo y adjetivo aplicable, conllevan a formularse que en el plano jurídico aparece la omisión al no haberse dispuesto la derogación del Decreto Ley

No. 159 de 1995 en sus Disposiciones Finales, como lo hiciera con el Decreto Ley No. 219 de 2001 en la Ley No. 107 de 2009 el legislador, demuestran que en el ordenamiento jurídico patrio coexisten dos disposiciones jurídicas regulatorias del control a los bienes públicos.¹³

Desde este plano, es considerado al realizarse el análisis del ordenamiento jurídico que en la normativa legal -Ley No. 107- no hay una derogación expresa que señale que la aludida normativa legal -Decreto Ley No. 159-, quede sin efectos legales por parte del legislador, toda vez que pudiera entonces valorarse el criterio que su derogación sea considerada por los practicantes de esta actividad de control sea por desuso según la doctrina consultada.¹⁴

Al respecto, valoramos que con las transformaciones propuestas en la actualización del modelo económico cubano, se presentan nuevas regulaciones para ejecutar el control ambiental a través de la actividad auditora, como meta para el desarrollo sostenible. Conllevan a que sean valoradas las principales problemáticas jurídicas-normativas para su aplicación en las formas de gestión del sector estatal cubano como causas y efectos.¹⁵

Por lo que, deberán ser analizados, los costes en que incurrirá el Estado en la preservación y protección del medio ambiente, por su importancia y relevancia en los procesos futuros para la toma de las decisiones empresariales en el sector estatal, de aquí que los procedimientos de la contabilidad de gestión ambiental sean de suma importancia y sea necesaria su implementación por la Administración Pública como un subsistema en la empresa y la industria.

Son consideradas también, las regulaciones afines ubicadas en otras ramas del Derecho, los que permiten su integración con el administrativo ambiental, el financiero-tributario, el sanitario, el mercantil y en particular el civil, este último a tono con lo regulado para la exigencia de la responsabilidad patrimonial; en Cuba no establecida dentro de la normativa legal¹⁶, con el agrario a través de las regulaciones con el uso y explotación del suelo, con el administrativo sancionador, con la materia penal para el tratamiento de la responsabilidad, con el informático y con el nuclear por su transversalidad, como meta hacia el desarrollo

¹³ FERNÁNDEZ BULTE, Julio, *Teoría del Estado y del Derecho*, la derogación de los actos normativos, en buena técnica jurídica se exige que al final de los actos normativos se incluya la antes aludida cláusula de derogación, que exprese directamente cuáles normas legales anteriores quedan afectadas por la nueva (esta ley deroga a tales y a cuantas otras se opongán a lo dispuesto en este texto), Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, pp.97-119.

¹⁴ FERNÁNDEZ BULTE, *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, *op cit.* pp.97-119. (...) la regla de reconocimiento de nuestro Derecho, debería formularse así: en Cuba son válidas y deben ser obedecidas las normas jurídicas que, emitidas por las autoridades facultadas, no contradigan la Constitución y persigan la defensa de la Revolución.

¹⁵ LINEAMIENTOS números 61, 130 y 133, relativos a la protección del medio ambiente, el reordenamiento de los instrumentos jurídicos a los fines de lograr una gestión integrada y efectiva del sistema de ciencias, tecnología, innovación y medio ambiente y el sostenimiento y desarrollo de investigaciones integrales para proteger, conservar y rehabilitar el medio ambiente y adecuar la política ambiental a las nuevas proyecciones del entorno económico y social, Editorial Política, La Habana, 2012.

¹⁶ GOITE PIERRE, Mayda, “*La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal*”, acerca del Código Penal cubano, no hace mención a la Persona Jurídica, no incluye al Estado; en una formulación ambigua define con carácter excluyente, la responsabilidad penal a las personas jurídicas, exigible en los casos de cooperativas, sociedades y asociaciones, fundaciones, empresas no estatales y entidades no estatales con personalidad jurídica en, Revista Cubana de Derecho, número 14, La Habana, 1999, pp.1-33.

sostenible señalado por LOPERENA ROTA¹⁷, SANZ LARRUGA, LOZANO CUTANDA Y NOGUEIRA LÓPEZ.

Todos estos elementos, permiten ponderar la necesidad que tiene la nación cubana de transitar hacia la construcción de empresas amigables con el ambiente, lo que le permitirá un comercio más competitivo a nivel nacional e internacional.

Necesidad de implementar la auditoría ambiental para construir empresas amigables con el ambiente.

Se considera importante tener en cuenta, que los temas ambientales se han multiplicado y crecido en los últimos tiempos a partir de los últimos decenios del pasado siglo XX. Este siglo XXI trae aparejados con ello mega daños ambientales originados por el cambio climático, las diversas áreas geográficas deberán estar preparadas, donde Cuba, como país insular no está ajeno, al ser responsable en ello en mayor medida la naturaleza y en menores dimensiones el hombre.

La auditoría pública, definida como el proceso que examina de forma sistemática y representativa el sistema de información de una empresa o parte de ella, realizada con independencia y utilizando las técnicas del área contable y tecnológica como áreas claves, permite emitir una opinión profesional para la toma de decisiones a los empresarios y les brinda recomendaciones para mejorar los sistemas examinados. Es una evaluación, con un patrón contra el cual se efectuará la comparación, para dar conclusiones sobre los sistemas examinados al revisarse los anteriores controles realizados, archivados en el Expediente de Acciones de Control de la forma de gestión estatal del sector estatal auditado y de la documentación oficial dentro del Expediente Legal de la persona jurídica.

Es justipreciado, el área sujeta al examen por parte del equipo auditor para realizar la evaluación ambiental podrá variar, requerirá de conocimientos sobre la estructura y el funcionamiento de la forma de gestión auditada, en lo endógeno y en lo exógeno, el respeto de la normativa legal, para esto deberán ser estudiados por los auditores el expediente legal en pos de conocer su *status* como persona jurídica.

En este orden, es considerado también, la necesidad de incluir dentro de las temáticas vinculadas con la gestión pública por la Administración, el concepto de auditoría ambiental y cuál es la función del órgano de control supremo en la actividad auditora y que como novedad permita a futuro una construcción doctrinal desde las ciencias jurídicas dentro de la disciplina del Derecho de la Empresa, con aportes desde la teoría que trasciendan a la praxis por los operadores del derecho, para con ello tributar a abrir un camino hacia investigaciones futuras para perfeccionarla, que ha tenido como antecedente todo el sustrato epistemológico que ha brindado las ciencias contables.

¹⁷ LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Eclósión y crisis del Derecho Ambiental*”, referencia la importancia de las ventajas de los productos certificados a las empresas, ya sea por concesión de beneficios fiscales al contratar con la Administración Pública o para obtener subvenciones fiscales para mejorar el comportamiento ambiental de las empresas y la industria con las ISO 14 001, 26 000 y las EMAs en, Revista de Administración Pública, número 174, Madrid, 2007, pp. 367-394.

Es así, que ante la necesidad de reducir los impactos negativos al medio ambiente con la aplicación de las herramientas de gestión en conjunto, serán objeto de evaluación con el desarrollo y práctica de la auditoría. Esto le permitirá a la Administración Pública, obtener en los resultados los índices en materia económica-contable, la eficiencia y eficacia en torno al uso de los recursos públicos, para tomar las medidas correctivas necesarias y oportunas en pos del desarrollo sostenible como meta en la actualización del modelo económico del país.

En la nación cubana, otro de los organismos de la Administración Pública que se involucra en el control ambiental de manera indirecta es el Ministerio de Economía y Planificación, quien a tenor de la Resolución No. 132 de 2011¹⁸ como su soporte legal, les permite a los evaluadores aplicarles a los controlados los parámetros establecidos en esta certificación, para esto utilizan las normas cubanas aplicadas a los SGA, a la gestión ambiental, a la seguridad y salud en el trabajo, de los análisis de peligros y puntos críticos de control, de la inocuidad alimentaria, de la gestión integrada del capital humano, la reingeniería de procesos, ejecutada por el CITMA.

Cuba, como ya ha sido señalado, en la actualización de su modelo económico en el primer decenio del siglo XXI, demanda un éxito empresarial que permita la sustitución de importaciones, lo que significa crear riquezas, las que no podrán ser alcanzadas sin que todas las esferas marchen de forma coordinada y no avancen unas en detrimento de otras. La década del 80 del siglo pasado, señaló que el éxito de la empresa estatal se alcanzaba con el logro de la marca estatal de calidad de sus productos, el actual siglo mide no solo en volúmenes productivos sino la eficiencia y eficacia de la gestión, lo que implica que ningún subsistema sea afectado, el que podrá ser evaluado sí se aplica el control ambiental a través de la actividad auditora por la EFS-CGR como órgano supremo.

LORENZETTI Y SANZ LARRUGA han señalado, *“la empresa estaba acostumbrada al conflicto intraempresario -es decir, al conflicto entre patrón, empleador y trabajador, conflicto de derecho del trabajo- y al conflicto inter-empresario -de derecho comercial, conflicto con el cliente y con el proveedor-. De pronto se ve inmersa en otro tipo de conflicto, de base social, porque el Derecho Ambiental es un derecho de grupo, de clase, de categoría, ligado a una pluralidad de sujetos integrantes de un grupo, vinculados en virtud de una pretensión de goce de una misma prerrogativa, al ser un derecho de goce, disfrute y afectación solidaria”*.¹⁹

Es por esto, que la política del Estado y del Gobierno en el siglo XXI entroniza la esfera ambiental no sólo como escenario de todas las actividades del país, sino como preciado objeto de protección y conservación para lograr la sostenibilidad en la actualización del modelo económico. Por ello este autor destaca, que el logro empresarial en estos momentos se alcanzará con el reconocimiento dentro de las formas de gestión estatal en el sector estatal cubano de su condición ambiental y no sólo por el respeto y el cumplimiento de los planes técnicos-económicos.

¹⁸ Resolución No. 132 de 2011, *Requisitos y procedimiento general para la certificación de los sistemas de gestión*, Oficina Nacional de Normalización, Ministerio de Economía y Planificación, La Habana, Cuba.

¹⁹ LORENZETTI, *op cit.* 10; SANZ LARRUGA, *op cit.* p.11

En el bloque económico socialista del pasado siglo, se destacaba el éxito de la empresa cubana al evaluársele el resultado final de un producto de calidad, en estos momentos urge que ese mismo éxito se identifique en una labor integradora de la observancia de los planes con el respeto a valores supremos, qué como el ambiental pueden resultar seriamente comprometidos en la batalla económica que afronta la nación en este siglo XXI para crear riquezas al país.

Desde estos enfoques, se señala que el éxito empresarial de las formas de gestión del sector estatal, no se deberá tener en cuenta solo por cifras de los productos finales y la satisfacción de las necesidades del país, sino en la calidad del proceso productivo en el que la dimensión ambiental esté presente y deba ser altamente considerada. De ahí el rol que desempeña la auditoría ambiental, como el eje esencial de esta tesis y el reconocimiento de todas sus aristas en especial la jurídica, para que sean reconocidos procesos productivos amigables con el ambiente a través de la certificación ambiental -etiqueta- en correspondencia con la aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial, inexistente en la norma reguladora para esta tipología de auditoría en el ordenamiento jurídico cubano.

La auditoría pública con enfoque ambiental en la actualización del modelo económico cubano.

Un análisis de la Constitución de la República, donde se estipula: (...*“el Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones, son regulados por la ley”*...)
(...*“Estas empresas y entidades responden de sus obligaciones sólo con sus recursos financieros, dentro de las limitaciones establecidas por la ley. El Estado no responde de las obligaciones contraídas por las empresas, entidades u otras personas jurídicas y éstas tampoco responden de las de aquel”*...)

Son consideradas también, las palabras de CASTRO RUZ y cito: (...*“una economía que tenga que sostenerse sobre la base de comprar mucho y gastar cada vez más materia prima, más energía, contaminar más el ambiente y derrochar recursos, es una economía insostenible”*...).

Cuestión esta desde la perspectiva jurídica, se considera que para entender la necesidad de practicar esta tipología de auditoría, será necesario tener conocimientos por los sujetos activos que intervienen en esta relación jurídica administrativa sobre la legislación en vigor en materia ambiental y la de auditoría pública, las normas de los organismos reguladores de la política ambiental y del control estatal del país y foráneos, los lineamientos para su práctica por parte de los auditores de las unidades de auditoría interna, de las sociedades civiles de auditoría, de las sociedades mercantiles y de la EFS-CGR; los que deberán tener en cuenta los Convenios y Acuerdos de la OLEACEFS, la INTOSAI -Guías, las directrices y metodologías para las auditorías medio ambientales-, la Declaración internacional de prácticas de la auditoría -normas internacionales de auditoría-, los temas ambientales en la auditoría de los estados contables, los informes sobre la contabilidad ambiental e informes financieros preparados para la conferencia sobre comercio y desarrollo de las Naciones

Unidas (UNCTAD), las compras públicas sustentables (Convenio de cooperación y asistencia técnica para fomentar las compras sustentables por la Administración Pública) y la política ambiental regulada por el CITMA en el derecho cubano.

En Cuba, la aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, cuyo fin es actualizar el modelo económico como objetivo para garantizar la continuidad e irreversibilidad del sistema social, contribuirá al desarrollo económico y a la vez elevar el nivel y calidad de vida de la población, conjugados con la necesaria formación de valores éticos y políticos de los ciudadanos, considerados de suma importancia para la práctica de la auditoría ambiental como meta para lograr bienestar social y calidad de vida.

Es por ello, que toda esta política económica trazada por el Partido y aprobada en la Asamblea Nacional del Poder Popular, se corresponderá con el principio de que sólo el socialismo como sistema social es capaz de vencer las dificultades y preservar las conquistas de la Revolución cubana. Donde primará la planificación, la cual tendrá en cuenta las tendencias del mercado interno y el foráneo, factores donde entrará a jugar un rol relevante la aplicación de la auditoría ambiental, como una de las herramientas de gestión necesarias para revolucionar y evolucionar a las formas de gestión del sector estatal cubano, que les permita a futuro ser mucho más competitivas.²⁰

Todas estas modificaciones que se produzcan en el área económica, tendrán su reflejo en la sociedad, en los elementos de la conciencia ciudadana, entendida como la comprensión de la necesidad histórica de actualizar el modelo económico, de suma importancia para el logro de los objetivos propuestos. En toda esta construcción de la sociedad socialista, fieles a su esencia humanística, del esquema y el hábito deberá potenciarse el valor de proteger al medio ambiente como un bien público colectivo.

