

ISSN 0120-1867
ISSN-e 2145-615
Estud. Derecho

Estudios de Derecho

Directora
Amaya Querejazu Escobari

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA

Año LXXIV- segunda época.
enero - junio 2019
No. 167

Directora

Amaya Querejazu Escobari

Comité Editorial

María Rocío Bedoya Bedoya	Doctora en Gobierno y Asuntos Públicos, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia.
Mónica Vásquez Alfaro	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Adrián Albala	Doctor en Ciencia Política, profesor en el Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Brasilia, Brasil.
Manuel Alberto Restrepo Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Karen Isabel Cabrera Peña	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Gloria Amparo Rodríguez	Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Mónica María Bustamante	Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.
Andrés Gómez Rey	Magíster en Derecho Administrativo, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Julia Sandra Bernal Crespo	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Diego Eduardo López Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia.
Sorily Figuera Vargas	Doctora en Derecho, profesora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador.
Carolina Isaza Espinosa	Doctora en gobierno y administración pública, profesora en la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Colombia.
Alessandro Somma	Doctor en derecho comparado, profesor del Departamento de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Ferrara, Italia.
Gerardo Antonio Durango Álvarez	Doctor en Derechos Fundamentales, profesor de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.
Martha Esthela Gómez Collado	Doctora en Paz, Conflictos y Democracia, profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Autónoma del Estado de México, México.

Diego M, Papayannis	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Girona
Mary Luz Alzate Zuluaga	Doctora en Ciencia Política, profesora de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría	Magíster en Derecho, profesor de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Colombia.
Mercedes Fernández López	Doctora en Derecho, profesora del área de Derecho Penal de la Universidad de Alicante, España.

Comité Científico

Marcelo Cavarozzi	Doctor en Ciencia Política, profesor de la Universidad Nacional de San Martín, Argentina.
Victoria Camps	Doctora en Filosofía, profesora del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona, España.
Silvia Barona Vilar	Doctora en Derecho Procesal, profesora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, España.
Juan Carlos Monedero	Doctor en Ciencia Política, profesor del Departamento de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid, España.
Jaime Pastor Verdú	Doctor en Ciencia Política, profesor colaborador honorífico del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.
Manuel Atienza Rodríguez	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, España.
Guillermo Lariguet	Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Programa en Ética y Filosofía Política de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Ricardo Hoyos Duque	Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario, Colombia.
Juan Antonio García Amado	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, España.
Benoit Delooz Brochet	Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Chile.
Juan Antonio Cruz Parcero	Doctor en Derecho, investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Jean Pierre Matus A.	Doctor en Derecho Penal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile.
Josep Maria Vallès	Profesor emérito de la Facultad de Ciencias Políticas y de la Administración de la Universitat Autònoma de Barcelona, España.

Adrián Rentería Díaz

Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la U. de Milán. Profesor de Filosofía del Derecho en la Università degli Studi dell'Insubria, Italia.

Árbitros

Maxim Molchanov adscrito a Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine. Correo electrónico: max.moore@ubogazici.in
Rosa María Rosa Mirón Lince adscrita a la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Correo electrónico: rmiron2@yahoo.com.
Leticia Heras Gómez adscrita a la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Correo electrónico: herasleticia@yahoo.com.mx
Catalina García Vizcaíno adscrita a la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: cgvizcaino@fibertel.com.ar
Gregorio Jorge Larroca adscrito a la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: glarrocc@htomail.com
Rafael Grasa Hernández adscrito a la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Correo electrónico: Rafael.Grasa@uab.cat
Ivan Alexander Mahecha Bustos adscrito a la Universidad del Rosario, Colombia. Correo electrónico: imahecha@gmail.com
Jesús Rivero Casas adscrito a la Universidad Nacional Autónoma de México, adscrito a la México. Correo electrónico: jesus.rivero.ca@gmail.com.
Roman Zhukov adscrito a State Academic University for Humanities, Moscow, Russian Federation. Correo electrónico: jun.zhu@university-of-law.in.net
Diana Carolina Sánchez Zapata, adscrita a la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: diana.sanchez@udea.edu.co
Sebastián Senior Serrano, adscrito a la Universidad del Rosario, Colombia. Correo electrónico: sebastian.seniors@urosario.edu.co
Luis Antonio Muñoz Hernández adscrito a la Universidad Libre, Colombia. Correo electrónico: luismunoz24@msn.com.
Jaime Pastor Verdú adscrito a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España Correo: jpastor@poli.uned.es
Camilo Echandía Castilla adscrito a la Universidad Externado, Colombia. Correo: camilo.echandia@uexternado.edu.co
Alejandro Matta Herrera adscrito a la Universidad de EAFIT, Colombia. Correo: alemattaherrera@gmail.com.
Walter Lepore, adscrito al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México. Correo electrónico: walepore@uvic.ca

Carolina Isaza Espinosa adscrita a la Universidad Externado, Colombia. correo: carolina.isaza@uexternado.edu.co
Israel Covarrubias González adscrito a la Universidad Autónoma de Queretaro, México. Correo electrónico: icovarrubias76@hotmail.com.
Inés Malvina Calceglia, adscrita a la Università degli Studi di Milano, Italia. Correo electrónico: icalceglia@csjn.gov.ar
Verónica Giordano adscrito a la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina correo: veronicaxgiordano@gmail.com
Luis Daniel Vázquez Valencia adscrito a la Universidad Nacional autónoma de México, México correo: lvazquez@flacso.edu.mx
Andrea Arango Gutiérrez, adscrita a la Universidad Autónoma de Manizales, Colombia. Correo electrónico: andrea.arangog@autonoma.edu.co
Adriana María Sanín Vélez, adscrita a la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: adriana.sanin@udea.edu.co
Jaime Rodríguez Alba adscrito a la Universidad Siglo 21, Argentina albajaime@hotmail.com
Jorge Francisco Malem Seña adscrito a la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España correo: jorge.malem@upf.edu
Freddy Mariñez Navarro adscrito al Colegio de Jalisco, México. Correo electrónico: fmarinez@itesm.mx
Blendi Kajsiu, adscrito a la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: blendi.kajsiu@udea.edu.co
Ricardo Vargas Mesa, adscrito a la Universidad Nacional de Bogotá, Colombia. Correo electrónico: rivarme@gmail.com.

Asistentes editoriales:	Santiago Carmona Cardona Paula Andrea Chaverra Madrid
Edición y revisión de textos	Marcela Gómez Toro
Traducción y revisor de textos en inglés y portugués	Jorge Alberto Cossio Acevedo
Diseño y diagramación	Carolina Velásquez Valencia, Imprenta Universidad de Antioquia
Impresión	Trazos Visuales www.trazosvisuales.com +573128072015

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

- Web Of Science
- Lexbase
- Sociological abstracts
- International Bibliography of the Social Sciences
- CLASE
- Latindex
- EBSCO PUBLISHING
- MIAR
- Emerging Sources Citation Index
- International Bibliography of the Social Sciences (IBSS)
- International Political Science Abstracts (IPSA)
- Political Science Complete
- vLex
- Worldwide Political Science Abstracts
- Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Biblat
- LatinRev
- Academia



El contenido de esta revista está amparado bajo licencia de Creative Commons:
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

ISSN impreso: 0120-1867

ISSN-e: 2145-615

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Portadas y separatas:

Juan Camilo Carmona Tobón

Artista plástico

Abogado penalista

Correo electrónico: milomandrake@gmail.com

@Juankato7

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: calle 70 No. 52-72, oficina 404, edificio de Extensión

Teléfono: (574) 219 58 55

Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho

Índice

Artículos

- Los sistemas de creencias en la política de drogas en Colombia 2000-2015
Un análisis desde el Marco de Coaliciones Promotoras**
Daniel Acevedo Gómez y Andrés Macías Tolosa 11-40
- Un análisis crítico en torno a la relación entre democracia
y corrupción: el caso México**
Felipe Curcó Cobos..... 41-64
- (Re) pensar el federalismo fiscal: un estudio de las facultades del Congreso
de la Nación Argentina para eximir el pago de tributo**
Luciano Rezzoagli..... 65-92
- La seguridad después de la guerra: nuevos referentes
de seguridad para el post acuerdo de paz en Colombia**
Ángela Navia López..... 93-112
- La solución política del conflicto armado y la reivindicación de la memoria
como política cultural de las víctimas de crímenes de Estado: el caso
de la Fundación Manuel Cepeda Vargas**
Andrés Tafur Villarreal..... 113-142

Review of contractual obligations in the Civil Code of Ukraine

Anatoliy V. Kostruba..... 143-160

Reseñas

De Sousa Santos, Boaventura (2014). Democracia al borde del caos: ensayo contra la autoflagelación; traductor Jineth Ardila Ariza. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Siglo XXI Editores. 368 Págs.

José Javier Capera Figueroa 161-166

De Lima-Campos, Aluisio & Gaviria, Juan Antonio. (2017). *Introduction to trade policy*. Abingdon, Oxon; New York: Routledge. 306 pp.

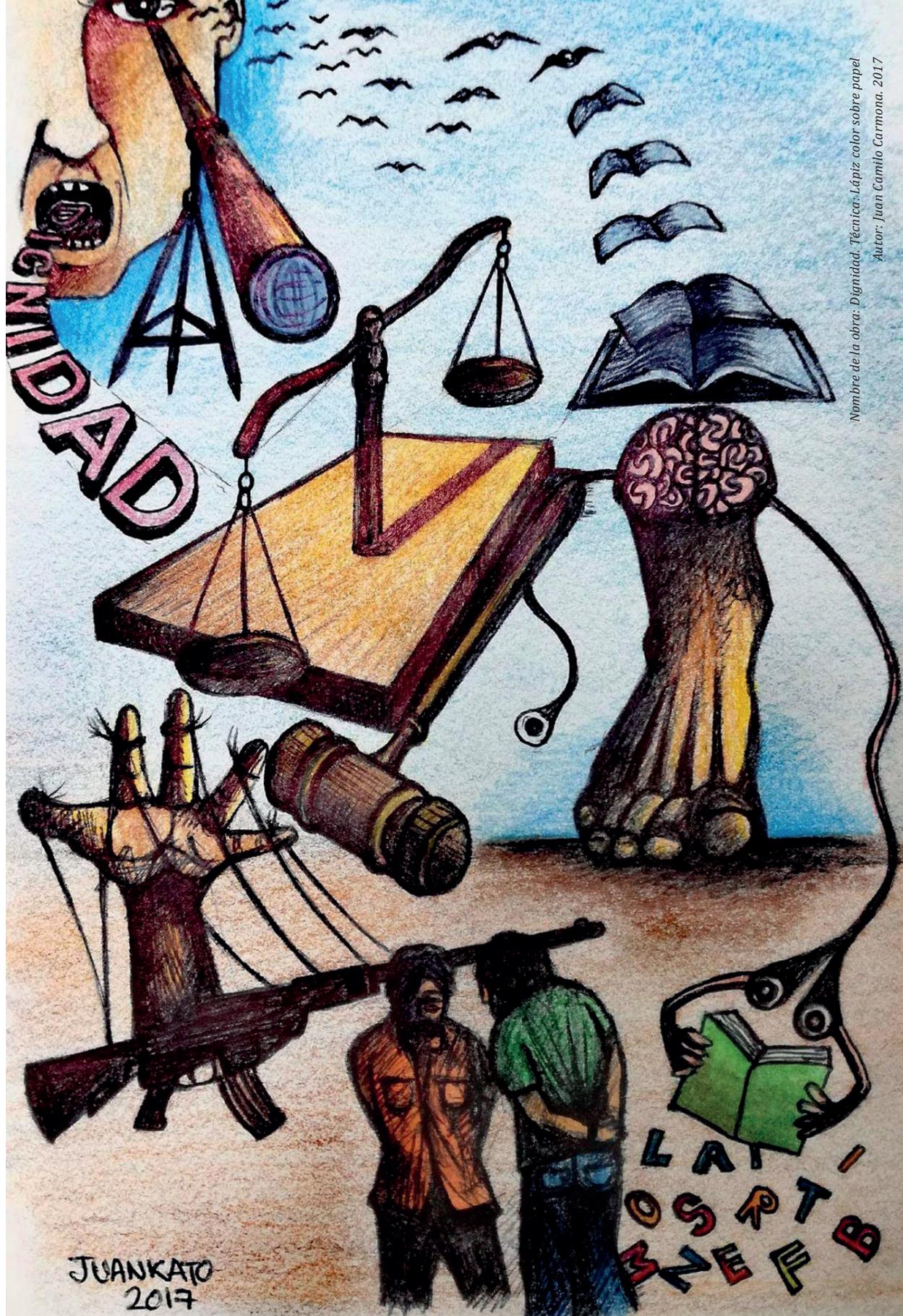
Carolina Vásquez Arango..... 167-172

Lecciones

Amparo universal de los derechos de los migrantes. Marco comparativo y convencional de protección

Enrique Gil Botero 173-215

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho... 216



DIGNIDAD

LIBERTAD

JUANKATO
2017

Nombre de la obra: Dignidad. Técnica: Lápiz color sobre papel
Autor: Juan Camilo Carmona. 2017

Los sistemas de creencias en la política de drogas en Colombia 2000-2015

*Un análisis desde el Marco de Coaliciones Promotoras**

Daniel Acevedo Gómez**

Andrés Macías Tolosa***

Resumen

El fracaso de la lucha contra las drogas ilícitas en Colombia en las últimas décadas, el aumento en los índices de consumo y la relativa tendencia de algunos países a legalizar ciertas sustancias, hacen relevante retomar el análisis de las políticas públicas encaminadas a enfrentar ese fenómeno, desde enfoques no tradicionales. En ese sentido, este artículo aborda esa problemática desde el enfoque del Marco de Coaliciones Promotoras y busca determinar los sistemas de creencias que han incidido en el diseño y desarrollo de la política de drogas en Colombia, desde el 2000, momento en que se inició el Plan Colombia, hasta que se completó su tercera fase en 2015. El estudio hace uso de la revisión documental como principal método de análisis, enfocándose en los discursos de las élites de la política pública de drogas en el país.

Palabras clave: política de drogas; sistema de creencias; Marco de Coaliciones Promotoras; regulación; prohibición.

Systems of beliefs in the Drug Policy in Colombia 2000-2015

An Analysis from the Advocacy Coalition Framework

Abstract

The failure of the war on drugs during the last decades in Colombia, the rise in the levels of consumption and the relative tendency of some countries to legalize certain substances, make it relevant to deepen the analysis, on public policies designed to confront such phenomenon, from non-traditional perspectives. In this sense, this article uses the Advocacy Coalition Framework to determine how the systems of beliefs have influenced the design and development of the policy on drugs in Colombia. The period of analysis begins in 2000, when Plan Colombia was first implemented, until 2015, when the third phase of that Plan was completed. This study uses document analysis as its main method of data collection, focusing especially on speeches performed by the relevant actors within the subsystem of the drug policy in Colombia.

Keywords: drug policy; systems of beliefs; Advocacy Coalition Framework; regulation; prohibition.

Os Sistemas de Crenças na política de drogas na Colômbia 2000-2015

Uma análise desde o Modelo de Coalizões de Advocacia

Resumo

O fracasso da luta contra as drogas ilegais na Colômbia nas últimas décadas, o aumento dos índices de consumo e a relativa tendência de alguns países a legalizar certas substâncias, tornam relevante retomar a análise das políticas públicas orientadas a lidar com este fenômeno, desde abordagens não tradicionais. Neste aspecto, este artigo aborda essa problemática desde a abordagem do Modelo de Coalizões de Advocacia e busca determinar os sistemas de crenças que têm influenciado na concepção e desenvolvimento da política de drogas na Colômbia, desde o ano 2000, ano em que começou o Plan Colombia, até que foi concluída a sua terceira fase em 2015. O estudo utiliza a revisão documental como principal método de análise, focando-se nos discursos das elites da política pública de drogas no país.

Palavras-chave: política de drogas; sistema de crenças; Modelo de Coalizões de Advocacia; regulamentação; proibição.

* Artículo de investigación. Derivado del proyecto "Análisis de la política de drogas en Colombia"; grupo de investigación: OPERA – Observatorio de Políticas, Ejecución y Resultados de la Administración Pública; línea de investigación: Conflicto, paz y seguridad. Investigador principal: Daniel Acevedo Gómez; Coinvestigador: Andrés Macías Tolosa; Fecha de terminación de la investigación: febrero de 2018.

** Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Sociólogo de la Universidad de Antioquia. Especialista en Gobierno, Gerencia y Asuntos Públicos y Magíster en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia. Adscrito a la Universidad Externado de Colombia, Colombia. Correo electrónico: danielacevedogomez@gmail.com. ORCID: 0000-0002-3223-6814

*** Docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia, Colombia. Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Gerencia de la Defensa Nacional de la Universidad Militar Nueva Granada. Magíster en Peace and Conflict Studies, Tokyo University of Foreign Studies. Doctorado en Peace and Conflict Studies. Correos electrónicos: hector.macias@uexternado.edu.co, andresmaciastolosa@gmail.com. ORCID: 0000-0003-0572-4772



Los sistemas de creencias en la política de drogas en Colombia 2000-2015

Un análisis desde el Marco de Coaliciones Promotoras

Introducción

El fenómeno de las drogas ilícitas ha afectado durante varias décadas la economía, la política y la sociedad colombiana; razón que ha demandado una permanente necesidad de elaborar políticas públicas orientadas a enfrentarlo. Éstas se han apoyado, desde un comienzo, en la política internacional de drogas, la cual se estructuró desde la década de 1960 sobre un aparente *sistema de creencias* prohibicionista y punitivo que careció de evidencias técnicas y científicas en la toma de decisiones. Después de 50 años de guerra contra las drogas, aún no se ha logrado solucionar el problema del narcotráfico en Colombia –un asunto que cobra aún más relevancia, al haber sido uno de los principales temas discutidos en el acuerdo de paz firmado entre el gobierno y las FARC-EP en 2016–. Por el contrario, cada día surgen nuevas sustancias psicoactivas que escapan a todo tipo de controles y ciertas drogas han comenzado a des-estigmatizarse en algunos sectores sociales; esto, fundamentado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el consumo responsable. Además, dinámicas derivadas, como el microtráfico, han evolucionado rápidamente al interior del país.

Este panorama ha abierto un debate en el *sistema político global*, permitiendo replantear el prohibicionismo en varios países, entre ellos Colombia, en donde desde el 2010 se hizo visible un cambio en el *subsistema de la política* de drogas con un nuevo abordaje del problema¹. En esa discusión, resultan relevantes las recientes estadísticas en torno a la lucha contra las drogas en Colombia, ya que

1 Se considera que ese *subsistema de la política* pudo haber sido promovido por una probable *coalicción promotora* liderada por el Gobierno Nacional, la cual se identificaría con un *sistema de creencias* regulador basado en el respeto a los derechos humanos y a la salud pública.

evidencian que el problema de la creciente oferta y demanda de sustancias psicoactivas no ha podido ser controlado en todos los años de vigencia de la guerra contra las drogas; menos aún, cuando ese fenómeno ha tenido una estrecha relación con el conflicto armado (Duncan et al, 2015). Por ejemplo, según el Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas 2013 en Colombia, el índice de personas que en algún momento de su vida han hecho uso de drogas -marihuana, cocaína, basuco, éxtasis o heroína- tuvo un aumento de más del 40 por ciento en un período de 5 años, entre 2008 a 2013 (Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio de Salud, 2013).

El debate se ha agudizado en los últimos años a raíz del considerable incremento de cultivos de arbusto de coca en el país (UNODC, 2016). Una de las posibles causas de dicha situación puede ser resultado de la decisión tomada por el Gobierno Nacional a través de la Resolución 0006 del 2015, que ordenó la suspensión de la aspersión aérea con glifosato. Lo anterior permite prever que aún se está lejos de eliminar tanto el consumo de drogas como la producción de las mismas, especialmente si se mantiene ese modelo prohibicionista que ha alimentado el desarrollo del mercado ilícito más grande del mundo, el cual beneficia mayoritariamente a las organizaciones criminales que han permeado todas las esferas de la sociedad colombiana.

Puede inferirse así que la actual política de drogas tiene gran parte de la responsabilidad sobre el problema que se ha generado a nivel mundial con estas sustancias, lo que hace relevante analizar la política pública de la guerra contra las drogas, desde enfoques no tradicionales, como lo puede ser el Marco de Coaliciones Promotoras —MCP— (*Advocacy Coalition Framework* según sus siglas en inglés). Ese enfoque analítico es complejo y requiere un desarrollo que excede el alcance de este documento; por esa razón, y como una primera aproximación a dicho análisis, el presente artículo aborda solo uno de los componentes del MCP al pretender responder la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los sistemas de creencias que han influido en el diseño y desarrollo de la política de drogas en Colombia en el periodo 2000-2015?

En ese sentido, el objetivo de este estudio es determinar esos sistemas de creencias que han podido llegar a incidir en la política de drogas en Colombia, desde el 2000, momento en que se inició el Plan Colombia, hasta que se completó su tercera fase en 2015. La hipótesis que se plantea en esta investigación consiste en que el *subsistema de la política de drogas* en Colombia ha presentado cambios en los últimos años del periodo de estudio, expresados en un mayor posicionamiento de un posible *sistema de creencias* regulador, entrando en una mayor tensión con el dominante *sistema de creencias* prohibicionista. Vale la pena destacar que con esta investigación no se busca argumentar que las decisiones de política pública obedecen, necesariamente, a los cambios en los sistemas de creencias; por el contrario, el marco de análisis utilizado busca plantear una explicación

más que ayudaría a entender cómo los sistemas de creencias pueden tener alguna incidencia en la toma de decisiones.

La investigación es de carácter netamente cualitativo, siguiendo los lineamientos del MCP, y hace uso de la revisión documental como principal método de análisis, el cual incluye publicaciones científicas, informes y reportes institucionales, discursos de funcionarios de alto nivel del Gobierno colombiano y de otras entidades, así como de actores con injerencia en la política de drogas.

1. Los sistemas de creencias dentro del MCP como herramienta de análisis de políticas públicas

El MCP es un enfoque teórico y metodológico que permite explicar la forma en que se producen los cambios en las políticas públicas, teniendo como eje de análisis las ideas (Gómez Lee, 2016). Las ideas conforman sistemas de creencias que se expresan a través de coaliciones promotoras, conformadas por diferentes actores provenientes de múltiples sectores. Estos actores tienen por objetivo mantener o modificar las políticas públicas, agrupándose, oficialmente o no, en dichas coaliciones, las cuales son sensibles tanto a procesos de aprendizaje político interno como a cambios externos. Todo esto se da en el marco de aquello que ha sido conceptualizado como el subsistema de la política.

Este enfoque comenzó a ser desarrollado durante la década de los ochenta por el norteamericano Paul A. Sabatier, dentro del paradigma cognitivista o constructivista, en el cual las ideas o los factores cognitivos tienen alta importancia en la formación de políticas públicas, y no solo la racionalidad o los intereses medibles y concretos (Roth, 2015). Se pretende de esta manera superar, en primer lugar, algunas de las limitaciones del Ciclo de las Políticas Públicas de Harold Laswell, ocasionadas por su linealidad y secuencialidad lógica (Ordóñez, 2013); en segundo lugar, las limitaciones que presentan los enfoques desde abajo (bottom – up) y desde arriba (top-down); y, en tercer lugar, la aparente ausencia de una teoría sobre el papel que juega la investigación y la información técnica y científica en el proceso de la política. El MCP busca así abordar estas tres limitaciones e integrarlas en un nuevo enfoque de análisis (Sabatier, Weible y Mc Queen, 2009).

Este enfoque ha sido puesto a prueba a través de diferentes investigaciones en distintos campos temáticos. Sus primeros esbozos se dieron entre 1981 y 1982 en un seminario dictado por Sabatier en la Universidad de Bielefeld, Alemania. Sabatier continuó desarrollando esos esbozos en los años siguientes, con la colaboración de Hank Jenkins-Smith y, recientemente, de Christopher Weible. Estos autores han ido realizando actualizaciones y ajustes al mismo, siendo los más recientes la reformulación del enfoque en 2007, donde se presentaron ajus-

tes “para facilitar las aplicaciones del mismo por fuera del sistema pluralista de Estados Unidos y poder aplicarlo en los regímenes corporativistas, como los de la Unión Europea, y en los regímenes ejecutivos autoritarios de algunos países en desarrollo” (Gómez Lee, 2012, p. 12).

Las principales categorías de análisis del MCP incluyen el subsistema de la política, el sistema político global, los sistemas de creencias, las coaliciones promotoras con sus actores y los intermediarios de la política. Esta investigación se centra, de manera específica, en el componente de los sistemas de creencias, los cuales pueden considerarse uno de los de partida del MCP. En ese sentido, el MCP tiene como premisa el análisis de los diferentes sistemas de creencias que componen un subsistema de la política. Los sistemas de creencias son entonces “conjuntos de prioridades de valor y asunciones causales, teorías implícitas sobre cómo alcanzar los objetivos, percepciones sobre el estado del mundo (incluyendo la magnitud del problema), percepciones sobre la eficacia de los instrumentos, etcétera” (Martinon, 2007, p. 295).

Es decir, los sistemas de creencias, son las estructuras de pensamiento y opinión de las élites de las políticas públicas. Estas élites están conformadas por aquellos que se han especializado en una o dos áreas y no en una gran variedad de temas, y tienen poder para influenciar el subsistema de la política (Sabatier y Hunter, 1989, p. 253). Dichas élites se componen de funcionarios de alto nivel del gobierno, congresistas enfocados en el subsistema de su interés, individuos que representan asociaciones u organizaciones sectoriales, académicos altamente reconocidos con influencia en el gobierno y líderes de opinión con capacidad movilizadora.

Las políticas públicas responden así a específicos sistemas de creencias de aquellos actores agrupados en coaliciones promotoras que las formulan y logran que sean aplicadas para el abordaje de situaciones específicas de interés colectivo. Estos sistemas se convierten así en plantillas sobre las cuales se miden y analizan los cambios en las políticas públicas, permitiendo superponer las creencias a manera de mapas cognitivos con las respectivas políticas, operando como una herramienta que permite apreciar la influencia de los diferentes actores en un período de tiempo determinado, así como el papel esclarecedor que ha tenido la información sobre el cambio de las políticas públicas (Martinon, 2007).

Ahora, los sistemas de creencias están organizados en tres niveles jerárquicos, a saber: un primer nivel denominado Núcleo Profundo (*Deep Core Beliefs*), que responde a las creencias normativas y fundamentales, el cual tiene cubrimiento sobre diferentes subsistemas de la política y, por lo tanto, son resistentes al cambio. Se encuentran aquí valores prioritarios como la libertad y la igualdad, los derechos individuales y colectivos, así como identidades culturales, religiosas o étnicas. Se ubica también en este nivel la tradicional dicotomía entre liberalismo

y conservadurismo, así como entre izquierda y derecha. (Weible y Sabatier, 2006; Sabatier y Weible, 2007; Gómez Lee, 2016). Igualmente se inscriben aquí valores prioritarios elevados a derechos fundamentales como el derecho a la salud, a la vida, a gozar de un ambiente sano, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la identidad cultural, entre otros.

En el nivel intermedio están las Creencias del Núcleo de la Política (*Policy Core Beliefs*), entendidas como aquellas del orden empírico relacionadas directamente con el subsistema de la política. Para Martinon (2007) en este nivel se

(...) incluyen prioridades de valor fundamentales, tales como la importancia relativa del desarrollo económico versus protección medioambiental; percepciones básicas concernientes a la seriedad general del problema y sus principales causas; y estrategias para realizar valores nucleares dentro del subsistema, tal como la división apropiada de autoridad entre gobiernos y mercados, el nivel de gobierno más apropiado para llevar el problema, y los instrumentos básicos de la política que deben usarse. (Martinon, 2007, p. 296)

Este nivel presenta una mayor flexibilidad al cambio que el Núcleo Profundo y expresa en sí los elementos que aglutinan las coaliciones promotoras al representar los compromisos e intereses que las élites de la política pública tienen en el subsistema de la política. Allí se han especializado y logrado un nivel de conocimiento sobre lo que consideran es el deber ser y lo que se debe hacer para solucionar determinada problemática que es objeto de la política. Puede entenderse esto como la mirada de largo plazo que tienen las coaliciones promotoras sobre el modelo de individuo deseable y el tipo de sociedad a la que se aspira llegar, más que los intereses particulares y coyunturales.

Finalmente, en el tercer nivel de los sistemas de creencias se encuentran los aspectos o Creencias Secundarias (*Secondary Beliefs*), que dan cuenta de las creencias específicas en referencia al subsistema de la política y al asunto que lo define, como lo son la composición de la coalición promotora, preferencias por medidas específicas a tomar para el logro de los objetivos o determinadas percepciones sobre asuntos puntuales. Este nivel es el más flexible al cambio a partir de información técnica y científica reciente, así como a sucesos específicos (Sabatier y Weible, 2007). Para el caso de estudio de esta investigación, podrían identificarse como Creencias Secundarias las posiciones frente al gramaje adecuado para la dosis de uso personal, el tipo de sanciones no privativas de la libertad a quienes sean capturados con cantidades superiores a las definidas como dosis para uso personal, la prohibición del consumo en espacio público, las estrategias a desarrollar para la erradicación de cultivos de uso ilícito ante la suspensión de las aspersiones aéreas, entre otras.

La Tabla 1 presenta una síntesis de estos tres niveles jerárquicos, comparando sus características principales, su alcance y su flexibilidad o posibilidad de cambio. La capacidad del investigador en identificar y diferenciar los tres niveles jerárquicos, le evitarán caer en equívocos al analizar los intercambios y negociaciones de los actores de las coaliciones promotoras, asignando erróneamente relevancia a aquello que no la tiene, y descuidando asuntos que pueden ser determinantes para el cambio en el subsistema de la política.

Tabla 1. Estructura de los sistemas de creencias.

	Núcleo Profundo <i>(Deep Core Beliefs)</i>	Creencias del Núcleo de la Política <i>(Policy Core Beliefs)</i>	Creencias Secundarias <i>(Secondary Beliefs)</i>
Características	Axiomas normativos y ontológicos.	Posiciones fundamentales vinculadas a un determinado subsistema de políticas públicas.	Decisiones instrumentales necesarias orientadas a cómo implementar las políticas públicas.
Alcance	Sobre todos los subsistemas de políticas públicas.	Específico de un Subsistema.	Específico de un Subsistema.
Posibilidad de cambio	Muy baja; equivalente a una conversión religiosa.	Muy difícil. Motivado por factores externos al subsistema	Relativamente fácil. En función de la información que haya.

Fuente: Tomado de Estévez y Esper (2008, p. 6).

2. Evolución de la política de drogas en Colombia y la problematización del narcotráfico

La denominada *guerra contra las drogas* se ha librado en todo el globo durante más de 50 años, sin llegar a tener grandes efectos en la reducción de la oferta y el consumo de drogas. Ante este fracaso, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -ONUDC- ha identificado graves *consecuencias negativas no intencionales* de esta guerra, la cual por su naturaleza coloca el control del tráfico de drogas en manos del crimen organizado, al mismo tiempo que criminaliza a los consumidores, quienes en la mayoría de los casos no representan problemas para la sociedad, ni son violentos, ni delincuentes. Mientras esto sigue sucediendo, el tráfico ilícito continúa creciendo al tiempo que se destinan vastos recursos para responder represivamente, penalizando a los eslabones más débiles de la cadena. (Lemaitre y Albarracín, 2011; Iturralde y Ariza, 2011; Uprimny, Guzmán y Parra, 2013; Inkster y Comolli, 2013).

La problematización del narcotráfico en Colombia, es decir su caracterización como un problema público, aunque tiene sus antecedentes a comienzos del siglo, comenzó en la década del 70 del siglo XX, asociándolo con violencia, terrorismo, delincuencia, corrupción y debilidad institucional. Como parte del mismo, el consumo de sustancias psicoactivas –SPA– se ha relacionado con delincuencia juvenil, violencia intrafamiliar, riñas callejeras, violaciones y homicidios, lo que ha derivado en la aparición de diversas interpretaciones y posibles soluciones al mismo problema, materializados en políticas públicas ajustadas a diferentes enfoques (Galán, Pachón y Guerrero, 2008; Room et al, 2013; Toro, 2013; Organización de los Estados Americanos [OEA], 2013a; Comisión Global de Políticas de Drogas [CGPD], 2014).

El camino hacia el prohibicionismo en Colombia se fue consolidando de la mano de la legislación internacional, la cual tuvo como primer antecedente de fiscalización la primera Conferencia Internacional sobre Drogas, conocida como la Comisión del Opio de Shanghai de 1909, a la que le sucedería la Convención Internacional del Opio de 1912. Aunque las drogas hicieron su primera aparición como estupefaciente al ser reportadas internacionalmente en cuanto a los niveles de consumo, importación, exportación, producción, fabricación e inventarios en la Convención Internacional del Opio realizada luego en Ginebra en 1925, su regulación pasó a ser más estricta en 1931 con la Convención de Limitación de la Fabricación y de Regulación de la Distribución de Drogas Narcóticas, la cual exigía a los países firmantes conformar internamente agencias para su control.

Cinco años más tarde, con la Convención para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Peligrosas en 1936, dichas agencias nacionales debían asumir tareas de monitoreo e investigación sobre las sustancias fiscalizadas (Inkster y Comolli, 2013). Finalmente, toda la regulación internacional de drogas se consolidaría en tres instrumentos que conforman hoy el triángulo de la política de drogas a nivel global, a saber: la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de Viena de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988².

Por su lado, Colombia y su estructura normativa en materia de drogas ha estado siempre acorde a los convenios internacionales. Es así que, en la presidencia del conservador antioqueño Belisario Betancur Cuartas se expidió la Ley 30 de 1986, por medio de la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Éste es hoy en día la base sobre la cual se orienta la política de drogas en Colombia. En esta norma se regula y penaliza el uso, consumo, producción y comercialización

2 Colombia adhiere a la Convención Única de Estupefacientes de 1961 y su Protocolo de Modificaciones de 1972 a través de la Ley 13 del 29 de noviembre de 1974; al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 con la Ley 43 del 29 de diciembre de 1980; y en relación a la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 a través de la Ley 67 del 23 de agosto 1993.

de estupefacientes, pero mientras la Ley definía la cantidad y tipos de sustancia de la dosis para uso personal, al mismo tiempo la penalizaba. El pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, fue el punto de partida para poner algunos límites a la política de drogas de corte prohibicionista en Colombia, declarando inexecutable los artículos 51 y 87 de la referida Ley, los cuales definían sanciones para los portadores de la dosis, así como tratamiento y rehabilitación. Al mismo tiempo ratificó la exequibilidad del literal j) del artículo 2º en el cual se definieron las cantidades de dosis para uso personal, hoy en día vigentes³. En dicha Sentencia el Magistrado Gaviria argumentó que se vulneraba el artículo 16 de la Carta Constitucional de 1991, bajo el cual “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”, definiendo así que:

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales. (Corte Constitucional, Sentencia C-221, 1994)

Precisamente, la tensión en Colombia entre posibles sistemas de creencias que promueven el prohibicionismo y la regulación, ha girado en buena parte durante más de veinte años en torno a esta trascendental jurisprudencia (Larreamendy y Vence, 2011; Camacho, Gaviria, y Rodríguez, 2011; Uprimny, Guzmán, y Parra, 2013).

Los años 90 vieron de esta manera la consolidación de una política de drogas absolutamente prohibicionista, ajustada a un contexto altamente violento, con presencia de múltiples actores armados ilegales, vinculados en la mayoría de los casos al negocio del narcotráfico. Carteles de la droga, grupos guerrilleros y paramilitares confluyeron en una guerra por y contra el Estado, lo que hacía imposible hacer visibles otras formas de abordaje de la problemática. El gobierno de los Estados Unidos abanderaba a nivel mundial la guerra contra las drogas, y Colombia era uno de sus principales aliados en la región.

Al respecto, Renán Vega (2015) hace un recorrido cronológico de la relación que han tenido los Estados Unidos y Colombia desde comienzos del siglo XIX hasta los tiempos actuales. La estructura que define, divide en varias fases los

3 El artículo 2, literal j) de la Ley 30 de 1986 estableció: “Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.”

momentos de esa relación. Es de particular interés la fase IV titulada *De la Contrainsurgencia Moderna al Plan Colombia (1962-1999)*, en la cual denomina como *Narcotización Contrainsurgente* la estrategia intervencionista norteamericana de lucha contra las drogas, donde la certificación que exigieron los Estados Unidos desde 1986 -año en que se expide el Estatuto Nacional de Estupefacientes- a los países productores de drogas, operó como “un instrumento de índole colonial, porque un poder externo decide a su arbitrio a qué país se le proporciona ayuda económica, asistencia técnica y cuenta con el beneplácito de los Estados Unidos” (2015, p. 34). Para comienzos de los años 90, específicamente en el Gobierno de César Gaviria (1990-1994), afirma que:

Colombia participa en la lucha contra la economía transnacional de narcóticos en los términos planteados por Washington, con lo cual accede a créditos y se convierte en el principal receptor de asistencia militar en la región, lo que cimienta su posición dependiente y subordinada. El tema antinarcóticos se torna en un mecanismo clave de intervención e injerencia en Colombia. (...) La lucha anti-narcóticos se utiliza de manera oportunista por consideraciones de orden político, puesto que Estados Unidos tolera y fomenta redes de narcotraficantes, si éstas son funcionales a sus intereses y además garantiza la existencia de la economía transnacional de narcóticos. (Vega, 2015, p. 35)

Después de César Gaviria, el gobierno de Ernesto Samper (1994-1998) se caracterizó por los escándalos sobre apoyo de dineros del narcotráfico a su campaña presidencial. Esa situación dejó serias secuelas a nivel interno y generó una enorme tensión con el gobierno de Estados Unidos, llevando la política a un periodo de relativo estancamiento. Una vez finalizado el gobierno de Samper, la política colombiana de guerra contra las drogas retomó el curso y se alineó nuevamente al eje norteamericano. En un contexto prohibicionista y con el recrudecimiento del conflicto armado en Colombia, el cual se alimentaba de las rentas que el narcotráfico le generaba tanto a guerrillas como a paramilitares, los gobiernos siguientes asumieron posturas acordes a la normatividad internacional, reafirmada por la declaración política de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas que abordó el problema mundial de las drogas en 1998.

Luego vino el Plan Colombia con el objetivo de luchar contra el narcotráfico, fortalecer la institucionalidad, recuperar la seguridad y consolidar el desarrollo social en el país. Comienza así un nuevo siglo con la misma política prohibicionista, la cual se agudizó con la lucha internacional contra el terrorismo en respuesta a los ataques del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, anulando temporalmente la posibilidad de buscar nuevas estrategias frente al problema de las drogas, las cuales empezarán a emerger lentamente a finales de la primera década del Siglo XXI, llevando a cambios en el subsistema de la política de drogas.

3. Sistemas de creencias en la política de drogas en Colombia

Para hacer un acercamiento a los posibles sistemas de creencias que se presentan en el subsistema de la política de drogas en Colombia, se considera necesario, en primer lugar, delimitar tres conceptos fundamentales que en el debate público hacen presencia, como lo son: prohibición, regulación y legalización. Estos conceptos se detallan en la Tabla 2, donde además se incluye la visión que tanto la Comisión Global de Políticas de Drogas –CGPD–, como la Organización de los Estados Americanos. –OEA– plantean sobre cada uno de ellos. De esa forma, se busca evitar equívocos en el proceso investigativo, asumiendo sistemas de creencias que en otros países pueden tener fuerte presencia en el subsistema y pueden contar con una coalición promotora que lo asuma, pero que no corresponden a la realidad colombiana.

Estas claridades conceptuales permiten suponer para Colombia la existencia de dos sistemas de creencias, el prohibicionista y el regulador, los cuales tienen su expresión a nivel mundial en los diferentes escenarios de toma de decisiones sobre la política de drogas.

Aunque en la Tabla 2 se presentan las definiciones de prohibicionismo, regulación y legalización, es posible afirmar que para el caso colombiano, la tendencia a la legalización es mínima, por lo que se puede inscribir dentro del mismo sistema de creencias regulador. En el debate sobre cuál debe ser el proceder del Estado en la materia, solo se presentan dos posturas: prohibir o regular. Esto no elimina la posibilidad de contar a futuro con un sistema de creencias legalizador, como lo hay en países como Estados Unidos y Uruguay, pero en Colombia aún no hay un contexto favorable ni élites de las políticas públicas que integren una coalición promotora madura que permita el desarrollo de este sistema de creencias.

Al interior de ambas posturas, al parecer se demarcan tendencias que podrían definirse también como más radicales y otras más flexibles o con sus respectivos matices. Ambas van tomando protagonismo e incidencia en las decisiones de política según la solidez y organización de las que serían las coaliciones promotoras, la madurez del subsistema de la política y las tensiones en el sistema político global. A continuación, se hace una caracterización de aspectos que sirven de indicios de los posibles sistemas de creencias, definiendo sus postulados centrales, operacionalizando los componentes de los tres niveles jerárquicos y dando cuenta cómo se expresan a partir de los discursos de las élites de las políticas públicas que los representan.

Tabla 2. Delimitación de conceptos en materia de política de drogas.

Entidad	Prohibición	Regulación	Legalización
Comisión Global de Políticas de Drogas. <i>Asumiendo el control: caminos hacia políticas de drogas eficaces. (2014).</i>	El establecimiento de sanciones penales para la producción, distribución y posesión de ciertas drogas (para usos no medicinales o científicos). Este término se utiliza en referencia al régimen internacional de control de drogas según lo definido por las convenciones y tratados de la ONU de 1961, 1971 y 1988, así como por las legislaciones nacionales (las sanciones varían ampliamente).	Conjunto de normas legalmente aplicables que controlan el mercado de la droga y que incluye la aplicación de diversos controles según los riesgos de las drogas y las necesidades de las realidades locales. Incluye la regulación de la producción, de los productos (precio, potencia, embalaje), de la disponibilidad (proveedores autorizados, ubicación de puntos de venta, controles de edad) y del marketing.	El proceso de poner fin a la prohibición de la producción, distribución y uso de drogas para uso no medicinal o científico. En el contexto de las políticas de drogas, la "legalización" se refiere generalmente a la posición política que defiende la "regulación legal" o los "mercados de drogas legalmente regulados" de sustancias actualmente prohibidas.
Organización de los Estados Americanos. <i>-OEA. Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013 – 2025. (2013b).</i>	Es la proscripción por parte de la ley penal del cultivo, la producción, la distribución y la posesión no autorizada de ciertas sustancias psicoactivas con propósitos diferentes a los medicinales o científicos.	Es un concepto que engloba un amplio rango de marcos regulatorios que permiten que las drogas controladas estén disponibles legalmente para otros propósitos diferentes a los medicinales o los científicos, pero siempre bajo control estatal, cuyos parámetros difieren según los riesgos a la salud que se derivan del consumo de cada sustancia. Los instrumentos de control administrativo previstos en cada marco regulatorio pueden incluir la prescripción y el despacho en farmacias y licencias condicionadas para la producción y la distribución, entre otras.	Hace referencia al proceso de eliminación de las prohibiciones legales sobre la producción, la distribución y el consumo de sustancias controladas para otros propósitos diferentes a los medicinales o los científicos, generalmente a través de la sustitución con un mercado regulado. Es un término que se asocia a menudo con la "liberalización" o con algunos regímenes en los que ha cesado la prohibición de ciertas drogas sin que se hayan impuesto necesariamente controles estatales estrictos.

Fuente: Elaboración propia con definiciones de la CGPD y la OEA.

3.1 Sistema de creencias prohibicionista

El sistema de creencias prohibicionista es aquel que considera que debe prohibirse y/o penalizarse el cultivo, producción, distribución, posesión y/o consumo de sustancias psicoactivas que se encuentran fiscalizadas a nivel internacional. En Colombia, este sistema de creencias se vino a consolidar recién en las últimas tres décadas. La manera en que el prohibicionismo se ha instaurado como el sistema de creencias que define el subsistema de la política de drogas se puede evidenciar a través de una investigación realizada por Uprimny, Guzmán y Parra (2013), quienes establecen cinco etapas en la evolución de la legislación penal sobre drogas en el país.

En la etapa 1 se pasa de una regulación preventiva a las primeras represiones, periodo comprendido entre los años 20's y los 60's; la etapa 2 está determinada por la influencia creciente de los tratados internacionales y la búsqueda de articulación de las represiones en los años 70's; en la etapa 3 comienza la búsqueda de la integralidad de la regulación a través del Estatuto Nacional de Estupefacientes o Ley 30 de 1986, en los años 80's; la etapa 4 se enmarca en la aprobación con reservas de la Convención de Viena de 1988; y la etapa 5, es definida por los autores como aquella que se debate entre la despenalización judicial del consumo y su prohibición constitucional, la cual comienza con la Sentencia C-221 de 1994 sobre dosis mínima personal hasta el Acto Legislativo 02 de 2009 y la incertidumbre jurídica generada por el mismo, que fue superada por sentencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional en los años siguientes.

Como se indicó, es a partir de la etapa 3 que empieza a operar integralmente en Colombia el prohibicionismo, en tanto la Ley 30 de 1986 se encuentra vigente y ha sido en torno a ella que se han dado los debates más álgidos en materia de drogas. Tal fue el caso de la Sentencia C-221 de 1994, que, como se indicó anteriormente, declaró inexecutable los artículos 51 y 87 de dicha norma, los cuales definían sanciones para los portadores de la dosis mínima, así como tratamiento y rehabilitación. De esta manera, pareciera que el prohibicionismo no es un sistema de creencias fijo o estático, sino que es dinámico dentro de sus límites, ya que en su interior pueden presentarse tensiones por parte de coaliciones promotoras que pretendan hacerlo más estricto o flexible.

La operacionalización de los componentes de lo que podría llegar a ser cada sistema de creencias, que se muestra en la Tabla 3 –y en la Tabla 5 para el sistema de creencias regulador–, es un requisito para una adecuada aplicación del MCP. Esto permite acercarse a su posible estructura, identificando aquellas creencias del núcleo profundo, las creencias del núcleo de la política, así como las creencias secundarias.

Tabla 3. Operacionalización de componentes de un posible sistema de creencias prohibicionista.

<p>Núcleo Profundo (Deep Core Beliefs)</p>	<p>Creencias del Núcleo de la Política (Policy Core Beliefs)</p>	<p>Creencias Secundarias (Secondary Beliefs)</p>
<ul style="list-style-type: none"> • El camino para acabar con las drogas es su ilegalización. • Las drogas generan violencia, amenazan los sistemas democráticos y el tejido social. • El narcotráfico es el principal financiador de la violencia y del terrorismo en el mundo y en Colombia. • Si no derrotamos la droga, la droga destruye nuestra libertad y anula la ilusión de vivir en paz. • La droga es el gran enemigo de los recursos ambientales. • Si no fuera por la droga, aquí ya no habría grupos terroristas. • La droga es el camino de ingreso de los niños a la delincuencia. Es un factor de generación de violencia infantil y juvenil, de destrucción de hogares. 	<ul style="list-style-type: none"> • La dosis para uso personal debe ser prohibida y sancionada al igual que su porte y consumo. A través de ella avanza el narcotráfico. • Las penas para delitos asociados con drogas deben aumentarse o al menos mantenerse. Es menos difícil prevenir y rehabilitar cuando hay rigor en la penalización, que cuando éste está ausente. • Las estrategias de erradicación de cultivos de uso ilícito deben contemplar la aspersión aérea y la erradicación manual forzosa y voluntaria. • Regular el cannabis con fines médicos y científicos puede abrir una puerta a la legalización de las drogas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Desde que se aprobó la dosis personal por parte de la Corte Constitucional el consumo se ha disparado en todo el país. • El porte y consumo de sustancias no debe darse en presencia de menores de edad ni en el espacio público. • Se debe actualizar y unificar la normatividad frente a drogas con un nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes. • Todas las estrategias de erradicación deben mantenerse. • Hay que incrementar las metas y hectáreas erradicadas anualmente y fortalecer la interdicción. • El Desarrollo Alternativo es necesario, pero con ajustes. • Si se regula el cannabis con fines médicos y científicos, debe ser monopolio del Estado y no de empresas privadas.

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de los discursos de los expresidentes Andrés Pastrana Arango (1998-2002) y Álvaro Uribe Vélez (2002-2006 y 2006-2010).

Finalmente, la forma en que los componentes arriba presentados se expresan, es a partir de los discursos e intervenciones de las élites de las políticas públicas que los representan, quienes, por su nivel de credibilidad, poder y liderazgo, los refuerzan en diferentes escenarios internacionales como nacionales, buscando aglutinar actores a su alrededor, recibir respaldo financiero y político, al igual que mantener la convicción de la ciudadanía sobre este tipo de políticas.

Para analizar esas formas de expresión, se seleccionaron fragmentos de discursos de los expresidentes Andrés Pastrana Arango (1998-2002) y Álvaro Uribe Vélez (2002-2006 y 2006-2010), así como del Ministro del Interior y de Justicia, Carlos Holguín Sardi (22 de agosto de 2006 – 20 de junio de 2008), y del Ministro de la Protección Social, Diego Palacio Betancourt (10 de febrero de 2003 – 7 de agosto de 2010). Para una mayor comprensión de la forma en que se expresa este sistema de pensamiento, se identificaron los temas con los que recurrentemente se asoció la problemática a fin de fortalecer el mismo, en tanto la opinión pública estaría más proclive a respaldar las políticas que propendieran por el prohibicionismo. Estos temas fueron la protección de la niñez y la juventud, el medio ambiente y los recursos naturales, la institucionalidad y la democracia, y la violencia y el terrorismo. Ese análisis se resume en la Tabla 4.

Llama la atención en los discursos presentados, cómo las élites acudieron a referenciar la problemática, acusando *la droga* como fuente de amenaza, y no englobándola en el problema del narcotráfico, acudiendo además a figuras como *microtráfico asesino, negocio criminal, peligro de contagio, gran destructor de la ecología, cadena de muerte y de dolor, amenaza y desestabilizar esta América Latina*, entre otras, lo que permite generar mayor identidad y respaldo a su discurso en el grueso de la población.

Para el período de análisis se identificó además que entre los años 2000 y 2010, durante la presidencia de Andrés Pastrana Arango y los dos períodos de Álvaro Uribe Vélez, fue cuando más énfasis se hizo en el modelo prohibicionista, motivo por el cual los fragmentos seleccionados corresponden a ese período de tiempo, situación que cambia en el período de gobierno de Juan Manuel Santos Calderón, como se verá más adelante. Si se tiene en cuenta que el MCP resalta el papel de las élites de las políticas públicas en su incidencia en el subsistema de la política, se da relevancia a las intervenciones de los presidentes y los ministros, quienes ante la hegemonía del prohibicionismo, al cual representaban, se ubicaban en un lugar de enunciación determinante para incidir en el subsistema.

Tabla 4. Temas de asociación de los discursos de las élites de las políticas públicas desde el posible sistema de creencias prohibicionista.

Tema de asociación	Actor de las élites que lo enuncia, tipo de intervención, lugar y fecha.	Fragmento de la intervención
Niñez y juventud	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Andrés Pastrana Arango, con ocasión de la entrega de 14 helicópteros Blackhaws y la inauguración de un hangar de mantenimiento para la brigada de aviación del Ejército Nacional. Tolima, Colombia. 8 de enero de 2002.</p>	<p>“Cuando luchamos contra el narcotráfico, además, estamos luchando por el futuro de nuestros niños y de las próximas generaciones que tienen derecho a crecer en un mundo sin droga y sin violencia.” (Pastrana. 2002).</p>
	<p>Intervención del Presidente de la República de Colombia, Álvaro Uribe Vélez, en la 64^a Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos, 23 de septiembre de 2009.</p>	<p>“No hay coherencia entre la severidad frente a la producción y tráfico y la permisividad con el consumo. Este ha llevado al microtráfico asesino en ciudades, a incentivar el consumo de adolescentes y jóvenes y a involucrar a niños en el negocio criminal.” (Uribe, 2009).</p>
Medio ambiente y recursos naturales	<p>Intervención del Presidente de la República de Colombia, Álvaro Uribe Vélez, ante el Consejo Permanente de la OEA. Washington D.C., Estados Unidos. 25 de marzo de 2004.</p>	<p>“La droga ha destruido en Colombia, país tan rico en biodiversidad y tan rico en disponibilidad de agua dulce por unidad de superficie, como muchos de los países hermanos que ustedes representan, 1.700.000 hectáreas de selva tropical. ¡Qué peligro del contagio! Si no paramos eso, va a destruir la cuenca Amazónica. (...) De pronto en las décadas que vienen, la droga puede destruir la cuenca amazónica, así parezca eso hoy, no anticipable. Hay que derrotar la droga, entenderla como el gran destructor de la ecología. Nuestro Continente tiene en la ecología la gran reserva del presente y el futuro y en la droga el gran enemigo de la ecología.” (Uribe, 2004).</p>
	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Álvaro Uribe Vélez en la reunión del Parlamento Latinoamericano Bogotá, D.C., Colombia. 23 de noviembre de 2007.</p>	<p>“El gran enemigo de nuestros recursos ambientales ha sido el narcotráfico. El Ministerio de Ambiente tiene un informe de cerca de 2 millones hectáreas de selva destruida por el narcotráfico: tumban la selva para sembrar droga. Y allí ha habido una discusión que hace más daño: el narcotráfico o la fumigación para eliminarlo.” (Uribe, 2007).</p>

Tema de asociación	Actor de las élites que lo enuncia, tipo de intervención, lugar y fecha.	Fragmento de la intervención
Institucionalidad y democracia	Palabras del Presidente de la República de Colombia, Andrés Pastrana Arango, en la primera sesión plenaria de la III Cumbre de las Américas. Quebec, Canadá. 21 de abril de 2001.	“El problema de las drogas ilícitas y la amenaza que implica contra nuestros sistemas democráticos y contra el tejido social de nuestros pueblos- no es solo un problema de Colombia: el epicentro está en todos y cada uno de nuestros países, que hacen parte, de una u otra forma, de esta cadena de muerte y de dolor.” (Pastrana, 2001).
Violencia y terrorismo	Discurso de posesión de Álvaro Uribe Vélez como Presidente de la República de Colombia. Bogotá, D.C., Colombia. 7 de agosto de 2002. Alocución del Presidente de la República de Colombia, Álvaro Uribe Vélez. Bogotá, D.C., Colombia. 9 de febrero de 2003.	“Si no derrotamos la droga, la droga destruye nuestra libertad, nuestra ecología y anula la ilusión de vivir en paz.” (Uribe, 2002). “El terrorismo internacional ve en sus cómplices de Colombia una de sus mejores posibilidades para desestabilizar esta América Latina, destruir la selva amazónica y sembrarla en droga y eso no lo vamos a permitir.” (Uribe, 2003).
	Argumentos del Ministro del Interior y de Justicia, Carlos Holguín Sardi, y del Ministro de la Protección Social, Diego Palacio Betancourt, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo 04 de 2007 - Senado, “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”. Bogotá, D.C., Colombia. 30 de julio de 2007.	“Pero aún más, el aumento del consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en los países europeos, como ha venido ocurriendo en Colombia, ha generado un incremento en la violencia, la delincuencia, el abandono escolar y académico, los embarazos precoces, la accidentalidad y el ausentismo laboral, entre otros.” (Sardi y Palacio, 2007).

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de los discursos de los expresidentes Andrés Pastrana Arango (1998-2002) y Álvaro Uribe Vélez (2002-2006 y 2006-2010), y de los ex ministros del Interior y de Justicia y de la Protección Social, Carlos Holguín Sardi y Diego Palacio Betancourt.

3.2 Sistema de creencias regulador

Es el sistema de creencias que considera necesario definir marcos regulatorios que permitan que las drogas estén disponibles legalmente para propósitos como los medicinales o los científicos, así como los de uso recreativo, ya sea bajo control estatal o con la participación del sector privado, cuyos parámetros pueden diferir según los riesgos a la salud que se deriven del consumo de cada sustancia. Argumenta este sistema que el Estado debe entrar a controlar y regular todo lo relacionado con el cultivo, la producción, la distribución, la posesión y el consumo de sustancias psicoactivas en tanto actualmente lo hace la criminalidad, generando problemas asociados a la violencia, la salud pública, la afectación del medio ambiente, corrupción, debilidad institucional, entre otros. La Comisión Global de Política de Drogas, integrada entre otros por el expresidente de Colombia, César Gaviria Trujillo, y exfuncionarios de organismos internacionales, manifestó en su informe del año 2014 que:

(...) a largo plazo, los mercados de drogas deberán estar regulados de manera responsable por las autoridades de gobierno. Sin la regulación, control y aplicación de las leyes, el tráfico de drogas permanecerá en manos de criminales organizados. En última instancia se trata de elegir entre dar el control al gobierno o a los carteles; no hay una tercera opción en que se pueda hacer desaparecer los mercados de drogas. (Comisión Global de Política de Drogas, 2014, p. 28)

Recientemente, la marihuana, como sustancia controlada dentro de las convenciones internacionales, ha empezado a ser regulada de una manera experimental en la que décadas atrás no habría sido posible. La información técnica y científica ha permitido realizar cambios en las políticas públicas de varios países del hemisferio como en los Estados Unidos, donde diferentes Estados han venido modificando sus normas, manteniendo marcos legales dentro del prohibicionismo penalizador, así como despenalizador, hasta marcos regulatorios y de legalización a través de la participación del sector privado en la producción y comercialización de la sustancia con fines medicinales y recreativos. (Galston y Dionne, 2013; Bewley-Taylor, Blickman, y Jelsma, 2014; y Csete, 2014).

El cambio en la coalición de gobierno en Colombia en el año 2010 abrió la puerta a nuevas discusiones al interior del subsistema, intensificándose tanto el debate como la producción académica en torno al tema. Es a partir de este año que comienza a plantearse la necesidad de reevaluar el modelo prohibicionista buscando alternativas que se centren en la salud pública y los derechos humanos y no en la criminalización. Irrumpe de esta manera un pensamiento

regulador, el cual había contado desde décadas atrás con defensores, pero no con una agrupación promotora en la que actores como el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, ministros y congresistas, así como investigadores de reconocidas universidades y centros de pensamiento, se articularan de una manera más organizada para intentar modificar el subsistema de la política de drogas.

Dentro de dicha agrupación se presentan matices tendientes a dar prelación al control estatal en lo referente a las drogas, como aquellos donde se promueve la participación del sector privado tanto en el cultivo, producción y distribución de las mismas, asociándose de esta manera con la liberalización de los mercados. Así ocurre actualmente en Colombia con sustancias como el tabaco y el alcohol, las cuales se encuentran reguladas pero su oferta recae en manos tanto del sector público como del privado.

En el ejercicio de operacionalización de los componentes del posible sistema de creencias regulador, se identificaron también aquellos que corresponden a las creencias del núcleo profundo, las creencias del núcleo de la política, así como las creencias secundarias. Ese análisis se presenta en la Tabla 5.

En línea con la información y el análisis llevado a cabo anteriormente, en la Tabla 6 se presentan fragmentos de discursos e intervenciones de las élites de las políticas públicas que representan aquello que podría llegar a ser un sistema de creencias regulador, centrando la atención en las del presidente Juan Manuel Santos, así como del Ministro de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes.

Santos, quien llegó al poder en el año 2010, marcó una ruptura con sus antecesores frente a la política de drogas, con posiciones basadas en el respeto a los derechos humanos y la salud pública, siendo el primer presidente que, no solo en el período de estudio, sino desde que la droga y el narcotráfico fueron problematizados en Colombia en los años 70, asume una posición de liderazgo internacional de crítica frente a los enfoques tradicionales basados en el prohibicionismo, impulsando la revisión y el cambio de estrategias, acorde a la nueva evidencia científica, la cual ha dado cuenta del fracaso de la denominada guerra contra las drogas.

Se identificaron también los temas con los que recurrentemente se asoció la problemática, tales como la necesidad de revisar la estrategia mundial contra las drogas ilícitas con base en información científica, el fracaso de la guerra contra las drogas, asumir un enfoque de derechos humanos y salud pública, proteger el medio ambiente y los recursos naturales, combatir los eslabones fuertes de la cadena del narcotráfico y tener alternativas para los eslabones débiles, conformación de un bloque regional que impulse la revisión de la política de drogas ante la ONU y, finalmente, el riesgo que genera el narcotráfico como generador de violencia y terrorismo.

Tabla 5. Operacionalización de componentes de un posible sistema de creencias regulador

<p>Núcleo Profundo (Deep Core Beliefs)</p>	<p>Creencias del Núcleo de la Política (Policy Core Beliefs)</p>	<p>Creencias Secundarias (Secondary Beliefs)</p>
<ul style="list-style-type: none"> • El terrorismo y el narcotráfico se retroalimentan uno al otro, porque muchas veces los dineros de las drogas ilícitas son los que financian los actos y los grupos terroristas. • El derecho penal debe ser el último recurso para enfrentar la problemática de las drogas frente a los eslabones débiles de la cadena del narcotráfico, y reservarse para las conductas que más perjuicio causen a la sociedad. • Se debe concertar y revisar la estrategia mundial contra las drogas ilícitas, para acordar una política global única, más efectiva, basada en evidencia científica y en la que todos los países contribuyan por igual. • Los esfuerzos realizados y los inmensos costos de la guerra contra las drogas no han logrado frenar este flagelo. • Los grandes carteles de la droga fueron desmantelados y ya no amenazan la supervivencia del Estado colombiano. • Combatir la oferta de drogas ilícitas no es un tema de mano blanda o de mano dura, sino de mano inteligente. • Hay que aprender a convivir con las drogas de tal forma que hagan el menor daño posible, así como hoy ocurre con el tabaco y el alcohol. No es posible ni realista un mundo libre de drogas. • Se requiere promover una cultura de la legalidad que nos permita superar el “todo vale”, el culto a la mafia y el culto a la violencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • La drogadicción es un grave problema de salud pública que requiere políticas de prevención y del tratamiento del consumo, cimentadas en el respeto a los derechos humanos y enfocadas en la salud pública. • Hay que analizar y discutir si la descriminalización o la regulación del consumo de drogas van a tener efectos positivos, negativos o neutros. • Hay que atacar los eslabones de la cadena del narcotráfico de forma diferenciada. El Estado no debe dejar de combatir al crimen organizado, pero se requiere una discusión centrada en la gente, en las víctimas del narcotráfico, que finalmente son los consumidores, los campesinos, las víctimas de la violencia, las “mulas” pequeñas y los presos. • Se debe suspender la aspersión aérea de cultivos ilícitos y definir acciones para mejorar las condiciones de vida de la población rural, preservar los ecosistemas y la biodiversidad, y evitar la deforestación. • La utilización medicinal y terapéutica de la marihuana es una medida práctica y compasiva, para reducir el dolor y la ansiedad de los pacientes con enfermedades terminales, pero también como una forma de comenzar a sacar de las manos de los criminales el ser los intermediarios entre el paciente y una sustancia que les va a permitir aliviar su sufrimiento. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es necesario contar con información científica y evidencia sobre los resultados de la política de drogas a través de un Observatorio de Drogas. • Agencia para la Sustitución de Cultivos. • Se requiere un plan integral en materia de sustitución de cultivos ilícitos que aborde el tema desde 6 frentes: La inversión social, la sustitución, la interdicción, la investigación y la judicialización, consumo y reforma institucional. • Al regular el cannabis con fines médicos y científicos, se debe definir si el sector privado extranjero podrá tramitar las licencias respectivas para el desarrollo del sector.

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de los discursos del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014 y 2014-2018).

A diferencia de los contenidos enunciados por las élites de las políticas públicas en la primera década del siglo XXI, tiempo en el cual fue hegemónico el prohibicionismo, entre los años 2010 y 2015 los discursos y las prácticas se orientaron hacia la promoción de políticas basadas en los derechos humanos y la salud pública. Eventos externos al subsistema de la política de drogas como el cambio en la coalición de gobierno y el inicio de los diálogos para lograr un acuerdo de paz entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP, sumado a cambios de opinión a nivel mundial, también incidieron directamente en este.

A nivel interno del subsistema, se identifican los cambios en materia de política de drogas frente a sustancias como la marihuana en diferentes Estados de los Estados Unidos, así como en Uruguay (Uprimny, 2013; Bermúdez, 2013). A eso, se suman los giros dados a nivel interno sobre dosis personal y de aprovisionamiento, las aspersiones aéreas con herbicida glifosato y la reglamentación de la marihuana con fines médicos y científicos. Además, se abrió campo a una posición política basada en el diálogo y el consenso, impulsada por el Gobierno Nacional, que empezó a generar cuestionamientos sobre el modelo prohibicionista, presentándose nueva información y evidencia científica.

Tabla 6. Temas de asociación de los discursos de las élites de las políticas públicas desde el posible sistema de creencias regulador.

Tema de asociación	Actor de las élites que lo enuncia, tipo de intervención, lugar y fecha.	Fragmento de la intervención
Revisión de la estrategia mundial contra las drogas ilícitas con base en información científica	Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su 65 Período de Sesiones Ordinarias. Nueva York, Estados Unidos. 24 de septiembre de 2010.	"Vemos con preocupación la contradicción de algunos países que, por un lado, exigen una lucha frontal contra el narcotráfico y, por otro, legalizan el consumo o estudian la posibilidad de legalizar la producción y el comercio de ciertas drogas. (...) Estas contradicciones hacen urgente —y en esto nos unimos al llamado del Presidente Leonel Fernández, de República Dominicana—, que concertemos y revisemos la estrategia mundial contra las drogas ilícitas, para acordar una política global única, más efectiva y en la que todos los países contribuyamos por igual a este esfuerzo." (Santos, 2010).
	Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en la instalación de la VI Cumbre de las Américas. Cartagena, Colombia. 14 de abril de 2012.	"Colombia, y muchos otros países de la región, creemos que es necesario iniciar una discusión, un análisis sobre este tema que —sin prejuicios ni dogmas— contemple los diferentes escenarios y las posibles alternativas para enfrentar este desafío con mayor efectividad. Debe ser una discusión abierta, sin sesgos ideológicos, sin sesgos políticos, rigurosa, y basada en la evidencia sobre los costos y beneficios de cada alternativa." (Santos, 2012).
Fracaso de la guerra contra las drogas	Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en el Foro "Política de Drogas, tras 25 años de la muerte de Luis Carlos Galán: ¿Qué tanto hemos avanzado?" Bogotá D.C., Colombia. 14 de agosto de 2014.	"La guerra contra las drogas que se declaró el mundo en Naciones Unidas ha sido una guerra que en cierta forma ha fracasado. El enfoque actual de esa guerra no ha sido exitoso. (...) El flagelo no desaparece." (Santos, 2014).
	Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en la instalación de la XXXII Conferencia Internacional de Control de Drogas. Cartagena, Colombia. 2 de junio de 2015.	"En el año 1961, cuando se suscribió la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes, el mundo inició una guerra que hoy 54 años después, tenemos que reconocer que no hemos ganado. Llevamos 54 años en guerra y no la hemos ganado. Y la pregunta es: ¿Eso es lo mejor que podemos hacer? ¿Acaso el actual es el único enfoque con el que se puede hacer frente a este fenómeno?" (Santos, 2015).

Tema de asociación	Actor de las élites que lo enuncia, tipo de intervención, lugar y fecha.	Fragmento de la intervención
<p>Enfoque de derechos humanos y salud pública</p>	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en el Foro "Política de Drogas, tras 25 años de la muerte de Luis Carlos Galán: ¿Qué tanto hemos avanzado?" Bogotá D.C., Colombia. 14 de agosto de 2014.</p> <p>Palabras del Ministro de Justicia y del Derecho de Colombia, Yesid Reyes Alvarado, con ocasión del Segmento Especial del 58 Periodo Ordinario de Sesiones de la Comisión de Estupefacientes. Viena, Austria. 14 de marzo de 2015.</p>	<p>"La discusión avanza en Washington, en el Consejo Permanente, donde hemos abogado también generar consensos en torno a políticas de prevención, del tratamiento del consumo, cimentadas y esto es un elemento importante, cimentadas en el respeto a los Derechos Humanos y enfocadas en la Salud Pública. Con esos paraguas, por así decirlo, con esos principios, eso también ayuda a ir encontrando caminos." (Santos, 2014).</p> <p>"(...) el consumo de drogas debe ser abordado desde una perspectiva de salud pública; esto implica poner el énfasis en la prevención, no estigmatizar a los usuarios, reconocerles sus derechos y adoptar medidas que reduzcan el daño asociado a los usos problemáticos. También en el ámbito del consumo se requiere el diseño de respuestas diferenciadas frente a las diversas sustancias y a las distintas poblaciones. En este contexto, el gobierno de Colombia reafirma su decisión de continuar impulsando la regulación del uso de la marihuana medicinal en nuestro país. Es imprescindible abrir una reflexión sobre cómo debemos responder al problema del consumo de drogas privilegiando una perspectiva de salud pública y de respeto a los derechos humanos, que marque una diferencia con el uso del derecho penal como forma de reacción frente a conductas delictivas." (Reyes, 2015).</p>

Tema de asociación	Actor de las élites que lo enuncia, tipo de intervención, lugar y fecha.	Fragmento de la intervención
Medio ambiente y recursos naturales	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en la instalación de la XXXII Conferencia Internacional de Control de Drogas. Cartagena, Colombia. 2 de junio de 2015.</p>	<p>“Como ustedes deben saber, recientemente decidimos suspender la aspersión aérea de los cultivos ilícitos con el herbicida glifosato, atendiendo una recomendación de la Organización Mundial de la Salud, pero, sobre todo, una sentencia de nuestra Corte Constitucional. Éramos el único país que asperjaba el glifosato para combatir los cultivos de droga.” (Santos, 2015).</p>
	<p>Declaración del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, al poner en marcha la Estrategia Integral de Sustitución de Cultivos. Bogotá D.C., Colombia. 22 de septiembre de 2015.</p>	<p>“Hoy, entonces, comienza una nueva era en la lucha contra el narcotráfico en nuestro país. (...) El dividendo ambiental de este plan, así lo está percibiendo el mundo, es inmenso. No solo avanzaremos contra toda la cadena del narcotráfico, no solo mejoraremos las condiciones de vida de nuestra población rural, sino que cuidaremos y preservaremos nuestros parques, nuestro ecosistema, nuestra biodiversidad y evitaremos, por supuesto, la deforestación.” (Santos, 2015).</p>
Combatir los eslabones fuertes y tener alternativas para los eslabones débiles del narcotráfico	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en el Foro “Política de Drogas, tras 25 años de la muerte de Luis Carlos Galán: ¿Qué tanto hemos avanzado?” Bogotá D.C., Colombia. 14 de agosto de 2014.</p>	<p>“¿Qué sacamos con encarcelar campesinos? Debemos seguir atacando los eslabones más fuertes de la cadena. Y así lo hemos hecho. Y lo seguiremos haciendo, porque en el caso colombiano es una cuestión casi que de seguridad nacional. (...) Y los planes de tratamiento diferenciado para prevenir el consumo, curar la adicción que voluntariamente quiera ser curada, generar mecanismos para mitigar los daños del consumo. Todo eso es parte de lo que tenemos, cada vez, discutir más y poner más en marcha.” (Santos, 2014).</p>

Tema de asociación	Actor de las élites que lo enuncia, tipo de intervención, lugar y fecha.	Fragmento de la intervención
<p>Conformación de un bloque regional que impulse la revisión de la política de drogas ante la ONU</p>	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en la apertura de la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y el Caribe. Caracas, Venezuela. 2 de diciembre de 2011.</p>	<p>“Y creo que bien valdría la pena analizar, simplemente sentarnos a discutir, si lo que estamos haciendo es lo correcto, si lo que estamos haciendo nos va a llevar al objetivo final, si vamos a poder vencer este flagelo o si hay otros mecanismos. Yo creo que si América Latina dice discutamos el problema — porque nosotros tal vez no hay una región que más esté sufriendo el flagelo del narcotráfico y lo dice un país que ha tenido relativo éxito que América Latina—, y por eso creo que bien vale la pena llevar, de pronto al seno de las Naciones Unidas, la solicitud de que discutamos.” (Santos, 2011).</p>
	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su 67° Período de Sesiones Ordinarias. Nueva York, Estados Unidos. 26 de septiembre de 2012</p>	<p>“Los gobiernos de América acordamos emprender un análisis y una discusión sobre el balance, la efectividad y las perspectivas de la llamada ‘Guerra contra las Drogas’, y sobre las posibles alternativas a ella. Es nuestro deber determinar —sobre bases objetivas científicas— si estamos haciendo lo mejor que podemos o si existen mejores opciones para combatir este flagelo.” (Santos, 2012).</p>
	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en el Foro “Política de Drogas, tras 25 años de la muerte de Luis Carlos Galán: ¿Qué tanto hemos avanzado?” Bogotá D.C., Colombia. 14 de agosto de 2014.</p>	<p>“También promovimos y estamos activamente en la organización de una Asamblea Especial de Naciones Unidas dedicada también al problema de las drogas, que ya está citada para el año 2016. Lograr buenos resultados en esa Asamblea depende de la disposición de los países a aceptar que las políticas de drogas no pueden continuar sin modificaciones, aceptar que no hemos ganado.” (Santos, 2014).</p>
<p>Violencia y terrorismo</p>	<p>Palabras del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, en el Foro “Política de Drogas, tras 25 años de la muerte de Luis Carlos Galán: ¿Qué tanto hemos avanzado?” Bogotá D.C., Colombia. 14 de agosto de 2014.</p>	<p>“Los grandes carteles de la droga fueron desmantelados y ya no amenazan la supervivencia del Estado colombiano, los cultivos de coca se han venido reduciendo, la última cifra es que es un 60 por ciento en la última década. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos, el negocio de las drogas —de las drogas ilícitas— sigue ahí vigente, vivito y coleando sigue siendo muy lucrativo, y el narcotráfico sigue siendo el principal financiador de la violencia y del terrorismo.” (Santos, 2014).</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de los discursos del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014 y 2014-2018) y del ex Ministro de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes Alvarado.

4. Conclusiones

Con base en los lineamientos del MCP, en el subsistema de la política de drogas en Colombia se pueden identificar dos claros sistemas de creencias: el prohibicionista y el regulador. Si bien se puede hablar, de manera conceptual, de un tercer sistema de creencias -el legalizador-, no es posible aún identificar una coalición promotora que lo promueva.

De esos sistemas de creencias, se encontró que el prohibicionista fue el primero que se consolidó en el país, especialmente a través del Estatuto Nacional de Estupefacientes de 1986. Al interior de ese sistema de creencias, se evidenciaron tensiones y debates constantes, pero la posibilidad de un cambio en él era muy baja, ya que las élites que dominaban ese sistema de creencias lograban generar una gran identidad y un fuerte respaldo alrededor de la idea de la droga como una amenaza a la población y, por ende, la necesidad de su prohibición. Esa connotación de amenaza se mantuvo vigente en el núcleo profundo del sistema de creencias por décadas.

Sin embargo, en 2010 cambió la coalición de gobierno, situación que abrió la posibilidad de entablar nuevas discusiones al interior del subsistema de la política de drogas. La llegada del presidente Santos marcó una ruptura con los gobiernos anteriores, ya que llegó con unas ideas que reemplazaban ese concepto de amenaza a la población, por la relevancia del respeto a los derechos humanos y a la salud pública. Así se fue fortaleciendo el sistema de creencias regulador, apoyado adicionalmente por los resultados negativos del modelo prohibicionista y por eventos externos al subsistema de la política, como el apoyo internacional a enfoques no tradicionales y los diálogos de paz con las FARC-EP. Es importante destacar que en todo este proceso, las decisiones de la Corte Constitucional jugaron un rol relevante en la consolidación de uno u otro sistema de creencias.

Así se puso en duda la política de drogas basada en el prohibicionismo, generando a su vez un cambio de actitudes en las élites de las políticas.

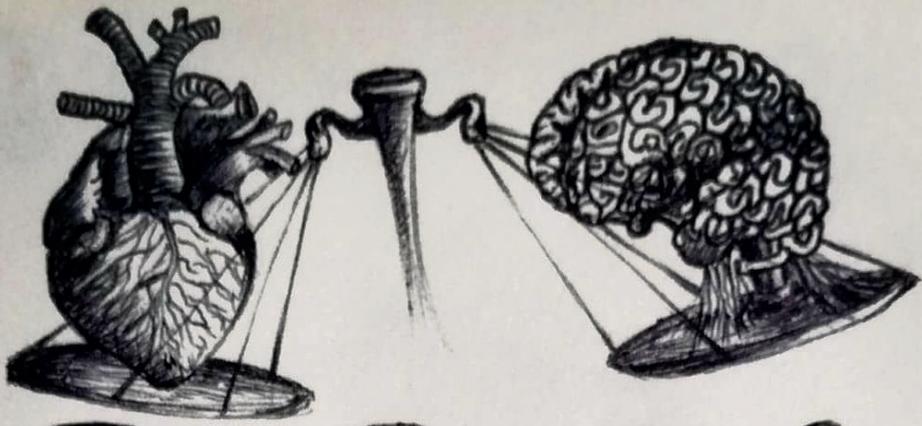
Referencias

- Bermúdez, A. (4 de septiembre de 2013). *Estados Unidos, otro paso más cerca de enterrar política antidrogas*. Recuperado de: <http://lasillavacia.com/historia/estados-unidos-otro-paso-mas-cerca-de-enterrar-politica-antidrogas-45557>
- Bewley-Taylor, D., Blickman, T., y Jelsma, M. (2014). *Auge y caída de la prohibición del cannabis. La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma*. Amsterdam: Transnational Institute.
- Camacho, A., Gaviria, A., y Rodríguez, C. (2011). El consumo de droga en Colombia. En Alejandro Gaviria Uribe y Daniel Mejía Londoño (Eds.), *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos* (pp. 41-65). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Comisión Global de Políticas de Drogas. (2011). *Guerra a las drogas*. Recuperado de: www.globalcommissionondrugs.org

- Comisión Global de Políticas de Drogas. (2014). *Asumiendo el control: caminos hacia políticas de drogas eficaces*. Recuperado de: <http://www.gcdpsummary2014.com>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221 (1994). [MP Carlos Gaviria Díaz]
- Csete, J. (2014). Cost and benefits of drug-related health services. En *Ending the Drug Wars. Report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy* (pp. 70-76). United Kingdom: LSE.
- Duncan, G. et al. (2005). *Narcotráfico en Colombia. Economía y violencia*. Bogotá: Fundación Seguridad y Democracia.
- Estévez, A., y Esper, S. (2008). *Las políticas públicas cognitivas: El enfoque de las coaliciones defensoras*. Buenos Aires: Centro de Investigaciones en Administración Pública. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires.
- Galston, W., y Dionne, E. J. (2013). *The New Politics of Marijuana Legalization: Why Opinion is Changing* (p. 17). Washington D.C.: Brookings Institution. Recuperado de: <http://www.brookings.edu/research/papers/2013/05/29-politics-marijuana-legalization-galston-dionne>
- Gómez L., M. I. (2012). El Marco de las Coaliciones de Causa -Advocacy Coalition Framework-. *Revista OPERA No. 12*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez L., M. I. (2016). *Biodiversidad y políticas públicas. Coaliciones de causa en las políticas de acceso a recursos genéticos en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Inkster, N., y Comolli, V. (2013). *Drogas, inseguridad y Estados fallidos*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Iturralde, M., y Ariza, L. J. (2011). El tratamiento penal del narcotráfico y delitos conexos. En A. Gaviria Uribe y D. Mejía Londoño (Eds.), *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos* (pp. 271-300). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Larreamendy - Joerns, J., y Vence, M. F. (2011). La demanda como drama: la prevención y el tratamiento del uso de drogas en Colombia. En A. Gaviria y D. Mejía (Eds.), *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos* (pp. 121-145). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Martinon Q. R. (2007). La incorporación de las ideas al análisis de políticas públicas en el marco de las coaliciones promotoras. *Gestión y Política Pública. Vol. XVI. Núm. 2*, pp. 281-318.
- Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio de Salud. (2013). *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia 2013*. Colombia.
- Organización de los Estados Americanos. (2013). *El problema de las drogas en Las Américas*. Recuperado de: http://cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/drogas/elinforme/default_spa.asp
- Ordóñez-Matamoros, G. (2013). *Manual de análisis y diseño de políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roth D. A. (2015). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora.
- Reyes A. Y. (9 de marzo de 2015). Palabras del Ministro de Justicia y del Derecho de Colombia, ante la 58 Sesión de la Comisión de Estupefacientes. Viena, Austria.

- Recuperado de: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Discurso%20Ministro%20de%20Justicia%20en%20Viena.pdf>
- Sabatier, P., & Jenkins-Smith, H. (1999). The advocacy coalition framework: An assessment. In P. Sabatier (ed.), *Theories of the Policy Process*. Pp. 117-166. Boulder, CO: Westview Press.
- Sabatier, P., & Weible, C. (2007). The Advocacy Coalition Framework: Innovations and Clarifications. In P. Sabatier (ed.), *Theories of the policy process*. Pp. 189-222. Boulder: Westview Press.
- Sabatier, P., Weible, C., & Mc Queen, K. (2009). Themes and Variations: Taking Stock of the Advocacy Coalition Framework. *The Policy Studies Journal*. Vol 37. Issue 1. Pp. 121-14.
- Santos, F. (2009, 10 de diciembre). Fragmento de entrevista realizada en la W Radio. Recuperado de: http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/francisco-santos-vicepresidente-de-la-republica-de-colombia/20091210/oir/922349.aspx
- Santos, J. M. (2010, 24 de septiembre). *Intervención ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su 65 Periodo de Sesiones Ordinarias*. Recuperado de: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2010/Septiembre/Paginas/20100924_07.aspx
- Santos, J. M. (2011, 2 de diciembre). *Palabras del Presidente de la República de Colombia en la apertura de la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y el Caribe*. Caracas, Venezuela. Recuperado de: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Diciembre/Paginas/20111202_16.aspx
- Santos, J. M. (2012, 24 de abril). *Palabras en la instalación de la VI Cumbre de las Américas*. Discurso Presidencial. Recuperado de: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Abril/Paginas/20120414_09.aspx
- Santos, J. M. (2012, 26 de septiembre). *Palabras del Presidente de la República de Colombia ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su 67° Periodo de Sesiones Ordinarias*. Nueva York, Estados Unidos. Recuperado de: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/septiembre/Paginas/20120926_07.aspx
- Santos, J. M. (2015, 2 de junio). *Palabras del Presidente de la República de Colombia en la instalación de la XXXII Conferencia Internacional de Control de Drogas*. Cartagena, Colombia. Recuperado de: http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Junio/Paginas/20150602_04-Palabras-Presidente-Juan-Manuel-Santos-instalacion-XXXII-Conferencia-Internacional-Control-Drogas.aspx
- Santos, J. M. (2015, 22 de septiembre). *Declaración del Presidente de la República de Colombia al poner en marcha la Estrategia Integral de Sustitución de Cultivos*. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado de: http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150922_01-Palabras-Declaracion-Presidente-Juan-Manuel-Santos-poner-marcha-Estrategia-Integral-Sustitucion-Cultivos.aspx
- Santos, J. M. (22 de diciembre de 2015). *Palabras del Presidente de la República de Colombia en la firma del decreto sobre uso del cannabis con fines médicos y científico*. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/Presidente-de-la-Republica-firmo-decreto-sobre-uso-de-cannabis-con-fines-medicos-y-cientificos>

- Semana. (9 de diciembre de 2014). *Procurador en contra de uso terapéutico de la marihuana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/procurador-se-declaro-en-contra-de-la-marihuana-medicinal/402508-3>
- Toro, C. (2013). Políticas antidrogas, narcotráfico y desarrollo alternativo en Colombia en un contexto global. ¿Hacia un cambio de estrategia? En A. Vargas (Ed.), *Diálogos de La Habana: Miradas múltiples desde la universidad*. Pp. 211-225. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R., Guzmán Rodríguez, D. E., y Parra Norato, J. (2013). *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- Uprimny, R. (2013, 10 de agosto). Uruguay: la conspiración de los razonables. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/uruguay-conspiracion-de-los-razonables-columna-439128>
- Uribe, N. (2009, 23 de abril). Acta No. 36. Intervención en el primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 285 de 2009 Cámara, en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes. Recuperado de: http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Consumo/Dosis_minima_de Uribe/nicolas_uribe_rueda_dossis_minina_23abril_2009.html
- Uribe, A. (2002, 7 de agosto). *Discurso de posesión como Presidente de la República de Colombia*. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado de: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/retomemos-el-lazo-unificador-de-la-ley-la-autoridad-democratica-la-libertad-y-la-justicia>
- Uribe, A. (2003, 9 de febrero). *Alocución del Presidente de la República de Colombia*. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado de: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/alocucion-presidencial>
- Uribe, A. (2004, 25 de marzo). *Intervención del Presidente de la República de Colombia ante el Consejo Permanente de la OEA*. Washington D.C., Estados Unidos. Recuperado de: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/intervencion-ante-el-consejo-permanente-de-la-oea>
- Uribe, A. (2007, 23 de noviembre). *Palabras del Presidente de la República de Colombia en la reunión del Parlamento Latinoamericano*. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado de: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/palabras-del-presidente-uribe-en-la-reunion-del-parlamento-latinoamericano>
- Uribe, A. (2009, 23 de septiembre). *Intervención del Presidente de la República de Colombia en la 64ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*. Nueva York, Estados Unidos. Recuperado de: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/64-asamblea-general-onu>
- Vega, R. (2015). La dimensión internacional del conflicto social y armado en Colombia. Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de estado. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Pp. 1-56. Colombia
- Weible, C. M., y Sabatier, P. (2006). *A Guide to the Advocacy Coalition Framework. Handbook of public policy analysis*. Pp. 123 - 136
- Weible, C., Sabatier, P., Jenkins-Smith, H., Nohrstedt, D., Henry, A., & deLeon, P. (2011). A quarter century of the advocacy coalition framework: An introduction to the special issue. *Policy Studies Journal*, 39, pp. 349-360.