Retos estos, que deberán ser armonizados con mayor autonomía por parte de las formas de gestión estatal y en el desarrollo de otras formas de gestión que hoy aparecen dentro del escenario económico cubano en su actualización. En esta actualización del modelo económico se reconocerá y promoverá, además de las formas de gestión estatal como forma principal en la economía nacional, las modalidades de la inversión extranjera, las cooperativas agropecuarias y no agropecuarias, los agricultores pequeños, los usufructuarios, los arrendatarios y las otras formas de gestión no estatal que surjan para contribuir a elevar la eficiencia económica del país.

En todo este orden interno, a partir de los análisis realizados de los factores adversos reconocidos por la Administración Pública como son la baja eficiencia, la descapitalización de la base productiva y la infraestructura económica, el crecimiento poblacional envejecido; analizadas a partir de los resultados de las experiencias obtenidas en el período comprendido desde 1961 hasta 1972 con el intercambio económico con la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas -CAME- en los intentos de avanzar en la industrialización, en la diversificación

²⁰ ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, “*Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica*” en, Revista Dos Tribunais Thomson Reuters, número 951, Brasil, 2015, <http://www.thomsonreuters.com>

agrícola y en la sustitución de las importaciones, no logrados de manera adecuada hasta la etapa aquí analizada.

Este proceso de rectificación de errores y tendencias negativas en la economía cubana fueron analizados y salieron los principales errores y deficiencias como fueron la falta de crecimiento de los productos exportables, la incapacidad para sustituir importaciones, la falta de integralidad en la planificación, el incumplimiento de los cronogramas en las inversiones constructivas, la falta de correspondencia entre el trabajo científico y las necesidades del país. En toda esta modificación del escenario internacional situó a Cuba en una posición desventajosa ante las afectaciones directas como fue el parcial aislamiento internacional, la necesidad de reinsertar sus relaciones económicas en un mundo unipolar y la intensificación del bloqueo económico a finales de la década de los años 90 del pasado siglo.

En correspondencia con ello, son valorados los objetivos que fueron planteados en la Resolución económica del 5^{to} Congreso del Partido Comunista de Cuba, donde resultó necesario reorientar algunas políticas para enfrentar los complejos problemas derivados del entorno internacional, así como los que en el orden interno se presentaron. Considerados dentro de los Lineamientos del 6^{to} Congreso del Partido Comunista de Cuba por estar vinculada con el control ambiental, para fortalecer la institucionalidad estatal con la reorganización del Estado y del Gobierno, las transformaciones en relación al uso y explotación de la tierra, el ahorro de portadores energéticos, el cambio de la matriz energética, el ahorro del agua, el desarrollo urbano equilibrado y el desarrollo de inversiones industriales estratégicas en el país que permitan el desarrollo futuro.

Todas estas formulaciones, en relación al desarrollo de la forma de gestión estatal cubana con empresas amigables con el ambiente, integradoras de las políticas dentro de la actualización del modelo económico en el sector estatal cubano; donde la implementación de las herramientas de gestión en su conjunto por parte de la EFS-CGR y del CITMA juegan un rol esencial.

Esta ejecución de la auditoría ambiental, permitirá lograr empresas eficientes y competitivas en el mercado, al aplicarse los resultados de la ciencia, las tecnologías, la innovación en el cuidado de los recursos naturales, a través de acciones protectoras del entorno, del patrimonio y de la cultura de la nación cubana, a través de la fórmula I+D+I.

Su multidimensionalidad, a partir de estar reconocida como un proceso sistémico a ejecutarse por el equipo auditor, con un plan, como procedimiento es practicado a través de la regulación administrativa en directrices generales, se aplican las normas cubanas ISO 14000 y 19011 evaluadoras del SGA, este control no concibe la certificación ambiental -etiqueta ambiental- como empresa amigable con el ambiente -ISO 26000-, es una actividad administrativa realizada por los funcionarios públicos con un fin, proteger el bien jurídico ambiental como bien colectivo.

Desde la perspectiva jurídica, cuando sea actualizada la legislación ambiental deberá ser incluida dentro de las herramientas de gestión esta tipología de auditoría, así como la contabilidad, la economía ambiental y la póliza ambiental como se señala por REYES

ESPINOSA, ANTÚNEZ SÁNCHEZ Y VIGIL IDUATE,²¹ que permitan a futuro incrementar los estímulos fiscales para fomentar empresas amigables con el ambiente en la actualización del modelo económico cubano dentro del sector estatal. Cuestiones estas que hoy limitan su aplicación a la EFS-CGR, toda vez que se incluyera esta tipología de auditoría por vez primera en el Reglamento de la CGR del 2010.

El Estado, al ser el mayor poseedor de empresas vinculadas al presupuesto estatal que este concede para el desarrollo de sus actividades cada año, con la actualización del modelo económico aparecen en el escenario económico otras formas de gestión; factores considerados que para practicarse esta tipología de control ambiental deberá ser reconocida la forma voluntaria como está concebida desde la doctrina administrativa ambiental y en los ordenamientos jurídicos contrastados, hoy la norma legal en vigor -Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento de 2010- no la reconoce ni la regula.

Es necesario, continuar el trabajo desarrollado en base a perfeccionar las condiciones organizativas, las jurídicas e institucionales que se emplean para establecer los tipos de organizaciones económicas que garanticen la combinación de la fórmula I+D+C hacia la I+D+I, para lograr un desarrollo rápido y eficaz de nuevos productos y servicios, con estándares de calidad y de la gestión comercializadora interna y exportadora, requeridos hoy de una evaluación por esta tipología de auditoría que permita concluir con la certificación ambiental, factores estos que contribuirán a una mejor apertura dentro del mercado en materia de competencia a las formas de gestión del sector estatal cubano, como uno de los valores agregados.

Dentro de las formas de gestión del sector estatal, se deberá contar con el marco regulatorio adecuado que propicie la introducción sistemática y acelerada de los resultados de la ciencia, la innovación y la tecnología en los procesos productivos y de los servicios, con la observancia de las regulaciones legales en la RSE -ambiental-, hoy también necesitada de actualización y regulación dentro del ordenamiento jurídico cubano, la que podrá ser concebida a través de una Ley de empresas, que reconozca este tipo de control ambiental, que permita el equilibrio adecuado entre el progreso y la protección de la naturaleza como un patrimonio público de la nación cubana.

Al respecto, a la Administración Pública le corresponderá definir la política tecnológica para reorientar el desarrollo industrial, el control de las tecnologías en uso en el país y las nuevas que sean adquiridas; a fin de promover su modernización sistemática con atención a los análisis de la eficiencia energética, la eficacia productiva y el impacto ambiental que estas puedan generar, factores estos que contribuirán a elevar la soberanía tecnológica en las ramas estratégicas consideradas en la actualización del modelo económico en el sector estatal. Ante una industria estatal con empresas que utilizan tecnologías incompatibles con las tecnologías limpias en su mayoría, con más de 50 años de explotación y heterogeneidad industrial,

²¹ VIGIL IDUATE, Alejandro, *Sustento legislativo del seguro en la República de Cuba* en, V seminario internacional de seguros y reaseguros, ESICUBA, La Habana, Cuba, 2013; REYES ESPINOSA, Maricela, *El seguro en el nuevo modelo económico cubano* en, V seminario internacional de seguros y reaseguros, ESICUBA, La Habana, Cuba, 2013.

obsoletas, que la hacen casi en su totalidad poco competitivas en el comercio interno e internacional al no estar concebidas como empresas amigables con el ambiente.

No obstante, como colofón, es preciso considerar que al realizar la importación de nuevas tecnologías, la capacidad del país para asimilarlas y satisfacer los servicios que estas demanden, incluida la fabricación de piezas de repuesto, el aseguramiento metrológico y la normalización, el encadenamiento productivo, como necesidad de renovar la matriz energética, que permitan aplicar la auditoría ambiental antes de su adquisición y firma de los contratos mercantiles a la EFS-CGR para desarrollar la economía del país.

A manera de conclusiones.

La auditoría ambiental emerge debido a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado, su génesis fue la auditoría social. Se consolida posteriormente como acción de control practicada por las Entidades Fiscalizadores Superiores y las Sociedades Mercantiles, posee una construcción jurídica a partir de estar reconocida en Convenios y Acuerdos Internacionales, es introducida en los derechos internos mediante los textos constitucionales, las leyes ambientales y de contralorías, brinda solidez y sustento para el desarrollo de políticas ambientales como la herramienta de gestión ambiental. Puede ser voluntaria u obligatoria y manifestarse como una actividad policía, un servicio público u actividad de fomento acorde a su ejecución y consecuencias.

Como institución jurídica dirigida a proteger al bien jurídico ambiental, es reconocida desde la doctrina *ius* administrativa y la *ius* ambientalista. Los criterios teóricos y normativos valorados permitieron establecer que la realización de la auditoría entraña una relación jurídica ambiental y delimitar sus elementos: subjetivos (auditores y auditados), objetivos (contenido, instituciones y categorías a evaluar) y formales (documentos acreditativos de su validez).

La auditoría ambiental tiene un carácter multidimensional, integral y transdisciplinario, su finalidad es la evaluación de la gestión ambiental de la empresa y la certificación de producciones limpias, para realizarla las entidades auditadas deben implementar la contabilidad ambiental y el tratamiento de los residuales de la producción de la empresa. Constituye un proceso integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) cuyo procedimiento fundamental está regulado en al normas ISO y las EMAS.

En Cuba la auditoría ambiental no adquiere carta de presentación hasta el siglo XXI. Previo a la década del 80 del siglo XX hubo normas de protección medio ambiental pero no regulación de control o evaluación ambiental. Posteriormente se evidenció una evolución en cuanto a los mecanismos de control a los bienes públicos, con la intervención de varios órganos u organismos de la Administración Pública de forma asistémica y no integral versus su carácter multidimensional. El antecedente más cercano lo constituye la inspección ambiental estatal de menor envergadura que la auditoría ambiental. Con la Ley de la Contraloría General de la República y su Reglamento se instituye la auditoría ambiental, sin embargo aún no ha sido ejecutada en el sector estatal. La que ha tenido una construcción a partir de las ciencias contables, no así desde las ciencias jurídicas.

En la relación jurídica emanada de la auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico patrio, el sujeto activo es la Contraloría General de la República y los auditados la persona natural o jurídica, circunscrita al sector estatal serían sus diferentes formas de gestión, su contenido o elementos a auditar no están definidos, con respecto a los elementos formales la notificación y el informe, están regulados en las normas generales de auditoría. Sin embargo la certificación ambiental es regulada por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, facultado para concederla.

Las insuficiencias fundamentales detectadas en torno a la ordenación jurídica de la auditoría ambiental en Cuba, se centran en la inexistencia de tratamiento jurídico científico, no existe un programa para esta tipología de auditoría, no se aplica la contabilidad ambiental, incoherencia por la norma que regula la auditoría estatal, falta de reconocimiento en la Ley de Medio Ambiente y en las normativas del Derecho de la Empresa, la obsolescencia tecnológica, la heterogeneidad industrial y las deficiencias en la regulación de la responsabilidad ambiental. No permitiéndoles obtener los valores agregados como la ética empresarial, la certificación contable y la ambiental.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILÓ REGLA, Joseph, “*Derogación, rechazo y sistema jurídico*” en, Revista Informática y Derecho, Italia, 2000.

ÁLVAREZ HINCAPIÉ, Carlos, “*Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial*” en, Revista P+L, Colombia, 2008.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “*La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y de la certificación*” en, Revista Reda No. 105, España, 2000.

ALVARADO RIQUELME, María, Teoría y práctica de la auditoría, Editorial Pirámide, España, 2014.

ASTRONG, Mario, “*La responsabilidad social empresarial. Una prioridad en el mundo empresarial moderno*” en, Revista del Centro Empresarial Moderno, Perú, 2012.

ARISTAZABAL OSSA, Hugo, Auditorías ambientales, Contraloría General de Colombia, Colombia, 2010.

AUDIVERTII ARAU, Ramón, Régimen jurídico de la etiqueta ecológica, Editorial Cedecs, España, 1997.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, “*La auditoría ecológica, un instrumento en la gestión ambiental, herramienta evaluadora de la contaminación*” en, Revista electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho, número 21, España, 2011, [hptt//huespedes.cica.es/gimadus](http://huespedes.cica.es/gimadus)

ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, “*Consideraciones teórico doctrinales sobre las herramientas de gestión ambiental, la auditoría ambiental, teoría, praxis y legislación en la segunda década del siglo XXI en Cuba*” en, Revista De Jure, número 19, Brasil, 2012.

ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, “*Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano*” en, Revista electrónica Critica do Direito, número 4, volumen 62, Brasil, 2014, [hptt//www.criticadodireito.com.br/](http://www.criticadodireito.com.br/)

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, “*La jurisdicción de la auditoría ambiental: una herramienta de gestión en la protección medio ambiental como responsabilidad estatal*” en, Revista Derecho & Paz, número 24, Brasil, 2011.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, “*La auditoría ambiental practicada por la Contraloría General de la República de Cuba. Las formas de actividad administrativa en la actualización del modelo económico cubano para el futuro ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio*” en, Revista Temas Socio-Jurídicos, número 68, Bucaramanga, 2015.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, Libre empresa y títulos habilitantes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2004.

BASURTO GONZÁLEZ, Daniel, “*Responsabilidad social y ambiental en las empresas*” en, Revista Política y Gestión Empresarial, México D.F., 2012.

BARROSO TANOIRA, Fernando, “*Responsabilidad social empresarial: concepto y sugerencias para su aplicación*” en, Revista de Ingeniería, número 11, México, 2007.

BERNAL PEDRAZA, Andrea, Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible, Universidad Externado de Colombia, 2009.

BELLORIO CLABOT, Dino, Tratado de Derecho Ambiental, tomo III, 1^{era} edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004.

BELLORIO CLABOT, Dino, “*El nuevo paradigma ambiental y jurídico*” en, V Foro ambiental Internacional, Argentina, 2013.

BETANCORT RODRIGUEZ, Andrés, Instituciones del Derecho Ambiental, Editorial La Ley, España, 2001.

BEJERANO PORTELA, Gladys, Contralora de la República de Cuba, informe a la Asamblea Nacional del Poder Popular, 2^{do} período de sesiones, VIII Legislatura, sobre las Auditorías de gestión cooperadas, ejecutadas a los recursos hídricos en la nación, Cuba, 2014.

BOWEN, Howard, La responsabilidad social de los empresarios, Estados Unidos de América, 1953.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, La ecoauditoría empresarial en la Unión Europea, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2008.

BIFARETTI, Maricela, Contabilidad de gestión: la importancia de los costos ambientales en el sistema de información contable, Editorial D&R Profesional y Empresarial, Argentina, 2008.

CARMONA LARA, María, Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental, UNAM, México D.F., 2005.

CAFFERATA, Néstor Alfredo, Derecho, medio ambiente y desarrollo, Editorial INE-Semarnat, México D.F., 2007.

CABEZA ARES, Alberto, Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la obligación de reponer y restaurar el medio ambiente alterado, Editorial Trivium, España, 2003.

CASTILLO TÉLLEZ, Carlos, “*Memoria histórica de la Oficina Nacional de Auditoría y del Ministerio de Auditoría y Control*” en, Archivo de la Contraloría General de la República, La Habana, Cuba, 2014.

CONESA FERNÁNDEZ, Vicente, Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa. 1^{era} edición, Editora Mundi - Prensa, España, 2003.

CRESPO PLAZA, Ricardo, “*La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la Nueva Constitución*” en, Revista Letras Verdes, Ecuador, 2011

- DA CONCEIÇÃO DA COSTA MARQUES, María, La problemática de la auditoría ambiental, Universidad de Coímbra, Portugal, 2012.
- DE BESA ANTUNES, Paulo, Direito Ambiental, Editorial Lumen Juris, Brasil, 2010.
- DEL MONTE NAVARRO, Ángel, “*La modernización empresarial en Cuba*” en, Revista Economía y Desarrollo, Cuba, 2007.
- DE LUCA, Javier, Introducción al Derecho, 3^{era} edición, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1997.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pablo, El Régimen Jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental, Editorial Exlibris, 1^{era} edición, España, 2001.
- DROMI, José, Tratado de Derecho Administrativo, 7^{ma} edición, Editorial Ciudad, Argentina, 1998.
- ESTEVE PARDO, José, Derecho del medio ambiente, 2^{da} edición, Editorial Marcial Pons, España, 2008.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, Derecho Ambiental, Editorial Trivium, España, 2008.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SANCHEZ, Dionisio, “*Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental*” en, Boletín Económico ICE, número 2824, España, 2004.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, Las auditorías ambientales, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2008.
- FERNÁNDEZ-COMPANIONI, Andrés, “*La empresa cubana, la competitividad, el perfeccionamiento empresarial y la calidad*” en, Anuario de la Facultad de Ciencias económicas y empresariales, Universidad de Oriente, Cuba, 2012, [hptt//ojs.uo.edu.cu](http://ojs.uo.edu.cu)
- FERNÁNDEZ BULTE, Julio, Teoría del Estado y del Derecho, Editorial Félix Varela, Cuba, 2002.
- HART, Herbert, Teoría del Derecho, Editorial Abeledo Perrot S.A., 2^{da} edición, Argentina, 1999.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, volumen II, 7^{ma} edición, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, España, 1986.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, Derecho Administrativo, Editorial Félix Varela, Cuba, 2005.
- GÓMEZ GARCÍA, Luis, “*La Auditoría ambiental ¿voluntaria u obligatoria?*” en, Revista Derecho Ambiental y Ecología, México, 2011.
- GOMEZ OREA, Domingo, Auditoría ambiental: un instrumento de gestión en la empresa, Editorial Agrícola Española, España, 1994.
- GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 8^{va} edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006.

- GOITE PIERRE, Mayda, “*La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal*” en, Revista Cubana de Derecho, número 14, La Habana, Cuba, 1999
- JAQUENOD DE ZÖGÖN, Silvia, Derecho Ambiental, Editorial Dykinson, España, 2004.
- KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Revista de Derecho UNAM. México. 1980.
- LORENZETTI, Ricardo, Teoría del Derecho Ambiental, 1^{era} edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2008.
- LORENZETTI, Ricardo, El paradigma ambiental, Ministerio de la Corte Suprema, Argentina, 2011.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, Derecho Ambiental Administrativo. 5^{ta} edición, Editorial Dykinson, España, 2004.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Eclosión y crisis del Derecho Ambiental*” en, Revista de Administración Pública, número 174, Madrid, España, 2007.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, “*La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea*” en, Revista de Gestión Ambiental, número 7, España, 2001.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “*Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de auditoría*” en, Revista Auditoría Pública, número 61, Granada, España, 2013.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, Desarrollo sostenible y globalización, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Argentina, 2003.
- MARTÍN MATEO, Ramón, El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental, Editorial Trivium, España, 1994.
- MARTÍN MATEO, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, volumen I, Editorial Trivium, España, 1991.
- MARTÍN MATEO, Ramón, Derecho Administrativo Ambiental, 6^{ta} edición, Editorial Trivium, España, 1997.
- MURILLO JORGE, Marino, la implementación de los Lineamientos del 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba, VIII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, 1^{er} período de sesiones, Cuba, 2013.
- MORA RUIZ, Manuela, Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general en, Revista Derecho y Conocimiento, España, 2012.
- TRIANA CORDOVÍ, Juan, “*Un panorama de la economía cubana, las transformaciones en curso sus retos y perspectivas*” en, Revista electrónica Ciencias Sociales, número 31, La Habana, 2008, <http://www.filosofia.cu/ifc/rsc.htm>
- TRIANA CORDOVÍ, Juan, “*La economía cubana: balance de las transformaciones y perspectivas. Cuba: ¿De la actualización del modelo económico al desarrollo?*” en, Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas COFÍN, La Habana, 2013, <http://www.cofinhab.uh.cu/>

SANCHEZ MORÓN, María, Derecho Administrativo, 6^{ta} edición, Editorial Tecnos, España, 2010.

MUÑOZ-MARTÍN, Juan, “*Ética empresarial, responsabilidad social corporativa y creación de valor compartido*” en, Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad, España, 2013.

NOGUERIA LÓPEZ, Alba, Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, Editorial Marcial Pons, España, 2000.

NOGUEIRA LOPEZ, Alba, “*Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS*” en, Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental, España, 2010. <http://www.actualidadjuridicaambiental.com>.

OBREGÓN SÁNCHEZ, Carolina, “*La responsabilidad ambiental de las empresas*” en, Revista Administración, Universidad Nacional de Colombia. 2012.

PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, tomo I, 9^{na} edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997.

POSADA, Adolfo, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, 2^{da} edición, Editorial Madrid, España, 1931.

POZO CEBALLOS, Sergio, “*Naturaleza y papel de la Contraloría General de la República de Cuba dentro del sistema de control externo*” en, Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas COFIN, La Habana, 2011, <http://www.cofinhab.uh.cu/>

PIGRETTI, Eduardo, Derecho Ambiental, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1947.

RAMADORI, Demetrio, “*Auditoría Ambiental. Factor de éxito en la política ambiental*” en, Fundación OIKOS, Argentina. 2013.

RÍOS GUAL, Josep, “*La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI*” en, Revista de Empresas, España, 2007.

RINALDI, Gustavo, “*Seguro ambiental, ejes*” en, Revista Derecho Integral, Argentina, 2012.

SANZ RUBIALES, Iñigo, El mercado de los derechos a contaminar, Editorial Lex Nova, España, 2012.

SANZ LARRUGA, Francisco, “*El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria*” en, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, número 1, España, 2002.

SALES DE FREITAS, Joycemara, “*Auditoría Externa Ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente*” en, Revista De Jure. No. 20, Brasil, 2013.

SALES, Rodrigo, Auditoría Ambiental, aspectos jurídicos, Editorial Malheiros, Brasil, 1999.

TAY ARAUJO, Alberto, “*La auditoría como una de las funciones más importantes del Banco Nacional*” en, Revista electrónica del Banco Nacional de Cuba, Cuba, 2006, <http://www.bdigital.bnjm.cu/catalogo/v/153652>.

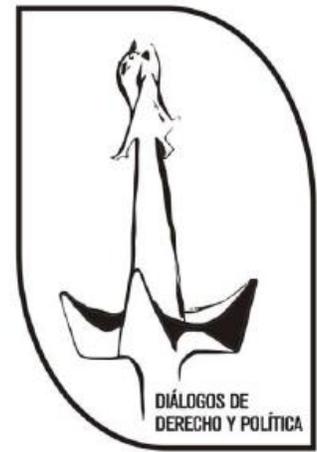
QUINTANA LÓPEZ, Tomás, El sistema comunitario de ecoauditoría. Aproximación a su

puesta en funcionamiento en, obra colectiva *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, homenaje a MARTÍN MATEO, Ramón, tomo III, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2000.

KUHN, Thomas, *Estructura de las revoluciones científicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995.

VILLAR PALASÍ, José, “*La actividad administrativa industrial del Estado en el Derecho Administrativo*” en, *Revista de Administración Pública*, número 3, España, 1950.

VIGIL IDUATE, Alejandro, “*Sustento legislativo del seguro en la República de Cuba*” en, V seminario internacional de seguros y reaseguros, ESICUBA, La Habana, Cuba, 2013.



La formación en la justicia indígena como alternativa frente al pluralismo jurídico.¹

Eduardo Díaz Ocampo

Profesor de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Ecuador.
Correo electrónico: ediaz@uteq.edu.ec

¹ Artículo de divulgación, fruto de los trabajos del autor.

Resumen.

En la contemporaneidad, la sociedad enfrenta nuevos retos y perspectivas en correspondencia con la complejidad y diversidad del contexto multicultural en que se inserta, lo cual exige la necesidad del perfeccionamiento del vínculo social y cultural para solucionar el paradigma actual de los pueblos indígenas, en la que se reconozcan los principios de justicia frente al pluralismo jurídico. En una sociedad multicultural, como es el caso del Ecuador, se requiere adoptar nuevos enfoques que solucionen la referida problemática. Desde esta consideración el presente trabajo tiene como objetivo reflexionar en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas frente al pluralismo jurídico. El análisis se elabora a partir de la necesidad de brindar alternativas de formación en la justicia jurídica enmarcadas en una Pedagogía Social que permita educar para la defensa de los principios de justicia y respeto cultural a los pueblos indígenas, se abordan categorías jurídicas y se ressignifica la necesidad de establecer un orden jurídico en la sociedad, que contribuya a alcanzar niveles superiores de oportunidad social.

Palabras clave: Justicia, contexto multicultural, orden jurídico, formación.

La formación en la justicia indígena como alternativa frente al pluralismo jurídico.

A modo de introducción

El reconocimiento, de los derechos ciudadanos que la actual sociedad requiere de personas comprometidas con la historia, con las costumbres de su contorno, profundamente reflexivos, esencialmente humanos, preparados para el razonamiento en aras de asumir posiciones flexibles y trascendentes, que enriquezcan la cultura, y brinden nuevas reformulaciones a las problemáticas contemporáneas, lo que se resume en principios de justicia y respeto cultural. BARIÉ, CARLOS (2003).

En este escenario, brindar nuevas reformulaciones a los principios de justicia y respeto cultural, constituye el eje primordial para una sociedad multicultural, en la que se reconozcan los derechos de los pueblos, a alcanzar la justicia social y se logre una profunda transformación condicionada por las exigencias actuales. OCHOA, GARCÍA (2002).

Por su parte, la **justicia** fue considerada por filósofos griegos como Platón, como una característica posible pero no necesaria del orden social, señalaba que para que haya orden social no era imprescindible la justicia, de modo que advertía que un hombre será considerado justo para el orden social cuando sus actos concordaran con el orden social. Así mismo, refería que el orden social será considerado justo cuando se reglamenten la conducta de los hombres de modo que todos queden satisfechos y logren la felicidad.

La **justicia**, como categoría jurídica ha venido formando parte desde tiempos ancestrales de las comunidades en armonía, por sus costumbres y tradiciones, teniendo como sustento el derecho consuetudinario en favor del bien común, en ese sentido la administración de justicia indígena forma parte de este derecho, teniendo sus propios preceptos, objetivos, fundamentos características y principios.

Por lo que, los pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador, desde la colonización española, administran su propio sistema de justicia, basado en sus propias experiencias y cultura, en la que subyacen los principios de cosmovisión, donde las sanciones son aplicadas con el objetivo de que el individuo que ha cometido un delito pueda reconocer su falta, enmendar su error y no volver a repetirlo en el futuro.

De modo que, en la justicia indígena, respetando circunstancias de tiempo y lugar se aplican los principios criminológicos, y en especial los victimológicos, donde las sanciones van orientadas a la reparación de las víctimas, es decir, el ofendido con heridas en su cuerpo tiene derecho a que el responsable pague las curaciones y si por motivo de las mismas heridas no puede trabajar el infractor debe cubrir la manutención de la familia de la víctima.

En este sentido, se concuerda con autores como ASSIES, WILLEM (2000), AYALA, ENRIQUE (1993), CORREAS, OSCAR (2003) quienes critican a la justicia indígena por considerar la sanción como un trato cruel, que viola los elementales derechos humanos. Por estas circunstancias las resoluciones de la justicia indígena se remiten obligatoriamente al seno

de la corte constitucional, para que no constituyan un ordenamiento jurídico independiente del Estado.

Desde la consideración de este autor, la justicia es aquello bajo cuya protección puede florecer la verdad y la sinceridad, implica, la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia y la justicia de la tolerancia.