JUANKATO
2017

Un análisis crítico en torno a la relación entre democracia y corrupción: el caso México*

Felipe Curcó Cobos **

Resumen

Este artículo argumenta que democracia y corrupción son variables endógenas, es decir, variables que se condicionan mutuamente. Además su comportamiento está determinado por otras variables sistémicas usualmente difíciles de observar y cuantificar. Prácticas corruptas obstaculizan la consolidación de la democracia y una democracia mal consolidada genera corrupción. Este carácter endógeno es la causa de que la literatura especializada no sea conclusiva respecto a si existe o no una correlación lineal negativa entre democracia y corrupción. Para ilustrar esta tesis analizo el caso representativo de México. Si bien tanto la impunidad como la corrupción han sido constantes en la historia del desarrollo de ese país, ambas han tenido una elevación exponencial y descontrolada a raíz de que en el año 2000 iniciara el proceso de democratización que puso fin al régimen de partido único de Estado. En el caso de México no hay duda de que mayor democracia ha significado mucho mayor corrupción, a la par que la corrupción ha impedido la consolidación democrática. Analizaré cuáles son los mecanismos causales que permiten explicar esto. Finalizaré concluyendo que, no obstante lo anterior, la única solución viable a este problema pasa por el robustecimiento del Estado de Derecho y las instituciones democráticas.

Palabras clave: corrupción; democracia; instituciones extractivas; instituciones inclusivas.

A critical analysis on the relation between democracy and corruption: the case of Mexico

Abstract

This paper argues that democracy and corruption are endogenous variables, that is, variables that are reciprocally conditioned. Furthermore, their behavior is determined by other systemic variables usually difficult to observe and quantify. Corrupt practices hamper the consolidation of democracy and a poorly consolidated democracy generates corruption. This endogenous character is the reason why the specialized literature is not conclusive as to whether there is or not a negative linear correlation between democracy and corruption. To illustrate this thesis, I analyze the representative case of Mexico. While both impunity and corruption have been constant in the history of the development of this country, both have had an exponential and uncontrolled rise after the beginning of the democratization process in 2000 when the single-party regime of State ended. In the case of Mexico, there is no doubt that greater democracy has meant much more corruption, while corruption has impeded democratic consolidation. I will analyze the causal mechanisms that explain this, concluding that, notwithstanding the foregoing, the only viable solution to this problem is the strengthening of the rule of law and democratic institutions.

Keywords: corruption; democracy; extractive institutions; inclusive institutions.

Uma análise crítica em torno da relação entre democracia e corrupção: o caso do México

Resumo

Este artigo argumenta que democracia e corrupção são variáveis endógenas; isto é, variáveis que se condicionam de maneira recíproca. Além disso, o seu comportamento está determinado por outras variáveis sistémicas geralmente difíceis de se observar e quantificar. Práticas corruptas obstaculizam a consolidação da democracia e uma democracia mal consolidada gera corrupção. Esse caráter endógeno é a causa de que a literatura especializada não seja conclusiva sobre a existência ou não de uma correlação linear negativa entre democracia e corrupção. Para ilustrar esta tese analiso o caso representativo do México. Embora tanto a impiedade quanto a corrupção tenham sido constantes na história do desenvolvimento desse país, ambas têm tido uma elevação exponencial e descontrolada em virtude de que no ano 2000 iniciou o processo de democratização que pôs fim ao regime de partido único de Estado. No caso do México não há dúvida de que maior democracia significou maior corrupção, ao mesmo tempo que a corrupção impediu a consolidação democrática. Analisarei quais são os mecanismos causais que permitem explicar isto. Finalizarei concluindo que, contudo, a única solução viável a este problema passa pelo fortalecimento do estado de direito e das instituições democráticas.

Palavras-chave: corrupção; democracia; instituições extrativas; instituições inclusivas.

* Artículo de reflexión. Investigador único: Felipe Curcó Cobos. Este artículo se hizo bajo financiación del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Proyecto de investigación: violencia, criminalidad y corrupción (investigación en curso).

** Doctor en Teoría Política de la Universidad de Barcelona, España. Actualmente es profesor titular de tiempo completo en el Departamento Académico de Ciencia Política del Instituto Tecnológico Autónomo de México, México. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores de su país. Correo electrónico: fcurco@yahoo.es ORCID: 0000-0001-9812-0710



Un análisis crítico en torno a la relación entre democracia y corrupción: el caso México

Introducción

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial han proliferado los estudios dirigidos a evaluar el desempeño de las democracias. Intensamente se ha buscado establecer los vínculos entre democracia liberal y crecimiento económico, redistribución del ingreso y reducción de la corrupción. El resultado es que hoy día —pese a la abundancia en el análisis— no existen en la literatura resultados concluyentes respecto a si la democracia exhibe o no una mayor capacidad que las autocracias para abatir la corrupción, generar igualdad social (medida en términos del coeficiente de Gini) o potenciar el desarrollo económico.

Veamos primero el caso del crecimiento y la redistribución. Usando una amplia base de datos provenientes de Denninger y Squiere (1996), Przeworski (2000, p.149) se ha encontrado que la desigualdad realmente no difiere significativamente entre democracias y autocracias para cada nivel de ingreso (medida la desigualdad por la proporción del 20% más alto con relación al 20% que recibe el ingreso más bajo). De modo paralelo, Drury, Kriekhaus y Lusztig (2006) han sugerido que las democracias liberales solo tienen un efecto indirecto en el crecimiento económico y no necesariamente exhiben un mejor desempeño en este rubro que regímenes de corte totalitario. Similares resultados encontramos, por ejemplo, en Baum y Lake (2003) y Heliwell (1994).

Al mismo tiempo, parece no haber duda del nocivo y muy corrosivo efecto que la corrupción tiene en casi todos los índices de bienestar de una nación. Mientras que los estudios no terminan de ponerse de acuerdo respecto al impacto que la democracia tiene en variables como el PIB o la redistribución, los especialistas coinciden abrumadoramente en los perjudiciales efectos de las prácticas corruptas: éstas inhiben el desarrollo (Chowdhury, 2004, p.2), impiden el crecimiento económico (Rose-Ackerman, 1996, p.83); (Mauro 1995, p.104) y también imposibilitan el combate a la pobreza (Transparency International, 2010). Además, claramente erosionan de modo dramático y sistémico el capital financiero, político y humano del que dispone una nación, pues desvían recursos que podrían destinarse a fines

sociales, resquebrajan el imperio de la ley y debilitan la confianza ciudadana en las instituciones.

Es evidente, por tanto, que la corrupción es uno de los principales problemas globales de nuestro tiempo. Por ello es importante empezar por aclarar que la corrupción no es un delito, sino un bolsón de delitos. Tal y como lo especifica claramente el Capítulo III de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, la corrupción no se define como una transgresión simple. Consiste, más bien, en todo un conjunto de quebrantamientos constitutivos de una vasta variedad de acciones punibles contra la administración pública. Entre ellos destacan — de modo no exhaustivo— algunos de los siguientes: (i) soborno a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, (ii) prevaricación, (iii) malversación, peculado, apropiación indebida de bienes o desvío indebido de recursos, (iii) tráfico de influencias, (iv) obstrucción de la justicia, (v) encubrimiento, (vi) blanqueo del producto de un delito. De aquí que la corrupción haya sido definida políticamente en términos muy amplios como “el uso indebido del poder público para fines privados” (Rose_Ackerman, 2008, p.55).

Hoy día la evidencia muestra que este fenómeno se halla en continuo aumento. De acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2017 de Transparencia Internacional, más del 66% de los países evaluados obtuvieron en dicho rubro una calificación reprobatoria. Bajo un escenario como éste, no es de extrañar que la investigación tienda cada vez más a focalizarse en el estudio de las causas, consecuencias y posibles estrategias de combate contra este cáncer social que carcome a las naciones.

A la hora de abordar este asunto, espontáneamente tendemos a pensar el problema de la corrupción en términos de una preocupación por la incidencia que éste pueda tener en el socavamiento de las instituciones democráticas. Sin embargo, debemos plantear esta cuestión también en su sentido inverso, es decir: ¿cómo afecta o incide la democracia en las prácticas corruptas? Hay amplios estudios al respecto. Y aquí los resultados distan mucho de ser conclusivos. Unos afirman que la democracia es una poderosa herramienta para combatir la corrupción (Langseth, 1999, pp.12-15); (Treisman, 2000); (Chowdhury, 2004, p.13). Otros, por el contrario, prueban que las prácticas democráticas no muestran especial eficacia a la hora de garantizar ejercicios de poder limpios y transparentes (Kubbe, 2015); (Montinola y Jacman, 2002); (Olteanu, 2012). Algunos más, incluso, niegan que exista conexión alguna entre ambas variables (Fisman y Gatti, 2002, pp.336-338).

En conjunto estas investigaciones oscilan entre percepciones que intuitivamente tienden también a colisionar entre sí: por un lado, la competencia electoral debería ser un poderoso instrumento para sancionar a funcionarios corruptos y alejarlos del poder. Las autocracias, en contraste, dependen del apoyo de pequeños grupos como élites, burocracia estamento militar o policía secreta. Como resultado,

la población tiene menos conocimiento de los procesos políticos y menos capacidad para influir en él, por tanto, sería de esperarse en ellas una transparencia deficiente y una débil rendición de cuentas. Lo cierto, empero, es que la realidad ofrece ejemplos claramente contrarios a esta intuición. Singapur es uno de los casos que típicamente suelen aducirse para corroborar esto: una ciudad, en definitiva, escasamente democrática, pero con niveles de corrupción prácticamente nulos.

Por otro lado, sucede que en democracia la necesidad de financiar las campañas políticas es un eficaz caldo de cultivo para que surja la corrupción. Incluso en democracias robustas y bien consolidadas la dependencia que el poder político tiene del económico con el fin de lograr financiarse, ofrece a grupos de interés y poderes oligárquicos la oportunidad de capturar las instituciones estatales para ponerlas a su servicio. Además, y como es bien sabido, el sistema representativo adolece de fuertes problemas de agencia: en términos de las teorías económicas del Agente-Principal y el mercadeo, si el gobernante es un delegado (o agente) cuya función es gestionar los intereses del principal (es decir, el electorado que lo elige), el contexto predominante en democracia es uno en donde existe asimetría de información entre agente y principal (el primero dispone de información que el segundo no tiene, y los costos de informarse para este último siempre son excesivos). Como agravante, el agente no tiene que sufrir ni padecer las consecuencias de sus propias decisiones, lo cual provoca que carezca de incentivos para decidir conforme a los intereses del principal¹. Presumiblemente, *ceteris paribus*, el principal no ejercerá en realidad ningún control efectivo y vertical de rendición de cuentas sobre el gobierno. Como puede verse, entonces, en realidad no podemos hablar de razones *a priori* que permitan establecer si la democracia resulta o no más efectiva que la autocracia para abatir la corrupción.

El verdadero problema para determinar la relación entre ambas variables (corrupción y democracia) se halla, sin embargo, en otra parte. Estimar el efecto real de la democracia sobre la corrupción resulta complicado porque democracia y corrupción son variables endógenas (Kolstad y Wiig, 2011). Significa esto que su comportamiento suele estar mutuamente condicionado y verse, además, determinado a su vez por su relación con terceras variables omitidas o no observadas dentro del modelo político en que interactúan. Por ejemplo: decimos que el precio es endógeno a la demanda porque los precios se fijan en función de ésta, pero también los consumidores cambian su demanda en respuesta a los precios. Simultáneamente ambas cosas (demanda y precios) se encuentran afectados por una tercera variable: la oferta. De manera análoga: democracia y corrupción pueden verse afectadas por variables que resulten difíciles de observar o de cuantificar, como por ejemplo causas geográficas, históricas o culturales (en seguida

1 Para un análisis detallado sobre la teoría económica del Agente-Principal, véase (Gorbaneff, 2003, pp.75-86)

me detendré en explicar esto). Paralelamente una democracia de bajo perfil o no consolidada puede estimular prácticas corruptas, al mismo tiempo que las prácticas corruptas con seguridad impiden que la democracia se consolide. Esto definiría una relación lineal negativa entre ambas variables, es decir, una relación en donde observamos que a mayor consolidación democrática habrá menor corrupción y a mayor corrupción habrá menor consolidación democrática. A menudo sin duda es así. Sin embargo, he dicho ya también que el vínculo endógeno entre estas dos variables no siempre obedece a esta lógica. Ello sucede, por ejemplo, cuando aun en democracias avanzadas las élites económicas capturan y se hacen del control de los procesos políticos.

Cualquier estudio serio sobre democracia y corrupción debe empezar, entonces, por reconocer este factor esencial de endogeneidad. En este texto defiendo la idea de que México es uno de los casos que más claramente ilustran el carácter endógeno entre democracia y corrupción. Para probar esto voy a proceder en tres pasos: (i) explicaré cuáles son las variables independientes, esencialmente de tipo histórico e institucional, que plausiblemente puede señalarse han incidido tanto en la generación de corrupción como en el diseño de la democracia mexicana (y en general también de casi todas las latinoamericanas). Se trata —como se verá— de variables que un estudio teórico como éste puede identificar, aunque su medición o cuantificación corresponde a un estudio empírico cuyo alcance por lo pronto rebasa los propósitos de este ensayo. Aquí me propongo simplemente trazar las hipótesis teóricas que prueban el carácter endógeno entre corrupción y democracia. En segundo lugar (ii), mostraré el impacto de estos procesos en la configuración institucional de México. Tal configuración explica que la apertura democrática que en el año 2000 puso fin al régimen de partido único de Estado (dando lugar a la alternancia política), detonara un incremento descontrolado en la corrupción, a la vez que esta escalada de corrupción ha impedido que la democracia se consolide. Finalmente, (iii), concluiré resumiendo muy brevemente cuáles son los elementos regulatorios y jurídicos que habrían de darse para que este círculo endógeno pudiera romperse.

Corrupción: instituciones extractivas y colonización

La aparición, hace solo algunos años del libro clásico *Why Nations Fail?* (Acemoglu y Robinson, 2012), ha sido una de las más importantes contribuciones dirigidas a mostrar y explicar las relaciones endógenas que rigen el vínculo entre instituciones políticas e instituciones económicas, o lo que es lo mismo, entre democracia —como régimen político— y corrupción —como forma distorsionada de comportamiento económico—.

La hipótesis central del libro de los profesores de MIT y Harvard es que el éxito económico o político de los países diverge debido a las diferencias entre sus

instituciones, a las reglas que influyen en cómo funciona la economía y —de manera decisiva— a los incentivos que moldean y motivan la conducta de las personas. Con esto, Acemoglu y Robinson se distancian y critican hipótesis que tradicionalmente habían localizado la explicación sobre el fracaso o el éxito de las naciones en variables de tipo geográfico (Diamond, 1997), o cultural (Weber, [1930] 2002).

Diamond, por ejemplo, había atribuido en su obra clásica *Germes, Guns and Still* (1997) la prosperidad y dominio histórico del continente Euroasiático sobre África y América a la distribución de los ejes de estos continentes. Mientras que el eje principal del primero es horizontal-Este/Oeste (lo cual ancestralmente habría favorecido que ahí se propagaran más fácilmente semillas y animales domesticados, ideas y descubrimientos científicos, tanto como el trasiego de gérmenes homologando la capacidad de resistencia a las enfermedades entre pobladores), la orientación de los dos últimos es vertical-Norte/Sur. En una distribución Este/Oeste hay regímenes similares de clima y temperatura pues en largas distancias no hay cambio de altitud, mientras que en una Norte/Sur los tipos de hábitat difieren tan enormemente (aun en unos cuantos kilómetros) que antiguamente esto dificultó la propagación de semillas aclimatadas, movilización de poblaciones, tecnología y gérmenes. Una semilla domesticada en un clima determinado podía fácilmente trasladarse miles de kilómetros por una misma latitud, pero no a través de altitudes distintas. Lo mismo puede decirse del desplazamiento entre virus o poblaciones. De ahí que el eje este-oeste de Eurasia permitiera que los cultivos (grupos humanos, gérmenes y/o descubrimientos tecnológicos como la escritura) viajaran rápidamente en franjas igualmente templadas de latitud. De este modo, el descubrimiento de la escritura se propagó rápidamente desde el Creciente Fértil a toda Mesopotamia, Asia y sur de Europa. En cambio, aun cuando la distancia entre el extremo sur de Mesoamérica y Perú es similar a la que separa los Balcanes de Mesopotamia, resulta revelador que los pueblos mesoamericanos poseyeran escritura y que este adelanto no llegara nunca al Imperio Inca —pues si bien éste contó con un sofisticado sistema de cuerdas y nudos para llevar cuentas y registrar archivos, no desarrolló jamás la escritura propiamente dicha—. También esta distribución en los ejes explica la razón por la cual los pueblos aborígenes de América carecían de anticuerpos para las enfermedades que portaban los españoles.

Del otro lado, por el ángulo de la hipótesis cultural, Weber concede enorme peso a factores sociales —como la religión— en el desarrollo de los pueblos. Así, encuentra que la economía y los procesos rápidos de industrialización florecieron en Inglaterra y los Países Bajos debido esencialmente a que el tipo de conducta requerido por el incipiente capitalismo era producto de la ética laboral protestante. Mientras que los países protestantes se adentraron rápidamente en la economía capitalista, la Europa católica seguía permaneciendo esencialmente feudal. Y es que la ética protestante, a diferencia de la católica, no condenaba la riqueza sino que la valoraba como indicador del favor divino y —junto a la ética pietista

kantiana— prescribía al trabajador cumplir con su deber por el deber mismo. De ahí que, según Weber, el protestantismo fuera un factor cultural de enorme peso en el desarrollo del capitalismo y se aviniera mucho mejor a las exigencias de la industrialización temprana de lo que podía hacerlo el catolicismo.

Acemoglu y Robinson rechazan, no obstante, tanto la tesis geográfica como la cultural. En su opinión la hipótesis geográfica no aclara las diferencias de desarrollo entre, por ejemplo, la frontera norte de México y la frontera sur de Estados Unidos. De manera similar, la hipótesis cultural no explica tampoco el enorme diferencial —medido igualmente en términos de desarrollo— entre países que comparten una idéntica cultura (como las dos Alemanias antes de la caída del muro de Berlín) o, de modo más reciente, Corea del Norte y Corea del Sur. Esto les lleva a concentrar su análisis en la variable que consideran mucho más esencial: la variable institucional.

Son las instituciones de un país la variable fundamental que permite explicar su índice de desarrollo. Y según Acemoglu y Robinson éstas pueden ser dos tipos: inclusivas o extractivas. Las instituciones económicas inclusivas concentran institucionalmente el poder político. Al mismo tiempo son plurales, regulan y permiten la participación de diversos agentes en los procesos de producción, intercambio y generación de bienes y ganancias. Su característica principal es que ofrecen garantías de propiedad y reglas claras de competencia, operan bajo sistemas jurídicos imparciales que proporcionan igualdad de condiciones en las que las personas pueden realizar intercambios, firmar contratos, y contar con iguales costos de entrada. Esto da lugar a un entorno social (como Hayek lo ha descrito) al interior del cual la implementación de reglas formales e informales, así como su interpretación y aplicación, opera de manera consistente y predecible a través de un sistema de derecho eficiente y eficaz respaldado en un consenso social más o menos amplio (Hayek, 1973). Las instituciones extractivas, en cambio, son el resultado del fallo en cualquiera de estas condiciones. En caso extremo operan expropiando recursos de la mayoría, levantando barreras de entrada y suprimiendo el funcionamiento de mercados competitivos con el objeto de beneficiar a un reducido número de personas. Cuando esto sucede en economías de mercado, a tal fenómeno se le ha dado en llamar: “crony capitalism”.

Esto hace que Acemoglu y Robinson encuentren una estrecha relación endógena entre régimen político (democrático o no, inclusivo o no) y régimen económico. En sus palabras:

Existe una fuerte sinergia entre las instituciones económicas y las políticas. Las instituciones políticas extractivas concentran el poder en manos de una élite reducida y fijan pocos límites al ejercicio de su poder. [A la vez] las instituciones económicas a menudo están estructuradas por esta élite para extraer recursos del resto de la sociedad. Por lo tanto,

las instituciones económicas extractivas acompañan de forma natural a las instituciones políticas extractivas. De hecho, deben depender inherentemente las unas de las otras (Acemoglu y Robinson, 2012, p.103).

Esta relación sinérgica entre instituciones políticas y económicas introduce lo que igualmente ellos llaman “un bucle de fuerte retroalimentación” entre el comportamiento de los agentes dentro del mercado y las reglas políticas que regulan su interacción (Acemoglu y Robinson, 2012, p.104). Las instituciones políticas y los sistemas normativos que ellas imponen forjan las bases que definen la operación de las instituciones económicas. A su vez, éstas estructuran el futuro de las instituciones políticas y su evolución. En otras palabras, instituciones económicas inclusivas requieren establecerse sobre la base de instituciones políticas igualmente inclusivas. Éstas también dificultan que grupos o élites socaven los fundamentos del poder público para ponerlo al servicio de fines privados (lo que al inicio de estas líneas definimos precisamente como “corrupción”). Así pues, en esto consiste el bucle endógeno de retroalimentación: instituciones económicas extractivas enriquecen a élites que luego utilizan su poder económico para consolidar indebidamente el dominio político que les favorece. No es probable que instituciones económicas extractivas sobrevivan bajo instituciones políticas inclusivas e inversa. “Los países fracasan cuando tienen instituciones económicas extractivas, apoyadas por instituciones políticas igualmente extractivas que impiden [...] el crecimiento económico y generan corrupción” (Acemoglu y Robinson, 2012, p.106).

La cuestión central que de inmediato surge, entonces, es: ¿por qué las políticas de algunas sociedades conducen a instituciones inclusivas que fomentan el desarrollo, mientras que las políticas de otras conducen a instituciones extractivas que lo dificultan? Los propios Acemoglu y Robinson ofrecen una respuesta. Permítaseme resumirla.

Dijimos en la introducción que hay una relación endógena cuando dos variables se condicionan recíprocamente, pero también cuando ambas ven determinado su comportamiento por su relación con terceras variables omitidas o no observadas dentro del modelo político en que interactúan. En este caso, comportamiento político y económico se configuran mutuamente entre sí, pero dar una respuesta completa a la pregunta que hemos planteado acerca del origen de las instituciones (extractivas o inclusivas) obliga, a la vez, a rastrear los factores determinantes que moldean el comportamiento político y económico en causas que afectan por igual a ambas. Estas causas esencialmente son de tipo histórico. En el caso particular de México, pero en general en toda América Latina, no es posible entender el comportamiento actual de las instituciones sin remontarse a su origen histórico y al modelo de colonización desde el cual aquéllas han emergido.

Existe una diferencia esencial entre el modelo de colonización que España siguió en América y el que, por ejemplo, Inglaterra se vio forzada a implementar

en los Estados Unidos (Acemoglu y Robinson, 2012). La estrategia de colonización española fue muy efectiva y esencialmente se basó en la observación y comprensión detallada de las sociedades precolombinas. Dentro de su enorme complejidad, estas sociedades se estructuraban a partir de férreos sistemas de poder vertical. Basándose en esta observación los españoles se percataron de que la mejor forma de dominar al adversario era aprehender al líder indígena. Los dos más grandes imperios prehispánicos fueron desarticulados siguiendo exactamente el mismo guion: capturar al emperador, reclamar la riqueza acumulada de los líderes y luego coaccionar a los pueblos para, a cambio de respetar la vida de sus dirigentes, forzarlos a entregar tributos y comida. El paso siguiente consistió en que españoles se establecieran como la nueva élite de la sociedad indígena y conservar los fueros de los estamentos gremiales con la condición de hacerse del control de los impuestos y tributos ya existentes y el control de los trabajos forzados. Aunada a una hábil política de alianzas con los pueblos enemigos de los aztecas, tal fue la estrategia que siguió Hernán Cortés al ser recibido junto a sus tropas por el emperador Moctezuma en noviembre de 1519 en Tenochtitlán (lo cual le permitió capturar al emperador en su propio palacio), y tal fue la estrategia que siguió Pizarro el 15 de noviembre de 1532 cuando, después de tenderle una trampa y matar a sus guardias y criados, los hispanos capturaron al emperador Inca Atahualpa en Cajamarca. Consolidada la conquista, los españoles impusieron en América un modelo político-económico de instituciones netamente extractivas. La institución extractiva por excelencia fue la encomienda: una cesión de indígenas a un español que recibía el nombre de encomendero, los cuales trabajaban para él y le pagaban tributo. El modelo análogo en Perú fue la mita. El sistema de la mita (especialmente en ciudades mineras como Potosí) llegaría a convertirse en uno de los esquemas más grandes de explotación y mano de obra que permitió enriquecerse a los españoles a costa de la pobreza de los pueblos.

Acemoglu y Robinson explican que los primeros colonos ingleses intentaron ensayar en Carolina del Norte un modelo de colonización similar al español basado en la institucionalidad extractiva. Sin embargo, el resultado fue un rotundo fracaso. Muy pocos años después los británicos volvieron a intentarlo en Virginia al fundar el asentamiento de Jamestown. Su modelo de colonización estaba fuertemente influenciado por el que años antes habían seguido Cortés y Pizarro: capturar al jefe local y luego utilizarlo para obligar a la población a trabajar para extraer recursos para ellos. Sin embargo no contaban con algo: como lo ha documentado la antropología política de Pierre Clastres (1983), el modelo de autoridad de aquellos pueblos era muy distinto al mesoamericano. El régimen de poder era mucho más horizontal que vertical por lo que capturar a los jefes no rendía ni desorientaba a los súbditos, además de que, a diferencia de Incas y Aztecas, los pueblos de Virginia no tenían oro (contrasta significativamente con Moctezuma y Atahualpa la respuesta que el jefe del imperio Powhatan Wahunsunacock ofreció a Jamestown, cuando éste lo invitó a homenajearlo en

nombre de Carlos I: “si tu rey quiere verme yo no voy a morder ese anzuelo y arriesgarme a ser capturado. Yo también soy rey, y ésta es mi tierra”) (Acemoglu y Robinson, 2012, p.37).

Pese a todo esto, la empresa que financiaba la colonización —Virginia Company— no desistió. Si los pueblos indígenas no podían ser explotados —razonó la empresa— tal vez los colonos sí. Bajo este nuevo proyecto la Virginia Company impuso una serie de medidas verdaderamente draconianas: la empresa sería la dueña de las tierras. Los hombres vivirían en barrancones y recibirían porciones raquíticas de alimento de mera sobrevivencia. Cada barrancón tendría un supervisor o capataz durante toda la jornada de trabajo. Cualquiera que pretendiera huir del asentamiento sería castigado con la pena de muerte.

El resultado de tales medidas nuevamente derivó en un fracaso rotundo aun peor que el anterior: los colonos huyeron masivamente. Los pocos que quedaron se negaron a trabajar. Así, a partir de 1618, la Virginia Company se vio forzada a adoptar una estrategia de colonización enteramente distinta. Dado que no era posible forzar a los colonos a trabajar para los dueños (ni tampoco a los indígenas) se decidió ensayar un ambicioso programa de incentivos. El célebre filósofo inglés John Locke contribuyó a redactar las nuevas ordenanzas: se instituyó un sistema de reparto de tierras por cabeza, se garantizó la propiedad privada y el derecho al usufructo del propio trabajo. Los colonos recibieron casas y fueron liberados de sus contratos. De modo más relevante: las nuevas instituciones inclusivas que surgieron por la necesidad de garantizar la viabilidad económica de la colonia, pronto dieron lugar a que los residentes en ellas se mostraran dispuestos a invertir y trabajar duro solo si estos cambios se instituían de la mano de prerrogativas políticas que les garantizaran no perder sus derechos y condiciones. Como consecuencia, en 1619 se introdujo una Asamblea General que daba voz y voto efectivo a todos los hombres propietarios para decidir sobre las leyes e instituciones que regirían en la colonia. Esto sentó las bases del inicio de la democracia en Estados Unidos. Una democracia de pesos y contrapesos, así como de regulaciones inclusivas acorde con el funcionamiento de las instituciones económicas inclusivas de la colonia.

Por tanto, ambos modelos de colonización (el español y el británico) dieron lugar a dos modelos de desarrollo muy distintos. Al dispersar el poder entre agentes que se limitan entre sí (aunque sin dejar de centralizarlo política o estatalmente), un régimen inclusivo obstaculiza la corrupción. Al concentrarlo en pocas manos (o dispersarlo en muchas, pero sin centralización política ni control estatal), un régimen extractivo inevitablemente la genera. Como resultado del modelo institucional extractivo impuesto en los virreinos españoles, en 1690 tenemos ya noticias de claras expresiones de indignación dirigidas por la Real Audiencia de México al Consejo de Indias protestando por “un rumor de venta de cargos públicos en la colonia” (García-García, 20016, 133).

Es bien sabido que el fenómeno de la venta de cargos y oficios públicos fue hecho un fenómeno generalizado durante la Monarquía Hispánica de los Austria. Se dio en todos sus territorios, desde Castilla hasta los dominios de ultramar. Incluso terminó convirtiéndose en un recurso fundamental de la Hacienda Real. Como es claro, esto supuso la generalizada corrupción del sistema administrativo de los Austria (que posteriormente intentarían con deficiencia corregir las reformas borbónicas). Este fenómeno de venta de cargos y oficios públicos jamás podría haberse dado en el modelo inclusivo adoptado en Virginia. Por las razones que he descrito, los colonos jamás lo habrían aceptado. En cambio tenía pleno sentido en el seno de la institucionalidad extractiva hispana: éste permitía (e incluso exigía) el uso del poder público para enriquecerse. De ahí que los grupos más poderosos incorporaran en sus mayorazgos cargos importantes como escribanías, cargos municipales (regidores, alguaciles, jurados) así como puestos recaudatorios y fiscales (contadores y receptores). La Hacienda Real necesitaba ofertar estos oficios y cargos para financiarse, tanto mediante venta directa para vacantes de nueva creación como en concesión perpetua (o hereditaria). La Real Cédula de 1606 establece ya el derecho de una persona que había comprado un oficio a heredarlo a perpetuidad (García-García, 2016). Esto supone y define el paradigma del modelo extractivo descrito por Acemoglu y Robinson. Aún más claramente, exhibe la correlación sustancial y necesaria entre instituciones extractivas y corrupción: la venta de cargos públicos para enriquecimiento privado (el uso del poder público para fines privados) es, pues, consustancial al modelo extractivo que emerge de la conquista. En 1740 una Real Cédula de Felipe V incluso sanciona el derecho a la retroventa de estos cargos, y el derecho a usar de ellos hasta que el comprador recuperara cuando menos el monto de lo invertido. Oficios públicos enajenados generan un Estado débil, sin control ni poder centralizado, con nula capacidad de sanción, e impotente de cumplir ninguna función regulatoria para interceder de modo imparcial y oportuno entre intereses en pugna. Dije en la introducción que no es posible entender el fenómeno de corrupción en América Latina si éste no se vincula a las variables institucionales e históricas que aquí he descrito. Ahora resta por explicar cómo esta historia institucional conecta con el origen de la democracia mexicana durante el periodo de partido único de Estado que prevaleció en ese país entre 1928-2000, y por qué el proceso que puso fin a este régimen en el año 2000 dio lugar a una nueva forma de corrupción aún más descontrolada y generalizada.

México: corporativismo, democracia y corrupción

El universo extractivo es un mundo de castas y privilegios: se basa en el dominio de unos pocos sobre los muchos. Esto resulta especialmente claro en la institucionalidad corporativa que emerge de la colonia. En México, el periodo posterior a la

captura final de Tenochtitlán en agosto de 1521 no puso fin a la guerra. Ésta aún se extendió al reino de Michoacán y otros señoríos del centro y sur del país cuya conquista definitiva no se dio sino hasta 1526. El resultado final de este proceso fue el establecimiento de una relación formal de dominio entre los españoles y cada uno de los señoríos en términos en los que, al mismo tiempo que se permitió a cada comunidad conservar su antigua forma de gestión, autoridad y capacidad de recabar impuestos, los señoríos accedían a entregar a su encomendero parte sustantiva de sus recursos como tributo. La conservación de los señoríos fue pieza clave del gobierno local, del sistema tributario y de la evangelización. A los señoríos les fue impuesta una organización corporativa inspirada en los cabildos castellanos, y su función también era inducir y presionar para que los pueblos indios comenzaran a congregarse en asentamientos urbanos. Este sistema corporativo mediante el cual el poder hispano se garantizaba la adhesión de los señoríos incorporándolos al esquema de gobierno, es la puerta de entrada que dio inicio al sistema institucional que prevalecería en México desde la colonia, la Revolución mexicana de 1910, y el régimen de partido único que emergió del proceso revolucionario. Es este régimen el que formalmente organizó de manera hegemónica la vida institucional del país entre 1928 y el año 2000 (Curcó, 2010, pp.63-67).

Los rasgos corporativos del régimen virreinal aparecen posteriormente de modo más nítido en el México posrevolucionario que sienta las bases del Estado moderno. Fue el obregonismo, esencialmente, la primera corriente revolucionaria que ya en pleno siglo XX supo que la consolidación de un gobierno burgués no podía fincarse enfrentando directamente a las masas campesinas y obreras, sino que exigía la subordinación de estos grupos haciéndoles concesiones, controlándolos desde arriba y al mismo tiempo apoyándose en ellos para someter a cualquier fuerza que desafiara al nuevo poder hegemónico. Quince años después, en el llamado segundo ascenso de la revolución, el cardenismo en México consolidará aún más este régimen corporativo, haciendo que un conglomerado industrial todavía en extremo débil y un poder centralizado en proceso de afianzarse se orientaran abiertamente a incorporar al esquema institucional a mayor número de sindicatos, organizaciones campesinas civiles, obreras y de estudiantes a cambio de prebendas. Poco a poco, es esto lo que acabará definiendo el Estado corporativo mexicano del siglo XX, y que, en términos de Phillippe Schmitter podemos resumir así:

[Estado corporativo] es un sistema de representación de intereses en donde las unidades constituyentes están [...] jerárquicamente organizadas y funcionalmente diferenciadas, reconocidas o autorizadas (si no creadas) por el Estado mismo, y a las que se les otorga un monopolio representacional dentro de sus respectivas categorías a cambio de la observación de ciertos controles en la selección de sus líderes y en la articulación de sus demandas y apoyos. (Schmitter, 1994, pp.93-94).

Schmitter hace además una importante diferenciación entre corporativismo social y corporativismo estatal. El primero implica un robustecimiento más o menos autónomo de la sociedad frente al poder político, a través de organizaciones que amplían la acción colectiva dotando a ésta de capacidad para concertar y negociar con la autoridad pública. El corporativismo estatal, en cambio, difiere del anterior en que aquí no es la sociedad la que se organiza para forzar al Estado a reconocer a las organizaciones el monopolio de la representación que ostentan, sino que más bien es el Estado quien genera las organizaciones con el objeto de ejercer control sobre ellas y mantenerlas bajo su dominio. Mientras que en el primer caso el corporativismo activa y amplía la acción colectiva, en el segundo, por el contrario, éste se dirige a contener y “encapsular” la presión social (Schmitter y Lehmbruch, 1992). Esto es relevante para el caso de México, pues a diferencia del corporativismo social de Austria donde los acuerdos entre colectivos y dirigencia estatal son reflejo institucionalizado de la correlación de fuerzas entre demandas sociales y poder central, el tipo de corporativismo que en México consolidaron los primeros regímenes posrevolucionarios fue de tipo claramente estatal: “la función del corporativismo mexicano desde sus orígenes fue restar autonomía al dinamismo político frente al Estado, conteniendo la “extrema vitalidad social” (Bizberg, 1990, 698). El historiador Adolfo Gilly ha expuesto en su libro clásico *La revolución interrumpida* las razones de origen que dieron lugar a esto: la Revolución Mexicana aconteció en el inicio de un muy incipiente capitalismo en el que las clases burguesas lograron apropiarse de las demandas obreras y campesinas incorporándolas a su proyecto de nación. Sin embargo esta incorporación buscaba contener, antes que promover, las exigencias populares: el objetivo de desarrollar una nueva burguesía “no podía lograrse enfrentando directamente a las masas, sino que necesitaba contenerlas haciéndoles concesiones controlándolas desde arriba y al mismo tiempo apoyándose en ellas” (Gilly 1971, 338-339).

Esto último es importante, pues si bien superficialmente podía parecer que un corporativismo estatal es fuerte en la medida en que logra someter hegemónicamente a aquellos grupos que representan un desafío, la realidad es que un Estado corporativo a la larga siempre termina por exhibir vulnerabilidad y debilidad. La razón de ello es clara: al experimentar la necesidad de apoyarse en corporativos para afianzar su control hegemónico, el Estado termina a la larga por depender en extremo de su estructura clientelar.

Esto es un dato clave: al corporativismo estatal le es inherente un Estado clientelar. Entiendo por clientelismo la acción gubernamental —si el agente está en el poder— o social —si no lo está— dirigida a entregar bienes o servicios a grupos políticamente cautivos (o clientelas) a cambio de lealtades que no derivan del legítimo juego democrático ni de aquello estrictamente establecido por la ley. En este sentido, el clientelismo es consustancial a la corrupción: significa un intercambio deshonesto de lealtades y favores, una manera de hacer política y gestionar el poder

que requiere el constante desvío de fondos públicos para satisfacer intereses privados. Como consecuencia de esto un Estado clientelar-corporativista es fácilmente víctima del chantaje: un Estado débil. De modo más significativo, un Estado con estas características no dispone de sus excedentes pues permanentemente se ve forzado a destinar sus recursos para cooptar a los grupos de interés que lo apuntalan. En tales condiciones deja de haber obra pública. La inversión no se dirige a generar desarrollo, empleo, competitividad, innovación e infraestructura, sino que ésta se encamina a financiar el subdesarrollo dilapidando los recursos en pago a élites y grupos corruptos. Esto hace de México un paradigma de Estado corporativo-clientelar atrapado en una lógica venal y perversa de financiación al subdesarrollo. Basta para ilustrarlo un solo ejemplo: según datos del Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), los excedentes presupuestales que se transfirieron a estados y municipios entre 2006 y 2008 —durante los gobiernos que emergieron de la primera alternancia democrática en la historia del país— representaron en términos *reales* (es decir, una vez ajustadas las cantidades a tipo de cambio e inflación), más del 56% de la totalidad de recursos que al final de la Segunda Guerra el plan Marshall destinó para la reconstrucción de Europa. Significa que, en solo dos años, parte de los excedentes de México superaron por mucho el costo de la reconstrucción de todo un continente. No obstante ello, esos recursos no se invierten en nada productivo, sino que están destinados únicamente a financiar gasto corriente y corrupción.

El resultado de todo esto es un Estado consustancialmente corrupto. Esta corrupción endógena, no obstante, es en realidad producto de las variables y desarrollo histórico que —de acuerdo al apretado resumen que he hecho— tienen su origen en una institucionalidad extractiva. Con lo dicho hasta aquí tal vez podría argumentarse que he remontado el origen de estas variables a las épocas coloniales, revolucionaria y postrevolucionaria del régimen mexicano, es decir, a los periodos en los que en éste país no existió democracia. Pero el año 2000 supuso para México la finalización de un régimen hegemónico de partido único de Estado que se había mantenido en el poder desde 1928. Al inicio del nuevo siglo esto cambió. A partir del año 2000 y hasta el 2018 en México se ha dado una alternancia dinámica de gobiernos. A dos periodos consecutivos de gobiernos conservadores de derecha siguió un nuevo periodo de gobierno del otrora partido único (PRI). Posteriormente, en 2018, el Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA) ha tenido un triunfo aplastante en las urnas, lo que por vez primera ha significado que el centro izquierda se haga del poder federal y el control de ambas cámaras. Si atendemos a la definición minimalista de Przeworski según la cual “democracia es un régimen donde los partidos de gobierno pierden elecciones”², no hay duda

2 Przeworski, Adam. *Entrevista*. Disponible, en: <https://www.enperspectiva.net/en-perspectiva-programa/entrevistas/politologo-adam-przeworski-la-democracia-no-es-algo-que-se-tenga-que-definir-en-terminos-estandares-para-todo-el-mundo/> [Consultado enero 2019]

de que México ha consolidado de manera clara al menos una democracia de tipo electoral.

Sin embargo, los datos muestran que siendo México —por las razones ya descritas— un Estado clientelar, la consolidación democrática ha tenido como efecto disparar a niveles nunca antes visto los indicadores que miden la variable de corrupción. Los datos al respecto son abrumadores: según el Índice de Impunidad Global, México es hoy —después de Filipinas— el segundo país con mayor impunidad en todo el mundo. La tasa de impunidad en México es del 99.3%, al mismo tiempo, esta nación padece uno de los más severos problemas de corrupción en el planeta. De acuerdo al índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, México ocupa el lugar 135 de 180 naciones evaluadas. En los últimos 15 años el país ha reprobado sistemáticamente las mediciones de este índice (con calificaciones que han ido del 3.3 al 3.7 en una escala del 1 al 10). Es el lugar 12 de 15 en América Latina en materia de sobornos. Según el barómetro de las Américas casi ocho de cada diez mexicanos consideran a México un país con altísimos niveles de corrupción. ¿Cómo puede ser esto posible? ¿Por qué razón en México más democracia ha significado una mucha mayor impunidad y corrupción?