Por otra parte, el pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las normas jurídicas. En ese sentido, el pluralismo jurídico refleja una aplicación de la pluriculturalidad oficial, y agrega un sistema basado en el reconocimiento e inclusión indígena a la estructura legal, sin hacer transformaciones, en término de otro sistema no-indígena. Desde lo fundamentado, el pluralismo jurídico encuentra su raíz no en distinciones teóricas sino, por el contrario, en la imperiosa necesidad de dar respuestas a la concepción monista del Estado, en donde se identifica a éste con la nación, para admitir que puede existir un Estado con multiplicidad de naciones. También se produce una ruptura con la concepción clásica de que sólo el Poder Legislativo está legitimado para la producción de normas, y también se considera como legítima la producción normativa ubicada en el seno de los pueblos indígenas, lo que -sin lugar a dudas- produce un cambio radical en la conformación de los Estados modernos. En este sentido, el orden jurídico nacional no sólo se conforma ahora con las normas (generales o concretas) emitidas por las instancias mencionadas, sino también por las comunales.

Se presenta, a nivel orgánico-estructural, la coexistencia de la jurisdicción oficial y la jurisdicción indígena, constituyendo esta última un fuero más, dentro de los órganos de administración de justicia. Es entonces que en el nivel fáctico se reconoce la existencia de diversidad, lo que implica la coexistencia de cosmovisiones distintas, de prácticas de diversas culturas y lo que es crucial en el análisis de una justicia diferenciada: la existencia de intereses en conflicto.

Desde esta óptica, este autor pondera que es la propia realidad la que impulsa la necesidad de regulación de una convivencia que en muchos aspectos es forzada y no exenta de tensiones. Sólo con un tratamiento despojado de simulaciones será factible alcanzar una unidad fundada en el respeto y la tolerancia de otros modos de vida.

En el nivel normativo es en donde se recepta la pluralidad. No se crea nada nuevo, sólo se reconoce lo ya existente y en la búsqueda del respeto a la diversidad, es que se integra el Estado con la Nación, encontrando vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial, que no signifique la subordinación de uno a otro, sino por el contrario, la coexistencia armónica de múltiples sistemas jurídicos en un mismo ámbito, en donde uno de los pilares de genuinas democracias deliberativas sea el diálogo comprometido de los distintos actores que la componen.

Tomar en serio la protección de las minorías étnicas, entonces, es admitir la concepción de un Estado pluralista. Y construir un Estado pluralista es también aceptar el desafío que representa la existencia de pluralismo jurídico y las consecuencias que se derivan de él.

Por lo anteriormente expuesto, el presente artículo tiene como objetivo reflexionar en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas frente al pluralismo jurídico y las posibles alternativas de formación, con especial referencia a los indígenas en el Estado Plurinacional del Ecuador.

Una mirada a la Constitución de Ecuador y el reconocimiento al derecho indígena

La Constitución actual del Ecuador, así como los derechos humanos reconocen a los pueblos indígenas frente al pluralismo jurídico. Desde el año de 1830 han existido veinte constituciones políticas del Estado, pero pocas o ninguna han considerado justas las aspiraciones de los pueblos y nacionalidades indígenas y con razones y propuestas, han reclamado al Estado y a los gobiernos de turno, el reconocimiento de sus derechos como ciudadanos.

Es así que la Constitución de la República de 2008, aprobada en Montecristi, reivindica y ratifica los derechos indígenas y la independencia jurídica al interior del Estado ecuatoriano. Es decir, el reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico, para que miembros de las circunscripciones territoriales vivan en armonía y paz bajo un control social de la misma comunidad. La misma, al reconocer el Estado plurinacional, así el artículo 1 de la Constitución señala que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico el Ecuador es un estado unitario y plurinacional”.

El Estado también reconoce la existencia de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afro ecuatorianas quienes poseen sus propias costumbres, lenguaje, y tradiciones ancestrales y las reconoce como naciones, esto con la finalidad de procurar el efectivo goce de sus derechos como ciudadanos parte del Estado y también garantizar del desarrollo de su cultura. Por lo que, en concordancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se reconocen una serie de derechos colectivos para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas entre los cuales se encuentra también el derecho a aplicar sus prácticas tradicionales para la solución de los conflictos dentro de sus comunidades.

Desde una perspectiva socio jurídica, puede entenderse como derecho cualquier conjunto de normas que regulen la conducta humana, y que sea reconocido por sus destinatarios como vinculante. Según BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, cualquier orden social que dé cuenta de retórica, violencia y burocracia, puede ser considerado como derecho.

Es por ello importante definir, estima este autor en todo este análisis qué se considera por Justicia Indígena y bajo qué parámetros esta se ejerce, para no confundirla con otras figuras que se establecen en el derecho ordinario o peor aún negar su existencia ya que como vemos la pluralidad jurídica del Ecuador fue reconocida a partir de 1998.

Ante esta realidad, al hablar de Justicia Indígena o Derecho Indígena, nos referimos a aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de

conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad. Como ya habíamos referido, la justicia indígena se fundamenta en la costumbre, o sea, en el derecho consuetudinario que se enfrenta de manera cotidiana a la justicia ordinaria, y tiene como base el Derecho Romano expresado en códigos denominados como parte del Derecho Positivo.

De forma tal, que cuando existe una infracción dentro de una comuna indígena por influencia clerical, el indígena acudirá a los fiscales de la justicia ordinaria, pero como la Constitución del Ecuador garantiza la administración de la justicia indígena existen dirigentes como DOLORES CACUANGO que reivindican el derecho ancestral de la comuna para juzgar con fines de purificación social.

De acuerdo al contexto descrito, se precisa entonces considerar como en la justicia indígena, el castigo por la violación de la norma tiene un carácter sanador y de purificación, cada castigo físico tiene su significado de purificación, en sentido general, la justicia indígena en la práctica tiene un sentido comunitario muy concreto. Para esto, desde la cosmovisión andina, la armonía con la naturaleza y con los miembros de la comunidad son dos circunstancias fundamentales para el desarrollo normal de la convivencia social. Los conflictos que se susciten dentro de sus comunidades rompen con este equilibrio, de manera que frente a un conflicto las autoridades buscan medidas para restablecer el equilibrio a través de una compensación o resarcimiento del daño además de ser un escarmiento para los demás miembros de la comunidad.

Por lo tanto, las sanciones y el procedimiento va acorde a la cosmovisión de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades ya que la vida en la comunidad es fundamental para el desarrollo de sus vidas, por este motivo la medida para resarcir los daños se toma en asamblea comunal, mas no por una sola autoridad. Es así que este autor pondera, que dentro de la Justicia o Derecho Indígena no existe división de materias, se trata de la aplicación de medidas consuetudinarias para la solución de conflictos de distinta naturaleza. Lo que nos permitirá continuar el análisis *up supra* de que se considera en el Estado Plurinacional del Ecuador como la justicia indígena dentro del ordenamiento jurídico.

La justicia indígena. Consideraciones generales

Desde tiempos milenarios los pueblos y nacionalidades indígenas han ejercido prácticas y costumbres basadas en su derecho consuetudinario, donde la administración de justicia indígena forma parte de este derecho, teniendo sus propios preceptos, con la finalidad de restablecer el orden y la paz social. Donde le corresponde a la autoridad indígena como la encargada de cumplir y hacer cumplir las normas, valores y principios comunitarios; principios fundamentales reconocidos en esta lengua como: *ama killa, ama llulla, ama shua*; solidaridad, reciprocidad y colectividad.

Empero dentro de la justicia indígena, sin embargo no existe una decisión de esta política legislativa motivada en criterios técnicos o de eficiencia, sino que nace del reconocimiento de un derecho, cuyo titular es un ente colectivo: "el pueblo indígena". Desde el criterio de este autor se considera que debería codificarse el Derecho y la Justicia indígena en un solo cuerpo jurídico, motivado por los conflictos de jurisdicción y competencia que surgen en la materia penal, aun cuando esta justicia constituya un producto de un pueblo o comunidad

indígena que por muchos años ha reservado su sistema de administrar justicia de acuerdo a sus usos y costumbres. Para poder analizar en que consiste este Derecho Indígena.

Qué es el derecho indígena

Es verdad que a partir de definir que conocemos por Indígena, toda vez que es un término que, en sentido amplio, se aplica a todo aquello que es relativo a una población originaria del territorio que habita, cuyo establecimiento en el mismo precede al de otros pueblos o cuya presencia es lo suficientemente prolongada y estable como para tenerla por oriunda (es decir, originario de un lugar). Con el mismo sentido se utiliza, con mayor frecuencia, el término equivalente nativo, presente en expresiones como "idioma nativo".

También es habitual escuchar el utilizar términos como pueblos originarios, en sentido estricto y más habitualmente, se aplica la denominación indígenas a las etnias que preservan las culturas tradicionales no europeas. Con este alcance, se denomina indígenas a los grupos humanos que presentan características tales como: pertenecer a tradiciones organizativas anteriores a la aparición del estado moderno, y pertenecer a culturas que sobrevivieron la expansión planetaria de la civilización europea, naciones nativas o aborígenes.

La Organización de las Naciones Unidas, estima que existen más de 300 millones la cantidad de indígenas que habitan en el mundo (5000 pueblos asentados en 70 países), (de los cuales entre 40 y 60 millones residen en América). Otros criterios dan una cifra de unos 350 millones de indígenas en todo el mundo, en algunos casos manteniendo sus formas ancestrales de vida. Entre ellos, los más destacados son los pueblos nómadas y en general aquellos pueblos que viven en sociedades tribales.

En muchas otras ocasiones, se aprecia que producto a la discriminación de los pueblos indígenas, se han visto obligados a asimilar los patrones de vida occidentales, aunque sigan manteniendo ciertas tradiciones o el idioma. Son más de cinco mil pueblos con su propia forma de ver el mundo, sus particularidades culturales y lingüísticas y con una voluntad cada vez más fuerte de reivindicarlas y de sentirse orgullosos de ellas, a pesar de siglos de opresión y dominación cultural, política, económica y social por parte de grupos socioeconómicos más fuertes.

Los indígenas americanos

Los modernos indígenas son la población descendiente de la población originaria del continente. Dada su enorme diversidad, se les suele agrupar en "familias" de pueblos, que comparten una ubicación geográfica, algunos rasgos culturales y, en ciertos casos, una lengua y una historia común. Éste es el caso de los pueblos ANDINOS, MAYAS Y CARIBES. El porcentaje de población indígena varía enormemente de un país a otro. Históricamente, los pueblos indígenas de América han sido objeto de discriminación y racismo (discriminación en lengua, en condiciones laborales y salariales, discriminación sexual), situaciones que se han reflejado en matanzas, en la existencia de un trabajo servil y otras muchas formas de injusticia (sobre todo la permanencia de las condiciones de pobreza).

Todavía existen muchos grupos indígenas en casi la totalidad del América del Sur, siendo en Bolivia y en Perú hoy en día es alrededor del 30%, donde representan un mayor

porcentaje de la población y conservan mejor sus tradiciones e idioma, y en Guatemala el 45% de población es de la etnia Maya siendo este país uno de los que tiene un población indígena bastante numerosa. Los indígenas también representan una parte importante de la población de Paraguay y Ecuador; en otros países como Chile, Colombia, Venezuela y Argentina son poblaciones minoritarias (rondan el 2% o menos de la población de cada país).

Por esto, antes de hablar del Derecho Indígena, es imprescindible conocer, sobre el pluralismo jurídico. Este permite reconocer la existencia, de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Entre otros términos, se denomina sistema jurídico al sistema de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social dentro del Estado.

El pluralismo jurídico en el contexto del Ecuador, es justificado por la existencia de diferentes culturas, cada una con su propia identidad y coherencia para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia, a pesar de que predomina el derecho y la justicia indígena de carácter incásico que trajeron a estas latitudes los descendientes de MANCO CÁPAC y MAMA OCLLO (los Incas). Los principios en los cuales se fundamenta este Derecho Indígena se basan en la relación armónica de los miembros de una comunidad, los mismos son: *Ama Quilla* = no ser ocioso, *Ama Llulla* = no mentir, *Ama Shua* = no robar.

Por lo que en el ámbito de aplicación de la justicia indígena se aplica únicamente al tratarse de: un conflicto dentro de su comunidad, y que los actores del mismo sean personas miembros de la comunidad. Y es en este mismo íter, el procedimiento para aplicarla aparece como: el proceso inicia cuando el afectado pone en conocimiento a las autoridades del conflicto.

Dicho esto, se aprecia entonces que las autoridades inician una etapa de investigación para constatar lo sucedido cuando: se lleva a cabo una confrontación entre el acusado y el acusador, la misma que es directa sin intervención de terceros, por último se establece una sanción si se considera necesario. La misma que depende de la gravedad de la acusación. La sanción más fuerte es la expulsión del acusado de la comunidad, no existen penas de muerte. Si no era de tal gravedad, la sanción va desde sanciones económicas tales como multas, indemnizaciones, a sanciones físicas como baños de agua fría, el uso de la ortiga o del látigo. El escarmiento público, es de gran conmoción para los miembros de la comunidad por tratarse de su medio de convivencia, estas sanciones no solo son físicas sino también morales.

La justicia indígena y los derechos fundamentales

Es verdad que para los pueblos y comunidades, la justicia indígena no representa una violación de los derechos humanos, pues somete a estos procesos judiciales a los acuerdos internacionales actuales. Además se respeta el debido proceso, es decir, se cumple ciertos pasos básicos antes de determinar si hay o no culpables. Ante esta realidad, los miembros de las comunidades reconocen que la justicia indígena tiene algunos errores, sin embargo, ellos consideran que es mucho mejor, que la justicia ordinaria, ya que los castigos impartidos son un correctivo y no una represión, además es rápida en su proceso y sobre todo es conciliadora.

La justicia ordinaria sanciona con una pena que tiene un principio y un fin, en cambio, el castigo se sabe cuándo comienza y no cuándo termina. La pena por disposición constitucional debe observar el principio de la proporcionalidad en cambio e la justicia indígena en el fervor del juzgamiento se desbordan las pasiones y nos lleva en ocasiones a la LEY DEL TALIÓN.

Para ello, en la Constitución de 1998, en su artículo 84, se reconocía una serie de derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, como el derecho a mantener la posesión de sus territorios ancestrales, desarrollar y mantener su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, su derecho a ser consultados sobre los proyectos de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus territorios, entre otros. El mismo instrumento legal en el artículo 191, inciso 4, rezaba “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”. La Constitución de 1998 reconoció ya el pluralismo jurídico dentro del estado.

En la actualidad la Constitución del 2008, en el artículo 171 reconoce que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas apliquen normas y procedimientos propios de sus tradiciones para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos. También establece que la ley determinará mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria y señala que el Estado garantizará el respeto a dichas decisiones. En este mismo *ítem*, el artículo 57 de la Constitución reconoce una serie de derechos colectivos a las comunas comunidades pueblos y nacionalidades indígenas dentro de los cuales en el numeral 10 se reconoce también su derecho a Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. En este mismo orden de cosas la legislación nacional contempla al etnocidio como delito. Etnocidio que significa toda forma de aniquilar, impedir o exterminar a un grupo étnico determinado, sus costumbres, sus miembros y sus creencias, es decir todas aquellas características que los identifican como grupo y los diferencian de los demás.

El objetivo que persigue la justicia indígena dentro del derecho ecuatoriano

Se concreta en el reconocimiento de los pueblos indígenas para administrar su propia justicia fundamental para la construcción de la unidad nacional, basada en el respeto y ejercicio de derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de los ecuatorianos, a fin de conservar la armonía, la paz y el equilibrio, entre los miembros de la comunidad.

La justicia ordinaria e indígena dentro del derecho ecuatoriano

La justicia ordinaria e indígena, tiene competencias propias, legítimas y reconocidas por el Estado. El Presidente de la Corte Nacional de Justicia consideró que era necesario que se produzca una verdadera colaboración horizontal entre instituciones jurídicas para conectar las dos jurisdicciones, a partir de principios y prácticas de coexistencia y de convivencia

entre estas dos concepciones diferentes de justicia y de Derecho, por este motivo es que se considera necesaria la codificación del Derecho y la justicia indígena.

A partir de lo argumentado, el Consejo de la Judicatura ha recurrido al diálogo con los representantes de las nacionalidades y pueblos indígenas, de manera que para determinar la forma en que operarían esos mecanismos de cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, como bien expresamos con anterioridad, será la Corte Constitucional, la instancia judicial competente para pronunciarse sobre los alcances y límites de la justicia indígena frente a la ordinaria. Para ello, el artículo 171 de la Constitución del Ecuador consagra la práctica y aceptación de la justicia indígena. En tal sentido, el texto constitucional establece que “... *las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial... el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.*”

El fenómeno de la justicia indígena se ha puesto, lamentablemente, muy de moda debido a la cantidad de ajusticiamientos que se han venido dando en el Ecuador en los últimos meses, las estadísticas indican que al menos 8 personas han muerto en linchamientos y quemas en el transcurso de procesos de ajusticiamiento popular.

Por lo que se valora de la lectura del texto constitucional surgen algunas inquietudes que son dignas de análisis, ya que la misma indica que las autoridades indígenas ejercen función jurisdiccional, en base a su derecho propio y en su ámbito territorial. Esto significa que, corroborando con lo establecido en el artículo 1 del texto constitucional, el Ecuador es un estado plurinacional, pero que brinda extremas libertades a sus demás nacionalidades, considerando el autor, que hasta cierto punto se violenta el principio de unidad consagrado en el mismo artículo 1 de la Carta Política. Esto en virtud de que la Constitución, tácitamente está dando a sus nacionalidades una de las funciones elementales del Estado, como es la de administrar justicia con absoluta autonomía e intangibilidad.

A este autor, le surgen cuestionamientos de conocer a ciencia cierta en qué consiste el derecho propio de los indígenas, cuáles son sus fuentes, existencia o no de normas escritas, quiénes y por qué son autoridades que puedan ejercer jurisdicción, y quizás la más profunda duda (amén de la más preocupante), qué entendemos por territorio indígena. En el texto constitucional está lo dispuesto en el artículo 344 del recientemente expedido Código Orgánico de la Justicia, el mismo que consagra los principios que rigen a la justicia indígena, los cuales deben ser respetados por las autoridades del derecho no indígena. Dicho artículo señala los principios de diversidad (tener en cuenta al derecho indígena y sus prácticas ancestrales, igualdad (la autoridad debe garantizar la comprensión de los principios indígenas, esto incluye nombramiento de peritos y traductores, de ser el caso), *non bis in idem* (lo actuado por la justicia indígena es inimpugnable por la justicia ordinaria, salvo control constitucional), pro jurisdicción indígena (en caso de duda prevalecerá la justicia indígena) e interpretación intercultural (interpretación de los derechos de las comunidades en caso de conflicto).

Lo cual genera profunda preocupación que un “fallo” que provenga de la justicia indígena no sea susceptible de recurso alguno, hay una clara violación al derecho a la legítima defensa en los procesos de juzgamiento a los que les podemos llamar como indígenas, esto se ha venido traduciendo en la captura y juzgamiento de presuntos delincuentes en un estado de absoluta indefensión; más aún, es fuente de temor el principio “pro jurisdicción indígena”, que indica que la justicia indígena prevalecerá sobre lo ordinario. Espero no ver llegar el día en que un delincuente sea aprehendido por algún delito que cause profunda alarma social, y durante su proceso penal, presente alguna prueba o certificación de “juzgamiento” previo mediante justicia indígena, y las autoridades se vean en la obligación de liberarlo por aplicación de este principio. Tiene entonces el Ministro Fiscal General de la Nación en investigar actos que están más cerca de la barbarie que de la justicia indígena. Por un lado, lo dispuesto en el artículo 171 del texto constitucional, la legislación no la puede aclarar, y obviamente sus límites no están claramente determinados, con la consecuente duda que generará la aplicación de la misma.

El reconocimiento del derecho indígena dentro de la Constitución ecuatoriana

Entre los aspectos relevantes reconocidos en la Constitución, se destaca la **normatividad**, al referirse a las normas y a los procedimientos, las costumbres o directamente al Derecho consuetudinario. El reconocimiento del Derecho incluye no sólo a las normas actualmente vigente de los pueblos indígenas, sino también su **potestad normativa** específica, su **competencia** para producir normas (crearlas, modificarlas) a fin de regular su vida social y organizar el orden público interno.

La **institucionalidad**, es otro aspecto a reconocer por las diferentes autoridades indígenas, la misma incluye sus sistemas institucionales y los diferentes procesos de constitución o designación de autoridades. Por su parte, **la jurisdicción**, reconoce funciones jurisdiccionales, de justicia o administración de aplicación de normas propias, es decir, se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas la vigencia plena de un sistema legal o Derecho, con sus propias normas, autoridad y procedimientos.

El pluralismo jurídico en el derecho ecuatoriano

Con este preámbulo antes analizado, este autor analiza el “pluralismo jurídico” y la “justicia intercultural”, como práctica jurídica garantizada por la actual Constitución y a cuyo cargo están los jueces de la República y las autoridades indígenas. En ese sentido, cabe definir que se concibe como “pluralismo jurídico”, para ello la vinculación entre la definición del Ecuador como Estado Plurinacional y el reconocimiento de varios grupos humanos culturalmente diferentes coexistentes en el territorio nacional, sujetos a distintos ordenamientos (sistemas) jurídicos, todos subordinados a la misma organización política denominada Estado y sujetos a la misma normativa constitucional.

Por lo que, el pluralismo jurídico, es la coexistencia de varios sistemas jurídicos, cada uno de ellos con sus propias instituciones, normas, principios y valores de carácter ancestral y consuetudinario, que rigen la conducta o el comportamiento de los miembros de la comunidad entre sí, de todos y cada uno de ellos con la comunidad y que sirven para resolver los conflictos que amenazan su supervivencia o su seguridad.

Por Pluralismo jurídico se entiende la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no de pluralidad de

mecanismos o de normas jurídicas. Una concepción pluralista del derecho admite una coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de la misma naturaleza, particularmente de sistemas jurídicos estatales.

Una concepción pluralista del derecho admite la coexistencia de una pluralidad de sistemas de naturaleza diferente, tales como los sistemas supra-nacionales (orden jurídico internacional), los sistemas jurídico infra-estatales (ordenes jurídicos corporativos), o sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados.

La implementación del Estado Plurinacional implica una nueva forma de entender y construir el Estado, reconociendo los gobiernos propios de las naciones, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas siendo una oportunidad para construir una nueva dinámica de convivencia intercultural, en diversidad y armonía y así consolidar la unidad nacional en la diversidad.

La implementación del Estado Plurinacional, exige el compartir entre sí y para sí, las diversas culturas, conocimientos, sabidurías o cosmovisiones, bajo el principio de respeto y tolerancia en equidad e igualdad de condiciones, es decir, una relación de interculturalidad. Al consultar los criterios vertidos por autores como EUGEN EHRLICH (2002), quien fue el primero en hablar de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Señala que el punto central del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia. Se sitúa en la sociedad misma, puesto que el derecho es un orden interno de las relaciones sociales, tales como la familia, las corporaciones, etc.

Para SANTI ROMANO (1977) quien ha desempeñado un papel incontestable en la discusión sobre la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos. Señala que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica. Dice que se trata de sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse prácticamente una eficacia completa. Sin embargo, el derecho estatal, en la medida que desconoce e ignora estos sistemas, termina por sufrir también un cierto grado de ineficacia.

Al consultar a GEORGE GURVITCH (1932), refiere que el monismo jurídico corresponde a una situación política contingente, la creación de los grandes Estados modernos, en el siglo XV y el siglo XIX. La ley del Estado no es la única ni la principal fuente del derecho. El principal pluralismo jurídico encuentra su justificación y fundamento, en la teoría de los hechos normativos es decir, en la teoría que ubica el poder jurídico en todas las comunidades que en un solo y mismo acto generan el derecho y fundan su existencia sobre el derecho, en las comunidades que, en otros términos, crean su ser generando el derecho que le sirve de fundamento.

Para JEAN CARBONNIER (1994) no existe el pluralismo jurídico, sino más bien fenómenos de pluralismo jurídico. Fenómenos múltiples, salientes de categoría diversas y concurrencias del derecho estatal. Los fenómenos de pluralismo jurídico pueden ser

colectivos o individuales, de concurrencia o de recurrencia, categóricos o difusos. También dice que el pluralismo se podría encontrar más allá de los hechos, si en lugar de confrontar reglas, se confrontan diferentes maneras de aplicar una regla.

Para NORBERTO BOBBIO (1986) señala que el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases: la primera corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, donde existe no solo uno, sino muchos ordenamientos nacionales, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento estatal propio. Esta tiene una forma tiene cierto carácter estatista. En cuanto a la segunda fase le corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir un grupo social organizado.

Algunas reflexiones en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas frente al pluralismo jurídico en Ecuador

La conceptualización de la igualdad ha tenido una carga colonizadora en cuanto que ha servido para la operativización de la homogeneización, siendo necesario descolonizar y resignificar los conceptos, desde la diversidad de saberes y ciencias de los grupos que han sido condenados históricamente a las máximas desigualdades.

Es una realidad, que los pueblos indígenas del Ecuador continúan entre los grupos sociales más afectados por la inequidad social, la pobreza económica y la exclusión. El indígena ecuatoriano desde la colonia ha sido considerado como un “ente pasivo, con falta de entusiasmo y de coraje” muchos antropólogos e historiadores han pronunciado a nuestros pueblos indígenas, como “miserables poblaciones embrutecidas por siglos de sumisión y esclavitud.

En vista del reconocimiento del derecho a la aplicación de las costumbres y tradiciones para la solución de conflictos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el Estado regula esta aplicación y obliga a la función judicial ordinaria a respetar y a colaborar con la justicia o derecho indígena.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 2008 en su capítulo cuarto, indica; los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades y en su artículo 56 manifiesta que las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afro ecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible, por lo tanto todos las personas que son parte del Estado ecuatoriano deben respetar a todas las personas.

Por su parte, el artículo 57 señala que el Estado reconocerá y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los derechos colectivos, motivo por el cual la carta magna se enfoca en su numeral dos a: “No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural”.

Sin lugar a dudas la Constitución manifiesta en su artículo 1,1 que el ejercicio de los derechos se regirá por principios, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: Los

derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

En el Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial suplemento 554 del 2009, en concordancia con la Constitución y los Tratados internacionales determina en el artículo 7: *“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.”*

Respecto a los jueces de paz, el artículo 253 es claro al señalar que la justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena. El ámbito de la justicia indígena será dentro de sus territorios según el artículo 343. En este mismo análisis, se aprecia por este autor que los Principios de la justicia intercultural se encuentran reconocidos en el artículo 374, el mismo que establece que la actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos estos son:

- a) Diversidad.- deben tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c) *Non bis in idem*.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;
- d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,
- e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades

indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Por su parte, en el artículo 176 del Código Orgánico Integral Penal, manifiesta que: *“La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si la infracción puntualizada en este artículo es ordenada o ejecutada por las o los servidores públicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”*.

Por lo que este autor pondera que en el proceso de la formación en la justicia indígena es una necesidad del pueblo ecuatoriano y donde la Pedagogía Social juega un rol necesario de aplicar y utilizar como herramienta, toda vez que contiene los argumentos suficientes como para organizar un proceso masivo, de manera que se concienticen los derechos de los pueblos indígenas en sus miembros y en toda la población.

El derecho indígena y la pedagogía social como una vía para la difusión social de los derechos ciudadanos

Un análisis sobre que aborda la pedagogía social como ciencia, encontramos que es la ciencia práctica social y educativa (no formal), que fundamenta, justifica y comprende la normatividad más adecuada para la prevención, ayuda y reinserción de quienes pueden o padecen, a lo largo de toda su vida, deficiencias en la socialización o en la satisfacción de necesidades básicas amparadas por los derechos humanos.