Se trata de una cuestión que apenas recientemente la literatura ha comenzado a estudiar y comprender. Pioneros en este análisis (de tipo multidisciplinar) lo han sido Luis Astorga (2010), desde la perspectiva socio-histórica, y Luis Carlos Ugalde (2015) desde la perspectiva electoral. Ambos mantienen interesantes tesis cuyo sentido conecta directamente con todo lo que hasta aquí hemos visto. Permítaseme explicarlo a continuación.

Dijimos que una intuición asociada a la relación endógena entre corrupción y democracia es que a mayor democracia debería haber menos corrupción. Pero también vimos que esto es así solo cuando hablamos de regímenes económicos y políticos de corte inclusivo (e instituciones inclusivas pueden darse tanto en autocracias como en democracias). Como Acemoglu y Robinson exponen, las instituciones inclusivas incorporan a distintos agentes a través de un entramado de pesos y contrapesos, incentivos y regulaciones claras y predecibles con sanciones y garantías políticas de participación. Sin embargo, debido a las causas históricas que repasamos, las instituciones en México adolecen de un origen y un sentido netamente extractivo. Instituciones extractivas suponen élites depredadoras que imponen reglas discrecionales y ejercen el poder sin control. El régimen corporativista y de partido único de Estado pudo operar durante años sin controles políticos, administrativos y patrimoniales. Careció igualmente de un sistema mínimamente efectivo de rendición de cuentas con premios y castigos para los actores y las instituciones que actúan en el ámbito público. La tesis central de Astorga (que aquí plenamente suscribo) es que la única razón por la que el régimen pudo operar bajo tales condiciones fue porque, en medio de ellas, siempre mantuvo la centralización corporativa y vertical del poder y la autoridad (Astorga, 2010).

Según Acemoglu y Robinson, por ejemplo, ésta es una diferencia esencial entre un país como México y otro como Somalia. Ambas son naciones que se erigen sobre la base de instituciones meramente extractivas, sin embargo, la primera logró durante buena parte de su historia una centralización política y estatal del poder, algo que en Somalia la pugna y férrea división entre clanes siempre impidió (Acemoglu y Robinson, 2012, pp.102-103).

Ciertamente en México el régimen de partido único de gobierno logró centralizar —al menos en alguna medida— la gestión de la corrupción y la delincuencia. En palabras de Ugalde, instituyó “un proceso jerarquizado de corrupción política que ponía en la voluntad del Ejecutivo la cantidad y magnitud de negocios que se podían hacer al amparo del poder” (Ugalde, 2015, p.15). Este rasgo, característico por otra parte, de muchos de los regímenes que hemos denominado extractivos, aparece, sin embargo, un elemento claramente paradójico: la concentración del poder discrecional imponía ciertos límites a la discrecionalidad de otros agentes estatales para sobornar, corromper o cometer actos abiertamente delictivos. Suprimida esta concentración del poder, emergió, entonces, una corrupción mucho más dañina. Porque si la corrupción en México durante el siglo XX fue resultado del excesivo poder extractivo concentrado en la presidencia y el partido único de Estado (PRI), la corrupción que surge en el siglo XXI inevitablemente ha de ser entendida como “resultado de la dispersión del poder y de la apertura de muchas ventanillas” de oportunidad para realizar acciones delictivas (Ugalde, 2015, p.9). Es fácil entender a lo que Ugalde se refiere: instituciones extractivas significan ausencia total de controles regulatorios institucionales. Bajo tales circunstancias, el poder centralizado opera como único regulador discrecional. El derrumbe de este poder genera, entonces, que prive el descontrol completo. Regidores, congresos, gobernadores locales y presidentes municipales se vuelven reyezuelos locales capaces de operar bajo total impunidad. Recordar, además, que en México los sistemas de impartición de justicia se hallan literalmente feudalizados pues en México las fiscalías no gozan de independencia ni autonomía técnica, sino que funcionan siguiendo las órdenes de aquellos funcionarios a quienes deberían de supervisar y, en su caso, sancionar. Hasta el momento en que se escriben estas líneas, el artículo 102 constitucional y los ordenamientos jurídicos tanto estatales como federales, dificultan y entorpecen la posibilidad de contar con fiscales realmente autónomos que puedan ejercer sus funciones sin estar controlados por los poderes ejecutivos. La agenda para dotar de autonomía a los fiscales está aun en proceso y, hasta 2018, no parece que vaya a cristalizar.

La conclusión es que el arribo del partido conservador de derecha al poder en el año 2000 que puso fin a más de 70 años de gobierno de partido único, implicó una transición democrática, pero de tipo fallido, pues dejó intacta la naturaleza extractiva del Estado. La llamada transición democrática en México no implicó en lo absoluto la introducción de un mínimo de controles regulativos, sino todo

lo contrario. Los primeros diez años de régimen de transición política en el país dejaron sin tocar la estructura clientelar del Estado. El nuevo partido en el poder se acomodó pronto a la lógica venal y corporativa del intercambio corrupto de prebendas y canonjías, creó sus propias clientelas empresariales y sindicales, y continuó de manera agravada el desvío y la dilapidación millonaria de recursos en el pago de corruptelas. Aunado a esto, fue perdiendo la concentración vertical del uso del poder.

Esta desordenada descentralización del poder presidencial dejó huecos o vacíos de autoridad profundos. Municipios no vinculados a ningún proceso de rendición de cuentas, entidades federativas con sistemas judiciales feudales que no están sujetos a sistemas de vigilancia de sus decisiones, sindicatos corporativos solariegos y medievales, presencia de gobernadores y actores políticos que no tienen ya que someterse a ningún control patrimonial, vastas empresas del sector público infiltradas por grupos criminales que a la vez financian campañas electorales; todo esto da cuenta del escenario de baja gobernabilidad política que generó el contexto adecuado para que los grupos criminales encontraran las condiciones ideales que les permitieran emprender la captura total del Estado³.

El resultado de esta llamada “transición democrática” fue, entonces, un vacío completo de gobernabilidad y voluntad política que el experto José Luis Salazar Arévalo ha descrito en estos términos:

México pone de manifiesto una falta total [de capacidad] para desarrollar una política de Estado que busque solucionar el problema de [corrupción y criminalidad]. Se observa en el ámbito judicial un creciente grado de ineficacia en la administración de justicia [...]. En tal sentido podemos inferir la ausencia de una política de Estado que deriva en una escasa coordinación de las agencias estatales y en una ineficaz administración de los recursos. (Salazar Arévalo, 2006, pp.105-106).

Lo señalado por Salazar tiene su origen en el régimen clientelar corporativista previo a la irrupción democrática. La llamada transición democrática en México dejó intacto ese régimen pero además, en palabras de Ugalde, al debilitar la centralización del poder político generó una “pulverización de los puntos de acceso para lucrar con la influencia política” (Ugalde, 2015, p.10). Diversos actores y jugadores políticos repentinamente ya no tuvieron que rendir cuentas a ninguna autoridad central, con lo cual, leyes, contratos, aplicación de justicia, permisos y presupuestos —tal y como ocurrió con la venta de puestos públicos durante la

3 Según datos de la Comisión de Desarrollo Municipal de la Cámara de Senadores, en 2010, 71% de los municipios del país se hallaban ya bajo control total o parcial de las mafias. Véase Curcó (2010, 17).

colonia— se volvieron patrimonio personal de funcionarios en un entramado institucional plenamente fragmentado.

El caso México es muy relevante, porque permite soportar una tesis que es fundamental: el control de la corrupción no está esencialmente vinculado a la consolidación democrática. Esto debido a que los controles democráticos son esencialmente de tipo vertical y solo resultan efectivos si el ciudadano (principal) invierte tiempo y esfuerzo en monitorear estrechamente al gobernante (agente). Tal tipo de controles —a menos que operen bajo una cultura vigorosamente cívica y un orden institucional de alto perfil— difícilmente logran superar los problemas de agencia ya mencionados antes. Estos controles, además, de nada sirven sino van precedidos por otros de tipo más bien horizontal, es decir, regulaciones de tipo legal y jurídico capaces de forzar a los agentes a operar conforme a los estándares de una institucionalidad inclusiva (véase, Casar, Marvan & Puente, 2012, p.p.331-405). Cuando las fallas regulatorias son graves, la democracia, incluso, puede no hacer más que agravar el problema porque los vacíos de Estado inevitablemente siempre dan lugar a que emerjan agrupaciones de actores no estatales dispuestas no solo a capturar los procesos políticos, sino a disputarse con violencia y corrupción los vacíos que deja un Estado débil. Un dato desgarrador ilustra esto: en las elecciones federales de 2018 en México, más de 120 candidatos a puestos de elección fueron asesinados.⁴ Conforme al informe de la Comisión de Desarrollo Municipal de la Cámara de Senadores, hace ocho años se tenía constancia de que 75% de los municipios se hallaban ya bajo control total o parcial del crimen organizado. Lo que el caso México muestra, pues, es que los vacíos de poder institucional y la ausencia de un Estado que se comporte de manera consistente, predecible, coherente y legítima bajo férreos controles normativos, configuran la variable más estrechamente vinculada al descontrol de la impunidad y la corrupción.

A modo de conclusión: controles normativos y combate a la corrupción

Todo Estado y sociedad requieren poseer anticuerpos institucionales sólidos que prevengan los comportamientos corruptos y delictivos. Sin embargo, nunca ha ocurrido que élites político-empresariales de corte netamente extractivo se autoimpongan controles que limiten sus capacidades discrecionales para extraer ganancias y seguir ejerciendo el control. El desarrollo de la sociedad civil organizada es condición necesaria para que redes de contraloría social autónomas similares a las que han surgido en países como Chile, Colombia, Costa Rica o España, impulsen las medidas que permitan implementar mecanismos institucionales

4 CNN en español. Disponible en: <https://cnnspanol.cnn.com/2018/06/25/mexico-violencia-campana-120-politicos-asesinados/> [Consultado enero 2019]

adecuados de regulación. En Canadá, por ejemplo, ocho de cada diez denuncias ligadas con la corrupción política provienen de redes de contraloría ciudadanas. Existen, además, paneles ciudadanos de monitoreo dirigidos a revisar cuáles son los resultados de las quejas que se interponen, así como el grado de satisfacción de los quejosos con la respuesta institucional (Buscaglia, 2013, p.35, p.73).

En este artículo he querido mostrar que, desde la época colonial, las instituciones de justicia en Latinoamérica fueron diseñadas más para responder a lealtades políticas que a la efectividad jurídica o la eficiencia punitiva. En México la consolidación de un régimen clientelar corporativo no vino más que agravar esto. Los ministerios públicos (o fiscales) siguen bajo el control total del poder ejecutivo tanto a nivel federal (presidente) como local (gobernadores). Estos últimos ejercen ominoso control autoritario en el nombramiento y permanencia de jueces, fiscales y jefes de policía. No hay controles técnicos-jurídicos de las resoluciones judiciales, ni servicio civil de carrera, profesionalización, o control legislativo sobre las actividades de los órganos de justicia a través de comisiones legislativas con apoyo de personal técnico de carrera.

He intentado hacer ver que esta situación es resultado de procesos históricos que han sido desastrosos, pues la criminalidad y la corrupción se alimentan de las fallas normativas de los Estados. A partir de este diagnóstico, es necesario, entonces, identificar los canales por los cuales los sistemas legales y judiciales que afectan el desarrollo de una nación pueden desarrollarse. Esto por sí solo sería materia de otro artículo, pero no quiero terminar sin antes dejar cuando menos apuntados los controles institucionales mínimos que Estado y sociedad civil habrían de institucionalizar con el fin de recomponer la grave situación que aquí he analizado. Edgardo Buscaglia (2013, p.28) uno de los más brillantes especialistas en el tema, los ha resumido del siguiente modo:

1. *Controles judiciales.* Tienen que ver con la capacidad del Estado para disuadir y sancionar los comportamientos antisociales en todos los niveles. Como mínimo, esto requiere sistemas de fiscalía absolutamente separadas del poder político y que gocen de autonomía técnica. La autonomía técnica debe tener como única limitante la ley y supone, a su vez, policía y procedimientos estandarizados y profesionalizados conforme a las prácticas científicas criminalísticas y técnicas de investigación apegadas al respeto al debido proceso.
2. *Controles patrimoniales.* La acción de la justicia ha de ser proactiva y no meramente reactiva. Para ello se necesitan unidades de inteligencia financiera en cada unidad local política y/o administrativa operando en red y de forma coordinada a nivel federal. Estos controles deben ser también técnicamente autónomos de los poderes ejecutivos y estar supervisados por comisiones especializadas de los poderes legislativos locales y federales. Además, deben dirigirse también a romper las concesiones monopólicas y oligopólicas, cuyo

inicio tuvo origen también en la Colonia (Victoria & Pérez, 2005). Debe entenderse que las fallas regulatorias que alimentan los oligopolios tienen dos efectos: (i) generan mercados concentrados de oferta que gravan esencialmente a los más pobres al impedir la competencia leal de servicios y precios, y (ii) constituyen una invitación a que grupos criminales cubran la demanda excedente de servicios o productos derivadas de los sobrepuestos generados por quienes controlan el mercado.

3. *Controles a la corrupción.* Consisten en criterios de indagación judicial dirigidos a limitar la discrecionalidad de los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales. Bajo un entramado institucional extractivo, estos tres poderes siempre generan círculos de impunidad política y económica a su alrededor. De ahí que los controles anti-corrupción sean esenciales para fijar la respuesta institucional a cualquiera de las violaciones que en la introducción expliqué componen el bolsón de delitos tipificados en los llamados “delitos de corrupción”. En democracia, estos controles son indispensables para evitar que los procesos políticos sean capturados por grupos de interés y mafias, por ejemplo, indagando proactivamente el origen de los recursos económicos que ingresan en las campañas.
4. *Controles sociales.* Bajo el predominio de instituciones extractivas, solo estos mecanismos pueden inducir la aplicación de los tres controles anteriores. Están conformados por vastas redes de asociaciones civiles cuya difícil tarea no solo es monitorear de manera especializada el comportamiento de las instituciones públicas, sino trabajar a nivel de base social en todos los rincones del territorio donde el Estado no llega.

Con todo, el operar discrecional de élites extractivas obedece, como en su momento dejamos claro, a un bucle de retroalimentación originado en un acuerdo y un pacto de impunidad entre dichas élites, pues son ellas las únicas que se benefician de los vacíos institucionales y, por tanto, son esencialmente ellas las únicas interesadas en bloquear todo intento dirigido a fortalecer el Estado y someterlo a la regulación de leyes predecibles, consistentes y legítimas. Es aquí, por tanto, donde la sociedad tiene un papel fundamental para empujar y lograr que estas medidas se implementen. Ello requeriría antes, como hace años lo dejó atinadamente señalado María Amparo Casar, una verdadera transición democrática consistente en cruzar de un corporativismo estatal a uno social (Casar, 1989). Esto exige, desde luego, volver a re-pensar el encadenamiento entre los centros gremiales (o corporaciones) y aquello que hoy día constituye formalmente el otro pilar de la representación regional y estatal en México: los partidos políticos y los movimientos electorales (Alvarado, 1990).

Concluyo con lo siguiente. Partir de un buen diagnóstico es el primer paso para llegar a una solución. He insistido en la existencia de una relación endógena entre corrupción y democracia. Su comportamiento está mutuamente condicionado.

Sin embargo, lo que en realidad he querido probar es que democracia y corrupción guardan también relación con toda una otra serie de variables igualmente endógenas (históricas, regulatorias e institucionales). Confío que estas variables puedan servir de base para futuros estudios empíricos que tiendan a confirmar las hipótesis teóricas que aquí he desarrollado. También en que las coordenadas de reflexión que hemos asentado sirvan como un primer paso para adentrarse a entender los procesos de corrupción que amenazan a la democracia.

Referencias

- Acemoglu, D. & Robinson, J. (2012). *Why Nations Fail*. Nueva York: Crown Publishers. Traducido al castellano por Marta García Madera. 2012. Barcelona: Ediciones culturales Paidós.
- Alvarado, A. (1990). El poder y su organización en el México Posrevolucionario. En F. Cortes. (Comp.) *México en el umbral del milenio*. México: Centro de Estudios Sociológicos del Colegio de México.
- Astorga, L. (2010). México: de la seguridad autoritaria a la inseguridad de la transición democrática. En J.G. Tokatian (Ed.), *Drogas y Prohibición. Una vieja guerra, un nuevo debate*. México: Libros Zorzal.
- Baum, M. A., y Lake D. A. (2003). The political Economy of Democracy and Human Capital. *American Journal of Political Science* 47, pp. 333-347.
- Bizberg, I. (1990). La crisis del corporativismo mexicano. *Foro Internacional*, vol. 30, Núm.4 (120), pp.695-735.
- Buscaglia, E. (2013). *Vacíos de poder en México*. México: Debate.
- Casar, A., Marván, I., y Puente, K. (2012). La rendición de cuentas y el poder legislativo. *Biblioteca Jurídica*, pp.331-405. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Casar, A. (1989). Corporativismo y transición. *Nexos*, num.137.
- Clastres, P. (1983). *Society Against the State*. New York: Zone Books.
- CNN en español. (2018, 25 de junio). México: una campaña pasada por sangre y fuego con 120 políticos asesinados. Recuperado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/06/25/mexico-violencia-campana-120-politicos-asesinados/>
- Organización de Naciones Unidas. (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Curcó, F. (2010). *La guerra Perdida*. México: Ediciones Coyoacán.
- Chowdhury, S. K. (2004). The effect of democracy and mass media on corruption: an empirical test. *Economics Letters*. 85 (1). pp. 93-101.

- Deninger, K., y Lyn, Squire. (1996). A New Data Set Measuring Income Inequality. *World Bank Economic Review*, 10, pp.565-591.
- Diamond, J. (1997). *Guns, Germs and Steel*. Nueva York: Norton and Co.
- Drury, K., & Lusztyg, M. (2006). Corruption, Democracy and Economic Growth. *International Political Science Review*, 27 (2), pp.121-136.
- Fisman, R., & Gatti, R. (2002). Decentralisation and corruption: evidence across countries. *Journal of Public Economics* (83), pp. 325-345.
- García-García, A. (2006). El precio político de la venta de cargos públicos. *Illes i imperis* (9), pp.131-147.
- Gilly, A. (1971). *La revolución interrumpida*. México: Ediciones El Caballito.
- Gorbaneff, Y. (2001). Teoría del agente-principal y el mercadeo. *Revista Universidad EAFIT* (129), pp. 75-86
- Hayek, F. (1973). *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: Chicago University Press.
- Helliwell, J. F. (1994). Empirical Linkages Between Democracy and Economic Growth. *British Journal of Political Science* (24), pp.225-248.
- Kolstad, I., & Wiig, A. (2016). Does democracy reduce corruption? *Democratization*, 23 (7), pp. 1198-1215.
- Kubbe, I. (2015). *Corruption in Europe: Is it all about democracy?* Germany: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Langseth, P. (1999). Prevention: An Effective Tool to Reduce Corruption. *United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention*. Viena, 2. December. Centre for International Crime Prevention. Global Program Against Corruption Conferences, pp. 2-38.
- Mauro, P. (1995). Corruption and Growth. *The Quarterly Journal of Economics*. 110 (3). pp. 681-712.
- Montinola, G. R., & Jackman, R. W. (2002). Sources of corruption: A cross-country study. *British Journal of Political Science*, 32 (1), pp. 147-170.
- Olteanu, T. (2012). Korruption in der Demokratie. En: T. Olteanu (Ed.), *Korrumpierte Demokratie?* Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp.267-294.
- Przeworski, A. (2000). *Democracy and the Limits of Self-Government*. New York: Cambridge University Press.
- Przeworski, A.. *Entrevista*. Disponible, en: <https://www.enperspectiva.net/en-perspectiva-programa/entrevistas/politologo-adam-przeworski-la-democracia-no-es-algo-que-se-tenga-que-definir-en-terminos-estandares-para-todo-el-mundo/>
- Rose-Ackerman, S. (1996). The Political Economy of Corruption: Causes and Consequences. *View Point. World Bank*. 74, pp. 1-4.

- Rose-Ackerman, S. (2008). Corruption. En: C. K. Rowley & F. G. Schneider (Eds.), *Readings in public choice and Constitutional Political Economy*. Boston, Springer US, pp.551-566.
- Salazar, J. L. (2006). Cooperación Internacional en la Lucha contra la Delincuencia Organizada. En: A. Roemer y E. Buscaglia (Comp.), *Terrorismo y Delincuencia Organizada: un enfoque de derecho y economía*. México: UNAM.
- Schmitter, P. (1994). Still the Century of Corporativism? *The Review of Politics*, January, pp 93-94.
- Schmitter, P. & Lehmbruch, G. (1992). *Neocorporativismo I y II*. México: Alianza Editorial.
- Transparency International. (2010). *Why Corruption Matters*. [Online]. Recuperado de: <http://www.transparency.org.uk/corruption/why-it-matters>.
- Treisman, D. (2000). The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of Public Economics*.76, pp. 399-457.
- Weber, M. (2002). *The protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Nueva York, Penguin.
- Victoria, J., y Pérez, D. (2005). Corrupción y contrabando en la Nueva España del siglo XVIII: la continuidad de una práctica. En: A. Gutiérrez y M.L. Laviana (cords.), *Estudios sobre América Latina: siglos xvi-xx*. Sevilla: Asociación Española de Americanistas.
- Ugalde, L. C. (2015). ¿Por qué más democracia significa más corrupción? *Revista Nexos*, febrero, pp.1-23.



Nombre de la obra: De la serie "906". Técnica: Mixta sobre papel
Autor: Juan Camilo Carmona. 2018

Juan Camilo
2018

(Re) pensar el federalismo fiscal: un estudio de las facultades del Congreso de la Nación Argentina para eximir el pago de tributos*

Luciano Rezzoagli**

Resumen

El objetivo central de este artículo es determinar la existencia o inexistencia de un verdadero poder autónomo de eximir del pago de tributos a los sujetos beneficiados que disponga el Congreso de la Nación Argentina, respecto a cualquier tributo nacional o subnacional por consideraciones de progreso y desarrollo del país, en función de la disposición constitucional que establece a este respecto el artículo 75 inciso 18. En este estudio científico de metodología cualitativa, lógico - jurídico y descriptivo - analítico, se replantean las bases mismas del federalismo fiscal y fundamentalmente del poder tributario, otorgando luz a un tema escasamente tratado, pues la construcción doctrinal (ya antigua y generalmente aceptada) no establece bases jurídicas sólidas y la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina es ambigua, provocando que la falta de coherencia discursiva entre la teoría y la praxis genere confusión e inequidad en el ejercicio del poder tributario de imposición.

Palabras clave: poder tributario; federalismo fiscal; impuestos; incentivos fiscales; equidad.

(Re) thinking fiscal federalism: A study of the faculties of the Argentinian Congress to exempt the payment of taxes

Abstract

The central objective of this article is to determine the existence or nonexistence of a true autonomous power to exempt from the payment of taxes to the beneficiaries provided by the Argentine National Congress, with respect to any national or subnational tax for considerations of progress and development of the country, in accordance with the constitutional provision that establishes in this respect article 75 paragraph 18. In this scientific study of qualitative, logical - juridical and descriptive - analytical methodology, the very foundations of fiscal federalism and fundamentally of tributary power are reconsidered, giving light to a scarcely treated topic, since the doctrinal (already ancient) and jurisprudential construction is ambiguous and the lack of discursive coherence between theory and practice generates confusion and inequity in the exercise of the taxing power of imposition.

Keywords: tax power; fiscal federalism; taxes; fiscal incentives; equity.

(Re) pensar o federalismo fiscal: um estudo das facultades do congresso da nação argentina para isentar do pagamento de tributos

Resumo

O objetivo central deste artigo é determinar a existência ou inexistência de um verdadeiro poder autônomo de isentar do pagamento de tributos aos indivíduos beneficiados que dispuser o Congresso da Nação Argentina, sobre qualquer tributo nacional ou subnacional por considerações de progresso e desenvolvimento do país, em função da disposição constitucional que estabelece a este propósito o artigo 75 alínea 18. Neste estudo científico de metodologia qualitativa, lógico - jurídico e descriptivo - analítico, reformulam-se as bases do federalismo fiscal e fundamentalmente do poder tributário, esclarecendo um assunto pouco tratado, pois a construção doutrinal (já antiga e geralmente aceita) não estabelece bases jurídicas sólidas e a jurisprudência do Supremo Tribunal da Nação Argentina é ambígua, fazendo com que a falta de coerência discursiva entre a teoria e a práxis gere uma confusão e inequidade no exercício do poder tributário de imposição.

Palavras-chave: poder tributário; federalismo fiscal; impostos; incentivos fiscais; equidade.

* Artículo de reflexión. Es el resultado del proyecto desarrollado en el marco de las investigaciones sobre Federalismo Fiscal y Asimetrías Regionales llevadas a cabo y financiadas por Conicet - UNL, lugar de trabajo: IHUCSO LITORAL, Candido Pujato 2751. (C. P.3000) Santa Fe, Argentina | Tel (54) 0342 - 4571200.

** Investigador Adjunto de Conicet y profesor titular de la cátedra de Derecho Tributario, Financiero y Aduanero de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (FCJS - UNL). Abogado de la Universidad Católica de Santa Fe. Magíster y Doctor en Derecho Tributario de la Universidad de Salamanca, España. Posdoctorado en Federalismo Fiscal por el Conicet - UNL. Profesor titular de Derecho Financiero, Tributario y Aduanero de la carrera de Abogacía en FCJS - Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, Argentina. Profesor de posgrado en Universidades de Argentina, Colombia, Ecuador, México y Nicaragua. Correo electrónico: lrezzoagli@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-7400-4042



(Re) pensar el federalismo fiscal: un estudio de las facultades del Congreso de la Nación Argentina para eximir el pago de tributos

Introducción

Los indicadores más relevantes que permiten medir el desarrollo de un sistema federal son, entre otros: la graduación de la autonomía política de los gobiernos existentes (nacional – subnacionales), la autonomía normativa y la autonomía económico-financiera de estos, como así también la constatación (evaluación) de una realización efectiva del diseño constitucional normativo y la práctica efectiva del modelo federal a través de las herramientas de concertación y las políticas públicas implementadas al efecto.

Respecto de este último elemento, para Domínguez (2015), “es posible encontrarse con diseños muy precisos y prácticas anómicas irreversibles, o bien, con diseños más imprecisos que posibilitan la degradación de legítimos objetivos propuestos en torno al fortalecimiento del sistema federal” (p. 94). La “federación unitaria” o “unidad federativa” propuesta por Juan Bautista Alberdi en las Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina, tenía como plataforma la república representativa y federal con un régimen presidencial vigorizado y predominante. La República Federal Argentina de la Constitución de 1853 siguió en gran medida la propuesta de Alberdi, aunque con importantes modificaciones en lo atinente a la conformación del Poder Ejecutivo y la estructuración del orden económico-financiero (Domínguez, 2015).

La reforma constitucional de 1994 tuvo como objeto fortalecer el régimen federal (punto A del temario libre habilitado por la ley 24.309). Muchos de los objetivos que persigue el federalismo argentino luego de la reforma de 1994 se encuentran presentes en el art. 75 incisos 18 (anterior 67 inc. 16) y la novedad del inciso 19 (relativo a la igualdad de oportunidades regionales), cuando se establece como una atribución - obligación del Congreso a proveer al adelanto y bienestar de todas las provincias, así como también el crecimiento armónico de la Nación promoviendo políticas diferenciadas y solidarias que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.

Estos objetivos se enlazan directamente con el sistema de derechos del modelo constitucional y convencional argentino (conformado por los derechos fundamentales y los derechos humanos) y su efectiva concretización. Sin embargo, en materia fiscal, como analizaremos pormenorizadamente en este artículo científico, dichos objetivos plantean dudas razonables en cuanto a su forma de cumplimiento y efectiva concretización. El artículo 75, inciso 18¹ de la Constitución de la Nación Argentina establece: (es facultad del Congreso de la Nación)

Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

Como se puede observar de la letra de este inciso, el constitucionalista nos da una lista de prioridades de dudosa justificación técnica para conceder exenciones impositivas en aras del progreso nacional, sin embargo, tal como señala Bidart Campos (2000), dicha cláusula “es de una amplitud manifiesta y engloba en su enunciado una temática que, sin carácter taxativo, equivale a los contenidos del Bien Común y de lo que hoy se denomina desarrollo” (p. 121). Ahora bien, también podemos apreciar como la recepción de los elementos minorativos de la obligación tributaria encuentran justificación en la frase “... **concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo**”². Una visión apresurada de este precepto permite pensar que pueden establecerse toda clase de minoraciones según la conveniencia y necesidad del país, cosa que merece una cuidadosa revisión y análisis.

Como señala bien Bult Goñi (1991), en el artículo 75 constitucional, el inc. 18 actúa en forma sistemática con los incs. 13 (posibilita a las provincias y municipios gravar las actividades comerciales interjurisdiccionales, inclusive el transporte de personas y cosas, en tanto el gravamen local no implique una aduana interior; no se erija en un derecho de tránsito, no se aplique por el mero paso, entrada o salida de los bienes o personas, no tuerza las corrientes naturales de circulación y transporte, no discrimine según el origen o destino de ellos y no opere como un

1 El precepto de este artículo se encuentra incorporado en la Constitución Nacional desde la reforma del año 1994. Anteriormente y en los mismos términos se encontraba establecido en el artículo 67, inciso 16, de nuestra Carta Magna.

2 Para Luqui (1993), “la prosperidad del país, el bienestar de todas las provincias y el progreso de la ilustración, han de realizarse mediante medios que el mismo inciso enumera, es decir, promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles, canales navegables, etc.; y los recursos para hacer efectivos esos medios no son otros que las concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (pp. 302 y 303).

instrumento de protección de la economía provincial, en detrimento de la de otras provincias o del extranjero) y 30, (autoriza a las provincias y municipios a gravar los actos y actividades desarrollados en lugares o establecimientos de utilidad nacional, en tanto no interfieran con el cumplimiento de los fines allí perseguidos), en cuanto la Nación puede eximir de gravámenes locales a las actividades interjurisdiccionales o realizadas en los establecimientos de utilidad nacional, o bien consentir su aplicación. Mas esta facultad no es ilimitada ni podría ejercerse caprichosamente en desmedro de las atribuciones provinciales o municipales. Es decir, que siempre necesitará de una causa admisible de justificación, tanto para vedar la imposición como para admitirla (en los supuestos de concurrencia con los incisos 13 y 30), ya que de lo contrario, estará expuesta a los reclamos de las autoridades locales o de los particulares, respectivamente. De todas maneras, una vez ejercida la potestad del inciso 18, como los jueces no pueden investigar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida, solo les queda el angosto resquicio de la violación de la razonabilidad, conforme con la interpretación dada al artículo 28 constitucional (Naveira de Casanova, 2007).

El artículo 125 constitucional, primera parte, también reconoce similares facultades a las provincias cuando establece:

promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios.

Siguiendo la doctrina especializada, este artículo en cuestión se enmarca dentro de **la doctrina de inmunidad de los instrumentos de gobierno**. Dicha inmunidad “corresponde a un tipo de exención, pero cuyo origen es la Constitución Nacional y no una simple ley, por lo que solo habrá inmunidad tributaria, exclusivamente, cuando una norma o principio constitucional lo establezca literalmente” (Uriburu, 2017, p.2).

Ahora bien, la inmunidad puede llegar a ser vista también como un supuesto de no sujeción, cuestión que pertenece al plano del debate académico, en cuanto ésta haga referencia a supuestos en que se carezca de una subyacente capacidad contributiva gravable en ciertas actuaciones (del Estado o de otros)³. En este

3 Creemos que, justamente, los problemas se presentan o se manifiestan para el intérprete cuando se pretende delimitar conceptualmente institutos tan íntimamente relacionados entre sí como la exención y la no sujeción. Ello se debe a que muchas veces la frontera de diferenciación entre dichos conceptos es difícil de precisar, sobre todo si se atiende a que es el legislador quien regulando de una u otra manera, va a determinar cuando una conducta o una situación estará sujeta pero exenta, y cuando otra conducta, o quizás la misma, estará no sujeta a un determinado impuesto. La prueba de estas afirmaciones la podremos encontrar al analizar el empleo que de estas figuras realiza el propio legislador terminológicamente, ya que muchas veces se denomina exención lo que en realidad es una norma de no

sentido, no puede haber hecho imponible si no existe capacidad contributiva en el sujeto pasivo del tributo (Uriburu, 2017). De esta manera, al no haber riqueza en el Estado, ya que todos sus recursos están destinados a la satisfacción de fines públicos, no puede existir tributo en las actividades económicas del Estado⁴.

A este respecto ya se manifestaba tiempo atrás Berliri, afirmando que:

tanto la falta de legitimación (normas de no sujeción) como la exención determinan la inaplicabilidad del tributo, sin embargo, no deben confundirse ya que son claramente diferenciadas; se observa en el primer caso que la obligación tributaria no surge porque no se ha verificado el presupuesto de hecho previsto por el legislador, mientras que en el segundo, ésta no surge porque al verificarse el presupuesto

sujeción o viceversa (basta con mirar el artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias para encontrar un abanico de situaciones materiales diversas enmarcadas literalmente bajo el rótulo de exenciones). Por ello, sostenemos que no basta con afirmar que los preceptos de no sujeción constituyen supuestos didácticos de los que se puede prescindir, ya que la finalidad de éstos coincide con la de las exenciones, es decir, pretenden que algunos sujetos o actividades no tributen para ciertos casos determinados (aunque las consecuencias jurídicas sean muy diferentes, ya que en las exenciones se neutraliza la obligación principal o material de pago pero son exigibles las demás obligaciones formales por haberse devengado el hecho imponible), y si no se precisa con exactitud la naturaleza de las mismas y su modus operandi, no habría un criterio válido de distinción que permita diferenciar unas de otras.

Las normas de no sujeción no pueden de igual manera instaurarse o suprimirse al arbitrio del legislador sin justificación alguna, sino que cumplen una función específica querida por dicho legislador tributario siguiendo un criterio de justicia y eficacia. Así, pues, estos supuestos constituyen auténticas normas jurídicas que la doctrina italiana ha llamado "*a fattispecie esclusiva*", es decir, constituyen las llamadas normas jurídicas incompletas, ya que encuentran justificación y razón de ser en otra de carácter más general. En el caso de la no sujeción, estas normas se complementan con las que establecen el presupuesto fáctico o hecho imponible de una determinada obligación tributaria, actuando o cumpliendo la función de delimitar, en el mismo presupuesto de hecho, los límites de éste en forma negativa, es decir, explicitando en la norma aquellos supuestos o elementos que quedan fuera del ámbito de la tributación. Por consiguiente, rechazamos la concepción de que esta figura constituye presupuestos didácticos sin contenido jurídico, pues no representan de manera fiel la verdadera naturaleza de esta figura.

Por todo lo expuesto, entendemos que constituyen supuestos de No Sujeción aquellas normas jurídicas aclaratorias que, actuando desde fuera del hecho imponible, lo delimitan por vía negativa.

- 4 Consideramos adecuado y relevante citar textualmente la opinión de Naveira de Casanova (2007) en lo relativo a la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno cuando afirma que es el principio de Capacidad Contributiva el que aporta luz y claridad a esta temática, puesto que: "Me parece claro, dentro de este orden de ideas, que el Estado carece a todas luces de capacidad contributiva en ese sentido absoluto o, mejor, en el sentido de causa de las obligaciones de naturaleza tributaria. Ciertamente, no posee la riqueza como los particulares (sean personas físicas o jurídicas), puesto que todo el patrimonio estatal está destinado -afectado- a cumplir con su cometido constitucionalmente expresado: el afianzamiento de la Justicia en sentido general y abarcador de todos aquellos fines loables que atribuyamos al Estado, desde cualquier perspectiva política democrática. En términos más sencillos y directos, se puede expresar que al Estado, con independencia de cual fuere su situación patrimonial o financiera concreta en un momento dado, nunca le "sobra" la riqueza que posee, ni siquiera una parte, puesto que toda ella, sin importar su magnitud ni su composición, se encuentra destinada al cumplimiento de su objetivo. No hay posibilidad de considerar un remanente más allá de ciertas necesidades consideradas básicas, elementales o imprescindibles, como el que señalé en el caso de los particulares.

Todo valor que ingresa en las arcas estatales -por vía tributaria o no tributaria- está, obligatoriamente, destinado al gasto público -actual o futuro-. El gasto público, por discutible que sea tal o cual empleo del mismo en cada caso concreto es, en sí, esencialmente diferente del gasto que pueda realizar un particular. El Estado se encuentra autorizado u obligado -según el caso- a gastar. Y en general, antes o después, deberá gastar o utilizar (invertir) todo lo que a su tesoro ingresa. No hay posibilidad para una utilización privada de los bienes públicos en sentido lato" (p. 15).

de hecho se ha producido otra circunstancia que neutraliza la eficacia del mismo. Entre estas dos situaciones existe una antítesis, ya que en la falta de legitimación se está en presencia de una situación a la que resta algo para ser el presupuesto de hecho previsto por el legislador como idóneo para determinar el nacimiento de una obligación tributaria; mientras en la exención tributaria se está en presencia de una situación que representa algo más del presupuesto de hecho (1971, p. 372).

Evidentemente el artículo 75 inciso 18 constitucional al referirse en su parte final a concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo, establece instrumentos de inmunidad de gobierno, justamente porque las exenciones y/ normas de no sujeción que contempla tienen jerarquía máxima y no se delimitan en una ley. Esto genera un supuesto especial que nos plantea un ámbito de desarrollo doctrinal interesante a tratar en este escrito, puesto que las exenciones y los supuestos de no sujeción generalmente se encuentran enmarcados dentro de la ley del impuesto al que afectan, lo que no deja mayores dudas de su alcance y vinculación, y en las leyes o decretos leyes promocionales (beneficios tributarios o fiscales), se establecen los impuestos a los que serán afectados, puesto que, sin excepción, si son leyes promocionales provinciales afectan a tributos provinciales establecidos literalmente o si son leyes promocionales nacionales afectan, de la misma manera, impuestos de administración nacional.

Sin embargo, tratándose de instrumentos de inmunidad de los actos de gobierno (exenciones y/o supuestos de no sujeción con jerarquía constitucional) ya no es claro su ámbito de afectación y si puede o no corresponderse a un auténtico poder autónomo de exoneración distinto al poder de exigir tributos o de imposición, puesto que, como se analizará en este trabajo, dicha facultad exonerativa del Congreso de la Nación fue interpretada por la Corte y la doctrina, con carácter general, como situación excepcional y por tiempo limitado, y en ponderación con el criterio o principio de Razonabilidad.

Por lo expuesto, las preguntas centrales que guían a esta investigación son las siguientes:

¿El artículo 75 inciso 18 de la Constitución Nacional estipula el ejercicio de un poder autónomo, independiente al propio poder impositivo? ¿Se trata formal y materialmente de dos poderes distintos? ¿Qué efectos e implicancias estructurales tiene esta disposición constitucional en el modelo de organización federal, tanto teóricas como prácticas?

Para comprender claramente la articulación de instrumentos utilizados en un supuesto “poder” de eximir de tributos a cualificados sujetos o actividades escogidas por el legislador nacional, de forma autónoma, es importante definir y comprender como actúan las minoraciones fiscales dentro de la propia configura-

ción del tributo; para ello escogimos representar el análisis de estas herramientas con las figuras de Exención y la de Beneficios Fiscales.

Análisis de las exenciones y beneficios tributarios

Desde antaño el concepto de exención evocó la idea de privilegio. En la época anterior al Estado de Derecho, en el mundo de la tributación, gozaban precisamente de exención de tributos los nobles y el clero, lo cual constituía un tratamiento de favor de difícil justificación jurídica. Las revoluciones de finales del siglo XVIII incluyeron entre sus conquistas la abolición de tales privilegios y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. No es coincidencia que la vigente Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, imponga, en su artículo 28, una prohibición de monopolios y estancos de cualquier clase, así como una prohibición de exención de impuestos. De igual forma, era ilustrativo el artículo CXVIII de la Constitución Española de 1808, en el que se establecía que “todos los privilegios que actualmente existen concedidos a cuerpos o a particulares quedan suprimidos”, pero, sobre todo, el artículo 339 de la Constitución Liberal promulgada en Cádiz, el 19 de marzo de 1812, que rezaba: “Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción a sus facultades, sin exención ni privilegio alguno”.

La Constitución de la Nación Argentina no contempla entre sus prohibiciones el término privilegio, sin embargo, de su artículo 16 puede extraerse, sobre todo de su parte final, dicha prohibición por simple razonamiento lógico. Así este artículo preceptúa: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la Ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. De esta manera el Estado de Derecho excluye la existencia de privilegios de clase alguna y proscribire cualquier discriminación de carácter tributario.

En concordancia con esta afirmación, la Constitución Española de 1978, al igual que otras Constituciones democráticas, proclama que “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En el ámbito tributario, este artículo se complementa con el 31 CE donde el principio de igualdad está explícitamente incluido entre los principios rectores del sistema fiscal. Desde esta perspectiva jurídica comenzó a considerarse la exención como un instituto jurídico merecedor de análisis en el campo del Derecho, siendo objeto de estudio de los más prestigiosos doctrinarios en la materia. Debido a esto, en la actualidad, han perdido vigor las palabras de Berliri, quien calificaba la exención como “campo inexplorado del derecho tributario” (1971, de p. 328), aunque todavía resulta de difícil trayecto. Hoy es pacífica la doctrina

que considera la exención como “instituto jurídico” y no como una manifestación arbitraria del poder político, y, por tanto, como una materia reglada sometida al imperio de la Constitución y de la Ley Ordinaria. Sin embargo, ha sido Sainz De Bujanda (1963) quien ha advertido sobre “el riesgo de un empleo abusivo de la exención con fines extrafiscales” (p. 431), juzgando que éstas han de restringirse paulatinamente. Como puede manifestarse en la legislación tributaria, la adopción de medidas que responden a fines extrafiscales, es decir, que exceden del ámbito normal del tributo, suelen confundirse por su estructura y *modus operandi* con las exenciones y demás minoraciones tributarias, por lo que constituye un objetivo de esta obra, y en especial de este capítulo, el esclarecimiento y definición de estas técnicas y su diferenciación de las demás figuras que responden de manera directa a la realización de fines estrictamente tributarios.

La Exención Tributaria

Como Presupuesto Excepcional

Con el término exención se define, para algunos autores, el efecto de ciertos supuestos incluidos en el ámbito del hecho imponible cuya realización, pese a ello, no da lugar al surgimiento de la obligación tributaria de pago, constituyendo, pues, una excepción a los efectos normales derivados de la realización de aquel. El método jurídico para que esto ocurra ha sido explicitado por Sainz De Bujanda (1963) con la concurrencia de dos normas que poseen sentido contrapuesto. La primera define el hecho imponible y le asocia el efecto de nacimiento de la obligación tributaria; la segunda, constituida por la norma de exención, enerva los efectos de la anterior, disponiendo que no se desarrollen respecto a determinados sujetos que realicen el hecho imponible (las llamadas exenciones subjetivas) o impidiendo que se apliquen a determinados supuestos incluidos en éste que la propia norma exoneradora precisa (exenciones objetivas). Desde esta perspectiva vemos cómo el hecho imponible del tributo se ve despojado de su contenido propio por una norma posterior que impide el nacimiento y realización de la obligación tributaria en estos casos concretos. La exención constituye, así, el envés del tributo, es decir, normas de excepción que se oponen a la generalidad enmarcada en la norma tributaria quitándole eficacia mediante la sustracción de su ámbito de aplicación respecto de supuestos o personas determinadas. Esta sustracción puede devenir siguiendo una política de naturaleza tributaria, es decir, teniendo en cuenta los principios rectores de la misma o persiguiendo una finalidad de naturaleza extrafiscal. Pont Clemente (1986), con buen criterio, establece en este sentido que “las exenciones que hallan su fundamento en el Principio de Capacidad Contributiva, no debieran ser consideradas normas excepcionales... sino normas especiales” (p. 21). Existen autores que, admitiendo y aceptando el carácter excepcional de

las normas de exención, no coinciden totalmente con esta postura en cuanto a la clasificación dada por la generalidad de la doctrina clásica y consideran la exención tributaria como:

- a. la especie de un género más amplio, el de los Beneficios Tributarios. El alcance de este tipo de normas puede llegar hasta la total anulación del efecto del hecho imponible (exención total o propiamente dicha) o bien reconducirse a un aligeramiento de la carga tributaria (bonificaciones, deducciones, etc.). De esta manera, las únicas exenciones que existirán serían las extrafiscales, mientras que si las razones en que se funda el hecho excluido se basan en el principio de Capacidad Contributiva, se trataría de un supuesto de no sujeción (Lallane Fama, 1996: 19); y (Lallane Fama, 1996, p. 19)
- b. tanto las exenciones como los beneficios tributarios son **hipótesis neutralizantes** que acompañan a la norma jurídica reguladora del hecho imponible sujeto a tributación, constituyen límites al principio de Generalidad y sus fundamentos deben buscarse en la política fiscal y no en el derecho tributario, pero encuentran en sí marcadas diferencias tales como: en la exención la desconexión entre hipótesis y mandato es total (García Vizcaino, 2017), por eso puede decirse que el sujeto pasivo exento no es un auténtico sujeto pasivo tributario, pero tampoco constituye “un evasor legal” del tributo; en cambio, en los otros casos, la desconexión entre hipótesis y mandamiento no es total sino parcial, siendo disímiles los nombres que signan las distintas leyes tributarias a estos beneficios, entre otros, franquicias, desgravaciones, amortizaciones aceleradas, etc. (Villegas, 2015).

Como Situación Objetiva configuradora del Tributo

Este enfoque doctrinal hace hincapié en que las normas de exención no constituyen el envés del tributo, ni puede establecerse tampoco que se trate de normas excepcionales que atentan contra el principio de generalidad y los criterios de Justicia Tributaria, sino todo lo contrario, estas normas complementan y delimitan desde dentro el hecho imponible del tributo, constituyendo un todo orgánico con la imposición, y obedeciendo a valoraciones de orden funcional, esto es, internas a la mecánica del hecho imponible. En opinión de González García “son iguales de comunes las normas de imposición como las de exención, cada una en su caso” García (1997, p. 61), la realización del supuesto de exención implica la realización del hecho imponible, pero en este caso, “aún verificándose la subsunción de un hecho por el hecho imponible, no surgen los efectos propios de tal subsunción, esto es, el nacimiento de las situaciones subjetivas tributarias activas y pasivas correspondientes, sino que esos efectos quedan enervados por la convergencia,

junto al hecho susceptible de ser encajado dentro del hecho imponible, del supuesto de exención. En una palabra, la realización del presupuesto de hecho del tributo y del supuesto de exención es normalmente simultánea, pero la realización del segundo tiene como efecto principal paralizar los efectos que se derivan de la realización del primero” (González García, 1997: 63).

Siguiendo esta postura, la exención no hace más que restablecer la situación de equilibrio existente con anterioridad a la realización del hecho imponible, situación que debe basarse en el respeto de los principios tributarios, en especial, el de capacidad contributiva. Esto resulta de más fácil comprensión a medida que la capacidad contributiva va dejando de considerarse como cualidad objetiva del presupuesto de hecho del tributo para ir entendiéndose como cualidad del sujeto tributario, a la cual debe acomodarse la carga en que el tributo consiste, o incluso, no ya cada uno de los tributos sino el conjunto de los mismos que sobre él recaen (Rezzoagli, 2006).

Así, es el propio principio de capacidad contributiva el que aparece como legitimador de la exención a través de la corrección que esta última realiza al hecho imponible cada vez que dicho principio no se encuentra fielmente reflejado en el mismo. Afirmación ésta que puede ampliarse a cualquier tipo de minoraciones de carácter estructural (reducción, deducción, mínimo exento), es decir, se persigue a través de éstas la defensa y legitimación del principio de Capacidad Contributiva en las distintas etapas del tributo ya sea en forma total o parcial (hecho imponible, base, cuota).

Las normas de exención no tienen por objeto beneficiar o penalizar los supuestos que contemplan, son el producto de consideraciones legislativas de Igualdad, sin contradecir el principio de Generalidad, ya que el deber de contribuir no supone que “todos”, de forma indiscriminada, estén obligados a pagar tributos, y las exenciones se realizan como una modalidad integrante de ese deber de contribuir. Por tanto, y teniendo en cuenta los principios constitucionales de justicia tributaria, podemos comprobar que las exenciones se manifiestan como normas ordinarias que redefinen el hecho imponible sujeto a tributación respetando, como modalidad integrante del mismo, el principio de Generalidad por el cual se establece el deber de contribuir a los gastos públicos (Rezzoagli, 2006).

Pese a este inicial pronunciamiento, es innegable que la multiplicación de las necesidades públicas y de las funciones encomendadas a los poderes públicos, supuso la necesidad de acudir a nuevos recursos o a nuevas formas de utilización de aquellos tradicionalmente utilizados o integrantes de la Hacienda Pública (Rezzoagli, 2013). En cualquier caso, es una realidad incuestionable que, como consecuencia de la Hacienda Funcional, se ha generalizado en los Estados contemporáneos el fenómeno de utilización del tributo con fines extrafiscales y, de todos los aspectos del fenómeno de tributación en donde más se ha notado su utilización

es, sin lugar a equívocos, en las exenciones y demás minoraciones tributarias como la reducción o la deducción. La cuestión estriba en saber cuándo estamos ante una exención tributaria propiamente dicha y cuándo nos encontramos con medidas incentivadoras o de promoción que suelen llamarse exenciones extrafiscales o beneficios tributarios (Rezzoagli, 2006).

La diferencia fundamental radica en el fin directo o inmediato que cada una de estas normas posee, nadie discute hoy en día que los objetivos fiscales y extrafiscales van de la mano y se pueden encontrar en cualquier tributo o minoración, pero es, justamente, esa finalidad inmediata que se pretenda lograr lo que las diferencia sustancialmente. En las falsas minoraciones el objetivo directo es favorecer determinadas conductas o actividades perseguidas por el legislador, mientras que en las minoraciones tributarias, particularmente en la exención, lo que se pretende es salvaguardar los principios de Justicia Tributaria y evitar que tributen personas que por sus condiciones o actividades no tendrían que hacerlo por una cuestión exclusivamente de Capacidad Contributiva. Puede suceder, y de hecho sucede, que pese a esta finalidad, se logre algún objetivo extrafiscal, debido a esa íntima conexión a la que hicimos referencia, pero no fue este último el que motivó al legislador a redefinir el presupuesto de hecho del tributo, sino el criterio de justicia tributaria.

Beneficios Tributarios o Incentivos Fiscales

Siendo estas medidas o instrumentos muy numerosos dentro del ordenamiento, son asimismo los que resultan de más difícil justificación (Rezzoagli, 2013). Al igual que los tributos con fines no fiscales, tampoco los beneficios tributarios han encontrado un fácil acomodo desde la perspectiva jurídica (Falcón y Tella, 1989, p. 707), aunque dada su incesante extensión, así como la necesidad que desde una óptica económica se les atribuye, no han sido pocos los esfuerzos tendientes a conciliar su presencia en el ordenamiento con unos postulados de justicia que resultan irrenunciables cuando se aborda el fenómeno tributario como fenómeno jurídico, debiendo ordenarse, por tanto, a la consecución de la justicia (Lozano Serrano, 1988, p. 30).

La exoneración o desgravación del tributo solo puede ser justa en cuanto no suponga una vulneración de los principios constitucionales. La validez de este juicio no presenta, en principio, ningún problema cuando aquel instituto se desenvuelve dentro del marco que le es propio: el medio para recaudar ingresos y expresión del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Sin embargo, esa valoración inicial aparece puesta en cuestión cuando el tributo se presenta como figura ambivalente (o polivalente) en función de los distintos objetivos que le asigna el propio ordenamiento jurídico.

Toda norma que reconoce un beneficio fiscal actúa, en principio, contra el principio contributivo (capacidad económica), ya que dicho principio no es solo el criterio jurídico constitucional sobre el cual se estructuran las normas que diseñan las distintas obligaciones contributivas, sino también el criterio rector del deber de contribuir en cuanto mecanismo genérico abstracto, sobre la base que se ordena el reparto de las cargas pública. En este sentido, toda norma que exima o reduzca la carga de la obligación en que se concreta el deber de contribuir, excepto cuando lo haga atendiendo a consideraciones de capacidad económica, atentaría contra aquel principio en la medida en que rompa el equilibrio en la distribución del sacrificio tributario. A pesar de lo mencionado con anterioridad, las normas que regulan los beneficios tributarios no se establecen contra aquel interés, sino más bien con independencia del mismo o subordinándolo, por regla general, a otro interés distinto que se considera igualmente digno de protección y más elevado, todo ello partiendo de la ambivalencia a que nos hemos referido anteriormente.

“En estos casos –señala Soler Roch (1983)–, el elemento finalista de los beneficios tributarios aparece elevado a la categoría de sustancial; la instrumentalidad de la norma tributaria al servicio de la política económica es lo que cuenta y, desde esta perspectiva cualquier análisis que prescindiera de ese elemento teleológico aparece juzgado como erróneo e insuficiente” (p. 37). En este mismo sentido Sainz de Bujanda (1963) ha observado que:

con ese enfoque pudiera creerse que el planteamiento jurídico del tema no puede, bajo ningún aspecto, ser sustancial. Esta calificación habría tan solo de corresponder a aquel tipo de planteamiento que conduzca al análisis del problema dentro del campo en que quieran indagarse las posibilidades operativas de la exención por vía del estímulo. Lo sustancial, en suma, sería lo social o lo económico, quedando lo jurídico reducido a un papel puramente formal o instrumental, al servicio de los estímulos que, con valoraciones extrajurídicas, se reputen apetecibles (p. 389)

Es en este punto donde surge la divergencia de opiniones en el seno de la doctrina jurídico financiera, cuando se plantea si es lícito que el mecanismo tributario se utilice con base a criterios a los que aparece subordinado, no solo el interés en la realización del crédito tributario, sino, sobre todo, los principios de justicia bajo los cuales se ordena constitucionalmente el deber de contribuir. Es conocida la postura mantenida por Sainz de Bujanda (1963) en torno al problema de la legitimidad constitucional de los beneficios tributarios, estableciendo que no es posible subordinar o destruir la justicia tributaria en aras de otras posibles manifestaciones de justicia que puedan operar en el seno del ordenamiento jurídico,

es claro que por esa vía serán los restantes sectores sociales los que paguen, con una aportación comparativamente mayor, el régimen de

exoneración creado en favor de los especialmente favorecidos por las exenciones. Y la injusticia que así se produzca no podrá estar nunca justificada por otro tipo de afanes: Jamás la injusticia puede servir a la justicia. (Sainz de Bujanda 1963, p. 389)

Los beneficios o Incentivos Fiscales, en cuanto suponen una exoneración total o parcial de la carga impositiva para determinados contribuyentes, originan una disminución de los ingresos por este concepto al Erario Público. Por lo tanto, económicamente, son equiparables a la realización de un gasto directo.

Velarde Aramayo (1997) identifica los beneficios tributarios con el gasto fiscal o tributario, dándoles un sentido complejo pues, por un lado, poseen naturaleza tributaria al ser integrantes del ordenamiento y crearse mediante ley (tal como lo declara el artículo 133.3 de la Constitución Española), pero son, por otro lado, fruto del accionar político promocional ya que sus fines son económico – sociales, es decir, se crean expreso para potenciar el desarrollo de ciertas actividades, manteniendo total independencia del principio de capacidad contributiva.

En similar sentido, aunque de carácter más atenuado, Herrera Molina (1990) establece que, no parece contrario al deber de contribuir que tributen en menor grado o que dejen de hacerlo aquellos entes cuya potencia económica satisface directamente intereses generales. La capacidad económica de estos entes “exentos” se encuentra cualificada por su afectación al interés general. Un sistema tributario justo debe someter esa riqueza a menos gravamen, sin que por ello se quiebre el deber de contribuir.

De este origen del gasto como un no ingreso, el término beneficios fiscales representaría lo que la doctrina ha llamado Gasto Fiscal o Gasto Tributario, el cual manifiesta una “naturaleza híbrida” (Fuentes Quintana, prólogo de Lagares Calvo, 1974, p. 8), ya que por un lado se encuentra situado en la parte de Ingresos presupuestarios, a los cuales afecta disminuyéndolos (se resta de los mismos), y por otro lado, constituye un gasto a favor de los sujetos beneficiados por la normativa promocional (efectos externalizables directos e indirectos), aunque sea un gasto sin pago.

El gasto tributario (término presupuestario para referirse a los beneficios fiscales), para cierto sector doctrinal, no puede considerarse como Gasto Público en el sentido estricto de la palabra. La realización del gasto público presupone una erogación de caudales públicos previamente ingresados al Tesoro, lo cual no sucede en el caso del gasto fiscal.

En efecto, la dualidad ingreso – gasto, que normalmente tiene lugar en la actividad financiera, carece de operatividad en los gastos fiscales, ya que éstos se presentan bajo la fórmula de un “no ingreso” (González Sánchez, 1982, p. 681), por eso se lo considera de naturaleza híbrida, tal como mencionamos anteriormente.

Creemos adecuado referirnos al mismo como **el gasto generado como consecuencia de un no ingreso de riquezas al Tesoro, provocado por la consecución de una política económica o social llevada a cabo por distintas técnicas impositivas de desgravación**. De esta manera el término Gasto Fiscal o Tributario se vería reducido en la legislación impositiva a la expresión ***Beneficios Tributarios*** (que representa las minoraciones de carácter extrafiscal), lo que consideramos el criterio correcto a seguir.

El concepto de Gasto Tributario tiene importantes implicaciones en el proceso presupuestario ya que, si aquellos son esencialmente equivalentes a los Gastos Directos canalizados a través del sistema tributario, habrá que entender congruentemente, que resulta imprescindible conocer la magnitud del gasto que se ha realizado por la vía del no ingreso. El Presupuesto o Informe de Gastos Tributarios o Fiscales desempeña una función vital en la ordenación presupuestaria, al poner de manifiesto las cantidades que no se recaudan como consecuencia de la creación y utilización de estos beneficios tributarios⁵, en el mismo documento se establece una cifra total de los beneficios que afectan a los tributos del Estado y se los identifica de forma concreta uno por uno (todos aquellos contenidos en la normativa del propio tributo o individualmente creados a través de leyes de promocionales de distinto tenor y alcance).

En mayoría de los países americanos, no existe mención constitucional alguna sobre los beneficios tributarios o el Gasto Tributario, lo cual resulta interesante pues la utilización de esta figura por el legislador constituye práctica habitual. Si repasamos las últimas legislaciones fiscales en los distintos países del continente americano, las mismas se encuentran plagadas de estímulos o beneficios fiscales a determinadas actividades o condiciones que realicen o cumplan empresas y particulares.

Este elemento así constituido, puede fácilmente desvirtuarse y, por lo tanto, representar un caldo idóneo para el desarrollo de actividades corruptas, debido a que pueden constituirse en verdaderos favores legislativos a determinadas em-

5 Observa Albiñana García - Quintana que "... solo las exenciones - totales o parciales - que se conceden y liquidan como instrumento de política socio - económica deben integrarse en el Presupuesto de Gastos Fiscales. Ni las no sujeciones, ni las exenciones técnicas, deben lucir en la recaudación (bruta o íntegra) del correspondiente concepto tributario. Las mismas desgravaciones cuando sean meras devoluciones de tributos liquidados y recaudados deben ser soportadas presupuestariamente por la respectiva recaudación. Caso distinto es el de la desgravación que opera como una exención *ex post* porque el procedimiento o técnica que se aplique (supuesto de exención con progresividad, por ejemplo) exigen su previo gravamen para practicar; después, la desgravación que constituye la exención tributaria establecida". Prosigue el autor diciendo que "tampoco debe incluirse entre exenciones o bonificaciones tributarias, aquellas medidas presupuestariamente que responden al cuadro normal del tributo de que se trate. Me refiero, por ejemplo, a las de reconocimiento de circunstancias familiares en un impuesto personal sobre la renta de las personas físicas. La justicia social recaba de determinados impuestos ciertas exoneraciones o bonificaciones que no son verdaderas exenciones del gravamen, sino traducción normativa de la concepción vigente que del tributo se tenga". (Albiñana García - Quintana, 1979, p. 49; En similar sentido: Braña Pino, 1981: 81).

presas o factores de poder, puesto que a los grandes capitales, para no generar sospecha ni condena social, prefieren dejar de pagar lo que deben a recibir subsidios fraudulentos, puesto que en definitiva la ventaja económica obtenida es la misma, y, por supuesto, estos privilegios infundados generan un efecto regresivo en el sistema tributario y una mayor tributación del resto de los sujetos, que, en definitiva, deben solventar, con mayor gravamen impositivo, los perdones concedidos y así mantener el contrabalanceo del sistema.

Para Clemens Fuest y Nadine Riedel (2009) los gastos tributarios son ampliamente criticados como instrumentos de política económica por la falta de transparencia y porque son difíciles de controlar. Se cree que son vulnerables a la presión ejercida por grupos que poseen “intereses especiales” y prácticas incluso corruptas. Por lo tanto, las estrategias para el control de los gastos tributarios o fiscales pueden ser un elemento importante en una estrategia más amplia de mejorar la movilización de los ingresos en los países en desarrollo.

Stanley Surrey (1973), luego de analizar estos elementos y su vinculación con el entramado de corrupción pública, se manifestaba en términos tajantes por la desaparición de los mismos del sistema fiscal y su sustitución por los gastos directos, en su caso, sobre la base de la constatación de los múltiples inconvenientes que esta figura presenta y la crítica de sus pretendidas ventajas.

Desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la cláusula de progreso

Una vez realizado el análisis de los instrumentos minorativos, principales herramientas para la realización y efectivización del poder de eximir que proclama la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 18, es que podemos ahora adentrarnos al análisis del mismo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones recurrió a la calificación de instrumentos de Gobierno, en interpretación y justificación del actual artículo 75 inciso 18 constitucional. Sin pretender agotar la lista de supuestos -ni dentro de ellos todos los casos donde así fueron considerados, se intentará recorrer seguidamente unos pocos de los más relevantes a los fines tributarios y en íntima conexión a la aplicación de beneficios fiscales.

Pues bien, en virtud entonces de dicha cláusula de progreso se concedió al Congreso la facultad de crear minoraciones de cualquier tipo, inclusive las extrafiscales, sin la limitación de que solo afectara a impuestos nacionales, en consecuencia, el Congreso de la Nación estimó conveniente establecer beneficios fiscales de amplitud variable, alcanzando en numerosos casos a los tributos provinciales y municipales. En opinión de Casás, (1996)

la cláusula de progreso asigna al Estado un rol protagónico para promover las condiciones que faciliten el desarrollo no sólo económico, sino también social, educativo y cultural, y la consecución de tales fines, indudablemente habilita a los poderes públicos para otorgar beneficios y franquicias tributarias temporales, especialmente, a proyectos e inversiones siempre que guarden razonable equivalencia con los capitales aportados y los riesgos asumidos por el sector privado. (p. 183)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 1897 efectuó una interpretación amplia del entonces artículo 67 inciso 16 (actual 75 inciso 18), considerando que el Congreso puede otorgar exenciones a toda clase de tributos, aún provinciales y municipales, con inclusión de tasas retributivas de servicios y contribuciones de mejoras.

En la primera oportunidad, causa “Ferrocarril Central Argentino c. Provincia de Santa Fe”, de 3 de Julio de 1897⁶, el Alto Tribunal expresó que “para los fines de gobierno, de política, de reglamentación del comercio interprovincial, o simplemente como medio de estímulo para promover la construcción de un ferrocarril el Congreso cree conveniente acordar el privilegio de la exención del pago de impuestos locales, esta disposición será perfectamente constitucional, porque ella no importará sino el ejercicio de una facultad del Congreso cuyas leyes priman sobre cualquier disposición contraria que pudieran contener las Constituciones o Leyes de provincia. Resolver lo contrario sería reconocer en los gobiernos de provincia la facultad de anular o entorpecer los efectos de la legislación del Congreso, en cuanto ella se dirigiese a los objetos previstos en el inciso diez y seis del artículo sesenta y siete”⁷. En esta materia la situación fue la siguiente: el constituyente de 1853/60 previó que, para la integración económica del país, era preciso no solo el fomento de la inmigración, sino también la importación de capitales, especialmente para el desarrollo de las vías de comunicación y, entre ellas, las vías férreas.

Mediante la ley del 23 de mayo de 1863 se aprobó el contrato para la construcción del Ferrocarril Central Argentino, declarando en su art. 4º libre de toda contribución o impuesto la propiedad del ferrocarril y sus dependencias, por el término de 40 años, como asimismo libres de gravámenes aduaneros la importación de materiales, útiles y artículos para su construcción y uso exclusivo. En la causa de Fallos: 68:227 se sentó definitivamente la interpretación del art. 67, incs. 16 CN (actualmente inc. 18 del art. 75) en cuanto a que le confiere competencia amplia al Congreso Nacional para lograr los fines allí trazados.

6 Fallos: 68:227.

7 Fallos: 68:227 (“Ferrocarril Central Argentino c. Provincia de Santa Fe”, de 3 de Julio de 1897). Pueden encontrarse referencias semejantes en Fallos: 104:73 (“Ferrocarril Central Argentino c. Municipalidad de Rosario”, de 31 de Marzo de 1906), Fallos: 113:165 (“Municipalidad de Tucumán c. Ferrocarril Central Argentino”, de 7 de Junio de 1910), y en Fallos: 185:24 (“Municipalidad de Neuquén c. Ferrocarril Sud”, de 6 de Octubre de 1939).

Las “exenciones” dictadas beneficiaron en general a empresas de ferrocarriles, aunque posteriormente adquirieron mayor amplitud, comprendiendo, entre otras, a telefónicas y empresas de radiodifusión⁸, hasta llegar a las leyes de promoción industrial en general⁹. De esta manera, en la causa “Compañía Entrerriana de Teléfonos c. Provincia de Entre Ríos”, de 23 de abril de 1941, al reiterar su doctrina en una cuestión relativa a instalaciones radioeléctricas de vinculación interprovincial, el Tribunal reafirmó su postura en otorgar concesiones temporales de privilegios con carácter amplio, sosteniendo que

dentro de esta coordinación armónica de intereses entre concedente y concesionario, no es posible concebir la intromisión de otra entidad soberana con facultades impositivas, porque sea por error, por falta de un conocimiento cabal o íntimo de las cosas, o sea por un criterio divergente, establecer impuestos que rompan el equilibrio existente y hagan imposible la continuación de los servicios¹⁰.

A este respecto señala Luqui, (1989)

que al conservar las provincias todos los poderes que no han delegado al Gobierno Nacional, va de suyo que retienen aquellos poderes que le permitan otorgar las referidas concesiones de privilegios y otorgar recompensas de estímulo dentro de sus jurisdicciones. En cambio, siendo los poderes del Congreso expresos, limitados y definidos, fue necesario consignar esos medios, que así, aún cuando se proyecten en materias o territorio provincial, serán prevaecientes a los poderes conservados a las provincias, especialmente en punto a exenciones tributarias dictadas por el Congreso sobre tributos provinciales. Por ser de excepción esa atribución es que las concesiones de privilegio deben ser temporales, de otra manera existiría una contradicción entre los poderes reservados y los delegados. (p. 132)

Por su parte Giuliani Fonrouge (1941) señala acertadamente que

la situación de la República Argentina al sancionarse la Constitución de 1853 era muy distinta de la actual. En aquella época todavía no se habían apagado las pasiones despertadas por las luchas civiles, el localismo era un peligro latente, la riqueza pública y privada estaba en formación, el país entero se debatía en la antinomia de civilización o barbarie. De ahí que lo más urgente era poblar el país, fomentar sus

8 Fallos: 188:247 (“Roca Hnos. y Cía. Ltda. S.A. c. Provincia de Santa Fe”, de 13 de noviembre de 1940), Fallos: 189:272 (“Compañía Entrerriana de Teléfonos S.A. v. Provincia de Ente Ríos”, de 3 de Abril de 1941).

9 Fallos: 314:1088 (“Carlos Pascolini S.A. c. Estado Nacional”, de 24 de septiembre de 1991).

10 Fallos: 189:272.

industrias, atraer capitales, desarrollar el comercio y la navegación. Hoy en día, dichas empresas no tienen el mismo carácter aleatorio, de ello se sigue que en los tiempos que corren no es posible, forzando los textos constitucionales, extender genéricamente y en forma absoluta e indiscriminada, los alcances del artículo 75 inciso 18 de la Constitución Nacional, comprendiendo en sus disposiciones la dispensa de gravámenes provinciales o municipales, si bien en la etapa de formación nacional, el estado de la necesidad justificaba tal interpretación de la norma constitucional. (p. 215)

En una posición similar se encuentra Spisso (2000), quien luego de analizar ciertos fallos de la Corte asegura que “aquí ya no se trata de promover ciertas actividades mediante concesión temporal de privilegios o recompensas de estímulo, sino sencillamente de ampliar las facultades de la Nación, cercenando la de las provincias, todo ello con evidente menosprecio de la Constitución Nacional” (p. 79).

La cláusula de progreso si bien debe ubicársela en el contexto en que fue sancionada ha sido interpretada por nuestra Corte Suprema de tal forma que se ha mantenido vigente hasta nuestros días como justificación de la recepción extrafiscal a través de todo tipo de minoraciones frente al principio de Igualdad (Linares, 2002, p. 177). La facultad que le corresponde al Congreso de la Nación según esta disposición debe ser estrictamente temporal para la SCJN¹¹, pues de otra forma contravendría los poderes reservados por las provincias no otorgados a la Nación.

No obstante la amplitud con que fue concebida la doctrina a favor de las facultades de la Nación, para establecer “dispensas” de tributos, la Corte, atenuando su postura admitió que la facultad del Congreso no debía entenderse con alcance discriminado y absoluto¹², sino que, por el contrario, atento a su carácter excepcional y temporal, es necesario que se la juzgue en virtud de su naturaleza desarrollada por quien la invoca y de la índole del tributo, so pena de cercenar, de otro modo, las facultades impositivas de las provincias (Lalanne Fama, 2002), que estas deben ejercer en su ámbito propio, en tanto no hayan sido delegadas al Gobierno Nacional.

La importancia que tiene la atenuación de la postura del Alto Tribunal, se refleja en su preocupación por expresar los motivos que justifican el trato impositivo desigual, aún ante situaciones de similar capacidad contributiva, y no se

11 Fallos: 68: 227 (“Ferrocarril Central Argentino c. Provincia de Santa Fe”, de 3 de Julio de 1897), Fallos 113: 165 (“Municipalidad de Tucumán c. Ferrocarril Central Argentino”, de 7 de Junio de 1910), Fallos: 185: 24 (“Municipalidad de Neuquén c. Ferrocarril Sud”, de 6 de Octubre de 1939). En definitiva, como señala Luqui (1993), “el poder del Congreso de la Nación de crear exenciones tributarias en todo el territorio del país, tiene la limitación en que, tratándose de tributos provinciales y municipales, estas tengan un término. Además, como todo poder implícito, la exención debe guardar una relación de causa efecto con alguno de los objetivos enumerados en el inciso 16 (actual artículo 75 inciso 18 CNA)” (p. 222).

12 Fallos: 258: 208 (“S.A. Compañía Frigorífica Swift de la Plata v. Comisión de Fomento de Villa Gobernador Galves”, de 22 de Abril de 1964).

limita a afirmar solamente la existencia de la “cláusula de progreso”. Por consiguiente, la justificación del trato impositivo diferencial deviene del reconocimiento de que la facultad de establecer “dispensas” no es absoluta, y debe encontrar fundamento en el bien público¹³ y por otras normas constitucionales igualmente dignas de desarrollo¹⁴.

Ahora bien, haciendo nuestra la opinión del maestro español González García (2002), en los beneficios tributarios conviene partir de la observación de que existen intereses dignos de protección fuera del ámbito del principio de capacidad contributiva, de donde algunos deducen que la justicia tributaria no puede agotarse en el reparto del coste de los servicios públicos, sino que debería abarcar también el conjunto de minoraciones tributarias dirigidas a favorecer el desarrollo económico o a incrementar el bienestar social, a partir de la elemental consideración que las aportaciones de los ciudadanos al bien común pueden seguir diversos caminos.

En la medida en que esas aportaciones ahorren dinero al Estado, se hacen acreedoras de un trato fiscal favorable, pues aunque supongan un gasto para el Estado, deben considerarse una especie de “mal menor necesario” para obtener bienes mayores. Sin perjuicio, naturalmente, de que la valoración de las actividades que afectan al interés público corresponde al poder político (González García, 2002). La circunstancia de que el Congreso haya puesto en vigencia determinada política respecto de alguna de las materias del artículo 75 inciso 18 de la Constitución Argentina, no elimina, sin más, todas las facultades legislativas de las provincias susceptibles de guardar relación con esa misma materia.

En palabras de Spisso, (2000)

“sólo en situaciones en que aparezca suficientemente demostrado que la ley local frustra, entorpezca o impida la realización de la política nacional, sancionada en ejercicio de poderes atribuidos a la Nación por la Constitución, se podrán invalidar las normas impositivas provinciales o municipales que se hallan en pugna con aquella”. (p. 186)

El “trato diferencial” dado por el Congreso de la Nación a través de beneficios tributarios requiere de una especial justificación (García Etchegoyen, 2004), por lo que la Corte y la doctrina hacen referencia al criterio de Razonabilidad al momento de evaluar un beneficio tributario frente al principio formal de Igualdad, y consideran inconstitucional la concesión de beneficios que no encuentre sustento en un fundamento razonable (Valdez Costa, 1992; Villegas, 2002; García Belsunce, 1982; Casás, 1992), en una ponderación de los bienes jurídicos en juego (Spisso, 1994), es decir, que no resulten arbitrarios y discrecionales, vulnerando así el principio de Igualdad (Rosembug, 1989).

13 Fallos: 237: 239 (“Empresa Vesta de Construcciones v. Municipalidad de Santiago del Estero”, de 13 de Marzo de 1957).

14 Fallos: 185: 24 (“Municipalidad de Neuquén c. Ferrocarril Sud”, de 6 de Octubre de 1939).

Por último, en este punto, sin hacer un pormenorizado análisis constitucional de la existencia o inexistencia de una “posible” potestad autónoma de eximir, como otro poder o facultad absolutamente independiente al de exigir contribuciones, creemos que desde el exclusivo análisis estructural del tributo y del poder tributario la respuesta debe ser negativa. En este sentido es clara la posición del español Palao Taboada (1982) cuando manifestó que

el supuesto derecho a la exención o bonificación (para períodos futuros, aún y cuando lo determine la propia ley exoneradora) no forma parte del patrimonio (de los sujetos beneficiados) sencillamente porque no existe (como derecho autónomo), ya que, utilizando la terminología del Tribunal Constitucional, es simplemente un elemento de la relación jurídica obligacional; es decir, la norma de exención no crea ninguna situación jurídica a favor de los contribuyentes, sino que se integra en las normas delimitadoras del presupuesto de hecho del impuesto. (p. 167)

Respecto a su tratamiento y cálculo presupuestario

Llegados a este punto, y realizada la crítica a la interpretación dominante de la Cláusula de Progreso, haremos una muy breve referencia a los beneficios tributarios existentes respecto de su cálculo presupuestario, o mejor dicho, a las necesidades que deben atenderse en el mismo.

Pretendiendo creer en la intención loable del legislador, o excepcionalmente en el Presidente al redactar decretos de necesidad y urgencia, la pregunta puede plantearse de la siguiente manera: ***¿Cómo saber que los beneficios o estímulos fiscales introducidos fueron necesidades de Gasto Público que el Estado debía cubrir para el desarrollo del país?; ¿Quién los controla y evalúa?; ¿Existe un seguimiento respecto a la efectividad del “gasto” como sucede en el sistema financiero?***

Estos planteamientos resultan de fundamental trascendencia a la hora de crear y desarrollar beneficios tributarios, puesto que en definitiva son verdadero Gasto Público, aunque formalmente se incluyan en el Presupuesto de Ingresos bajo signo negativo, puesto que son necesidades sociales y económicas que el Estado debe afrontar, ya sea a través de la entrega de fondos públicos anteriormente ingresados al Erario o, como en este caso, calculando la suma de dinero del Gasto a cubrir y, en vez de recaudar para gastar, contemplarla como un **no ingreso** y así potenciar el principio de solidaridad, haciendo que los ciudadanos, a través de sus potencias económicas de manera directa, cumplan la tarea que, de otra forma, el Estado tendría que realizar de todas maneras (Rezzoagli, 2013).

Para esto se requiere de una verdadera planeación y programación presupuestaria, donde se pongan de manifiesto las necesidades a cubrir a través de un Informe o Presupuesto de Gastos Tributarios (Rezzoagli, 2006), desde mediados

de los años 90s en Argentina contamos con dicho informe, sin embargo, la articulación de los montos de regímenes promocionales o exoneraciones fiscales de carácter extrafiscal, se articulan exclusivamente en el cálculo de los ingresos bajo signo negativo, debido a que es una disminución calculada de los mismos.

Ahora bien, saber que se hace con ese dinero no ingresado y como afecta a los egresos es lo que causa dolores de cabeza: dicho presupuesto o informe de gasto tributario debe tener relación directa con el cálculo de los Gastos Públicos (extrayendo los montos de las partidas y rubros pertinentes) y así poder luego trasladarse al cálculo de los ingresos bajo signo negativo. Así pues, sin esta planeación, no sabríamos si lo que estamos dejando de recaudar como consecuencia de la creación y utilización de beneficios tributarios se dirige a finalidades de primer orden o no, porque puede ocurrir que ***si no realizamos este proceso adecuado de planeación, estemos utilizando verdadero Gasto Público en el desarrollo de necesidades que no son prioritarias o importantes, en principio, y hasta podemos llegar a concluir que ni siquiera pueden llegar a ser verdaderas necesidades públicas, alterando e incumpliendo el fin primordial de la recaudación tributaria que consiste en que posea destino de gasto público.***

Lamentablemente debemos reconocer que estas figuras, por su escasa publicidad y conocimiento, constituyen elementos idóneos para el desvío de fondos públicos, entendidos desde su aspecto material como un no ingreso calculado (formalmente no serían gasto público debido a que no hay entrada y salida de recursos a la Tesorería), y por lo tanto, se erigen como el caldo de cultivo principal para la corrupción del siglo XXI. Al solo vincularse con los cálculos de los posibles ingresos a recaudar y afectarlos negativamente, es decir, restarlos, se tiene un conocimiento cabal de su cuantía y de lo que implica y como afecta a los ingresos calculados, sin embargo, no tienen vinculación formal o material con el presupuesto de egresos, por lo que no sabemos a qué finalidad de gasto público se cualifica presupuestariamente, tampoco disminuyen correlativamente egresos e ingresos, solo afecta a los ingresos, por lo que materialmente no hacen otra cosa más que aumentar el déficit presupuestario, o lisa y llanamente disminuyen posibles recursos que deberían ir al gasto público sin indicar a donde van y porque dentro de una planeación presupuestaria que resulta funcional a su ocultamiento.

Al no tener vinculación formal o material con los egresos, y por lo tanto no articularse dentro del sistema financiero, no existe posibilidad alguna de control interno o externo, previo, concomitante o a posteriori, ni de evaluar el dinero del Estado en atención de las finalidades perseguidas. Un verdadero agujero negro si se me permite la expresión dentro del universo presupuestario, que llega a afectar nada más ni nada menos que un 20% en promedio de los ingresos calculados por año en nuestro país.

Ahora bien, volviendo al federalismo, esta potestad tributaria cualificada en la eximición de obligación material de pago total o parcial (sea que se estructure

en el hecho imponible o la base imponible del tributo afectado), necesariamente genera un desfase presupuestario y financiero en las provincias afectadas, pues calculaban con recaudar los montos dinerarios en ejercicio de sus facultades propias impositivas, a las actividades y sujetos comprendidos dentro de su ámbito de vinculación fiscal, pero una exoneración nacional, acción del Congreso de apoderamiento del poder tributario subnacional cualificado a través de normas exonerativas, le impiden a las provincias recaudar lo previsto, lo calculado, con un desfase importante en la consecución de sus planes funcionales y financieros.

Una situación de esta envergadura requiere mínimamente de una intervención financiera del Gobierno Nacional para **compensar la pérdida de recursos propios y legítimos privados a las provincias afectadas**, sin embargo, hasta la fecha, ni siquiera existe esa compensación dineraria que, en pos del cumplimiento de fines “superiores” que el gobierno nacional puede realizar en todo el territorio del país. No cabe duda de que por lo menos se debería entregar desde un ámbito de gobierno a otro, el importe calculado de recaudación que no afrontan los sujetos cualificados por estos regímenes excepcionales y temporales perseguidos.

Conclusiones

Lo que debemos entender aquí es que el derecho tributario nace de una obligación sustantiva de contribuir a los gastos públicos (fin necesario y primordial de los impuestos), articulada por un poder tributario y unos criterios de vinculación. Dicha obligación puede ser atenuada en todo o en parte a través de exenciones, deducciones, reducciones y demás elementos minorativos, por cuestiones de capacidad contributiva, por cuestiones técnicas (doble imposición) y, lo que acapara nuestra atención, consideraciones extrafiscales, ya que junto con la capacidad contributiva existen muchos otros principios constitucionales dignos de desarrollo desde el ámbito fiscal, tales como la vivienda digna, el pleno empleo, el tener y conservar un ambiente sano, etc. Éstos encuentran en los regímenes promocionales un vehículo idóneo para el cumplimiento de la Igualdad Material y el desarrollo de fines que exceden al ámbito de la justa imposición¹⁵, puesto que tratar igual a los iguales

15 Si bien la extrafiscalidad puede desarrollarse en materia tributaria tanto en forma directamente proporcional al fin perseguido (beneficios tributarios – regímenes promocionales) e inversamente proporcional a la finalidad deseada (impuestos extrafiscales que persiguen disuadir conductas), respecto a éste último ámbito nuestra opinión es desfavorable.

Un tributo extrafiscal no es lo mismo un tributo con fines extrafiscales; tributos con fines extrafiscales lo son todos, en mayor o menor medida, porque todo tributo entraña el paso de la riqueza del bolsillo del contribuyente al tesoro público y ese paso siempre produce algún efecto económico por sí mismo de forma dirigida o espontáneamente. Todo tributo por el hecho de serlo tiene algún efecto económico distinto del puramente recaudatorio pero no es ese un problema de justicia tributaria; el problema real son los tributos con **fines extrafiscales preponderantes, primordiales**, que desplazan al fin recaudatorio, es decir, que lo que buscan no es recaudar, y **el hecho imponible, necesariamente entonces, no refleja parámetros de riqueza**, así puede mencionarse, como ejemplo, evitar la

en iguales circunstancias muchas veces se torna injusto si nuestro punto de mira es exclusivamente recaudatorio. Pensemos en aquellos sujetos que invierten en maquinarias ecológicas, quienes contratan personas con capacidades diferentes o con graves problemas físicos, quienes potencian el desarrollo económico y comercial en determinadas zonas de emergencias a primera vista poco rentable, etc., son sujetos que arriesgan su capital en la consecución de fines sociales, queridos por el legislador y amparados en la constitución y leyes ordinarias.

Son situaciones que el Estado de todas maneras debería de afrontar si no lo hacen los particulares a través de su accionar solidario, por lo que el subvencionar actividades o empresas es igual a dejar de recaudar por la consecución de dichos fines que de otra forma hubiese implicado el desplazamiento de fondos, con todo el gasto administrativo y el riesgo que ello conlleva, por lo tanto, los beneficios fiscales implican una complementación del antiguo binomio ingreso – gasto, porque el no “beneficiar” a estos sujetos que cumplen con las finalidades públicas del Estado de manera directa, podría ser equitativo y proporcional, atendiendo al aspecto exclusivamente recaudatorio, pero indudablemente sería injusto, porque la Igualdad no puede interpretarse solo desde su perspectiva formal, sino también material, eliminando las distancias entre los individuos, a través del seguimiento y consecución de otros valores constitucionales para lograr la verdadera paridad de tratamientos.

Ahora bien, si lo que existe en realidad es una obligación que puede ser minorada en todo o en parte por cuestiones de capacidad contributiva, técnicas, o por consideraciones extrafiscales dignas de consecución y desarrollo, dichas minoraciones o mecanismo minorativos, no son más que instrumentos que pertenecen

contaminación (las famosas eco tasas), cuyo hecho imponible está dado por parámetros de contaminación y aunque la contaminación sea una acción terrible y perjudicial para todos, lo que necesariamente NO constituye es una manifestación de riqueza de los sujetos que la realizan.