La Pedagogía Social como teoría o disciplina científica es muy moderna, surgió a fines del siglo XIX con la obra de PAUL NATORP, siendo de carácter estrictamente filosófico. En el desarrollo histórico de la pedagogía social cabe establecer así una estrecha separación entre los precursores o antecesores en la pedagogía clásica, siendo sus fundadores o creadores teóricos en la pedagogía moderna desde NATORP hasta nuestros días. Su objeto material es el propio de la pedagogía general: el ser educando del hombre, que es la realización práctica de una posibilidad previa, la educabilidad. El objeto formal es el estudio de la fundamentación, justificación y comprensión de la intervención pedagógica en los servicios sociales, mediante los cuales se cumplen las funciones básicas de la pedagogía social: prevención, ayuda y reinserción o resocialización.

La pedagogía social tiene ámbitos propios: la socialización, la ayuda vital y la ayuda social. Estos ámbitos se han concretado en múltiples áreas como son: Educación Ambiental, Educación para el respeto animal, Gestión Cultural: centros polivalentes, centros cívicos etc., Gestión del Patrimonio Cultural, Turístico y Natural, Educación infantil, pues hay países en los que esta educación la hacen educadoras sociales y no maestras, al considerarse más función social que docente, Ayuda y asistencia a la familia, Atención a la juventud: cuidado y trabajo; atención a jóvenes en alto riesgo social: atención a jóvenes delincuentes..., Centros y residencias para niños y jóvenes disocializados, Educación no

formal de adultos, Atención a marginados prestada ordinariamente por los llamados educadores especializados: minusválidos, enfermos mentales, presos, vagabundos, mujeres, gitanos, pobres, parados, extranjeros, ancianos..., Animación sociocultural, Pedagogía laboral y ocupacional, Atención a la población marginada demandante de educación, limitada en recursos económicos, con jornadas laborales intersemanales o desertora escolar, sin límite de edad a través de asesores solidarios.

Su relación con la Ciencia del Derecho, es porque ambas estudian las condiciones materiales y jurídicas de la sociedad, que influyen sobre la educación determinando sus límites y posibilidades en la realidad. Donde los medios actuales de difusión masiva devienen en una importante herramienta para lograr tal propósito, es así como se pueden montar programas de radio y televisión con el fin de difundir la cultura y los derechos de los pueblos indígenas, también se pueden utilizar la Internet, Facebook, Twitter, correos electrónicos, páginas web y otras variantes orientadas a resolver la referida problemática.

Por lo que se justiprecia que las TIC's ante esta realidad están influyendo notoriamente en los procesos de creación y cambio de las corrientes de opinión pública. Hoy objetos tan habituales como la televisión, el móvil y el ordenador además de la radio, están constantemente transmitiendo mensajes, intentando llevar a su terreno a los oyentes, telespectadores o usuarios de estos medios, donde el uso y la aplicación de las infotecnologías son de uso común para la difusión de mensajes de bien público. Otro de los impactos es con la aplicación de la Jurimetría, denominada como la medición de los diferentes aspectos del funcionamiento de los sistemas de administración de justicia, al abordar la perspectiva legal, económica y estadística del desempeño de los sistemas de administración de justicia en América Latina.

Es por ello que a través de mensajes de texto, correos electrónicos, blogs, y otros espacios dentro de la internet, las personas se dejan influir sin apenas ser conscientes de ello, afirmando que creen esa versión porque «lo han dicho los medios» o «viene en internet». Estos son la vía de la verdad para que muchos de los ciudadanos, sin saber que en ellos también se miente y se les manipula. Dependiendo de la edad, estatus social, nivel de educación y estudios, así como de vida, trabajo y costumbres, las TIC's tienen un mayor impacto o menos, se da más un tipo de opinión u otra y diferentes formas de cambiarla en la aplicación de la democracia participativa, donde bien pudieran colocarse mensajes donde se difundan los derechos indígenas.

Se pondera entonces, que su adecuada alfabetización dependerá de sus resultados por las personas que las apliquen en la población sean óptimos. Donde la evolución de las TIC's en este siglo XXI no tienen un punto donde terminar, pues en cada momento se generan nuevos cambios y avances. Hay que soslayar que en este siglo aún no se puede predecir cual podrá ser el futuro y aplicación que tendrán las infotecnologías, hasta donde estas llegarán, cuáles serán sus límites, lo que sí es verdad y realidad que conocerlas como herramientas y poderlas aplicar sigue siendo un reto para la sociedad como un derecho humano, toda vez que todos los ciudadanos aún en el mundo no tienen acceso pleno a ellas.

Hoy ya podemos decir que la conexión de los ciudadanos la pueden hacer a través de wifi con el uso de las TIC's en escenarios abiertos donde confluyen muchas personas, pero ya se

anuncia el uso y la implementación de wifi, por lo que seguimos ponderando que es y será todo un reto estar alfabetizados de manera adecuada en como poder empoderarnos de estas herramientas tecnológicas y así avanzar en todos los procesos donde estas herramientas sean aplicadas como vías de comunicación para la ciudadanía como derecho constitucional.

A manera de conclusiones

Los pueblos indígenas del Ecuador continúan entre los grupos sociales más afectados por la inequidad social, la pobreza económica y la exclusión social. El Estado Ecuatoriano debe exigir el cumplimiento de esta garantía básica constitucional, en relación a las comunidades indígenas, de que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

La previsión constitucional de que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. Por lo que le corresponderá al Estado garantiza la protección a través de instrumentos internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente de sus costumbres, tradiciones y leyes consuetudinarias dentro del ordenamiento jurídico nacional.

La Pedagogía Social deviene en condición para el logro de formar en la justicia indígena como una alternativa frente al pluralismo jurídico, que permita con ello una cultura cívica adecuada en la población indígena, para ello podrá utilizarse las Tic's como una de las vías para lograrlo por la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA.

ANTUNEZ SANCHEZ, A. F. (2014) *Género, Código y Juventud: construir sociedades más justas e inclusivas. El Derecho de Autor ante los desafíos del desarrollo en el entorno digital y las comunicaciones en el siglo XXI*. Editorial UNIJURIS. La Habana.

AYALA, E. (1993) *Resumen de Historia del Ecuador*. Editorial Corporación de Editora Nacional. Quito.

ASSIES, W. (2000) *La oficialización de lo no oficial: Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos para el tercer Milenio*. Arica. Chile. 2000.

ÁLVAREZ GONZALEZ, F. (2011) *El buen vivir un paradigma anticapitalista*. Editorial Adya-Yala. Quito.

BARIÉ, C. (2003) *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. Editorial Abya Yala. La Paz.

BERTINI CHIRIBOGA, L. (2013) *Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional*. Anuario de Derechos Humanos. España.

BAUDOUIN D. (2013) *Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica*. European journal of legal studies.

BOBBIO, N. (1997) *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis. Bogotá.

BOBBIO, N. (1986) *Democracia y Pluralismo*. Revista de Ciencia Política. No. 1. 1986. España.

CÁRDENAS OCHOA, C. A. (2010) *La Justicia Indígena según la Constitución del Ecuador del año 2.008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrumi, del cantón Cañar*. Universidad de Cuenca. Ecuador. 2010.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.

CORREAS, O. (2003) *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*. Editorial Fontamara, México, 2003.

DE LA CRUZ, R. (1993) *Aportes del Derecho Consuetudinario a la Reforma del Estado*. Editorial Abaya Yala, 1993.

DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS sobre los pueblos indígenas. ONU. 2007.

EHRlich, E. (2002) *Los Principios Fundamentales de la Sociología del Derecho*. New Brunswick: Transaction Publishers.

FIX-ZAMUDIO, H., (2010) *Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica*. Revista Ciencias Jurídicas. UNAM. México.

FLORES, D. (2013) *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*. INREDH. Ecuador.

FLECHA GARCIA, R. (1998) *Aportaciones de Paulo Freire a las Ciencias Sociales*.

Revista interuniversitaria formación de profesores. España.

GARCÍA, F. (2002) *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*. Editorial FLACSO, Quito.

GARZÓN LÓPEZ, P. (2012) Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N° 16. Chile.

MOYA GARCIA, R. (2011) *La Jurimetría: una breve aproximación*. Universidad de Chile.

ILAQUICHE, R. (2004) *Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador Estudio de Caso*. Editorial Fundación Hanns Seidel –Indesic. Quito.

OCHOA, G. (2002) *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*. Editorial Cholsamaj. Guatemala.

RAMÍREZ, S. (2008) *Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*, Publicación Original Pueblos Indígenas, en: <http://www.peublosingenas.net.>, consultado 23 de febrero del 2008.

RODAS, R. (1997) *Dolores Cacuango-pionera en la lucha por los Derechos indígenas*. Editorial Gráfica. Quito.

RODRÍGUEZ SEDANO, A. (2006) *Hacia una fundamentación epistemológica de la pedagogía social*. *Revista Teoría de la Educación. Educación y Educadores*. España.

RIVAS VALENCIA, A. (2012) *Pluralismo jurídico y derecho indígena*. UNAM. México.

PÉREZ SERRANO, G. (2012) *Origen y evolución de la Pedagogía Social*. *Revista Universitaria Pedagogía Social*. No. 9. España.

PÉREZ LUÑO, A. (2014) *Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos*. *Revista Isegoria*. No. 51. España.

SÁNCHEZ, E. (2000) *Jurisdicción Especial Indígena*, Editorial Procuraduría General del Estado. Bogotá.

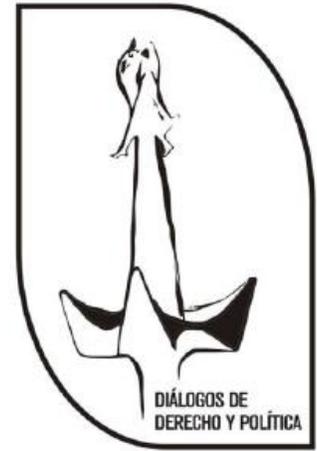
SANCHEZ CASTAÑEDA, A. (2000) *Los orígenes del pluralismo político*. UNAM. México.

YCAZA PALACIOS, A. (2013) *La justicia indígena y su tratamiento en la constitución y el código orgánico de la función judicial*. Ecuador.

QUIROLA SUÁREZ, D., (2009) *Sumak Kaway. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza*. Editorial Abya – Yala. Ecuador. pp. 7-79

VILLORO, L. (1998) *Estado Plural, Pluralidad de Culturas*. Editorial Paidós. México.

VEGA, F. (2014) *El buen vivir sumak kawsay en la constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador*. *Revista de Ciencias Sociales OBETS*. No. 1. España.



El estudio de la acción colectiva y los movimientos sociales en ciencia política, un balance desde el pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia.¹

James Gilberto Granada Vahos^{*}
Jonathan Alejandro Murcia^{**}

^{*} Profesor e investigador del Grupo de Investigación Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos, Pregrado en Ciencia Política, Universidad de Antioquia.

Trabajador social, Magíster en Ciencia Política.
Correo electrónico: james.granada@udea.edu.co.

^{**} Investigador asociado al Instituto de Estudios Políticos. Profesor pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. Politólogo, Magíster en Derecho.

Correo electrónico: jonathan.murcia@udea.edu.co

¹ Este artículo se deriva de la ponencia “Los formación en acción colectiva y movimientos sociales en Ciencia Política, un balance desde el pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia”, presentada por los autores en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política (ALACIP), realizado en Perú del 22 al 24 de julio de 2005 en Lima, Perú.

Resumen.

En el año 2015 el pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia (Colombia) cumplió 11 años de funcionamiento, así el curso “Acción colectiva I: Movimientos sociales y políticos” del mismo pregrado cumplió aproximadamente 8 años de estarse compartiendo. Pasado este tiempo es pertinente avanzar en análisis y evaluaciones tanto del pregrado como de cada uno de los temas que en este se han priorizado.

En este artículo se pretende hacer un balance de lo que ha sido la formación en el tema de la acción colectiva de los movimientos sociales en el pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia, su relación con los cursos del pregrado, con los trabajos de grado, la bibliografía que se ha utilizado y los trabajos finales de los estudiantes en las diferentes versiones del curso sobre acción colectiva, identificando tendencias sobre autores, temas y tipos de movimientos que se han trabajado, en donde se pueden destacar los territorios donde ocurren. Se hará un ejercicio analítico que permita hacer la relación de los aspectos anteriores con un balance más general del pregrado.

Palabras clave: Movimientos sociales, ciencia política, universidad de Antioquia.

El estudio de la acción colectiva y los movimientos sociales en ciencia política, un balance desde el pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia.

Introducción

La experiencia investigativa en el Grupo de investigación Estudios Políticos, y en particular de la Línea Migraciones, fronteras y reconfiguraciones políticas, llevó al interés por el tema, entre otros, de la acción colectiva y de los movimientos sociales. Además, la formación académica y el acompañamiento al curso “Acción colectiva I: movimientos sociales y políticos” ha motivado la elaboración de este artículo sobre lo que ha sido la experiencia de este curso en la Universidad de Antioquia, en relación con el pregrado en Ciencia Política al que pertenece.

Los autores de este escrito son Jonathan Alejandro Murcia, Politólogo, Magíster en Derecho y profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, ha acompañado el curso mencionado desde el año 2012. James Gilberto Granada Vahos, es Trabajador Social y Magíster en Ciencia Política, ha acompañado el curso en cuestión desde el año 2009. Ambos autores desarrollaron sus trabajos de grado relacionados con los temas de las acciones colectivas de las víctimas del desplazamiento interno forzado en Medellín (Colombia), tanto Jonathan Murcia en su trabajo de pregrado² como James Granada en el de Maestría³ desde estos trabajos se intensificaron las lecturas de manera sistemática al respecto.

Los dos profesores iniciaron las actividades docentes en el pregrado precisamente con esos temas, y comenzaron apoyando los grupos del curso Acción colectiva I, movimientos sociales y políticos desde el año 2009, luego comenzarían con la asesoría de trabajos de grado sobre los mismos temas, y es allí donde se fortalecen temáticamente, a la vez que se consolida el asunto de la acción colectiva en el pregrado en Ciencia política de la Universidad de Antioquia con el trabajo y apoyo de otros profesores y estudiantes.