Existe uniformidad mundial al definir al tributo como instrumento para la cobertura del gasto público, y una cosa es que el tributo además de recaudar haga otras cosas, ningún problema, pero es algo muy distinto a que el fin primordial del tributo sea no recaudar, y prescindir de la capacidad económica al gravar situaciones ajenas a la misma. Aunque utilicemos nuestra imaginación y el más agudo razonamiento para brindarles (de algún modo) constitucionalidad, y nos parezcan instrumentos útiles y necesarios, y de hecho puede que lo sean, simplemente no les corresponde este ropaje jurídico debido a que no son verdaderos impuestos y contradicen sus principios informadores; la tarea, entonces, puede pasar por trabajar en estos falsos impuestos para darles el acomodo constitucional adecuado.

Distinto es el caso de impuestos internos a los cigarrillos, ciertas bebidas alcohólicas, tributos altos a la explotación de juegos de azar, entre otros que podríamos mencionar, puesto que el hecho imponible está constituido por manifestaciones específicas de riqueza (compra – venta – distintos tipos de transacciones comerciales) y que implica el desarrollo de capacidad económica en la transacción; aquí entonces el debate puede darse respecto al límite máximo de la imposición, el principio de No Confiscatoriedad.

Si bien en estos tributos pueda legitimarse alícuotas elevadas por supuestas finalidades extrafiscales como el cuidado de la salud o la lucha contra el juego, el fin recaudatorio sigue siendo primordial o principal en los mismos y haciendo más las opiniones que vertía en clases de doctorado el maestro español Don Eusebio González García, en la Universidad de Salamanca, España, *si quieren que el fin principal sea realmente disuadir y no recaudar, pongan impuestos al tabaco al 10.000% de alícuota, entonces verán que en este país ya no fuma nadie, pero si mantienen un consumo suntuoso generalmente inelástico o con baja elasticidad en términos competitivos, el fin primordial siempre será recaudatorio pese a lo que nos quieran decir.*

formal y materialmente a la misma, forman parte inherente del poder tributario de imposición, y no pueden desarrollarse sin que la obligación de la que forman parte se manifieste tanto legalmente como realmente a través de la realización, en cada caso, del hecho imponible que produce su devengo (y en las demás etapas configurantes de la obligación tributaria: base imponible, alícuota y cuota).

Si esto es así, y en consideración a la realización de un proyecto de índole nacional en el que en determinadas regiones pueda encontrar obstáculos de desarrollo efectivo ¿cómo justificar que el Congreso de la Nación, que solo puede crear tributos nacionales, tenga injerencia en elementos que forman parte de tributos provinciales o municipales?, A priori, solo puede tener injerencia legislativa en los mecanismos o elementos que forman parte de los tributos que él mismo crea o atiende, es decir, dentro de la órbita de su poder tributario delineado por los criterios de vinculación fiscal. Pero es aquí donde radica la importancia y trascendencia del artículo 75 inciso 18 constitucional, pues al tratarse la facultad de eximir de una forma de manifestación del propio poder tributario de imposición, lo que regula esta posibilidad por parte del Congreso de la Nación de imponer exenciones en pos del desarrollo del país de forma razonable, de manera excepcional y por tiempo limitado, que cuenta con jerarquía constitucional y por lo tanto se enmarca dentro de la doctrina de inmunidad de los instrumentos de gobierno, es la posibilidad de acceder previamente, y por mandato constitucional, al propio poder de imposición de las provincias y municipios y desde allí cualificar (desde el ámbito general a lo particular) exenciones e instrumentos minorativos para estas pautas y parámetros antedichos.

Volvemos a reiterar que no se trata de entender a la concesión de beneficios como un derecho autónomo, resulta estructuralmente imposible que una exención no se articule dentro del marco propio del hecho imponible donde se devenga, y para ello debe tener el Congreso previamente prerrogativas generales en la configuración de los tributos para cualificar dichas situaciones objetivas o subjetivas que neutralizan la obligación principal de pago, puesto que constituyen elementos de la obligación tributaria de la que forman parte, y que, por lo tanto, solo puede crear quien asume, a su vez, dicha obligación en la que está inmerso.

Referencias

- Albiñana, C. (1979). El Presupuesto de Gastos Fiscales. *PGP*, (1), pp. 45-51.
- Alurralde, A. M. (2005). *Sinopsis de derecho tributario provincial*. Rosario, Argentina: Juris.
- Berliri, A. (1971). *Principios de derecho tributario: Volumen II*. Traducción y notas por Amorós Rica, N. y González García, E. Madrid: ed. Derecho Financiero.
- Bidart, G. J. (2000). *Manual de la constitución reformada, tomo II*. Buenos Aires: Ediar.

- Bulit, E. (1991). Acerca de la cláusula del desarrollo en la Constitución Nacional. *La Información*, t. LXIV, pp. 500-515.
- Casás, J. O. (1996). El principio constitucional de generalidad en materia tributaria. *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario* (1), pp. 165-186.
- Casás, J. O. (1992). *Presión Fiscal e inconstitucionalidad: Las garantías constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el contribuyente*. Buenos Aires: Depalma.
- Dominguez, A. (2015). El federalismo unitario argentino (1994-2014). *Pensar en Derecho* (5), pp. 91-103. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/el-federalismo-unitario-argentino-1994-2014.pdf>
- Caparros, E. F. (2000). *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: ed. Ratio Legis.
- Fernández, V. R. (2001). *Estrategias de desarrollo y transformación estatal. Buscando al estado bajo el capitalismo global*. Santa Fe, Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
- Fernández, V. R. (1999). *Descentralización estatal y decisionismo fiscal: enfoque crítico y propuestas a partir de la experiencia argentina: 1960-1990*. Santa Fe, Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
- Fuest, C. & Riedel, N. (2009). *Tax evasion, tax avoidance and tax expenditures in developing countries: A review of the literatura*. Oxford University Centre for Business Taxation.
- García, H. A. (1982). *Temas de derecho tributario*. Buenos Aires: ed. Abeledo – Perrot.
- García, M. F. (2004). *El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: ed. Abaco.
- Giuliani, C. M. (1941). *Delegación de facultades y exención de impuestos provinciales por el congreso*. Buenos Aires: Estudios del Centro de Investigación Permanente de Derecho Financiero.
- González, E. (1997). *Interpretación de las normas tributarias*. Pamplona: ed. Aranzadi.
- González, E. (1992). La utilización de los instrumentos tributarios para fines de política económica, en *Derecho Tributario*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Tributario.
- González, E. (2002). *Relato general de las medidas fiscales para el desarrollo económico*. Génova Barcelona: XXI Jornadas Latinoamericanas de derecho tributario.
- García, C. (2017). *Manual de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lalanne, G. A. (2002). *El sistema tributario como instrumento de desarrollo e incenti-
vación: Hacia una teoría de la justicia en la no imposición*. Génova Barcelona: XXI
Jornadas Latinoamericanas de derecho tributario.
- Linares, J. F. (2002). *Razonabilidad de las leyes (El debido proceso como garantía inno-
minada en la Constitución Argentina)*. Buenos Aires: ed. Astrea.

- Luqui, J. C. (1993). *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: ed. Depalma.
- Luqui, J. C. (1989). *La obligación tributaria*, Buenos Aires: ed. Depalma.
- Naveira, G. J. (2007). El 'instrumento de gobierno' como concepto jurídico indeterminado en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*. pp. 937- 981.
- Palao, C. (1982). La disminución retroactiva de bonificaciones fiscales y los decretos leyes en materia tributaria. *Crónica Tributaria* (43) pp. 163-179.
- Pont, J. F (1986). *La exención tributaria*. Madrid: ed. De Derecho Reunidas.
- Rezzoagli, B. A. & Alurralde, A. M. (2008). *Manual de Finanzas Públicas*. México: Fondo Editorial Morevallado.
- Rezzoagli, L. C. (2006). *Beneficios tributarios y derechos adquiridos*. México: Cárdenas Velasco Editores.
- Rezzoagli, L. (2013). Teoría de la dinámica fiscal contradictoria de los países latinoamericanos en un ámbito determinado por la coexistencia del capitalismo global y la democracia representativa. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, 43(118), pp. 117-142.
- Rosembuj, T. (1989). *Elementos de derecho tributario*. Barcelona: ed. PPU.
- Sainz, F. (1963). Teoría de la exención tributaria. *Hacienda y Derecho*, vol. III, pp. 456-472.
- Spisso, R. (2000). *Derecho constitucional tributario*. Segunda edición. Buenos Aires: ed. Depalma.
- Spisso, R. (1999). *El principio de capacidad contributiva. Derechos y garantías del contribuyente desde la perspectiva constitucional*. Buenos Aires: El derecho administrativo, diario de jurisprudencia y doctrina.
- Surrey, S. S. (1973). *Pathway to Tax Reform. The Concept of Tax Expenditure*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Uriburu, G. (2017). El bien común y la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno. *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, 14 (148), pp. 1-8.
- Valdes, R. (1992). *Instrumentos de derecho tributario*. Buenos Aires: ed. Depalma.
- Villegas, H. (1992). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: ed. Depalma.
- Villegas, H. (2015). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires: Astrea.



Nombre de la obra: Purgando muertos. Técnica: Mixta sobre papel
Autor: Juan Camilo Carmona. 2018

"PURGANDO MUERTOS"

JUANKATO2018

La seguridad después de la guerra: nuevos referentes de seguridad para el post acuerdo de paz en Colombia*

Ángela Navia López**

Resumen

Los acuerdos de paz de La Habana presentan una visión moderna y cualitativamente nueva de seguridad. Aluden a la seguridad humana como un derecho de la sociedad. Sin embargo, la noción de seguridad no es unívoca. En Colombia ha persistido la visión clásica de seguridad reflejada en la Doctrina de Seguridad Nacional. El presente artículo analiza esta doctrina y argumenta la necesidad de transitar a otros paradigmas de seguridad, como la seguridad humana, como requisito para la construcción de paz. En primer lugar, se realiza un acercamiento a la conceptualización de seguridad. Posteriormente, se describen las principales características de la Doctrina de Seguridad Nacional, evidenciando su evolución histórica y lo imperioso de su abandono. Esto permite, finalmente, resaltar la importancia de la concepción de seguridad humana erigida en los acuerdos de paz.

Palabras clave: acuerdos de paz; seguridad; doctrina de seguridad nacional; seguridad humana.

The Security after the war: new security referents for the post-peace agreement in Colombia.

Abstract

The Habana peace agreements present a modern and qualitatively new vision of security. Specifically, they refer to human security as a right of society. However, the notion of security is not univocal. In Colombia, the classic vision of security reflected in the National Security Doctrine has persisted. This article analyzes this doctrine and argues the need to move to other security paradigms, such as human security, as a prerequisite for the construction of peace. In the first place, an approach to the conceptualization of security is made. Subsequently, the main characteristics of the National Security Doctrine are described, evidencing its historical evolution and the imperative of its abandonment. This allows, finally, to highlight the importance of the conception of human security established in the peace agreements.

Keywords : Peace Agreements; Security; Doctrine of national security; human security.

A segurança depois da guerra: novos referentes de segurança para o pós-acordo de paz na Colômbia

Resumo

Os acordos de paz de Havana apresentam uma visão moderna e qualitativamente nova de segurança. Aludem à segurança humana como um direito da sociedade. No entanto, a noção de segurança não é unívoca. Na Colômbia persiste a visão clássica de segurança refletida na Doutrina de Segurança Nacional. Este artigo analisa esta doutrina e argumenta a necessidade de transitar a outros paradigmas de segurança, como a segurança humana, como requisito para a construção da paz. Em primeiro lugar, realiza-se uma aproximação da conceptualização de segurança. Posteriormente, descrevem-se as principais características da Doutrina de Segurança Nacional, tornando evidente a sua evolução histórica e o caráter imperioso do seu abandono. Isto permite, finalmente, salientar a importância da concepção de segurança humana erigida nos acordos de paz.

Palavras-chave: acordos de paz; segurança; doutrina de segurança nacional; segurança humana.

* Artículo de reflexión. Es derivado del proyecto en curso *Seguridad Humana en contextos de Justicia Transicional. Estudio para el Departamento de Nariño*. El proyecto se adscribe al grupo de investigación Saber Sociojurídico, en la línea de investigación "Problemas contemporáneos de la filosofía y de la teoría del derecho". Grupo de investigación de la Universidad Mariana. Investigadora principal: Ángela Navia. El proyecto se encuentra en curso, finaliza en diciembre de 2018.

** Docente-investigadora de la Maestría en Derecho de La Universidad Mariana, Colombia. Abogada de la Universidad de Nariño. Magíster en Relaciones Internacionales con mención en Seguridad y Derechos Humanos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - FLACSO. Integrante del grupo de investigación Saber Sociojurídico. Correo electrónico: angela_navia@hotmail.com ORCID: 0000-0002-0640-8037

La seguridad después de la guerra: nuevos referentes de seguridad para el post acuerdo de paz en Colombia

Introducción

Los acuerdos de paz de La Habana presentan una visión moderna y cualitativamente nueva de seguridad. Su preámbulo reconoce *los derechos de la sociedad a una seguridad humana integral con participación de las autoridades civiles*. Dicho reconocimiento pareciera ser una declaración elemental y de sentido común en un acuerdo de paz, en la medida que hablar de paz implica posicionar las dimensiones humanas antes que las militares. Sin embargo, en Colombia no resulta evidente aludir a la *Seguridad Humana* cuando históricamente la concepción de seguridad ha sido militarizada, es decir, cuando se reduce la noción de seguridad a temas militares.

La militarización de la noción de seguridad atendió a la lógica de la guerra fría. Hobsbawm (2007) advierte que un requisito indispensable para culminar los conflictos armados en el siglo XXI consiste en superar tal noción que surge asociada al conflicto entre EEUU y la antigua Unión Soviética. Atendiendo este corolario, para que Colombia pueda transitar hacia un escenario de paz en el post acuerdo es necesario abandonar aquella concepción tradicional de seguridad.

En este sentido, el presente artículo pretende argumentar que la construcción de paz necesita nuevos referentes de seguridad. En específico, se busca analizar las dos concepciones de seguridad, la que ha existido en Colombia y la referida en los acuerdos de La Habana. Las dos enmarcadas en contextos internacionales históricos y sustentados en paradigmas teóricos específicos. A partir de este análisis se busca comprender y dimensionar la noción de seguridad humana como un nuevo referente de seguridad.

Para tal fin el trabajo se compone de cuatro acápitales. En el primero se realiza un acercamiento conceptual a la noción de seguridad. Para ello se acude a los estudios de seguridad que se han desarrollado desde la teoría de las Relaciones Internacionales. Desde aquí se evidencia el momento histórico y teórico de los dos referentes de seguridad, así como el viraje en los paradigmas de seguridad. Establecido lo anterior, en segundo momento, se analiza la visión clásica de segu-

ridad como el referente predominante en Colombia. En específico, se examinan las principales características de la Doctrina de Seguridad Nacional -DSN-, se realiza un recuento histórico y se observan sus impactos. El tercer acápite se ocupa del otro referente de seguridad, la seguridad humana, se estudia su surgimiento y características. Igualmente, se analiza esta noción de seguridad en clave de construcción de paz. Esto permite, finalmente, erigir conclusiones sobre los dos referentes de seguridad, lo que ha implicado la adopción de la DSN y la importancia de la seguridad humana para transitar hacia la paz.

Seguridad: conceptualización y debates teóricos

La Real Academia de la Lengua Española define seguridad como la cualidad de estar seguro, es decir, estar libre y exento de riesgo. La seguridad existe cuando se presenta una amenaza, cuando algo o alguien está en peligro y, por tanto, deben emprenderse las medidas para ser cuidado. En una definición ajustada puede decirse que la seguridad consiste en librarse de las amenazas y en ser capaz, bien sean los estados o las sociedades, de mantener su independencia en lo que se refiere a su identidad, y a su integración funcional, frente a fuerzas de cambio consideradas hostiles (Orozco, 2006, p. 169).

Explica Wæver que “antes del siglo XX, la seguridad no era un concepto clave o el eje del pensamiento internacional. Un primer paso en esta dirección vino con la seguridad colectiva en el periodo entre guerras” (2009, p. 78). Desde entonces las potenciales mundiales empezaron a usar la seguridad como lema de su política exterior. Por esto, la seguridad se convierte en objeto de estudio de las diferentes disciplinas de las Ciencias Sociales, en especial en las Relaciones Internacionales.

Sin embargo, durante la guerra fría las categorías dominantes para analizar el sistema internacional fueron el poder y los estudios de paz. La seguridad se encontraba inmersa en ellos. Los impactos que implicó el fin orden mundial bipolar generaron la pérdida de capacidad explicativa las dos categorías hasta entonces predominantes. Emerge, entonces, la seguridad como una categoría de análisis que abarca mayores elementos para estudiar las dinámicas del nuevo orden mundial (Orozco, 2006).

En los estudios sobre seguridad se deben identificar dos elementos centrales: 1) el objeto referente y 2) su contenido (Orozco, 2006). El primero responde a la pregunta ¿qué debe protegerse? Es decir, es el objeto que se debe resguardar. El contenido del objeto referente es lo que se encuentra amenazado y, por tanto, es el fin a proteger. Al establecer estos elementos, lo que se determina en últimas es, en términos de Møller (1996), de quién es la seguridad.

Determinar el objeto referente dependerá de la teoría desde donde se aborde. Así, por ejemplo, para el realismo, visión que posiciona al Estado como actor

principal del Sistema Internacional y al poder como su elemento de búsqueda (Morgenthau, 1986), el objeto referente es el Estado y el contenido a preservar es la integridad territorial y la soberanía. Desde esta corriente el objetivo de la política de seguridad debe ser “disponer de todos los medios indispensables, así como de los recursos necesarios para preservar el interés de la nación, pues con ello se logrará mantener la integridad y librar de las amenazas a aquellos intereses prioritarios del Estado” (Orozco, 2006, p.166).

Por su parte, para el constructivismo, teoría que sitúa como actor principal del sistema internacional a los agentes o grupos sociales (Wendt,1992), el objeto referente es las colectividades y su contenido, lo que se debe preservar, es la identidad de las comunidades.

Ahora bien, determinar lo que se debe preservar -objeto referente- y de qué se debe resguardar -la amenaza- no resulta una actividad aislada e improvisada. Es una acción que refleja los intereses de las clases dominantes en un determinado contexto histórico. Se trata de una determinación que tendrá implicaciones en las políticas internacionales y doméstica de los Estados.

Orozco (2006) propone, como herramienta metodológica para analizar la seguridad, la diferenciación entre dos modelos o referentes de seguridad: visión restringida de seguridad y visión amplia. La primera “se encuadra en los paradigmas que han elaborado modelos clásicos de seguridad, en tanto que en la segunda se abordan fenómenos emergentes del final de la Guerra Fría y de la actual condición de globalización” (p.170). Es decir, la visión clásica responde, en términos teóricos, a la visión realista y, en términos históricos, se enmarca en el periodo de la guerra fría. Por su parte el paradigma que ensancha los objetos referentes de seguridad –donde se ubica la seguridad humana- se adscribe a teorías críticas de las Relaciones Internacionales y emerge en el escenario posguerra fría.

En este orden de ideas, durante la guerra fría predominó el enfoque realista, posicionando una visión clásica de seguridad o, dicho de otro modo, un referente estado céntrico en la medida que el objeto referente y principal preocupación era el Estado. El contexto histórico bipolar determinó que el mecanismo para proteger el Estado era la militarización.

Explica Eric Hobsbawm (1994) que en los primeros años de la guerra fría no existió una amenaza latente que desembocara en una confrontación directa, esto por un acuerdo tácito de repartir las ganancias de las dos potencias. Por eso, el autor plantea que hasta mediados de la década del setenta existió una especie de “paz fría” (Hobsbawm, 1994, p. 232). Esa clase de paz, paradójicamente, fue resultado de una seguridad clásica, sustentada en la militarización. A mayor fuerza militar, menor posibilidad de ataque por parte de otro Estado. Por esto, uno de los efectos de la guerra fría, explica Hobsbawm, fue la militarización: “la guerra fría había llenado el mundo de armas hasta un punto que cuesta creer. Ese fue el resultado

natural de cuarenta años de competencia constante entre los grandes estados industriales por amarse a sí mismo” (Hobsbawm, 1996, p. 257).

Si bien el aspecto más visible de la guerra fría fue la militarización, este no fue el principal impacto, en la medida que las armas no se usaron a nivel global. El principal impacto fue político (Hobsbawm, 1996, p. 241). En esta lógica, EEUU necesitaba mantener su accionar con el argumento de la existencia de un enemigo peligroso, no solo en términos militares, también como amenaza política, social e incluso cultural. Ese enemigo fue el comunismo¹:

El enemigo es el sistema comunista en sí: implacable, insaciable, in-fatigable en su pugna por dominar el mundo... Esta no es una lucha sólo por la supremacía armamentística. También es una lucha por la supremacía entre ideologías opuestas: la libertad bajo un Dios, y una tirana atea. (Walker, 1993 p. 132. Citado por Hobsbawm 1995 p. 235)

El posicionamiento de este enemigo a escala global va a hacer determinante de la DSN que se aplicará a los países de América Latina. Así como un detonante para el conflicto interno en Colombia. En este orden de ideas, el fin de la Guerra Fría “suprimió de repente los puntales que habían sostenido la estructura internacional hasta entonces” (Hobsbawm, 1996, p. 285). Lo que implicó, entre otras cosas, la emergencia de nuevas amenazas, necesidades y demandas del nuevo mundo globalizante. Esto hizo repensar la seguridad.

Entre 1947 y 1989 la seguridad nacional y militar “dominó en el discurso científico y se había convertido en medios (armas), instrumentos (inteligencia) y estrategias (disuasión)” (Oswal & Gunter, 2010, p.46). Esta situación ha generado, incluso hasta la fecha, que los estudios sobre seguridad presenten dos problemas: la restricción de la seguridad a los debates sobre la seguridad nacional y su reducción a temas exclusivamente militares. Lo segundo desembocó en la idea de que “la respuesta a los problemas de inseguridad era exclusivamente fortalecer el tamaño de las Fuerzas Armadas y organismos de seguridad del Estado y aumentar el gasto militar en detrimento del gasto social o de inversión” (Vargas, 2010, p. 16).

A finales de la década de 1980 se empezó a disputar ese dominio. Se introdujeron en el debate nuevas corrientes y sectores que cuestionaron el objeto referente hasta entonces dominante. Desde entonces, “la seguridad se volvió un campo de batalla. El así llamado *debate de la ampliación del concepto de seguridad* se refiere a una batalla académica (...). No obstante, el debate fue antes que nada una lucha política” (Wæver, 2010, p. 90). Determinar nuevos objetos referentes implicaba pensar y repensar modelos económicos, políticos y sociales, que pudieran ser la

1 Esta connotación de enemigo será exportada a los países latinoamericanos, como se explicará en el siguiente acápite, e implicará para Colombia atizar la génesis y desarrollo de un prologando conflicto armado.

causa de las nuevas amenazas. Wæver (2010) explica esto con el ejemplo de los problemas ecológicos o ambientales. Posicionar al ambiente como objeto referente, implicaba determinar las amenazas y ello conlleva a debatir políticamente los impactos de la actividad económica sobre la naturaleza. Luego, no ha sido fácil posicionar sobre la agenda de los países la noción de seguridad ambiental.

En este debate se da el quiebre histórico o cambio de paradigmas de seguridad, de la clásica a visiones críticas. Se empezaron a posicionar en el debate nuevas amenazas y preocupaciones. En este viraje de paradigmas juega un papel determinante la Escuela de Copenhague. Se trata del conjunto de pensadores (Buzan, Moller, Olewer, entre otros) que trabajaron en el Instituto de investigaciones para la paz. La escuela asume el tema de seguridad intentando unir dos posiciones encontradas: el realismo y el idealismo que se sustenta la idea kantiana² de un orden mundial en paz. Para ello plantean la necesidad de expandir, no extinguir, la noción de seguridad.

Es por esto que la Escuela de Copenhague se convierte en el puente para las teorías críticas de seguridad y para lo que emergerá como seguridad humana. Esto por tres razones: primero, Orozco (2006a) señala como una característica de esta escuela que sus análisis emergen desde paradigmas de pensamiento europeo. Circunstancia que va a resultar importante, explica Orozco (2006a), para empezar a fracturar el paradigma tradicional de la seguridad, sustentado, principalmente, en escuelas norteamericanas. No se trata únicamente de la posición geográfica; se trata que de aquel lado del hemisferio la preocupación central no se deriva, a diferencia de la estadounidense, de la tensión con la Unión Soviética. Ello va a generar agendas disimiles en el análisis.

Segunda, la escuela va llamar la atención sobre la determinación del objeto referente. Advierte que el Estado no puede ser el único sujeto de la seguridad y las implicaciones que esto tiene. Es por ello que los estudios que emergen desde esta escuela van a posicionar nuevos objetos referentes derivados de las problemáticas emergentes de la posguerra fría (Orozco, 2006a, p.150).

Tercera, la Escuela de Copenhague asume que el contenido del objeto referente no es un solo elemento. Por el contrario, se trata de un contenido multidimensional. Así, por ejemplo, para la visión estado céntrica de la seguridad, las amenazas no solo recaen sobre la soberanía; también deben preservarse la democracia, el régimen político, la población, como uno de los componentes del Estado. Para la seguridad humana, que posiciona al ser humano como objeto referente, el contenido es todas las dimensiones que integran la dignidad del individuo. De ahí que

2 Esta corriente se sustenta, entre otras obras, en la obra de de Kant de 1795 *La Paz Perpetua*, en la cual plantea la noción de que es posible un orden mundial y una forma de gobierno que promuevan la paz. De ahí que acogen la importancia de las Instituciones Internacionales como mecanismos para resguardar la paz mundial.

el factor multidimensional va a hacer una de las características fundamentales de la seguridad humana.

En síntesis, en el nuevo orden mundial emergen nuevos paradigmas de seguridad que amplían la concepción clásica. Entre ellos la seguridad humana. A la par se posiciona la importancia de los derechos humanos como elementos que garantizan contextos de democracia y paz al interior de los Estados. Antes de abordar el tema de seguridad humana es necesario comprender la influencia del paradigma clásico de seguridad en Colombia.

Visión clásica de seguridad: un paradigma predominante en Colombia

En Colombia la visión clásica de seguridad ha sido el paradigma predominante. La génesis y dinámica del conflicto armado, así como los intentos para su solución han estado determinados por la aplicación de esta política de seguridad. Para los países latinoamericanos, en general, la materialización de esa visión clásica de seguridad se condensa en lo que se conoce como la Doctrina de Seguridad Nacional -DSN-.

Elementos generales de la DSN

El Estado de seguridad nacional, concepción elevada después de la segunda guerra mundial en Europa occidental y EEUU, como alusión a la defensa militar de amenazas externas, tuvo su variante para América Latina en la Doctrina de Seguridad Nacional. Se trata de «una concepción militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la importancia de la “ocupación” de las instituciones estatales por parte de los militares». (Leal, 2003, p.75). Explica Leal (2006) que esta doctrina ha sido el mayor esfuerzo de América Latina por militarizar el concepto de seguridad (2006, p.26).

La DSN se resume en dos factores: primero, la concepción de que a partir de la seguridad del Estado se garantiza la de la sociedad, considerando que para lograr este objetivo era menester el control militar del Estado (Leal, 2006, p.6). Segundo, la sustitución del enemigo externo o clásico por el enemigo interno; de esta forma los “estados Latinoamericanos debían enfrentar al enemigo interno, materializado en supuestos agentes locales del comunismo. Además de las guerrillas, el enemigo interno podía ser cualquier persona, grupo o institución nacional que tuviera ideas opuestas a las de los gobiernos militares” (Leal, 2003, p.75).

Una traducción de enemigo interno que se sintetizó en cualquier expresión que se considere de corte comunista, lo que implicó que “cualquier opositor o crítico al régimen era una seria amenaza a los valores políticos trascendentales que conformaban y caracterizaban la nación, por lo que cualquier respuesta a esta situación fue considerada de legítima defensa” (Jiménez, 2009, p.80).

De esta manera, la DSN instituyó la militarización del concepto seguridad. Se hizo de ella un sentido común: el Estado Nación, en uso del poder coercitivo, debe garantizar el orden a la sociedad, el cual se asegura combatiendo al enemigo interno. La identificación de la amenaza (enemigo interno) desató una esquizofrenia en las instituciones castrenses: todo problema social se consideró subversivo. Se asumió al adversario político como antagónico que debe ser combatido militarmente.

Desde el punto de vista filosófico y de las Ciencias Políticas, las principales características de la DSN -fuerza del Estado mediante el componente militar y la determinación del enemigo interno-, pueden sustentarse desde dos autores: Thomas Hobbes y Carl Schmitt. La propuesta del contrato social de Hobbes, determinada en un Estado fuerte (Leviatán), se sustenta en la premisa de que únicamente mediante esta figura se controla el estado natural de los seres humanos y, de esta forma, puede alcanzarse una convivencia pacífica. Esto porque “la racionalidad presente en los hombres, de ninguna manera es suficiente para alcanzar la condición pacífica de vida que los hombres desean, siendo así necesario establecer pactos que estén respaldados siempre por la fuerza de la espada” (Ramírez, 2010, p.56). Se trata de la necesidad de un Estado fuerte como garantía para la convivencia y la paz.

Ahora bien, el concepto de seguridad en Hobbes “no se restringe únicamente a la garantía de la existencia física, sino que va más allá y se extiende, también, a la estabilidad social que permite disfrutar de una vida libre de amenazas” (Orozco, 2003, p. 164). Estas amenazas, puede inferirse de la obra de Hobbes, devienen principalmente del estado natural de los hombres, de ahí que es necesario, para estar seguros, el pacto social.

Adicional a estos sustentos que brinda el pensador inglés para la concepción de un Estado fuerte como garantía de paz, se encuentra la noción de que es el Estado, mediante la figura del soberano, el que puede determinar que es bueno o malo para la sociedad, situación que, bajo la óptica de Hobbes, no se da en la condición anárquica o natural de los hombres:

En la condición natural no existen los conceptos de bueno y malo, tuyo y mío, entre otros. La medida de lo bueno o de lo justo dependerá solamente de un criterio de utilidad que cada hombre particular ha de juzgar, lo que implica que nada por sí mismo ha de considerarse como bueno o como malo. (...) Una vez creado el Estado se abandona este relativismo para dar paso a un absolutismo moral, el cual es establecido a partir del criterio del soberano. El soberano tiene el poder de legislar, el cual consiste no solo en prescribir normas, sino también en establecer qué se ha de entender por bueno y malo, verdadero y falso, legítimo e ilegítimo, moral e inmoral. (Ramírez, 2010, p.66)

La DSN plantea la necesidad de un soberano que debe ser lo suficientemente fuerte, en especial, desde el aspecto militar o de coacción, para brindar seguridad a

la sociedad. Este soberano, a su vez, es quien determina lo que es seguro o riesgoso y, por tanto, emprende las acciones necesarias para mantener una sociedad libre de amenazas.

Por su parte, los planteamientos del alemán Carl Schmitt sirven de sustento explicativo para la noción de enemigo interno. Para Schmitt la esfera política se sustenta en la dicotomía amigo /enemigo y en la actividad de determinarlos o diferenciarlos. Es en esta actividad donde toma vida el quehacer político; circunstancia que diferencia la política de la moral. Mientras la última se ocupa de la trasposición bien y mal; la estética, por su parte, de lo bello y lo feo, la esencia de la política es amigo/enemigo. En palabras del autor:

La diferenciación específicamente política, con la cual se pueden relacionar los actos y las motivaciones políticas, es la diferenciación entre el *amigo* y el *enemigo*. Esta diferenciación ofrece una definición conceptual, entendida en el sentido de un criterio y no como una definición exhaustiva ni como una expresión de contenidos. En la medida en que no es derivable de otros criterios, representa para lo político el mismo criterio relativamente autónomo de otras (...) La diferenciación entre amigos y enemigos tiene el sentido de expresar el máximo grado de intensidad de un vínculo o de una separación, una asociación o una disociación. Puede existir de modo teórico o de modo práctico, sin que por ello y simultáneamente todas las demás diferenciaciones morales, estéticas, económicas, o de otra índole, deban ser de aplicación. (Schmitt, 2002, p.56-57)

Advierte el autor alemán que el enemigo que sustenta la acción política debe ser de carácter público y no privado. Toda vez que su acción se relaciona con todo un pueblo. Por esto, argumenta Schmitt, debe combatirse. El autor no escatima esfuerzos en señalar que lo que se ha determinado como enemigo se convierte en un "otro", un diferente, que no requiere, expresa Schmitt, ser moralmente malo o estéticamente feo, "(e)s simplemente el otro, el extraño, y le basta a su esencia el constituir algo distinto y diferente en un sentido existencial" (Schmitt, 2002, p.65).

Se trata de un antagonico con condición de alteridad pública. Contenido propio de la noción de enemigo interno. La DSN lo posiciona como un otro-extraño y amenazante que debe ser contrarrestado o eliminado para preservar la paz. Esta dicotomía, capaz de producir alteridad, crea en la población imaginarios y estigmas de tal magnitud que produce una simbología cultural que termina legitimando expresiones de violencia o extinción física de lo que se ha reconocido como enemigo. Esto podría explicar la violencia cultural desarrollada por el noruego Johan Galtung. Para él la violencia cultural son

aquellos aspectos de la cultura, la esfera simbólica de nuestra existencia -materializado en la religión y la ideología, en el lenguaje y el arte, en la ciencia empírica y la ciencia formal (la lógica, las matemáticas)- que puede ser utilizada para justificar o legitimar la violencia directa o la violencia estructural. (Galtung, 2016, p. 149)

Luego, construir paz demanda, entre otros factores, eliminar la violencia cultural. Lo que implica abolir la dicotomía amigo/enemigo propio de la DSN.

Desarrollo de la DSN en Colombia

Francisco Leal Buitrago (2006) analiza el surgimiento de la DSN en cuatro etapas: antecedentes, gestación, desarrollo y declinación. La primera se posiciona en el siglo XIX en lo que se denomina viejo militarismo, es decir en las instituciones castrenses luego de la independencia. Su desarrollo va a la par de la consolidación de los estados nacionales; con la característica que estas instituciones fueron más fuertes que las otras instancias del Estado. Esta situación permitió que las instituciones militares se “autoproclamaran como dinamizadores de la economía e integradores de la sociedad” (2006, p. 31). Ello les dio un posicionamiento determinante en las decisiones y rumbo del país. Sin embargo, “los procesos de cambio en las Fuerzas Armadas hacia su conversión en instituciones profesionales modernas, van a estar íntimamente ligadas a la evolución de los problemas de seguridad interior” (Vargas, 2009, p. 46).

La gestación se ubica en la guerra fría y responde a la influencia política, militar e ideológica de Estados Unidos. El acta de seguridad de 1947, la cual crea el Consejo de Seguridad Nacional (NSC) y la agencia central de inteligencia (CIA), fue un insumo para exportar la doctrina a los países del continente. Esta se reforzó con el surgimiento, en el mismo año, del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca TIAR. Acuerdo clave para lograr cohesión de las instituciones militares en el continente. Adicional, EEUU se encargó de alimentar la DSN mediante la realización de conferencias anuales dirigidas a los comandantes de los Ejércitos del continente, las cuales se realizaron de manera ininterrumpida desde 1961 hasta inicios de 1980 (Leal, 2006, p. 61).

En esta etapa, la DSN también se nutrió de los principios franceses sobre seguridad desarrollados en la década del cincuenta y setenta para confrontar los movimientos de independencia de Indochina y Argelia. Se trata de una doctrina de seguridad colonialista puesto que el objetivo principal era mantener las colonias francesas. Sus creadores gestaron una doctrina antisubversiva. Entre sus principales características se resalta la guerra psicológica y la tortura, “en sus textos intentaron justificarla aduciendo su utilidad práctica como fuente de información, para salvar vidas y evitar nuevos ataques” (Vergara, 2005, p. 205).

De esta forma las guerras antisubversivas son integrales (Zelik, 2011) puesto que no se ocupan únicamente del combate militar. También deben preocuparse y ocuparse de la cooptación de la población civil en zonas de influencia de los grupos subversivos. A la vez que usan las operaciones psicológicas como herramienta estratégica para la lucha contra el enemigo interno. Explica Zelik (2011) que estas operaciones son “medidas capaces de influir deliberadamente en los sentimientos y convicciones sociales de un grupo poblacional. Son reconocidas como un ingrediente esencial de la doctrina militar y de seguridad de los Estados Unidos” (p.178).

La tercera etapa, el desarrollo, leal la posiciona desde el triunfo de la Revolución Cubana. Momento en el cual urge la implementación de esta doctrina en los países de Centro y Sur América. No obstante, sucesos en Colombia denotan el desarrollo o puesta en marcha de la doctrina desde los albores de la década del cincuenta, antes del surgimiento de las insurgencias como estructuras guerrilleras. Esto se lo puede corroborar con dos ejemplos: 1) la expedición del acto legislativo número 6 del 14 de septiembre de 1954³ por parte de la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se prohíbe el “*comunismo internacional*”. Regulación que permite inferir la asimilación de la lógica de identificación de un enemigo con sus respectivas medidas para menguarlo. 2) La acción de la fuerza pública el 8 y 9 de junio de 1954⁴ frente a la manifestación estudiantil en Bogotá, materializan la lógica de asumir acciones y expresiones sociales como combate al enemigo en nombre de la seguridad para la sociedad.

Años más adelante, en pleno desarrollo de la DSN, se expide el Decreto 1923 de 1978 mediante el cual se crea el *Estatuto de Seguridad* en el gobierno de Turbay Ayala. Expedición que fue posible por el decreto número 2131 de 1976 que declara el Estado de sitio en todo el territorio nacional. El Estatuto de Seguridad establece que “*es indispensable adoptar medidas de seguridad para mantener el orden social y la paz en el territorio de la República*”. Afirmación que permite corroborar la visión de que al garantizar la seguridad del Estado se protege a toda la sociedad. Arrogándose, desde las esferas gubernamentales y de poder, la determinación de lo que es y no para el pleno de la sociedad.

Un ejemplo de la asimilación de los principios de DSN, referidos al control de lo que se entiende por orden público y seguridad, por parte de este Estatuto se ubica en el artículo 13, el cual establecía:

3 La norma puede ser consultada en [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Acto/1825725?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Acto/1825725?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

4 Marchas estudiantiles realizadas en memoria de Gonzalo Bravo Pérez, estudiante asesinado en 1929, las cuales obtuvieron como respuesta disparos por parte del Batallón Colombia, dejando un saldo de nueve muertos y varios heridos.

Artículo 13. *Mientras subsista la perturbación del orden público no podrán transmitirse por las estaciones de radiodifusión y por los canales de televisión informaciones, declaraciones, comunicados o comentarios relativos al orden público, al cese de actividades o paros o huelgas ilegales o noticias que inciten al delito o hagan su apología.*

Esta disposición permite inferir la asimilación de las expresiones sociales, como las huelgas, a elementos delictivos y con potencial riesgo para la sociedad; es decir, como expresiones de un enemigo interno que puede poner en riesgo la estabilidad estatal.

Advierten Leal (2006) y Jiménez (2009) que el Estatuto de Seguridad Nacional les permitió a las instituciones militares acrecentar su autonomía en los asuntos de orden público y ampliar sus competencias e influencia en el poder ejecutivo.

Con la ampliación de sus funciones y la difusa frontera entre la influencia del poder civil y militar, el Estatuto de Seguridad aumentó las atribuciones de los comandantes del Ejército, institucionalizando nuevas competencias, entre ellas el juzgamiento de delitos y el control de manifestaciones, huelgas, paros cívicos y otro tipo de acciones colectivas. (Jiménez, 2009, p. 84)

Por lo anterior, el desarrollo de la DSN alteró la naturaleza de las instituciones militares. Se mezclaron y confundieron objetivos y competencias. Se produjo una distorsión negativa, “puesto que alteró los cánones profesionales y desvió los principios castrenses hacia funciones ajenas al quehacer militar” (Leal, 2006, pp.49-50).

Esta distorsión permitió que las instituciones castrenses vinculen a la población civil en la lucha contra el enemigo interno. Lo que Zelik denomina como “tercerización de la guerra” (2011, p.181), aludiendo al involucramiento de terceros o de seguridad privada en la confrontación. Así, por ejemplo, MicClintock (1992) citado en Colombia Nunca Más (2008), señala que en 1962 el General estadounidense Yarborug, director del Centro de Guerra Especial, visitó el país y emitió un informe secreto, el cual, entre otras cosas, establece que:

Debe crearse ahora mismo un equipo en el país acordado, para selecciona personal civil y militar con miras a un entrenamiento clandestino en operaciones de represión (...) Esta estructura se usará para presionar los cambios que sabemos, que se van a necesitar para poner en acción funciones de contra-agentes y contra-propaganda y, en la medida en que sea necesario, impulsar sabotajes y/o actividades terroristas paramilitares contra los conocidos partidarios del comunismo. (MicClintock, 1992, p. 222)

Finalmente, Leal (2006) posiciona la etapa de declinación en los años 80 y el fin de la Guerra Fría. Empero, en Colombia, aunque las instituciones castrenses

aseguran que sus políticas ya no son sustentadas en la DSN, dinámicas y prácticas en el marco del conflicto político, social y armado denotan su vigencia y aplicación. La dicotomía amigo/enemigo parece persistir en el imaginario colectivo. De ahí la importancia de desplazar las lógicas heredadas de la DSN por nuevas visiones de seguridad que permitan deconstruir la noción militarista del término.

Seguridad humana: nuevo referente de seguridad

En el primer apartado se dijo que el fin de la Guerra Fría generó nuevos debates e interrogantes sobre el objeto referente de la seguridad. El debate permitió que se posicionaran nuevos paradigmas de seguridad. Møller (2000) denomina los nuevos referentes de seguridad como una “expansión del término”, el cual se da como respuesta a tres interrogantes: 1) ¿Seguridad para quién? Tiene que ver con el objeto referente o con el elemento que debe protegerse. El Estado ya era insuficiente en el nuevo orden mundial. 2) ¿Seguridad para qué? Hace referencia a la ausencia de amenazas sobre ciertos valores, como los democráticos y sociales. Y 3) ¿Seguridad respecto a qué? Se trata de determinar las amenazas que se derivan de las nuevas dinámicas históricas y globales posguerra fría.

Viraje hacia la seguridad humana

En esta expansión del término se ubica la seguridad humana. Como se dijo, su antecesor fue la Escuela de Copengague y el sustento teórico son las teorías críticas de las Relaciones Internacionales que no se adscriben, directamente, a las teorías tradicionales (realismo, constructivismo, liberalismo o idealismo). Así, este nuevo paradigma posiciona como objeto referente a los seres humanos; el contenido son todas las dimensiones de la integridad y dignidad de los individuos.

La seguridad humana pretende, entonces, proteger a los seres humanos de todas las amenazas que atenten contra los seres humanos. Es una preocupación por las necesidades básicas y el desarrollo pleno de los individuos. Charles (2008) define la seguridad humana como “la protección de todos los individuos de las amenazas ambientales, económicas, alimentarias, médicas, personales y políticas” (p.122).

Charles David expone que algunas de las características del nuevo orden mundial que explican el surgimiento de este paradigma de seguridad son: difusión de valores democráticos, ascenso de los derechos humanos, influencia de organizaciones no gubernamentales, el impacto de los medios de comunicación durante crisis humanitarias o violaciones a los derechos humanos y desplazamiento de la guerra interestatal a la intraestatal (2008, p. 127).

De ahí que el posicionamiento de la seguridad humana es paralelo con la emergencia de los derechos humanos. Hampson (2002), citado por Charles (2008, p.127), asume la seguridad humana como “una aspiración compartida de promover y proteger los derechos humanos, de tal manera que el bienestar y seguridad física de las personas puedan estar fuera de peligro.”

Para el continente americano solo es hasta el año 2003 que se intenta desmilitarizar, al menos en teoría, la noción de seguridad y se reconoce de manera oficial e institucional la seguridad humana. La Conferencia especial sobre seguridad de la Organización de Estados Americanos realizada en México en octubre de 2003, plantea la necesidad de reconocer nuevos referentes de seguridad. Desde una influencia de la Escuela de Copenhague, en la declaración final alude a la seguridad multidimensional, reconociendo que, además de las amenazas tradicionales a los estados, existen nuevas amenazas: “Reconociendo que los Estados del Hemisferio enfrentamos tanto amenazas tradicionales a la seguridad como nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos que por sus características complejas han determinado que la seguridad tenga un carácter multidimensional” (Organización de Estados Americanos, 2003).

De manera específica la declaración de la Conferencia en el numeral 4, literal e, reconoce la seguridad humana:

En nuestro Hemisferio, en nuestra condición de Estados democráticos comprometidos con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la OEA, reafirmamos que el fundamento y razón de ser de la seguridad es la protección de la persona humana. La seguridad se fortalece cuando profundizamos su dimensión humana. Las condiciones de la seguridad humana mejoran mediante el pleno respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, así como mediante la promoción del desarrollo económico y social, la inclusión social, la educación y la lucha contra la pobreza, las enfermedades y el hambre. (Organización de Estados Americanos, 2003)

Para el caso de Colombia será en el 2016, con la firma final de los acuerdos de La Habana, que se reconoce en documento vinculante esta noción.

Características de la seguridad humana

Esta concepción fue desarrollada por las Naciones Unidas en 1994 mediante el informe sobre Desarrollo Humano de 1994. El capítulo segundo se titula “nuevas dimensiones de la seguridad humana”, donde se desarrolla las nociones de este nuevo paradigma. El informe parte de la necesidad de una transición de la seguridad nuclear a la seguridad humana, es decir, una seguridad cuya preocupación sea los seres humanos, su vida y dignidad.

Establece el informe que “la seguridad humana se expresa en un niño que no muere, una enfermedad que no se difunde, un empleo que no se elimina, una tensión étnica que no explota en violencia, un disidente que no es silenciado” (PNUD, 1994, p. 25). El esfuerzo del Estado, en consecuencia, debe radicar en preservar la dignidad del ser humano en todas sus dimensiones. Por esto el informe señala como una de las características de la seguridad humana su carácter multidimensional, en la medida que aborda diferentes aristas que pueden vulnerar la vida y la dignidad de los individuos.

Por lo anterior, el informe de 1994 señala siete componentes de la seguridad humana: 1) seguridad económica, 2) seguridad alimentaria, 3) seguridad en materia de salud, 4) seguridad ambiental, 5) seguridad personal, 6) seguridad de la comunidad y 7) seguridad política. Cada una de ellas como respuesta a diferentes amenazas que pueden verse expuestos los seres humanos. Adicional al carácter multidimensional, resalta el informe, estos componentes deben tener una interdependencia entre sí para garantizar de manera óptima y plena la seguridad humana.

Para Newnam (2001) existen tres interpretaciones de la seguridad humana. La primera, como necesidades básicas de los seres humanos, alimentación, cuidado personal, cultura etc. La segunda se basa en los límites de la seguridad estatal, mencionando que esta no siempre proporciona seguridad a los ciudadanos. La tercera sustenta la seguridad humana en el desarrollo social, resaltando la existencia de una relación directa entre seguridad y desarrollo social: mientras más elevado sea este último mayor será el grado de la primera.

Esta noción integral de seguridad, elevada a derecho en los acuerdos de La Habana, es un esfuerzo por desmilitarizar el concepto de seguridad. En especial, por desplazar la visión de seguridad instituida bajo la DSN. Este desplazamiento constituirá un avance significativo para la construcción de escenarios de paz. Sin detrimento de este avance, es necesario resaltar dos limitantes de la concepción de seguridad humana.

Primero, la pretensión holística del término conlleva a un ensanchamiento conceptual y a la dificultad de ponerlo en práctica con resultados concretos (Rivera, 2012, p. 41). Esto implica una difusa determinación de las amenazas y sus causantes. Las respuestas al interrogante de Møller resultan ambiguas, principalmente porque muchas de esas amenazas revisten una naturaleza estructural.

Segundo, el carácter antropocéntrico de la seguridad humana. Si bien la ubicación de los seres humanos posiciona una nueva agenda en seguridad, resulta limitada para abordar los derechos de la naturaleza o comunidades étnicas. El reto será posicionar una visión biocéntrica de seguridad que propenda por resguardar patrimonios naturales y culturales imprescindibles en la búsqueda de una paz completa.

Seguridad humana como herramienta para la construcción de paz

Establecidos los elementos generales de la seguridad humana es necesario correlacionarlos con estudios de paz que permitan comprender la importancia de la adopción del término en los acuerdos de La Habana. Para ello se toma como referencia la categoría de paz positiva y paz negativa desarrolladas por Johan Galtung. Señala Moller (1996) que los aportes de Galtung sobre las concepciones de paz negativa/ positiva “podrían considerarse como precursores del emergente y amplio concepto sobre seguridad” (p. 770), entre ellos el de seguridad humana.

Los estudios de paz de Galtung se han ocupado de estudiar el tema no desde las aristas poder/seguridad. El foco de análisis es la paz donde la seguridad es un requisito para la construcción de paz positiva. Recordemos que para el pensador noruego existen tres formas correlacionadas de violencia en un conflicto armado: directa, estructural y cultural (2003, 2010, 2016). La primera es el daño físico entre las partes en contiendas (muertes, heridos etc). La violencia estructural, la cual es invisible, responde a estructuras sociales, económicas y políticas que marginan a un sector poblacional. La violencia cultural, como ya se dijo, son imaginarios que legitiman los dos tipos de violencia.

Galtung (2010) establece que la paz positiva es aquella que se ocupa de las tres formas de violencia. Por el contrario, la paz negativa centra su preocupación en la violencia directa, es decir, es una paz que se asimila a la ausencia de confrontación o de guerra. Así, la paz positiva de Galtung implica, entre otras cosas, ocuparse de temas estructurales del ordenamiento social donde es transversal el bienestar y dignidad de los individuos: salud, educación, vivienda etc. Lo que exige a los Estados asumir las amenazas que atenten contra estos factores. Recordemos que para Newnam (2001), la seguridad humana depende del grado de desarrollo social, que no es otra cosa que abordar las estructuras socioeconómicas que excluyen a sectores de la población.

De ahí tenemos que, desde la seguridad humana, la paz no es solo la ausencia de guerra –ausencia de violencia directa-. Es la construcción de paz estructural y, de manera categórica, de paz cultural. Como se dijo, en Colombia la DSN deja profundas secuelas de violencia cultural. Luego, la seguridad humana debe constituirse como herramienta para deconstruir ese tipo de violencia.

Conclusiones

Los contextos de guerra han determinado el paradigma de seguridad. La segunda guerra mundial posicionó la seguridad del Estado y su soberanía. La Guerra Fría posicionó la noción de “seguridad nuclear”, como garantía de los Estados para protegerse de las amenazas provenientes de otros Estados. La confrontación ar-

mada en Colombia se enmarcó en la adopción de la DSN, trasladando las amenazas internacionales a la política doméstica.

Del marco explicativo se puede concluir –resaltando los componentes históricos y teóricos- que la seguridad nacional, en específico la DSN, se posiciona en la visión clásica de seguridad, responde al paradigma realista y nace en un momento histórico específico: la Guerra Fría. Por su parte, la seguridad humana se ubica en la vertiente expansiva de la noción de seguridad, se sustenta en teorías cítricas y es resultado de los cambios que implicó el fin de la guerra fría en el Sistema Internacional (Ver cuadro 1). En Colombia la seguridad humana emerge en un contexto en el que se busca la paz por medios pacíficos. De ahí que es posible concluir que mientras la DSN es hija de la guerra fría y dinamizadora de la confrontación interna; la seguridad humana irrumpe en el marco de un proceso de paz.

Es preciso aclarar que hasta ahora la seguridad humana que aparece en los acuerdos con categoría de derecho, es una alusión. Su realización dependerá del proceso de implementación de los acuerdos de La Habana, del proceso de paz en ciernes con el ELN y, en general, de la política de transición que demanda franquear el conflicto hacia la paz.

Tabla 1: Diferencias de paradigma clásico de seguridad y seguridad humana.

Paradigma de seguridad	Modelo seguridad	Objeto referente	Teoría que la sustenta	Momento histórico	Caso Colombia
Doctrina de Seguridad Nacional - DSN-	Tradicional o clásico	Estado	Realismo	Guerra fría	Durante el conflicto armado
Seguridad Humana	Expansivo	Seres Humanos	Teoría crítica	Posguerra fría	Proceso de Paz de La Habana.

Fuente: Elaboración propia.

La DNS militarizó el contenido de la seguridad y posicionó la lógica del enemigo interno. Estos dos factores permiten inferir que los principios de la DSN han sido dinamizadores del conflicto interno. A la par de la militarización, la dicotomía amigo/enemigo también se trasladó a la sociedad civil, convirtiéndose en un imaginario colectivo el “otro” que constituye amenaza. Luego, superar esa dicotomía es una condición *sine qua non* para superar la confrontación política, social y armada.

La alusión que hacen los acuerdos de La Habana a seguridad humana implica una ruptura con la visión clásica de seguridad. Se trata de un enunciado que trasciende la retórica discursiva, toda vez que tiene un contenido y un nuevo objeto referente: los seres humanos y su dignidad. A su vez, tiene una carga histórica, desplaza la noción de militarización como garantía de supervivencia.

En síntesis, la seguridad después de la guerra demanda que el Estado llegue a territorios, no únicamente con fuerza pública, sino con instituciones sólidas que garanticen los derechos básicos. Hablar de paz implicará, entonces, que se hable de seguridad educativa, seguridad de salubridad, seguridad política, que permita ejercerla, vivirla y pensarla sin ser considerado enemigo. Seguridad para vivir dignamente como ciudadanos.

Referencias

- Charles, P.D. (2008). *La Guerra y la Paz, Enfoques Contemporáneos Sobre Seguridad y Estrategia*. Barcelona: Icaria.
- Colombia Nunca Más. (2008). *Crímenes de Lesa Humanidad en la zona Quinta*. Bogotá: Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.
- Galtung, J. (2003). Violencia cultural. *Gernika Gogoratz*, (14), pp. 1-31
- Galtung, J. (2010). Direct, Structural, and Cultural Violence. *The Oxford International Encyclopedia of Peace*, 1 (4), pp. 312-316.
- Galtung, J. (2016). La violencia cultural, estructural y directa. *Cuadernos de estrategia*, (168), pp. 147-168.
- Hobsbawm, E. (1994). *Historia del siglo XX*. Bogotá: Planeta
- Hobsbawm, E. (2007). *La Guerra y la paz en siglo XXI*. Barcelona: Crítica.
- Jiménez, C. (2009). Aplicación e Instrumentalización de La doctrina de seguridad Nacional en Colombia (1978-1982): efectos en Materia de derechos Humanos. *Revista Colección*, XV (20), pp. 75-105.
- Leal, F. (2003). La Doctrina de Seguridad Nacional: Materialización de la Guerra Fría en América Del Sur. *Revista de Estudios Sociales*, I (15), pp. 74-87. doi: <https://doi.org/10.7440/res15.2003.05>
- Leal, F. (2006). *La inseguridad de la seguridad*. Bogotá: Planeta.
- Møller, B. (2000). Seguridad Nacional, Societal y Humana: El marco general y el caso de los Balcanes. *Fasoc*, 15 (4), pp. 4-15. Recuperado de: <http://biblioteca.ceja-mericas.org/bitstream/handle/2015/3405/Art.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Møller, B. (1996). Conceptos sobre seguridad: nuevos riesgos y desafíos. *Desarrollo Económico*, 36, pp.769-792.
- Morgenthau, H. (1986). *Política entre las naciones: La lucha por el poder y la paz*. Buenos Aires: Editor Latinoamericano.
- Newman, E. (2001). Human Security and Constructivism. *International Studies Perspectives Journal*, 2 (3), pp. 239-251. doi: 10.1111/1528-3577.00055

- Organización de Estados Americanos. (2003). *Acta final de la conferencia especial sobre seguridad*. Recuperado de: <http://www.oas.org/csh/ces/>
- Orozco, G. (2006). El concepto de la seguridad en la Teoría de las Relaciones Internacionales. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (72), pp.167-180.
- Orozco, G (2006a). El aporte de la Escuela de Copenhague a los estudios de seguridad. *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, (1), pp. 141-162.
- Oswald, U. & Gunter, H. (2010). Globalización y desafíos ambientales cambian la conceptualización de seguridad en América Latina. En U. Oswald & H. Gunter (Eds.), *Reconceptualizar la seguridad en el siglo XXI* (pp. 37-70) México: UNAM
- PNUD (1994). *Informe de desarrollo humano*. México: Fondo de cultura Económica.
- Ramírez, J. (2010). *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado de razón al Estado de terror*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Rivera, F. (2012). *La seguridad Perversa. Política democracia y derechos humanos en Ecuador 1998-2006*. Quito: Flacso.
- Schmitt, C. (1999). *El Concepto De Lo Político*. Madrid: Alianza Editorial
- Vergara, J. (2005). *Doctrinas de Seguridad Nacional. Conceptos Fundamentales. Pensamiento crítico Latinoamericano*. Santiago de Chile: Universidad Católica Silva Henríquez.
- Vargas, A. (2009). Es posible y deseable la solución del conflicto interno armado hoy?. En A. Vargas. (Ed.), *Colombia: escenarios posibles de Guerra y Paz* (pp. 19-92). Bogotá: Universidad Nacional.
- Vargas, A. (2010). *Seguridad en democracia: un reto a la violencia en América Latina*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO.
- Wæver, O. (2010). Paz y Seguridad: dos conceptos en evolución y su relación cambiante. En U. Oswald & H. Gunter. (Eds.), *Reconceptualizar la seguridad en el siglo XXI* (pp. 71-100). México: UNAM.
- Wendt, A. (1992). Anarchy is what state make of it: the social construction of power politics. *International Organization*, 46 pp. 391-425.
- Zelik, R. (2011). La guerra asimétrica. Una lectura crítica de la transformación de las doctrinas militares occidentales. *Estudios políticos* (39), pp.168-195.

La solución política del conflicto armado y la reivindicación de la memoria como política cultural de las víctimas de crímenes de Estado: el caso de la Fundación Manuel Cepeda Vargas *

Andrés Tafur Villarreal**

Resumen

A través del estudio del caso de la "Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz, la Justicia Social y la Cultura", este artículo se interroga por la política cultural de las víctimas de crímenes de Estado en la construcción de paz en Colombia y propone una explicación ligada directamente a la agencia de la Fundación, acerca de los mecanismos que hicieron posible que los reclamos de las víctimas se instalaran en la agenda pública. El primero tiene que ver con la introducción de nuevos repertorios que hicieron más efectiva la denuncia de los crímenes de Estado y la pedagogía social de la memoria histórica y, el segundo, con la dirección política que le imprimió a la reivindicación de los derechos humanos, para articularla con la solución política del conflicto armado. Se argumenta que la consolidación de estos dos mecanismos hizo posible el posicionamiento de las víctimas de crímenes de Estado en el debate público, y su reconocimiento en el Acuerdo de Víctimas de La Habana.

Palabras clave: política cultural; construcción de paz; víctimas; crímenes de Estado; memoria.

The Political Solution to the Armed Conflict and the Memory Claim as Cultural Politics for Victims of State Crimes: the case of the "Fundación Manuel Cepeda Vargas"

Abstract

Through the case study of the "Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz, la Justicia Social y la Cultura", this article interrogates the cultural politics of the Victims of State Crimes in the peacebuilding process in Colombia and proposes an explanation, directly linked to the Foundation's agency, about the mechanisms that made it possible for victims' claims to be placed on the public agenda. First, the new repertoires introduction that made the complaint of State crimes and the social pedagogy of historical memory more effective. Second, the political leadership in the vindication of the Human Rights, to articulate it with the political solution to the armed conflict. The article argues that the consolidation of these two mechanisms made it possible the positioning of the victims of State crimes in the public debate, and its recognition in the "Acuerdo de Víctimas de La Habana".

Keywords: cultural politics; peacebuilding, victims; State crimes; memory.

A solução política do conflito armado e a reivindicação da memória como política cultural das vítimas de crimes de Estado: o caso da Fundação Manuel Cepeda Vargas

Resumo

Através do estudo do caso da "Fundação Manuel Cepeda Vargas para a Paz, a Justiça Social e a Cultura", este artigo questiona-se sobre a política cultural das vítimas de crimes de Estado na construção de paz na Colômbia e propõe uma explicação ligada diretamente com a agência da Fundação, sobre os mecanismos que tornaram possível que as reivindicações das vítimas se instalassem na agenda pública. O primeiro tem a ver com a introdução de novos repertórios que tornaram mais efetiva a denúncia dos crimes de Estado e a pedagogia social da memória histórica e, o segundo, com a direção política que conferiu à reivindicação dos direitos humanos, para articulá-la com a solução política do conflito armado. Argumenta-se que a consolidação destes dois mecanismos tornou possível o posicionamento das vítimas de crimes de Estado no debate público, e o seu reconhecimento no Acordo de Víctimas de Havana.

Palavras-chave: política cultural; construção de paz; vítimas; crimes de Estado; memória.

* Artículo de reflexión. Se desprende del proyecto: *Política cultural y construcción de paz en Colombia: el caso de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz, la Justicia Social y la Cultura*, financiado por la Universidad del Tolima en el marco del proyecto "Talento Humano: Formación de Talento Humano de Alto Nivel en el Tolima. Fase 2: Maestrías, Doctorados y Postdoctorados en el país y en el exterior". Avalado por el Colectivo de Investigación en Arte y Cultura.

** Filósofo y Comunicador Social. Magíster en Ciencia Política. Estudios de maestría en construcción de paz en la Universidad de los Andes. Docente de la Universidad del Tolima, Colombia. Colectivo de Investigación en Arte y Cultura. Coordinador del semillero Paz, violencia y orden social. Correo electrónico: jatafurv@ut.edu.co ORCID: 0000-0002-2497-4016

Cómo citar este artículo: Tafur, A. (2019). La solución política del conflicto armado y la reivindicación de la memoria como política cultural de las víctimas de crímenes de Estado: el caso de la Fundación Manuel Cepeda Vargas. *Estudios de Derecho*, 76 (167), pp-pp. 113-142



La solución política del conflicto armado y la reivindicación de la memoria como política cultural de las víctimas de crímenes de Estado: el caso de la Fundación Manuel Cepeda Vargas

Introducción

El Acuerdo de paz firmado por la guerrilla de las FARC-EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo) y el Estado colombiano¹, podría considerarse el punto de llegada de diversos esfuerzos oficiales y no oficiales por la consolidación de una paz estable y duradera, por lo menos en dos sentidos: en uno amplio, porque amalgama una serie de aprendizajes institucionales, producto de los emprendimientos que distintos gobiernos nacionales realizaron con el objetivo de negociar políticamente la terminación de la guerra con distintos grupos armados durante los últimos 30 años (Chernick, 2012; Bouvier, 2014; López, 2016); y en uno específico, porque oficializa buena parte de las agendas que durante décadas movilizaron las Organizaciones no Gubernamentales (ONG) defensoras de derechos humanos y las organizaciones de víctimas, en sus luchas por el reconocimiento de sus derechos a la verdad, la memoria, la justicia y la reparación.

Colombia ha tenido un movimiento de víctimas activo, que se consolidó de manera exitosa como un actor político de primer nivel en el escenario nacional (Aranguren, 2012; Mosquera, 2015; Rettberg, 2015a; Acebedo, 2016). La centralidad reconocida oficialmente en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJRNR, pactado en el Acuerdo de Víctimas de La Habana², y los

-
- 1 La fase pública de los diálogos entre la guerrilla de las Farc-Ep, y el gobierno de Juan Manuel Santos, se realizó en La Habana, Cuba, entre octubre de 2012 y agosto de 2016. El "Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera", es resultado de la negociación de una agenda de seis puntos, compuesta por 1. Reforma Rural Integral, 2. Participación Política, 3. Terminación del Conflicto Armado, 4. Solución al Problema de las Drogas Ilícitas, 5. Víctimas, 6. Refrendación, implementación y verificación. El SIVJRNR está conformado por la "Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición", la "Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado", la "Jurisdicción especial para la paz, las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz" y las "Garantías de no repetición".
 - 2 El SIVJRNR está conformado por la "Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición", la "Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado", la "Jurisdicción especial para la paz, las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz" y las "Garantías de no repetición". Las dos características del Acuerdo de Víctimas son precisamente, por un lado, su

reconocimientos limitados a través de los marcos transicionales que lo precedieron en materia de verdad, justicia y reparación³, son resultado de la convergencia de distintos factores que operaron en varios niveles, siendo las víctimas uno de los actores más relevantes⁴ (Gómez, 2015).

Dentro de la clasificación de las iniciativas no oficiales de memoria en Colombia⁵, realizada por el Grupo de Memoria Histórica (2009), este artículo se concentra en las “Memorias contra la impunidad”, cuya movilización reclama “la búsqueda de la verdad y la justicia en torno a los crímenes cometidos por agentes del Estado y luchan por la reparación integral de las víctimas” (GMH 2009, p. 174). De acuerdo con Acebedo (2016), la categoría “víctimas de crímenes de Estado” o “víctima de la criminalidad estatal” es usada por parte de “organizaciones de izquierda y del movimiento de derechos humanos colombiano para autonombrarse y nombrar a un grupo social que ha sido vulnerado por la acción del Estado en razón de sus creencias políticas” (Acebedo, 2016, p. 210, 211). Con ello han logrado crear y posicionar una identidad colectiva que han llenado de contenido y les ha posibilitado la acción. En este artículo se usará esa categoría en ese sentido.

Dado que el Acuerdo de Víctimas parte del reconocimiento de la responsabilidad de agentes estatales en violaciones a los DDHH y al DIH con ocasión del conflicto armado, tomando distancia del antecedente “negacionista” de las leyes de Justicia y Paz y de Víctimas y Restitución de Tierras⁶, queda un interrogante

vocación de sistema, que apunta a que los distintos mecanismos que vehiculan los principios de la justicia transicional (JT) sean implementados de manera coordinada e interconectada, sin que implique un solapamiento de funciones ni algún tipo de superioridad de unos mecanismos sobre otros. Y por el otro lado, la centralidad que ocupan las víctimas, o, lo que es lo mismo, el imperativo de resarcirlas y reconocerlas como “sujetos de derechos”.

- 3 Se trata de las leyes 975 de 2005, o Ley de Justicia y Paz, y 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. La primera introdujo mecanismos transicionales que por primera vez reconocieron los derechos de las víctimas de los grupos armados ilegales en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. La segunda institucionalizó los derechos de las víctimas, haciendo énfasis en el derecho a la reparación integral (restitución, rehabilitación, satisfacción).
- 4 El universo de víctimas organizadas y no organizadas es amplio. En el Registro Único de Víctimas - RUV, con cierre a mayo de 2017, se había registrado un total de 8.048.252 personas que alegaron haber sido objeto de distintos hechos victimizantes con ocasión del conflicto armado, con corte a 1985. Esta cifra es indicativa de los importantes efectos de la confrontación armada, pero también de lo diversa que puede llegar a ser la elaboración de las memorias y los procesos de reivindicación de los derechos de las víctimas.
- 5 Cuando se habla de “iniciativas no oficiales de memoria” se habla de iniciativas de las víctimas y de ong y/o fundaciones que constituyen sus redes de apoyo.
- 6 Hay un debate acerca del reconocimiento de la existencia de víctimas de agentes del Estado en esta Ley. Para Cepeda (2013), la ley reconoce la victimización de todos los actores armados en la contienda, incluyendo al Estado, “luego de un proceso continuo de negación de esta realidad” (2013, p. 275); Rettberg, por su parte, señala que “el Artículo 3 de la ley reconoce como víctimas a hombres y mujeres, mayores de 18 años, que hayan sido afectados de forma directa por una violación al Derecho Internacional Humanitario (DIH), en el marco del conflicto armado (realizada por grupos armados ilegales y/o agentes del Estado) (...)” (2015, p. 185). Sin embargo, por otra vía de interpretación, Acebedo (2016) considera que en la Ley 1448, “el Estado continúa apareciendo como una institución protectora sin reconocimiento expreso de su participación en la violación del DIH, y lo que es más complicado aún, reitera a lo largo de la ley que no ‘podrá presumirse o interpretarse el conocimiento de la responsabilidad del Estado [...] o sus

acerca de aquello que posibilitó que los reclamos de las víctimas de la criminalidad estatal se instalaran en la agenda oficial de la negociación⁷.

Este artículo aporta una explicación hipotética a dicho interrogante, a partir del estudio del caso de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz, la Justicia Social y la Cultura⁸ (FMCV), argumentando que:

[1] la introducción y consolidación de nuevos repertorios, que hicieron más efectiva la denuncia de los crímenes de Estado y la pedagogía social de la memoria histórica; y

[2] la dirección política que se imprimió a la reivindicación de los derechos humanos, para articularla con la solución política del conflicto armado, hicieron posible el posicionamiento de las víctimas de crímenes de Estado en el debate público y su reconocimiento, por vía de la acción criminal de agentes estatales, en el SIVJRN pactado en el Acuerdo de Víctimas de La Habana.

Estas dos cuestiones han tomado cuerpo a través de prácticas culturales, que vehicularon las iniciativas no oficiales de memoria (GMH, 2009) (Briceño-Donn et al, 2009), y sus reclamos por verdad, justicia y reparación, y es lo que en este artículo se entiende como una política cultural (*cultural politics*) dirigida a la construcción de paz, y constituye su materia de análisis.

Desde el punto de vista metodológico, el estudio de caso contempló, en general, una revisión documental en prensa y archivos, la realización de entrevistas en profundidad, la revisión de la literatura académica producida por Claudia Girón Ortíz e Iván Cepeda Castro como directivos de la FMCV, y el registro de observación en eventos y espacios de discusión⁹.

agentes' (Ministerio del Interior y de Justicia, 2011, p. 22) por las violaciones a los derechos humanos" (2016, p. 220). Bello et al (2013) refuerza este último planteamiento cuando sostiene que una de sus principales contradicciones es la omisión por parte del Estado de su "agencia y participación en violaciones a los Derechos Humanos (...)" (2013, p. 246).

- 7 El segundo punto de la "Declaración de principios" que orientó la negociación de este Acuerdo parte del "reconocimiento de responsabilidad" por parte del Estado y las FARC-EP: "Cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. No vamos a intercambiar impunidades" (Mesa de conversaciones, 2016, p. 124).
- 8 La "Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz, la Justicia Social y la Cultura" (FMCV), fue columna vertebral de tres experiencias centrales para el movimiento de víctimas de crímenes de Estado en Colombia, desde la década de 1990 hasta el presente: el "Proyecto Colombia Nunca Más" (PCNM), el "Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado" (Movice), y el "Costurero de la Memoria Kilómetros de Vida y de Memoria".
- 9 Se analizaron documentos oficiales producidos en el marco de la transición de 1991 y la gestación de la Ley General de Cultura por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), Colcultura, el Ministerio de Cultura y la Presidencia de la República, incluidos documentos no institucionales publicados por estas mismas dependencias. Se consultaron documentos (informes, resoluciones, sentencias) de la ONU, Unesco, la Corte IDH y la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y se hicieron registros etnográficos de algunas sesiones del "Costurero de la memoria", trabajo en el que se concentra hoy la FMCV. Para cotejar las percepciones individuales y grupales se realizaron entrevistas en profundidad a uno de los miembros fundadores de la FMCV, a activistas y defensores de derechos humanos, y a investigadores y académicos (políticas culturales, construcción de paz, justicia transicional, reparación, artes y derechos humanos).

Las iniciativas no oficiales de memoria como política cultural

La unidad de análisis de las iniciativas no oficiales de memoria que ha propuesto el Grupo de Memoria Histórica (2009), entre las que incluye las de las víctimas de la criminalidad estatal, son los discursos, las representaciones, las prácticas y los significados que construyen las comunidades y organizaciones afectadas por la violencia con el fin de hacer público su dolor y denunciar las injusticias de las que han sido objeto.

Citando a Veena Das, estos discursos, representaciones, prácticas y significados son asumidos como “juegos de lenguaje” que constituyen formas de vida, “donde se definen los repertorios de posibles enunciados y acciones, mediante los cuales las personas enfrentan la diversidad”¹⁰ (GMH, 2009, p.19). Esto supone, como se sabe, una comunidad de lenguaje y significación, una cultura compartida.

Los medios de expresión equivalen a lo que Jelin ha denominado “vehículos de la memoria”: “memoria que se produce en tanto haya sujetos que comparten una cultura” (2009, p.19). Los “vehículos de la memoria” pueden ser tanto libros como archivos u objetos conmemorativos, pero también expresiones y actuaciones “que antes que re-presentar el pasado, lo incorporan performativamente” (p.19). Esto nos saca de la esfera exclusiva de los textos culturales, y nos instala en las coordenadas de las prácticas de los sujetos y de los movimientos sociales, lo cual puede interpretarse como una *política cultural*, definida como:

la movilización de la cultura llevada a cabo por diferentes tipos de agentes -el Estado, los movimientos sociales, las industrias culturales, las instituciones tales como museos y organizaciones turísticas, asociaciones de artistas y otros - con fines de transformación estética, organizativa, política, económica y/o social. (Ochoa, 2003, p. 20)

Lo correspondiente a las prácticas políticas concretas de diseño e implementación de programas y proyectos específicamente relacionados con la movilización de lo simbólico pensado como expresiones artísticas (sea éste desde la “alta cultura”, desde “la cultura popular” o desde “las industrias culturales”), patrimoniales, de difusión cultural, etc., sería algo parecido a lo que en inglés se llama *cultural policy*, o política pública cultural. Con Álvarez, Dagnino y Escobar (1999, 2001), se utiliza el concepto de *cultural politics* para llamar la atención sobre el “vínculo constitu-

10 La noción de repertorio refiere fundamentalmente a una práctica cultural. Taylor la define como los gestos, la performatividad, la oralidad, el movimiento, la danza y el canto, entre otras manifestaciones de las comunidades, y dice que son un tesoro de inventiva que les permite participar en la producción y reproducción de conocimiento por el solo hecho de hacer parte de su transmisión. Respecto del caso colombiano, siguiendo a Taylor, el GMH afirma que el “repertorio” da cuenta de “los relatos de los sobrevivientes, de la observación de sus prácticas y gestos, del reconocimiento de los traumas, de las reiteraciones y de los silencios, formas efímeras de conocimiento y de evidencia” (GMH, 2009, p.23).

tivo” entre cultura y política, y sobre la redefinición de la política que esta visión implica. Este “lazo” o “vínculo constitutivo” significa que la cultura, “entendida como concepción del mundo y conjunto de significados que integran prácticas sociales, no puede ser comprendida adecuadamente sin la consideración de las relaciones de poder imbricadas con dichas prácticas” (Álvarez et al, 1999, p. 135).

La política cultural de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la paz, la Justicia Social y la Cultura

Manuel Cepeda Vargas fue el último Senador del movimiento político Unión Patriótica (UP). Fue asesinado el 9 de agosto de 1994 por efectivos del Ejército Nacional junto con paramilitares al mando de Carlos Castaño Gil, según pudo constatar la Corte IDH en sentencia condenatoria en contra del Estado colombiano (Corte IDH, 2010). De acuerdo con los archivos de la FMCV, con el Senador Cepeda, la UP contaba 2.444 militantes asesinados para la fecha, entre los cuales se contaban concejales, alcaldes, diputados, representantes a la Cámara y senadores de la República en ejercicio, candidatos presidenciales, dirigentes nacionales y militantes de base.

Según Claudia Girón, lo que impulsó la creación de la FMCV fue, por una parte, la necesidad de duelo personal, familiar, y por otra, un fuerte sentimiento de indignación por la indiferencia social y estatal frente a los recurrentes crímenes en contra de la oposición política. Se registró como una ONG dedicada a la defensa y la promoción de los derechos humanos, en cuyos principios se suscribía “la independencia, la autogestión y el trabajo en red”, enfocado en el desarrollo de una estrategia orientada a la pedagogía social de la memoria histórica (Barrero, 2010; Cepeda & Girón, 2005). Desde esa óptica, la FMCV se creó con el fin de denunciar la impunidad de los crímenes de Estado y dignificar la memoria de sus víctimas “producidas en el marco del conflicto armado, la guerra sucia contra la oposición política, la limpieza social y la guerra contra las drogas” (Cepeda & Girón, 1998, 2004).

Como generación de jóvenes en los años 90 fuimos marcados por el asesinato de cuatro candidatos a la Presidencia de la República: Luis Carlos Galán, Carlos Pizarro, Bernardo Jaramillo y Jaime Pardo Leal. De esos cuatro candidatos, el Estado solamente rescató la memoria de Luis Carlos Galán, a quien honró con un monumento en el Concejo de Bogotá. El homenaje a los otros tres candidatos asesinados y negados por la historia oficial fue promovido durante décadas por los defensores de los derechos humanos y los familiares y copartidarios (Entrevista a Claudia Girón, agosto 18 de 2016, en adelante: Entrevista C.G., 2016a).

Los referentes inmediatos de la FMCV vienen de dos contextos: primero, el de las transiciones de la dictadura a la democracia en el Cono Sur, fundamentalmente sus experiencias de documentación de las violaciones a los DDHH y la movilización como estrategia de presión política y social para exigir justicia; y segundo, en el ámbito nacional, la estrategia de las organizaciones que hicieron frente al Estatuto de Seguridad del gobierno de Julio César Turbay Ayala, consistente en la construcción de redes transnacionales de presión¹¹ para levantar el Estado de sitio, derogar el Estatuto, liberar a los presos políticos y aceptar la vigilancia de las organizaciones internacionales de DDHH. Estos referentes configuran el horizonte estratégico de la FMCV y del movimiento de víctimas de crímenes de Estado durante la segunda mitad de la década de 1990 y la década del 2000 (Gómez, 2015; Pedraza & Álvarez, 2016). Así mismo, otras organizaciones y plataformas como la Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos, ASFADDES, y el Tribunal Permanente de los Pueblos, sirvieron de referentes para la FMCV.

Pese a que “el tema de la memoria era trabajado fuerte por ASFADDES, advierte Girón, fue la Fundación la que llegó a hacer cosas estéticas, en medio de organizaciones de abogados que solo pensaban jurídicamente. La Fundación aportó color, irreverencia” (Entrevista a Claudia Girón, septiembre 1 de 2016, en adelante: Entrevista C.G, 2016b). El “color y la irreverencia”, y la opción por lo “estético”, fue lo que les abrió un espacio en el mundo de los derechos humanos, copado por ONGs que para mitad de la década de 1990 contaban con gran trayectoria y reconocimiento.

Asumimos entonces como método de trabajo, la pedagogía social de los derechos humanos como herramienta para desmarginalizar las experiencias de la guerra. En esa dirección, la primera posibilidad que exploramos fue la de sensibilizar a la opinión pública a través de diferentes expresiones artísticas. La música contemporánea –el rock y el rap– tal vez sería un lenguaje más adecuado para “hablar” a las generaciones jóvenes acerca de la memoria de la últimas cinco décadas del conflicto armado en Colombia. Con la colaboración de un grupo de estudiantes que trabajaban en un programa de radio universitaria, elaboramos montajes musicales y de radioteatro sobre la cuestión de si los hechos históricos de la violencia en Colombia deben ser recordados u olvidados. (Cepeda & Girón, 2005a, p. 9)

11 Se trata del denominado “efecto bumerán” (Risse y Sikkink, 1999): “frente a violaciones sistemáticas a los derechos humanos, los grupos domésticos en oposición no pueden obtener garantías por parte de su Estado, por lo que no enfocan sus acciones de denuncia hacia éste sino que buscan directamente una conexión con actores internacionales. El objetivo de estas acciones es encontrar aliados internacionales que se unan a la actividad de oposición, y que el Estado sea presionado a aceptar sus demandas” (citado en Bitar, 2007, p. 10).

La cultura como herramienta (de la) política

Optar por formas “menos duras” de denuncia les significó pronto fuertes tensiones e incluso rupturas con los sectores más sectarios y ortodoxos de la izquierda política, “que vieron de manera despectiva y la mejor de las veces diminutiva el hecho de que con ‘pinturitas’, ‘obritas’, y ‘carnavales’, los ‘compañeros’ de la FMCV confrontaran al establecimiento y elaboraran la memoria de los militantes de la UP” (Entrevista a Juan Pablo Aranguren, 16 de septiembre de 2016, en adelante: Entrevista J.P.A., 2016).

Mientras que desde esos sectores se seguía animando la confrontación, la consigna y la denuncia directa y descarnada, que convocaba “al verdadero compromiso político con el movimiento” (Entrevista J.P.A., 2016), la apuesta de la FMCV, según Claudia Girón, fue “humanizar a los muertos”:

Nosotros queríamos mostrarle a la gente quiénes eran los asesinados, queríamos que se conociera su lado humano, y no solamente que eran unos políticos de izquierda. Queríamos que la gente se preguntara qué implica la muerte de los otros, y para eso los mejores aliados que encontramos fueron el arte y la cultura. Contra la fetichización de la memoria, nosotros queríamos mostrar la vida cotidiana de las víctimas. Esa era la única forma que concebimos de hacer memoria colectiva, de cuestionar a la gente sobre la gravedad de lo sucedido y sobre todo de hacerla caer en cuenta por qué se recordaba más a unos que a otros (...) Entonces la pregunta es cómo hacemos memoria colectiva y cómo empezamos a ver esa memoria fragmentada en clave de territorio común. Y lo primero que hicimos fue teatro, juegos, preguntas, trabajos de memoria con jóvenes y viejos, ejercicios pedagógicos, lúdica, todo desde la cultura y el arte para ver qué cosas la gente recordaba y por qué. (Entrevista C.G., 2016a)

Los repertorios de la FMCV, desde 1994 hasta el 2000, se pueden definir por la caracterización anterior: conciertos, montajes musicales y radioteatro, vídeos y teatro experimental, galerías de la memoria¹², cenas y tertulias, muestras colectivas de artistas, museos rodantes (bus de la memoria), seminarios, conversatorios e investigaciones (Tabla 1).

12 En uno de sus artículos académicos, describen la experiencia de la Galería de la siguiente manera: “En el marco de esta experiencia itinerante de socialización, cada familia o grupo de personas próximas a las víctimas, se encarga de traer objetos, documentos e imágenes pertenecientes a los ausentes. Los objetos conmemorativos permiten mostrar al público presente quién era la persona asesinada, qué le gustaba hacer, cuáles eran sus sueños y, en fin, cuál era su proyecto de vida. Se trata de exposiciones o instalaciones nómadas, después de las cuales, cada familia se lleva consigo los materiales que aportó para el evento.

Durante las galerías, cada familiar de las víctimas tiene un espacio y un momento para compartir su testimonio, y cada cual puede hablar a su manera. En estos relatos se presentan los hechos que dan cuenta del contexto de victimización, del recorrido que se ha hecho para la búsqueda de la justicia, o de las condiciones que han producido la impunidad en cada caso concreto. En la medida de lo posible, se aportan argumentos relativos a la responsabilidad de los actos criminales.

Tabla 1: Principales actividades de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz y la Justicia Social (1994 - 2000)

<p>Culturales en el espacio público: definidas como <i>Creación de instrumentos de memoria histórica.</i></p>	Cenas con familiares de víctimas	1994	Tenían por objeto hablar sobre los obstáculos derivados de la denegación de justicia, y sobre las dificultades para la elaboración del duelo en cada caso particular. Se constató que la labor a realizar se remitía a hacer un trabajo de memoria, ante la ausencia de reconocimiento público de la injusticia sufrida, que implicaba el desconocimiento de la dignidad humana de las personas torturadas, desaparecidas o masacradas en el contexto de lo que denominaron “guerra sucia”.
	Toques (conciertos)	1994-1995	A través de bandas de rock y rap, se buscó “sensibilizar la opinión pública” (Girón, 2016) sobre las últimas cinco décadas de conflicto armado en Colombia. Estas narrativas musicales contemporáneas servirían para “hablar” a las generaciones jóvenes.
	Montajes musicales y radioteatro	1994-1995	Con jóvenes en radio universitaria. Se trabajó sobre la cuestión de si los hechos históricos de la violencia en Colombia deben ser recordados u olvidados
	Videos experimentales	1995	“El país recuerda”, “Tiempo sin Memoria” y “La Noticia Hoy : vedettes, fútbol y masacres”. Realización de la Fundación en colaboración con el Sindicato de Trabajadores de Inravisión (ACOTEVE) y el Programa “Rockokó” de la Emisora de la Universidad Nacional de Colombia.
	Teatro experimental	1995	Puesta en escena de Teatro experimental “El Laberinto de la Memoria”. Parque Policarpa Salavarrieta, Festival del periódico Voz, Bogotá.
	Galería de la memoria	Noviembre de 1998	Galería de la memoria presentada con Asfades: “También hay desaparecidos en Colombia.” Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas, Bogotá.
		Marzo de 1999	Galería de la memoria: “Mujeres Inolvidables”: Día Internacional de la Mujer. Plaza de Bolívar, Bogotá
		Septiembre de 1999	<i>Galería “In memoriam”</i> por los periodistas asesinados en Colombia: Homenaje al periodista y humorista Jaime Garzón. Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) de Bogotá. —
	Galería de la memoria	Octubre de 1999	Galería “La universidad vive”: Homenaje al Profesor desaparecido Darío Betancourt, y a otros profesores y estudiantes universitarios asesinados. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.
		Noviembre de 1999	Galería “Bajo las ruinas del Palacio”. Homenaje a las víctimas desaparecidas en el holocausto del Palacio de Justicia. Plaza de Bolívar, Bogotá.
	Abril del 2000	Exposición Fotográfica : “Galería de la Memoria histórica de la violencia y las violaciones a los derechos humanos en Colombia” en el 56 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Palacio de la O.N.U., Ginebra, (Suiza). Con el auspicio de la Coordinación Colombia-Europa-Usa (OIDHACO).	