Este texto se desarrolla de la siguiente manera, en primer lugar, se hace un breve recuento de los inicios del pregrado, del curso Acción colectiva I: movimientos sociales y políticos, y se hace mención de algunas relaciones con otros cursos del pregrado; en la segunda parte se trabaja propiamente cómo ha sido el desarrollo del curso, especialmente desde el año 2009, a partir del cual se ofrece de manera regular; en tercer lugar se hace un rápido balance de lo que ha sido la producción académica de los estudiantes en el curso y posterior a este en los trabajos de grado; por último se hace una recapitulación con algunas lecturas generales y tendencias del tema de la acción colectiva de los movimientos sociales en el pregrado.

1. Breve recuento histórico del pregrado y ubicación del curso Acción colectiva I.

² Véase Murcia, Jonathan. Acción colectiva de la población en situación de desplazamiento en Medellín y su reivindicación del derecho a la ciudad: análisis del período 2000-2009. Medellín. 2010. [Tesis Politólogo. Universidad de Antioquia.](#)

³ Véase Granada, James. Desplazamiento forzado y acción colectiva: la mesa de organizaciones de población desplazada de Medellín. Medellín. 2008. [Tesis Maestría en Ciencia Política. Universidad de Antioquia.](#)

El pregrado surge de un convenio firmado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y el Instituto de Estudios Políticos, ejercicio que se materializó en el año 2002 con el registro calificado que permitió el surgimiento formal y su posterior inicio de actividades académicas para el año 2004.

El pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia comienza ese año con una invitación a la Ciencia Política⁴, realizada por la profesora María Teresa Uribe, en el que se estimulaba en los nuevos estudiantes del nuevo pregrado estudiaran esa ciencia política llena de teorías, ideas, nociones y conceptos que le ayudaría a ver en la oscuridad, pero que luego deberían de volver al lugar de la gente común, de los simples mortales, “pues “ver en la oscuridad” no es otra cosa que interpretar lo que existe por fuera del dominio de lo conocido y luminoso, y vérselas cara a cara con lo que realmente ocurre en la vida social” (Uribe, 2008, 5).

El discurso inaugural elaborado y leído por la profesora María Teresa Uribe, era un punto no solo de partida, sino de expresión de los acumulados que hasta el momento había tenido la Universidad de Antioquia en general, sino la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y el Instituto de Estudios Políticos, para leer, estudiar, comprender y explicar la política.

De allí que en el pregrado se ha buscado que

Los estudiantes comprendan, interpreten y analicen de manera crítica y reflexiva los diversos fenómenos de la política contemporánea, por lo que algunos de los rasgos que lo definen son: la interdisciplinariedad, que se refleja en el diálogo de diversas ciencias sociales dentro de su diseño curricular; y el interés por formar profesionales con sólidas competencias investigativas y teóricas⁵

La ciencia política que se ha hecho en la Universidad de Antioquia ha sido un esfuerzo interdisciplinario, surgido desde diferentes ciencias sociales que estaban en la Universidad desde antes de la década de los 90, cuando se crea la maestría del Instituto de Estudios Políticos y más adelante el pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y del mismo Instituto, ha sido un esfuerzo que ha permitido “responder mejor al proceso de institucionalización de la disciplina y que, por otro lado, (ha creado) un nudo más fuerte entre los nexos universidad–sociedad y docencia-investigación” (Obando, 2014, 30).

En esa lógica es que se ha construido, y ajustado permanentemente, el curso “acción colectiva I, movimientos sociales y políticos” tratando de responder a la lógica del Instituto, la maestría y sobre todo del Pregrado, en la que se pretende retomar y trabajar diversos paradigmas para el estudio de la acción colectiva y de los movimientos sociales, se parte de comprender que “las disciplinas están abiertas a cambios, discusiones, debates, crisis (...), se necesita, más que nunca, una conjunción de metodologías y paradigmas que permitan construir una ciencia que responda mejor a las problemáticas de la realidad del país” (Obando, 2014, 30).

⁴ María Teresa Uribe de Hincapié. Una invitación a la ciencia política. En: Agenda cultural Alma mater. No 149. Noviembre de 2008. Disponible en:

<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/almamater/article/view/13836/12274>

⁵ Muñoz Tejada, Julián Andrés. 10 años Pregrado en Ciencia Política 2004-2014. 2014. Agenda 10 años del pregrado.

Sobre el curso Acción colectiva I, movimientos sociales y políticos.

El curso de Acción colectiva I, movimientos sociales y políticos hace parte del área de formación básica⁶ en la sub-área de “Formación política” del pregrado de Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. En esa lógica el curso está concebido como teórico, y efectivamente lo es en la medida que tiene una carga importante de lecturas de textos teóricos sobre la acción colectiva de los movimientos sociales y políticos, desde diferentes autores que se mencionan más adelante. Así se relaciona con cursos que lo preceden como los de “teoría política” en sus dos niveles, “teorías sociológicas”, “pensamiento político” en dos niveles, “problemas colombianos”, entre otros; y desde luego es importante para el curso del que es prerrequisito, “Acción colectiva II: Partidos políticos”.

Además de lo anterior el curso está relacionado de manera importante con otros cursos del área de énfasis profesional como la de “Ciudadanía: debates contemporáneos”, “Teorías del desarrollo” y “políticas públicas”. Así mismo se vincula al área de metodología en los trabajos y ejercicios investigativos que realizan los estudiantes incluyendo en sus trabajos de grado.

Aunque el curso es concebido como teórico, esto no niega ni excluye un importante énfasis en ejercicios prácticos que se han desarrollado desde el curso o relacionados con este, lo que ha contribuido a una interesante articulación con todo el pregrado, su currículo y sus propósitos, a la vez que quienes participan en el curso mantienen ejercicios teórico-prácticos de manera permanente.⁷

Es un curso considerado como obligatorio, tiene una dedicación semanal de 3 horas presenciales, para un total de 48 horas al semestre, más el trabajo extraclase tanto para los profesores como para los estudiantes que implica la preparación de las sesiones, las actividades evaluativas e investigativas. Es un curso que se considera como teórico, por lo tanto, es habilitable y validable de acuerdo a la estructura curricular del pregrado.

En las últimas versiones desde el curso se ha propuesto “proporcionar a las y los estudiantes (...) herramientas teóricas, conceptuales y metodológicas apropiadas para el análisis de las acciones colectivas, los movimientos sociales y políticos”⁸, con esto se hace un recorrido rápido por algunas teorías, enfoques y conceptos sobre la acción colectiva y los movimientos sociales.

En el curso se aborda desde los enfoques más viejos, que centraban su análisis en buscar las razones que motivan a los individuos a implicarse en una acción colectiva; se trabajan algunos de los enfoques analíticos estadounidenses y europeos, centrados en el estudio a partir de concepciones economicistas, constructivistas, racionalistas, sociológicas y politológicas, que han contribuido a la discusión a través de la construcción y

⁶ El pregrado tiene tres áreas: Formación básica, énfasis profesional y metodología de la investigación.

⁷ El último ejercicio, realizado los días 22 y 23 de agosto, al Municipio de San Carlos (Antioquia), permitió a estudiantes y profesores un acercamiento a procesos organizativos y de movilización de ese municipio, que sirvió de ejemplo permanente para el curso, para hacer lecturas empíricas de la teoría vista en clase y a la vez para problematizar la misma con las situaciones empíricas que la superan.

⁸ Granada Vahos, James Gilberto y Murcia, Jonathan Alejandro. Programa del curso Acción colectiva I: Movimientos sociales y políticos. Pregrado en Ciencia Política. Facultad de Derecho y Ciencias Política, Universidad de Antioquia. Semestre 2015-1. P. 2.

operacionalización de conceptos como la movilización de recursos, las estructuras de movilización, los repertorios de movilización, los marcos interpretativos, los Nuevos Movimientos Sociales, las estructuras de contexto y las estructuras de oportunidades políticas⁹.

Además se trabajan algunos de los enfoques y avances conceptuales en el contexto latinoamericano y colombiano, y algunas otras teorías o propuestas problematizadoras para el estudio de la acción colectiva. El “curso se apoya en estos recorridos teóricos, con el fin de generar espacios de aprendizaje, facilitando a los y las estudiantes herramientas conceptuales y metodológicas para el análisis politológico de la acción colectiva y de los movimientos sociales”¹⁰, aunque en el curso se han mantenido unos contenidos generales, cada semestre se ajusta según lo visto, las evaluaciones y recomendaciones de estudiantes, así como se incluyen nuevas lecturas o se actualizan según las lecturas de los profesores.

2. Programas del curso: temas y autores.

En este apartado se hará un resumen de lo que ha sido el curso de Acción colectiva I desde el primer semestre del año 2009, cuáles han sido los temas más trabajados por los profesores, cuáles han sido las teorías abordadas y desde que autores. Así mismo es importante la metodología trabajada en el curso.

En primer lugar se abordan los temas y autores en los que se han centrado profesores, a lo largo del curso se han hecho énfasis en sus diferentes versiones...

El curso, por lo menos desde el año 2009, parte de hacer un acercamiento a algunas definiciones básicas que ayuden a avanzar conceptualmente en el curso, pero que no pretende, ni lo lograría, ser exhaustiva, se trata de la relación que tienen las palabras clave del curso: “acción colectiva”, “movimientos sociales” y “movimientos políticos”, con otros conceptos como el de participación, comportamiento colectivo, movilización, ciudadanía, partido político, resistencia, revolución, entre otros.

Estas definiciones se consideran importantes y se hacen con el fin de tener precisiones provisionales que ayuden a avanzar en el curso, pero incluso las mismas definiciones construidas con todas las personas participantes se problematizan a medida que avanza el curso. Para esto se han trabajado autores como Norberto Bobbio (1997) y Gianfranco Pasquino (2011) especialmente, además las y los estudiantes deben hacer consultas por su cuenta, en la que vinculan diversos autores.

Otro aspecto clave en la primera parte del curso desde la versión del año 2009-1, es el tema de teorías que fueron pioneras, se trata especialmente de los enfoques psicologistas y teorías del comportamiento colectivo para la comprensión de los fenómenos de masa o las conocidas como teorías de masa, esto se ha trabajado directamente con Sigmund Freud (2004); igualmente se han trabajado enfoques asociados al marxismo y desarrollos

⁹ Granada Vahos, James Gilberto y Murcia, Jonathan Alejandro. Programa del curso Acción colectiva I: Movimientos sociales y políticos. Pregrado en Ciencia Política. Facultad de Derecho y Ciencias Política, Universidad de Antioquia. Semestre 2015-1. P. 2.

¹⁰ Granada Vahos, James Gilberto y Murcia, Jonathan Alejandro. Programa del curso Acción colectiva I: Movimientos sociales y políticos. Pregrado en Ciencia Política. Facultad de Derecho y Ciencias Política, Universidad de Antioquia. Semestre 2015-1. P. 2.

posteriores; así como los enfoques funcionalistas, estructuralistas, hasta llegar a los enfoques de la elección racional. Para esto se han abordado textos clásicos directamente como el Manifiesto del Partido Comunista de Marx y Engels; o La Lógica de la acción colectiva de Mancur Olson (2001), o se ha hecho indirectamente a través de textos en los que se hacen mapas generales de teorías, como el ya clásico hecho por Riechmann y Fernández (1994), Pablo Iglesias (2007), Charles Tilly y Lesley Wood (2010) y Sidney Tarrow (2012).

En la mayoría de las versiones del curso, pero cada vez con más precisión, se ha dedicado un espacio a la llamada teoría de los nuevos movimientos sociales, esta se ha matizado, tanto con y por las producciones realizadas en Europa y Estados Unidos, como por los desarrollos latinoamericanos, que le ponen límites, que hacen revisiones y consideraciones adicionales a lo producido especialmente en Europa. Para esto se ha trabajado de nuevo a Riechmann y Fernández (1994); Boaventura de Sousa (2001); Manuel Garretón (2002); Arturo Escobar, Sonia Álvarez y Evelina Dagnino (2001); Raúl Zibechi (2003); Marisa Revilla (2010); entre otros.

Con esto se ha dado un lugar en el curso a los movimientos sociales latinoamericanos, en ocasiones se ha establecido una relación con esos “nuevos movimientos” y se trabajan casi que en simultánea. En otras ocasiones, en el curso se ha trabajado al final una unidad sobre los movimientos sociales y la producción bibliográfica en América Latina sobre estos, volveremos luego sobre este asunto.

Otro apartado importante trabajado en el curso es el que tiene que ver con las formas, o incluso “amorfismos” en los movimientos sociales, para esto se ha trabajado, en un primer momento con la movilización de recursos y las estructuras de movilización, también se han vinculado reflexiones sobre las redes de acción colectiva, y en algunas ocasiones con otras propuestas que se refieren a las formas de organización y asociatividad en y para la acción colectiva.

Hay un punto importante que se trabaja en el curso, en ocasiones se vincula con algunos de los enfoques trabajados en lo que tiene que ver con las formas, estructuras o redes de acción colectiva, y es el que tiene que ver con los repertorios de la acción colectiva, se complejizan y se problematizan en el curso las reflexiones hechas por autores como Sidney Tarrow (2012), en las que se consideran tres tipos de repertorios, se consideran los matices para los casos en Colombia especialmente, las intersecciones y combinaciones de repertorios. De igual manera es importante el trabajo con el tema de los ciclos de movilización, de no movilización y desmovilización.

Igualmente se trabaja el tema de las estructuras de oportunidad política y estructuras de contexto, que junto con las mencionadas anteriormente vincula diversos autores Europeos y Estadounidenses, entre los que se destacan en el curso: Sidney Tarrow (2012); Doug McAdam, John D. McCarthy y Mayer N. Zald (1999); Dieter Rucht (1999); entre otros.

En el curso se ha trabajado además el tema de los contextos de violencia prolongada, es un aporte interesante hecho por diversos investigadores colombianos, entre los que se destacan en el curso la profesora Adriana González (2006) y Mauricio García Villegas (2005), quienes comprenden y explican las acciones colectivas en Colombia en relación con

contextos de conflictividad armada o de violencia, que en muchas ocasiones inhibe o imposibilita la acción colectiva, pero que en otros casos la promueve, transforma y ayuda a comprenderla.

El tema de los procesos enmarcadores en las versiones iniciales del programa del curso no era ni muy fuerte ni muy claro, se mezclaba con otros, o simplemente tenía un desarrollo marginal en algunas de las sesiones. Sin embargo, con el transcurso de los semestres se ha ido afinando, inicialmente con autores como Mayer Zald (1999), Alberto Melucci (1991), Verónica Espinal (2010), Arturo Escobar, Sonia Álvarez y Evelina Dagnino (2001). Además con ejemplos derivados de movimientos sociales latinoamericanos, indígenas, campesinos, de mujeres, de diversidades, urbanos, estudiantiles, entre otros, este tema ha tomado una forma en la que se combinan autores de diversas latitudes, y se hace un esfuerzo por reelaborar hipótesis interpretativas desde lo que sucede especialmente en Colombia.

Como se dijo anteriormente, en el curso al comienzo se le dedicaba un apartado, o unidad final, para trabajar los movimientos latinoamericanos, sin embargo, por las anomalías académicas, muy comunes en la Universidad de Antioquia¹¹, esta unidad era sacrificada por problemas de tiempo, y era recortada. De nuevo, en la última versión del curso (2015-1) se hace el intento de tener la Unidad sobre movimiento y parte de la producción de América Latina, para darle fuerza a este aspecto, que se trabaja con los autores ya mencionados.

Además se aborda una periodización de los ciclos y periodizaciones de la movilización social en Colombia, esto se trabaja especialmente con Mauricio Archila (2001), (2003) y (2004), quien tiene los trabajos más completos en el país sobre la movilización y la protesta social en Colombia en el siglo XX.

A pesar que al final del curso aparece un lugar para la movilización en América Latina y en Colombia, en todo el curso se están problematizando las teorías Europeas y Estadounidenses con los contextos, los movimientos y las producciones que se han hecho en varios países de América Latina, y que obviamente son muchas para un curso con tantas limitaciones de tiempo, por eso se hace una selección reducida de lo que se trabaja.

La metodología del curso ha sido variada, cada vez logra más un acercamiento entre elementos conceptuales rigurosos, situación y datos empíricos que permiten triangular información y mejorar en el proceso de aprendizaje de los estudiantes y profesores, en el curso es recurrente tanto la elaboración de referentes conceptuales, su exposición y discusión, como la presencia (aunque en menor medida) de personas vinculadas con organizaciones, movimientos sociales y acciones colectivas en general, así mismo los estudiantes participan en acercamientos a esos procesos, a diferentes movilizaciones,

¹¹ Como ha sido común en Colombia, en el resto de América Latina y en muchas otras partes del mundo, la Universidad Pública ha sido un lugar asociado y vinculado precisamente a la acción colectiva relacionada en especial con los movimientos estudiantiles. La Universidad de Antioquia es la segunda más grande del país en número de estudiantes, profesores y personal administrativo, y en esa misma medida es un lugar importante de expresiones reivindicativas y de acción colectiva que en muchas ocasiones interrumpe las actividades académicas formales de los semestres académicos de los pregrados pero que en muchas ocasiones abre otros espacios de aprendizajes para profesores, estudiantes y personal administrativo.

coyunturales o cíclicas, marchas, salidas de campo de identificación de organizaciones, redes, acciones colectivas o procesos organizativos.

De todas formas hay que decir que el curso se desarrolla principalmente en el aula de clase, pero a esta se vinculan diversas metodologías, herramientas tecnológicas y material audiovisual que permite la interacción permanente de lo conceptual con lo empírico.

El curso mantiene la posibilidad de la discusión en el salón de clase, aunque gran parte de las sesiones sean magistrales hay una motivación o posibilidad permanente de intervenciones de los estudiantes, algunas desde la espontaneidad y las discusiones que se propician en cada sesión; otras son programadas a través de relatorías y exposiciones. En cualquier caso, en el curso se posibilita y se promueven los cuestionamientos permanentes por parte de estudiantes, tanto a las afirmaciones de los textos como a las de los profesores y los compañeros.

En el curso se ha tratado de brindar herramientas para ver en ese “mundo oscuro” de las multitudes como diría la profesora Uribe, comprender al menos un pedacito del caos de la revuelta, de la movilización, de la acción de los colectivos, pero para volver allá, a comprender con la gente, con lo común, en el curso se ha tratado de brindar elementos conceptuales, teóricos y metodológicos diversos, a la vez que se trata de mantener una lectura crítica de estos, desde los acumulados propios de los profesores y estudiantes y con el acercamiento constante a las situaciones empíricas donde estos se manifiestan.

3. Producción realizada por los estudiantes, temas más recurrentes en el curso y en los trabajos de grado.

En este tercer apartado se aborda el trabajo realizado por los estudiantes haciendo énfasis en el curso y en los trabajos de grado.

Respecto a los trabajos del curso, aparecen algunos temas y movimientos en Estados Unidos, Europa, Asia y África, sin embargo, la mayoría de los trabajos se centran en lo que sucede en América Latina, hay algunos trabajos sobre la acción colectiva en Colombia, Antioquia y en Medellín.

En las primeras versiones del curso para el trabajo final se pedían reflexiones más teóricas y conceptuales que propiamente empíricas, y los movimientos que se abordaban eran algunos más cercanos a los participantes en el curso, ahí se destacan varias reflexiones sobre el movimiento estudiantil por ejemplo, especialmente el de la Universidad de Antioquia. En los primeros semestres los trabajos se refieren en muchos casos a elementos conceptuales sin referir necesariamente a acciones colectivas en concreto: movilización de recursos, contextos de acción colectiva, nuevos movimientos sociales en América Latina, y algunas otras reflexiones que trataban de relacionarse con temas clásicos como los partidos políticos, la democracia, las identidades, la oposición.

A pesar de lo anterior comienzan a parecer en los trabajos de los estudiantes temas referidos a movimientos latinoamericanos entre los que se destacan especialmente el Movimiento sin tierra de Brasil, el Zapatista en México, y se desarrollan otras tantas de diferentes partes del Continente especialmente Ecuador, Argentina, Brasil y México.

Hay que destacar además la conformación heterogénea de los participantes del curso, entre los que se destaca población indígena y afrocolombiana y de municipios diferentes a Medellín, donde está la sede principal de la Universidad, en la cual se ofrece el programa de Ciencia Política, lo anterior puede explicar en parte el interés de algunos de los estudiantes por temas referidos a las acciones colectivas de los indígenas, de las negritudes y de campesinos, en algunos casos de donde son oriundos los mismos estudiantes.

Sobresalen posteriormente trabajos más cercanos a las cuestiones empíricas que viven las y los estudiantes en Medellín, basados en sus experiencias, vuelve y aparece el movimiento estudiantil, pero toman mucha fuerza los movimientos de género, feministas y de mujeres, movimientos políticos importantes en Colombia como son Marcha Patriótica y Congreso de los pueblos. Además, cercanos a estos hay muchas expresiones de acción colectiva asociadas a las víctimas del conflicto armado, movimientos por la paz, por los derechos de las víctimas, movimientos de migrantes.

Destacan además movimientos ecologistas, animalistas, vegetarianos y veganos, a los que también se vinculan las y los estudiantes en sus propios activismos, y en su vida cotidiana. Desde el comienzo, aunque con menor frecuencia, han aparecido movimientos asociados a la comunicación, a la información y al hacktivismo.

Además del movimiento estudiantil hay otros movimientos y acciones colectivas asociadas a los movimientos juveniles que se destacan, como las vinculadas al hip hop en Colombia y en Medellín, al antimilitarismo, redes juveniles, entre otros.

Respecto a los trabajos de grado se destacan casi los mismos temas, aunque obviamente en menor medida, pues los estudiantes en sus trabajos de grado abordan temas diversos, entre los que aparecen los de movimientos sociales y acciones colectivas.

Entre los trabajos de pregrado que trabajan el tema de las acciones colectivas de los movimientos sociales se destacan los trabajos asociados a las víctimas, a las organizaciones juveniles, de las diversidades sexuales y de género, al arte y la comunicación, las migraciones, el desplazamiento forzado, los derechos humanos, el feminismo, el animalismo, entre algunos otros.

A modo de conclusiones.

De todo lo anterior, que se ha hecho en el curso o a partir de este, se destacan unos temas principalmente que hacen énfasis en la política desde otros lugares no dominantes, o la política desde abajo, como lo llama Marisa Revilla (2010), trabajos que se ocupan, en coherencia con el curso, por la política de los movimientos sociales o de las acciones colectivas, que de todas formas, en mucho de los casos está relacionada con la política formalizada e institucionalizada.

Además se destacan algunos temas por su recurrencia, y otros por lo novedoso en un pregrado tan joven, además por la capacidad que han tenido los estudiantes para vincular y relacionar enfoques, teorías y metodologías diversas para leer los temas- problema que deciden trabajar.

Con base en el trabajo realizado desde el curso, algunos estudiantes que lo han visto han desarrollado sus propios proyectos de investigación sobre movimientos sociales, no solo como trabajo de grado, sino como proyecto adelantado por un estudiante investigador y que recibe financiación por parte de la Universidad, y derivado de ese proyecto se comenzó un “Semillero sobre Movimientos sociales, Estado y contienda política”, que está en su fase inicial desde agosto de 2015.

Con todo lo descrito en este artículo se tiene una vinculación del curso acción colectiva I, movimientos sociales y políticos, con temas importantes para el pregrado en el cual se ofrece. Se ha visto una ampliación en la construcción disciplinar mediante la actualización y contextualización de temas, que en algunos casos no se trabajan muy a menudo en la Ciencia Política pero que sí cruzan fronteras en y con la Ciencias Sociales. De todas formas desde lo que se hace en el curso, se adelantan ejercicios de discusión disciplinar que tienen que ver con la acción colectiva y la politología.

BIBLIOGRAFÍA.

ARCHILA, Mauricio. Apabullados, pero no derrotados: movimientos sociales en Colombia al inicio del siglo XXI. En: Revista Foro, No. 50, Bogotá, junio 2004. DALTON, Russell J.;

KUECHLER, Manfred; y BÜRKLIN, Wilhelm. El reto de los nuevos movimientos. En: Los nuevos movimientos sociales: un reto al orden político. Pp. 19 – 42.

ARCHILA Mauricio, “De pobres a obreros: la construcción de la identidad”, en *Cultura e identidad obrera. Colombia 1910-1945*, Mérida, OPSU, 2003, pp. 305-347.

ARCHILA, Mauricio. Los Movimientos sociales en Colombia: una historia en seis momentos. En: Diálogo de saberes, No. 12 -13, Bogotá, jul-dic 2001. p 131-143.

MCADAM, Doug, MCCARTHY, John D. y ZALD Mayer N. Movimientos sociales: perspectivas comparadas. Ediciones Istmo. Madrid, Istmo. 1999.

ESCOBAR Arturo, Álvarez Sonia y Dagnino Evelina, “Introducción. Lo cultural y lo político en los movimientos sociales latinoamericanos”, en *Política cultural y cultura política. Una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*, Madrid, Taurus-Icanh, 2001, pp. 17-48.

ESPINAL, Verónica. Marco Teórico de la tesis “Discursos políticos y luchas por el reconocimiento: análisis de los marcos de acción colectiva de dos organizaciones de población desplazada. Montería 1998-2008”. Instituto de Estudios Políticos. Medellín, 2010.

FREUD, Sigmund. Psicología de las masas y análisis del yo. En: Obras Completas de Sigmund Freud. V. 18. Amorrortu. Argentina 2004. Pp. 67 – 136.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Capítulo 8. Acción colectiva contestataria en contextos de conflicto armado en Colombia. En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Sociedad de emergencia: acción colectiva y violencia en Colombia. 2005. Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2005. Pp. 153 - 195.

GARRETÓN, Manuel Antonio. La transformación de la Acción Colectiva en América Latina. En: Revista de la CEPAL. (Santiago de Chile). No 76, abril de 2002. p. 7- 24.

GONZÁLEZ GIL, Adriana. Acción Colectiva en contextos de violencia prolongada. Estudios Políticos No. 29, 2006, pp. 9- 60.

IGLESIAS TURRIÓN, Pablo. Enfoques teóricos sobre la acción colectiva: alcance y límites para el estudio de los movimientos globales. En: *Ágora: Revista de Ciencias Sociales*. (Valencia) N 17, 2007. Pp. 41 – 81.

MARX, Karl, 1818-1883 (Autor), ENGELS, Friedrich (Autor), Izquierdo Martin, Jesús (Traductor), Jones, Gareth Stedman (Introducción/Prólogo). El manifiesto comunista de Marx y Engels. – 1. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. 290 p.

MELUCCI, Alberto. La acción colectiva como construcción social. En: Estudios Sociológicos IX: 26, mayo-agosto. Pp. 357 – 364.

OBANDO TOBÓN, Luis Miguel. La institucionalización de la ciencia política en la Universidad de Antioquia: actores, procesos, logros y desafíos. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2014.

OLSON, Mancur. 8. La lógica de la acción colectiva. En: Diez textos básicos de ciencia política. 2001. Pp. 203- 220

REVILLA BLANCO, Marisa. América Latina y los movimientos sociales: el presente de la «rebelión del coro». En: Nueva Sociedad 227, Mayo - Junio 2010.

RIECHMANN, Jorge y FERNÁNDEZ, Francisco. Redes que dan libertad: introducción a los nuevos movimientos sociales. España: Paidós, 1994.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. “Los nuevos movimientos sociales”. Revista del OSAL No. 5, septiembre 2001. Buenos Aires, CLACSO. Pp. 77 – 84.

TARROW, Sidney. Redes y organizaciones. En: El poder en movimiento: Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política. 3 ed. Alianza editorial, Madrid.

TILLY Charles y WOOD Lesley J., Los movimientos sociales 1768-2008, Barcelona, Crítica, 2010

URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. Una invitación a la ciencia política. En: Agenda cultural Alma mater. No 149. Noviembre de 2008.

ZIBECHI, Raúl. “Los movimientos sociales latinoamericanos: tendencias y desafíos”. Revista del OSAL No. 9, enero 2003. Buenos Aires, CLACSO. Pp. 185 – 188.