Tabla 1: Principales actividades de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz y la Justicia Social (1994 - 2000)

Culturales en el espacio público: definidas como <i>Creación de instrumentos de memoria histórica.</i>	Galería de la memoria	Agosto de 2004	Galería de la Memoria en Homenaje por el 10 Aniversario del asesinato de Manuel Cepeda Vargas.
	Tertulia navideña	1996	Homenaje a los Defensores y las Defensoras de los Derechos Humanos en Colombia. Tertulia Navideña: Memorias de los unos, las otras y nosotros@s. Teatro Tecal, Bogotá.
	Monumento de conmemoración	1997	Monumento "Tierra adentro: rombos y estrellas". Cepeda y Girón (1998, 2005) han planteado que se trata de una experiencia que les ha permitido "estudiar la función estética y simbólica de la obra de arte como forma de realización del duelo y la reparación social" (1998, p. 16); y, por otra parte, que su objetivo "no era el de hacer un homenaje individual a una personalidad emblemática, sino resaltar la significación del exterminio de la oposición política en Colombia" (2005, p. 9). Por este motivo, no se escogió el estilo figurativo -característico de bustos y estatuas- y se optó más bien por la abstracción de un arco que simboliza la memoria como puente entre la vida y la muerte.
	Avenida Manuel Cepeda Vargas	1997	La alcaldía y el concejo de Bogotá aprobó una resolución mediante la cual se dispuso que la vía donde fuera asesinado el último parlamentario elegido de la UP llevara el nombre de "Avenida Manuel Cepeda Vargas". El evento contó con la presencia de José Ramos Horta, premio Nobel de Paz, y estuvo amenizado por un Concierto al aire libre de la Orquesta Filarmónica de Colombia, y un Concierto de Rock popular de los grupos bogotanos "1.280 Almas" y "Perro muerto".
	Muestra colectiva	1999	Muestra colectiva de Pintores por la Memoria, "Nomeolvides", Biblioteca Nacional de Bogotá.
	Museo de la memoria	2000	Fue una adaptación de la Galería. Se definió como un autobús-museo, que contenía una exposición de imágenes y textos relativos a la historia contemporánea de la violencia y las tentativas de paz en Colombia. Según Claudia Girón, el día de la inauguración recibieron amenazas de muerte, por lo cual tomaron la decisión de exiliarse.

Elaboración propia a partir de: Quiroga y Gómez (1996), Cepeda y Girón (1998, 2004, 2005), Barrero (2010), C.G. 2016a, 2016b, Hoja de vida de la Fundación Manuel Cepeda Vargas (s.f),

El PCNM, el Movice y el Costurero de la memoria

La Fundación, junto con otras 16 organizaciones defensoras de derechos humanos, conformaron el 10 de abril de 1995 el “Proyecto Colombia Nunca Más” (PCNM), una plataforma nacional que se propuso sistematizar, documentar y denunciar las violaciones de derechos humanos por parte del Estado colombiano y los paramilitares¹³. El PCNM tuvo dos antecedentes: la campaña denominada “Colombia Derechos Humanos”, que denunció “nacional e internacionalmente las violaciones a los Derechos Humanos y la impunidad existentes en el país hasta el momento” (GMH, 2009, p. 175); y el “Seminario Internacional sobre Comisiones de la Verdad”, realizado en Bogotá el 8 y 9 de junio de 1994. El escepticismo ante “la falta de eficacia de las comisiones gubernamentales, llamadas *de la verdad*, frente al problema de la impunidad en América Latina (...)” (2009, p. 175) y preocupados por “algunas circunstancias que hacían presumir alguna posibilidad de convocatoria a una eventual Comisión de Verdad para el caso colombiano” (PCNM, 2016) hizo que los grupos de defensores se adelantaran a conformar un grupo independiente que encara la labor de recolección de información de los crímenes de Estado.

En tal sentido, a las organizaciones sociales les asistían preocupaciones tales como la necesidad de hacer una documentación exhaustiva de los casos de Crímenes de Lesa Humanidad, las condiciones creadas desde las instancias del Estado para que no fuera posible la realiza-

En las primeras galerías se propuso a los familiares llenar fichas con esta información y aportar una pequeña fotografía de las víctimas, con el fin de contribuir a alimentar las bases de datos ya existentes en otras organizaciones de derechos humanos. El proyecto no fue pensado ni como un espacio terapéutico, ni tampoco como un mecanismo de denuncia, ni menos aún, como un lugar de culto a las víctimas; era más bien un trabajo guiado por una intención de compartir y de poner en contexto la memoria. La “Galería” fue concebida como un instrumento destinado, no a hablar exclusivamente de la muerte, sino de la vida detrás de los rostros y los nombres; de aquello que representaban las personas para su entorno social, de lo que significaban sus ideas, que de una u otra manera continúan viviendo a través de otros.

En esas primeras galerías, vimos que muchos de los familiares de las víctimas encontraban por primera vez un espacio propicio para compartir su relato. La experiencia de la impunidad y el fracaso de las tentativas de acceso a la justicia habían desestimulado su disposición a hablar y a participar en público. En algunos casos, la imposición prolongada del silencio había sembrado la desesperanza y la resignación, en un contexto donde las leyes –formalmente hablando– están por todas partes, pero los derechos son invisibles y su protección se queda en el plano virtual. El trabajo debía centrarse en promover “la toma de la palabra” y en provocar una experiencia innovadora: la acción participativa de los sujetos sociales dirigida a visibilizar públicamente la impunidad, rebasando los esquemas que atribuyen “lugares habituales” a las víctimas y a los victimarios.

El impacto público de la “Galería de la memoria” era fuerte, pues consistía en un encuentro vivo con la historia de la violencia y con testimonios de actualidad sobre los acontecimientos recientes del conflicto armado. Dicho encuentro, muy pluralista, posibilitó la instauración de un diálogo abierto sobre los sujetos y objetos de la memoria nacional. Logramos reunir a miembros de las familias de personajes muy conocidos con familiares de víctimas menos conocidas o anónimas. Había familiares de sindicalistas, de profesores universitarios, de estudiantes, de periodistas, de magistrados y fiscales, de abogados, de líderes o activistas políticos, asesinados en los últimos 50 años, y cuyos casos permanecían en el olvido (Cepeda & Girón, 2005a, p. 10, 11).

13 El PCNM ha logrado documentar información de más de 41.000 víctimas de torturas, desaparición forzada y/o ejecución extrajudicial en todo el país, que se encuentran disponibles en la base de datos del Movice.

ción de investigaciones sobre estos crímenes y la posible negociación con los grupos insurgentes del conflicto político militar que vive el país. Los organismos de derechos humanos valoraban que de ser convocada una Comisión de Verdad, sería imposible que lograra resultados conducentes a la disminución de la impunidad, al castigo a los victimarios de lesa humanidad. (PCNM, 2016)

Dentro del PCNM, la Fundación se concentró en lo estético y lo pedagógico, gracias al lenguaje “fresco y renovador” que asumió como principio. Claudia Girón define el PCNM como una apuesta de trabajo en red, a la que la Fundación se articuló tras el trabajo que otras organizaciones venían haciendo, y como una experiencia de investigación-acción participativa que avanzó en un trabajo silencioso de recolección de información, estratégico dado al alto riesgo que suponía hacer denuncia pública de violaciones a los Derechos Humanos para la época.

El archivo del PCNM entró a hacer parte de la documentación del Movice, que bajo la atribución de crímenes de Estado y frente a la coyuntura que generó en Colombia la Ley 975/2005 o Ley de Justicia y Paz, surgió ese mismo año como el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, conformado por 300 organizaciones de la sociedad civil (Movice, 2016). De manera comprensible, la aprobación de la ley constituyó un evento determinante en el cual las organizaciones de víctimas posicionaron sus agendas de reivindicación y establecieron nuevas estrategias y alianzas políticas para redireccionar y cualificar sus luchas y reclamos.

El Movice, en términos de Mosquera (2015), se presentó en ese contexto “como un contrapoder a la institucionalidad de Justicia y Paz, a su manera de ver la justicia, la verdad y la memoria principalmente” (p. 215). Se trató, en términos de Girón y Vidales (2010) de un trabajo de “reconstrucción de memorias colectivas” que se propuso “propiciar una experiencia activa de empoderamiento de las víctimas como sujetos morales de derecho a partir de la verdad, la justicia y la reparación” (p. 252), a través de dos herramientas fundamentalmente: las Galerías de la Memoria y las Audiencias Ciudadanas por la Verdad¹⁴.

La Fundación conformó el comité de impulso nacional del Movice y asumió su vocería pública a través de Iván Cepeda.

Quando entramos a hacer parte, ya no del PCNM sino del Movice, producto del PCNM, era casi clandestino hacer memoria, era muy peligroso. Pero cuando emerge esa Ley de Justicia y Paz todo se dio para que nosotros nos visibilizáramos como un colectivo, como un

14 Las audiencias consistieron en una serie de eventos desarrollados por el Comité de Impulso Nacional del Movice y sus capítulos regionales en distintas zonas del país, con el fin de socializar las estrategias del movimiento, y de investigar y denunciar públicamente lo sucedido durante el desarrollo de atrocidades masivas, en su período previo y posterior.

sujeto político colectivo, y emergiera la voz duro para decir acá hay crímenes de Estado y eso recayó sobre Iván y él se convirtió en el vocero nacional (...) Lo que hicimos fue rápidamente posicionar al Movice como un actor político colectivo y empezar a mostrar todo el trabajo de memoria. Lo que hicimos fue interpelar la ley y la negociación con los paramilitares porque ellos no eran un tercer actor en conflicto. Ellos eran cómplices del Estado y el gobierno negoció con ellos como si ellos fueran insurgentes. Entonces nosotros fuimos una voz impactante ahí. Al principio nos veían como gente muy radical y fundamentalista, y nosotros fuimos muy maximalistas en la exigencia de verdad, justicia y reparación, que ya veníamos trabajando desde antes pero con la jerga transicional se posicionó ese lenguaje ya mucho más colectivamente. Entonces nosotros decíamos “toda la verdad, toda la justicia, toda la reparación” sabiendo que eso no es posible, pero tratando de que la cosa no se fuera de agache. Si nosotros no somos maximalistas en términos de empujar y de denunciar, a pesar de que seguíamos invisibilizados y seguían matando, no hubiéramos logrado que se reconociera que en Colombia había crímenes de Estado, porque en Colombia eso no se reconocía. Se voltea siempre el foco para enfatizar en lo que la guerrilla hizo. Nosotros siempre trabajamos visibilizando eso, pero visibilizando la dignidad de las víctimas, y lo simbólico para nosotros fue tratar de ver el sujeto de derecho que hay detrás de cada una de las muertes y las desapariciones, qué derechos se violaron y cuáles fueron vulnerados, y por qué eso nos atañe. No ha sido fácil porque siempre ha habido una estigmatización muy grande pero nosotros logramos posicionar la memoria como un derecho. (Entrevistas C.G., 2016a, 2016b)

Claudia Girón asumió el liderazgo de la Fundación en 2010, y en articulación con una plataforma de ONGs nacionales e internacionales fundó el “Costurero de la Memoria Kilómetros de Vida y de Memoria” inicialmente con las familias de los “jóvenes de Soacha”, asesinados a sangre fría por efectivos del Ejército Nacional y luego presentados como bajas en combate¹⁵. En el 2013 este proyecto se amplió hacia otros sectores y organizaciones de víctimas del conflicto político, social y armado, y se articuló al Proyecto de “Los Oficios de la Memoria” promovido por el Centro de Memoria, Paz y Reconciliación Distrital de Bogotá. Desde esa fecha los familiares de las víctimas se reúnen todos los jueves a tejer, en dos sentidos: en

15 Se ha difundido la expresión “Falsos positivos” para referirse a esta práctica, tanto en medios de comunicación como en la jerga política. Human Right Watch (2015) estima que entre 2002 y 2008, la ejecución de civiles por brigadas del Ejército fue una práctica habitual en toda Colombia. Soldados y oficiales, presionados por superiores para que demostraran resultados “positivos” e incrementaran el número de bajas en la guerra contra la guerrilla, se llevaban por la fuerza a sus víctimas o las citaban en parajes remotos con promesas falsas, como ofertas de empleo, para luego asesinarlas, colocar armas junto a los cuerpos e informar que se trataba de combatientes enemigos muertos en enfrentamientos.

uno literal, en tanto quieren constituirse en un espacio autosostenible, que pueda mantenerse y dar opciones de empleo a sus participantes a través de su propia producción de tejidos, ropa, adornos, etc., y en uno simbólico, en tanto que el tejer es al mismo tiempo lo que los repara y da sentido a la vida y a la resistencia por la verdad y la justicia. “Es tejer a mano y poco a poco, posibilidades de incidir en lo pequeño pero también en lo grande” (Entrevista C.G., 2016a).

Lo que más le llamó la atención, según Claudia Girón, fue que los “falsos positivos” causaron gran indignación en la opinión pública nacional e internacional, contrario a otras víctimas de crímenes de Estado, lo cual no haría más que confirmar su tesis de “la segregación de las víctimas de la violencia política” (Cepeda & Girón, 2005).

Cuando una víctima es de la UP no es tan inocente, pero no pasa así con los “falsos positivos”. Nosotros empezamos con esa curiosidad, por qué la gente se toca tanto con lo de los “falsos positivos”, pues porque ellos sí son inocentes, la otra gente no era inocente, entonces lo que nosotros empezamos a hacer fue un trabajo de memoria con ellos, y luego empezamos a involucrar poco a poco gente de otros colectivos, gente del Movice, gente desplazada, luego incorporamos a desplazados de la guerrilla, no solo víctimas de crímenes de Estado. (Entrevista C.G, 2016a)

Análisis de los datos

La política cultural de las víctimas de crímenes de Estado: poner el cuerpo en escena

Lo cultural en las estrategias de resistencia y de denuncia de la FMCV revelan un “espíritu de época”, un espíritu que se emparenta con lo que Sarlo (2005) ha denominado el “Giro subjetivo” de la memoria. Este giro supone que las reivindicaciones ya no están centradas en el movimiento social sino en el sujeto. Esto se expresa en las actividades realizadas para “salvaguardar” la memoria: “ligadas a las autobiografías, a los datos de cada uno, a los objetos personales, en suma, a no dejar que los individuos se diluyan en el movimiento social, y de esto está marcada la época” (Entrevista J.P.A., 2016).

Esas prácticas y discursos provocaron, como ya se dijo, tensiones y fracturas tanto con la izquierda ortodoxa como con las organizaciones de derechos humanos más antiguas, cuyas formas y retóricas privilegiaban la exposición excesiva del horror y el compromiso heroico, al tiempo que negaban el dolor y las emociones, reivindicando cierto sentimiento martiroológico. Se trata, en términos de Diana Gómez, de un “habitus emocional hegemónico” que le dio paso a nuevos repertorios

para realizar la denuncia, que pusieron la vida en el centro de los discursos y las representaciones. “Yo sí creo que luego hay un peso mucho más grande del cuerpo, de la música, de lo cultural, de lo artístico, y de la subjetividad. Yo creo que en todas esas nuevas formas de protesta entran esos elementos, y las emociones” (Entrevista a Diana Gómez, 25 de octubre de 2016, en adelante: Entrevista D.G., 2016).

Que se trató de un “espíritu de época” que afectó al movimiento social en general y al movimiento de víctimas y de defensores de derechos humanos en particular, da cuenta Acebedo (2016) en su trabajo sobre las víctimas de Estado en Colombia. Para esta autora, la década de los ochenta fue rica en cuanto a la proliferación de movimientos sociales que no se autoafirmaron solo a partir de su condición de clase o conciencia obrera, que modificaron los repertorios tradicionales de la protesta, así como sus actores. Los movimientos que emergieron durante la época, como el movimiento feminista, los ambientalistas, las minorías étnicas o las expresiones en pro de la diversidad sexual, “incorporaron en sus demandas cuestiones relacionadas con la identidad más allá de la clase, sacando de las sombras las cuestiones culturales y subjetivas que estaban recluidas en el ámbito de lo privado (...)” (Acebedo, 2016, p. 208).

El movimiento de derechos humanos, por su parte, osciló entre “la denuncia de los crímenes cometidos por el Estado como abuso de poder” (...) “la defensa de la vida como sustento primario de la realización material humana, y (...)” la defensa y reivindicación del “derecho a la participación política” (p. 209), lo cual abrió el camino para la “recuperación de las historias de vida, las fuentes orales y los testimonios por sus aportes para la construcción tanto de las historias nacionales como para las memorias colectivas” (Acebedo, 2016, p. 210). En el centro de esta cuestión siempre estuvo presente la disputa por el sentido que se le otorgaba al pasado, pasado que, desde el punto de vista del movimiento, se encuentra estrechamente ligado a la identidad de la víctima y, por consiguiente, a su repertorio de acción.

Esto es de muchas maneras expresado por Claudia Girón, para quien el ejercicio de una pedagogía social de la memoria histórica pasaba necesariamente por transformaciones en los repertorios y en los auditorios, lo cual abrió una ventana de oportunidad a la lucha por los derechos humanos, al tiempo que dejó un legado para las nuevas generaciones.

Así lo ve José Antequera, miembro de “Hijos e Hijas por la memoria y contra la impunidad”, para quien el liderazgo de Claudia Girón e Iván Cepeda “hizo escuela” en la defensa de los derechos humanos y en las luchas por la memoria de las víctimas de la criminalidad estatal.

Yo creo que no es solo con una ruptura con una parte del movimiento de DDHH, es una ruptura con la izquierda en general, es una ruptura con formas de expresar de la izquierda, es una ruptura que le da valor al reconocimiento de las víctimas no como una mera cuestión de denuncia sino

como un acto que activa otro diálogo con la sociedad, y así le da mayor fortaleza a la denuncia. (...) se trata de una visión muy de apertura en términos de las formas, pero hay una comprensión política interesante sobre cómo se concibe la lucha por los ddhh como una lucha política, no como una lucha meramente reivindicativa. (Entrevista a José Antequera, noviembre 10 de 2016, en adelante: Entrevista J.A, 2016)

Para José Antequera, en suma, las prácticas y los discursos renovadores de la FMCV supieron interpretar muy bien los cambios históricos, y esa es la razón por la cual rápidamente se convirtió, por un lado, en un referente de liderazgo al pie de organizaciones como Reiniciar o la Comisión Colombiana de Juristas, que llevaban varios años en la defensa de los derechos humanos, y por el otro, logró posicionar la reivindicación de las víctimas de crímenes de Estado en las coordenadas de la opinión pública.

Esto último, a juicio de Diana Gómez, vocera nacional del Movice y miembro de Hijos e Hijas, “es uno de los más grandes triunfos de las víctimas de crímenes de Estado”:

Y yo creo que los nuevos repertorios de lucha sí sirvieron para eso, yo creo que eso ha hecho más fácil la comunicación con la sociedad. Quizás menos confrontativa a veces, quizás también menos dolorosa (...). Entonces yo sí creo que uno de los grandes logros del Movice ha sido eso: yo creo que se comunica más con la sociedad. Y en eso las galerías son muy interesantes, porque a la gente el rostro le impacta. Porque le da humanidad a esas personas que creemos que no son inocentes. Impacta mucho: las personas se acercan mucho a las galerías, se acerca a preguntar, o no pregunta y lee y se va. Yo creo que eso sí es un logro importante que implica un cambio cultural. (Entrevista D.G., 2016)

Criminalidad estatal y solución política del conflicto armado

El activismo de la FMCV no se puede entender al margen de un direccionamiento político en la lucha por los derechos humanos y la reivindicación de la memoria, la verdad, la justicia y la reparación, en perspectiva de la solución política del conflicto armado. Dicho de otra manera: que la defensa de los derechos humanos por parte de la FMCV debe verse al mismo tiempo como parte de una lucha política por la terminación negociada del conflicto armado.

Ese planteamiento ha sido expresado desde las primeras elaboraciones académicas de Iván Cepeda y Claudia Girón, en 1998:

La reflexión sobre memoria y reparación debe ser una preocupación permanente, objeto de acciones continuas dentro de la vida social, pero cuando esa acción y ese pensamiento se inscriben dentro de los

grandes temas de una agenda de solución política del conflicto armado en Colombia, adquieren, como vemos, una importancia especial. (...) Es necesario que en la agenda de negociación del conflicto se discutan asuntos como la creación de mecanismos legales y jurídicos que permitan el acceso a los archivos oficiales y el pleno acceso a la información, la constitución de una Comisión de la Verdad, la modificación sustancial del fuero militar, el cambio radical de la naturaleza y funciones de la Fuerza Pública, la erradicación definitiva de la doctrina de Seguridad Interna, la formulación de mecanismos de penalización efectiva de las violaciones a los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad, la institución de formas de reparación integral para las personas en situación de desplazamiento y para quienes han sido afectados por delitos como la desaparición forzada, el genocidio y la tortura. Somos una sociedad que no conoce la memoria histórica de sus acontecimientos más traumáticos, ni la justicia frente a los crímenes de lesa humanidad, que no ha realizado nunca el duelo colectivo. A esos vacíos éticos y de justicia debe responder un proceso que busque la solución auténtica del conflicto armado y la democratización del país. (Cepeda & Girón, 1998)

En otro artículo, publicado en Francia, escrito desde el exilio en el 2003, afirmaban:

En este contexto [primer año de la presidencia de Álvaro Uribe Vélez], la Fundación que nosotros dirigimos consagra hoy sus esfuerzos a la oposición al proceso de afianzamiento de la impunidad de los crímenes contra la humanidad, y a las acciones que contribuyan a obtener el apoyo estratégico de la comunidad internacional para la solución política del conflicto armado. Consideramos que, a pesar de sus complejidades, la violencia de larga duración que padece Colombia sigue teniendo hondas raíces socio-políticas. La superación de esa espiral de violencia tiene que ser, en consecuencia, el resultado de un proceso de entendimiento y diálogo político entre el Estado y los grupos guerrilleros. Por eso es imprescindible estimular la solución negociada entre las partes en conflicto, e incentivar toda oportunidad que conduzca a acercamientos y acuerdos parciales o globales de carácter humanitario. (Cepeda & Girón, 2005a)

Esto evidencia, en concreto, el convencimiento de que no solamente las transformaciones estructurales y la democratización de la sociedad pasan por la solución negociada del conflicto armado, a juicio de la FMCV, sino que el fin de la guerra es condición *sine qua non* para que se dé un verdadero debate público sobre los crímenes del pasado (Cepeda & Girón, 2005b).

Y eso es precisamente lo que no ocurrió durante el proceso de paz adelantado con los paramilitares, el cual la FMCV se negó a reconocer como una transición

genuina de la guerra a la paz. El argumento apunta a que mientras no existan las condiciones que garanticen el cumplimiento y la protección de los derechos, y, por ende, no existan las bases sociales sólidas que contribuyan a la no repetición de los hechos atroces, no habrá ninguna posibilidad de llevar a cabo procesos exitosos de recuperación y apropiación crítica de la memoria histórica de los acontecimientos ocurridos con ocasión del conflicto armado. Un argumento que comparten con otros académicos¹⁶.

Esto tiene que ver con el asunto central en la reivindicación de la FMCV y de los emprendimientos colectivos¹⁷ de los que ha hecho parte a lo largo de su proceso en la defensa de los derechos humanos: la victimización por parte de agentes estatales, los crímenes de Estado.

Hablar de “crímenes de Estado” significó en principio una ruptura dentro de la izquierda, que durante mucho tiempo concibió, bajo el concepto de guerra sucia, que los asesinatos de no combatientes se ajustaban de cierta manera a la dinámica de la lucha política. Esperando la revolución, “a la vuelta de la esquina”, muchos militantes de la izquierda asumieron la muerte como un deber, en una narrativa que no pocas veces convirtió a los mártires en héroes, y al mismo tiempo motores de la lucha política e incluso, como ha señalado Dudley (2008), justificación para continuar y recrudecer la lucha armada. Entonces, hablar de los asesinatos selectivos como crímenes de Estado y no como el “producto” de la lucha política (en armas), ponía en primer plano su carácter injusto, asumido como una cuestión que no tenía por qué pasar en el marco de la democracia. Eso supuso una ruptura con quienes nunca aceptaron esas conclusiones.

Según Antequera, en medio de ese debate, Iván Cepeda, quien hizo parte del sector del Partido Comunista que se distanció de la tesis de la *Combinación de todas las formas de lucha*, y Claudia Girón, quien no tuvo militancia política con la izquierda, asumieron la lucha por la solución política del conflicto como parte de la reivindicación contra la criminalidad estatal, “por razones históricas y políticas”, que permiten entender el papel que ha jugado el mismo Cepeda en el proceso de paz entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP.

Una razón histórica evidente es que parte de los crímenes de Estado se han destinado a asesinar líderes de la lucha por la solución política. Parte de los crímenes de Estado ha tenido como fin evitar la apertura democrática, y el mero proceso de paz que para muchos es una bo-

16 Ver Uprinmy & Saffon (2006, 2009), CNMH (2009), Giron & Silva (2010), Orozco (2009), Aranguren (2012), Bello et al (2013).

17 De estos emprendimientos se cuentan el Proyecto Colombia Nunca Más (PCNM), el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice) y el Costurero de la Memoria Kilómetros de Vida. Sobre la relación de la FMCV con estas plataformas ver (Tafur V., 2016).

bada, pero parte de los crímenes de Estado han estado ligados a eso, por las implicaciones que eso tiene. Y segundo una lucha política en particular, porque dentro del acuerdo se incluyen unos elementos de justicia transicional que al incluirse y al abarcar a agentes del Estado permiten avanzar en la reivindicación de los crímenes de Estado. La Comisión de la Verdad, la Jurisdicción Especial para la Paz, la búsqueda de personas desaparecidas, son mecanismos que permiten romper la afirmación dada por sentada de que la guerrilla es la única responsable de todos los crímenes del país y que el Estado es un actor neutral. Se plantea entonces unos mecanismos que tengan como destino investigar y clarificar cosas, entre esos los crímenes de Estado que nosotros reivindicamos. (Entrevista J.A., 2016)

Conclusiones: la defensa de los derechos humanos como una lucha política

La Fundación nació tras un acontecimiento traumático, el asesinato del último Senador del movimiento político Unión Patriótica, Manuel Cepeda Vargas. Sus gestores, un grupo de familiares y amigos del Senador bajo el liderazgo de Iván Cepeda Castro y Claudia Girón Ortíz, reaccionaron a la impunidad en que se mantenían los asesinatos sistemáticos en contra de los militantes de la UP, que para la época superaba los 2.400 casos, y a la generalizada indiferencia social y estatal respecto de la memoria y la dignidad de estas víctimas.

Su activismo por la defensa de los derechos humanos y la reivindicación de la memoria tuvo como principio el trabajo en red. Esta disposición la condujo a la articulación con otras organizaciones y movimientos que le permitieron posicionarse al interior de la “familia humanitaria” nacional e internacional, y actuar estratégicamente en su lucha en contra de la impunidad. El PCNM, el Movice y el Costurero de la Memoria son producto de esas alianzas estratégicas, cada una en distintos momentos de lo que abiertamente se puede interpretar como una lucha política.

El PCNM fue el resultado de un momento crítico en la defensa de los derechos humanos en Colombia, en el que, por seguridad personal y animados por la posibilidad de que se creara una Comisión de la Verdad en Colombia, los defensores se dedicaron a registrar, documentar y sistematizar en un archivo las violaciones a los derechos humanos por parte de agentes estatales y de grupos paramilitares. Tras diez años de ese proceso, ante la posibilidad de que el Estado no satisficiera los derechos de las víctimas en el marco del proceso de negociación abierto con los grupos paramilitares, el Movice surgió como una plataforma de articulación y de movilización local, regional y nacional, que posicionó a las víctimas de la criminalidad estatal como un actor político, aunque sin mayor reconocimiento jurídico. Ni la Ley de Justicia y Paz ni la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, reconocieron a los agentes estatales como un actor del conflicto armado, ni al Estado colombiano como partícipe de las violaciones a los derechos humanos o al DIH.

Tras la constante movilización y denuncia de los hechos victimizantes, el acto de perdón público a que fue obligado el Estado colombiano por el magnicidio del Senador Manuel Cepeda Vargas (Corte IDH, 2010) y las atrocidades reveladas progresivamente por lo que en la opinión pública se denominó como “Falsos positivos”, las víctimas de crímenes de Estado lograron posicionarse en la agenda pública, ésta vez a través de una nueva plataforma de visibilización y denuncia: el Costurero de la Memoria¹⁸.

En ese sentido, el reconocimiento de la responsabilidad de agentes estatales en la victimización en el marco del Acuerdo de Víctimas de La Habana, si bien fue una prerrogativa de la negociación, tampoco fue ajeno al acumulado y el posicionamiento de las víctimas a lo largo de estos procesos en particular, herederos de más cuatro décadas en general, de movilización y denuncia permanente.

La Fundación bebió de ese acumulado, proveniente del surgimiento de las primeras generaciones de defensores de derechos humanos en Colombia y América Latina, y lo potenció a través de nuevos repertorios para posicionar sus reivindicaciones y hacer pedagogía social, mismas que compartió con su propia generación a mitad de la década de 1990, y las generaciones venideras en la década del 2000, las cuales igualmente apropiaron y potenciaron algunas de sus prácticas y discursos en la elaboración de su propia memoria y la lucha contra la impunidad.

La “Galería de la memoria” es, si se quiere, la experiencia más efectiva en esa dirección, por lo menos en dos sentidos: en tanto sentó puentes intergeneracionales al interior del movimiento de víctimas de crímenes de Estado, como por la “comunicabilidad” y la eficacia para transformar las percepciones de los ciudadanos que la visitan (D.G, 2016a) (González, 2016).

En conjunto con las prácticas renovadoras y las representaciones rupturistas respecto de lo que compromete la defensa de los derechos humanos, la Fundación también animó un debate de fondo, que produjo rupturas en el seno de la izquierda y la “familia humanitaria” colombiana: la solución política del conflicto armado como prerrogativa de la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la criminalidad estatal. Esto se puede evidenciar en la producción académica de Claudia Girón e Iván Cepeda, y especialmente, en su actividad política tanto en el movimiento de víctimas como en el Senado de la República.

Quedan varios interrogantes para nuevas investigaciones sobre este tema: por lo pronto, un estudio comparado con otras experiencias de criminalidad estatal en América Latina, así como el análisis de sus repertorios de denuncia, abordado desde la perspectiva de la política cultural de las víctimas. Es importante también analizar

18 “Las madres de Soacha”, como se les reconoce en la opinión pública, son las madres de los jóvenes de este municipio que fueron asesinados por efectivos del ejército en inmediaciones del municipio de Ocaña, Santander. Las madres fueron fundadoras del Costurero junto con Claudia Girón y otras organizaciones defensoras de derechos humanos.

a fondo esta categoría de acuerdo con la percepción de las personas que usualmente de identifican a través de ella. Por ejemplo, el asesinato de los jóvenes de Soacha no se dio por móviles políticos directos como sí se han realizado los de los militantes de la UP, aun así, unos y otros son identificados como víctimas de crímenes de Estado, aunque su reconocimiento en la sociedad ha sido igualmente diferencial, ¿Esto se debe a que se percibe a unos como inocentes mientras que a otros no, como afirma Claudia Girón? Otros estudios podrían ocuparse de la especificidad de las representaciones, las prácticas y los discursos de estas víctimas, así como la respuesta estatal a sus demandas. Tratar de explicar, por ejemplo, por qué los procesos judiciales para esclarecer su victimización no han dado mayores resultados en términos de investigación, condena y judicialización de los responsables.

Referencias

- Acebedo, L. (2016). Las víctimas de crímenes de Estado en Colombia: de la invisibilidad a la construcción de una identidad dignificada. En, N. Pardo y J. Ruíz (Eds.) *Víctimas, memoria y justicia: aproximaciones latinoamericanas al caso colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Acevedo, O. (2012). *Geografías de la memoria. Posiciones de las víctimas en Colombia en el período de justicia transicional (2005 - 2010)*. Bogotá: editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Álvarez, S., Dagnino, E., y Escobar, A. (1999). Lo cultural y lo político en los movimientos sociales latinoamericanos. En A. Escobar (Ed.), *El final del salvaje. Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea*. Bogotá: CEREC - ICAN. pp. 133-168.
- Aranguren, J. (2012). *La gestión del testimonio y la administración de las víctimas: el escenario transicional en Colombia durante la Ley de Justicia y Paz*. Buenos Aires, Bogotá: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Siglo del Hombre Editores.
- Barrero, E. (2010). *Memoria, silencio y acción social. Reflexiones críticas sobre por qué recordar en Colombia*. Bogotá: Cátedra Libre Martín-Baró, Fundación Mundos Posibles y Fundación Manuel Cepeda Vargas.
- Bitar, S. (2007). *Los primeros pasos de los Derechos Humanos en Colombia: la adaptación estratégica del gobierno de Julio César Turbay*. Bogotá: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes.
- Briceño-Donn, M., Reátegui, F., Rivera, M. C., Uprimy, C. (Eds.). (2009). Recordar en conflicto: iniciativas no oficiales de memoria en Colombia. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) Bouvier, V. (2014).
- Cepeda, I. (2013). Justicia transicional para la democracia. En, A. Vargas (Ed), *Diálogos de La Habana: miradas múltiples desde la universidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Cepeda, I. y Girón, C. (1996). Amnesia social y guerra psicológica en los medios de comunicación. En, Fundación Manuel Cepeda Vargas (Ed.), *La memoria frente a los crímenes de lesa humanidad*. Bogotá: FMCV, Defensoría del Pueblo.
- Cepeda, I. y Girón, C. (1998). Memoria y derechos humanos en América Latina. En, Fundación Manuel Cepeda Vargas (Ed), *Duelo, memoria y reparación*. Bogotá: FMCV, Defensoría del Pueblo, Ministerio de Cultura.
- Cepeda, I. y Girón, C. (1999). *Procesos de inculturación. Problemas y conceptos de la apropiación de algunas corrientes del pensamiento social contemporáneo en Colombia*. Bogotá: Colciencias, Pontificia Universidad Javeriana.
- Cepeda, I. y Girón, C. (2004a). Olvido o memoria en las condiciones de solución de conflictos políticos. *Revista Aquelarre* (5), pp. 23, 34.
- Cepeda, I. y Girón, C. (2004b). Justicia y crímenes contra la humanidad. *Análisis político* (50). pp. 52, 71.
- Cepeda, I. y Girón, C. (2005a). Justicia, memoria y exilio. En, M. Wolf (Comp.) *Regresan siempre en primavera. Colombia: luz y sombra de un proceso hacia la paz*. Barcelona: Icaria Editorial – Antrazyt, pp. 157 - 185.
- Cepeda, I. & Girón, C. (2005b). La segregación de las víctimas de la violencia política. En, A. Rettberg (Comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, pp. 259, 281.
- Dudley, S. (2008). *Armas y Urnas*. Bogotá: Editorial Planeta.
- Escobar, A., Álvarez, S., y Dagnino, E. (2001). *Política cultural y cultura política. Una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*. Bogotá: ICANH, Taurus.
- Girón, C. y Silva, L. (2010). La reconciliación y el perdón en el marco de la reparación integral. *Revista Javeriana*, (768), pp. 45, 55.
- Girón, C. & Vidales, R. (2010). El rol reparador y transformados de la memoria: de la eficacia simbólica a la acción política colectiva. En, E. Barrero (Ed.), *Memoria, silencio y acción social. Reflexiones críticas sobre por qué recordar en Colombia*. Bogotá: Cátedra Libre Martín-Baró, Fundación Mundos Posibles y Fundación Manuel Cepeda Vargas.
- Girón, C. & Bustamante, F. (2013). La galería de la memoria “Somos Tierra”. Una propuesta pedagógica y estética de reparación simbólica a partir de la resignificación de las memorias, construida con las víctimas y desde los territorios afectados por la violencia. *Revista Javeriana* (796), pp. 50, 56.
- Gómez, G. (2014). *Justicia transicional en disputa. Una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002 - 2012*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

- González, D. (2016). Emociones y cultura política. Análisis de las galerías de la memoria presentadas por el Capítulo Bogotá del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice). *Estudios políticos* (48), pp. 157-178.
- Grupo de Memoria Histórica. (2009). *Memorias en tiempos de guerra: repertorio de iniciativas*. Bogotá: punto aparte editores.
- Mosquera, C. (2015). La progresiva emergencia de las víctimas como agentes políticos en Colombia. En, A. Vargas (Ed.), *Transición, democracia y paz*. Bogotá: Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz, Universidad Nacional de Colombia.
- Ochoa, A. M. (2003). *Entre los deseos y los derechos*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología, ICAN.
- Quiroga, J. & Gómez, R. (1996). La denuncia contra el Estado colombiano por el genocidio de la Unión Patriótica como contribución a la recuperación de la memoria de crímenes de lesa humanidad en Colombia. En, Fundación Manuel Cepeda Vargas (Ed.), *La memoria frente a los crímenes de lesa humanidad*. Bogotá: FMCV, Defensoría del Pueblo.
- Rettberg, A. (2012). Un marco analítico para la construcción de paz en Colombia. En A. Rettberg (Ed.), *Construcción de paz en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rettberg, A. (2015a). Victims of the Colombian Armed Conflict: The Birth of a Political Actor. In B. Bagley & J. Rosen (Eds.), *Colombia's Political Economy at the Outset of the 21st Century: From Uribe to Santos and Beyond*, Lexington Books, pp. 111 - 139.
- Rettberg, A. (2015b). Ley de víctimas en Colombia: un balance. *Revista de Estudios Sociales* (54), pp. 185 - 188.
- Sarlo, B. (2005). *Tiempo pasado*. Buenos Aires: siglo veintiuno editores.
- Uprimny, R. & Saffon, M. (2009). Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. En, A. Rangel (Ed.), *Justicia y paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Editorial Intermedio.

Entrevistas

Claudia Girón Ortíz, agosto 18 de agosto de 2016 (C.G, 2016a)

Claudia Girón Ortíz, septiembre 1 de 2016 (C.G, 2016b)

Juan Pablo Aranguren, septiembre 16 de 2016 (J.P.A, 2016)

Diana Gómez, octubre 25 de 2016 (D.G, 2016)

José Antequera, noviembre 10 de 2016 (J.A, 2016)

Tabla 2: Acontecimientos relevantes en el desarrollo de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz y la Justicia Social

Hecho	Fecha	Descripción
Asesinato del Senador Manuel Cepeda Vargas	9 de agosto de 1994	Último senador del movimiento político Unión Patriótica. Su asesinato hizo parte de una estrategia concebida por parte de grupos paramilitares y agentes estatales en contra de ese partido político. De acuerdo con cifras estimadas por la Corporación Reiniciar, para agosto de 1995 habían sido asesinados 3 mil militantes de la UP, entre los cuales se cuentan Concejales, Alcaldes, Diputados, Representantes a la Cámara y Senadores de la República en ejercicio, candidatos presidenciales y dirigentes nacionales.
Nacimiento de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz, la Justicia Social y la Cultura (en adelante la FMCV)	Septiembre 1994	Tras el asesinato del Senador Manuel Cepeda Vargas, Iván Cepeda Castro y Claudia Girón Ortíz lideran este proceso organizativo, con el fin de denunciar la impunidad de los crímenes de Estado y dignificar la memoria de sus víctimas, producidas en el marco del conflicto armado, la guerra sucia contra la oposición política, la limpieza social y la guerra contra las drogas (Cepeda & Girón, 1998, 2004).
Articulación con Proyecto Colombia Nunca Más	1994 - 2007	Liderado por el sacerdote Javier Giraldo. Fue una iniciativa de la sociedad civil que se propuso sistematizar, documentar y denunciar las violaciones de derechos humanos por parte del Estado colombiano.
Primera Galería de la Memoria de víctimas de crímenes de Estado (En la biblioteca Luis Angel Arango)	1995	La Galería de la Memoria es el instrumento de creación de memoria más emblemático de la Fundación. Nace en contraposición a la idea de “fetichizar” los recuerdos y “sacralizar” las conmemoraciones, y más bien se propone convertirse en un espacio itinerante de rememoración pública.
Espacio permanente en el Consejo Nacional de Cultura	1997	A través del artículo 59 de la Ley 397 de 1997, o Ley General de Cultura, se designó una representación permanente en el Consejo Nacional de Cultura a la Fundación. El logro de este nombramiento, de carácter simbólico, es un homenaje a la memoria del senador asesinado, en su calidad de impulsor del Proyecto de Ley que dio lugar a la creación del Ministerio.

Tabla 2: Acontecimientos relevantes en el desarrollo de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz y la Justicia Social

Hecho	Fecha	Descripción
FMCV asume representación de las ONG de derechos humanos ante el Consejo Nacional de Paz.	1998 - 1999	Fue creado por la Ley 434 de 1998, y tiene como eje la política nacional de paz. El CNP busca la inclusión de la sociedad civil para que junto a entidades gubernamentales, dirección y asesore al Gobierno Nacional en los temas concernientes al proceso y la consecución de la paz.
Exposición "Arte y violencia" en Colombia	1999	Organizada por el Museo de Arte de Bogotá. En el marco de esta exposición, la Fundación presenta la instalación artística "Lo claro de lo oscuro" en representación de las víctimas de crímenes de lesa humanidad cometidas por agentes del Estado y grupos paramilitares. El curador de la exposición fue amenazado y su asistente obligado a salir al exilio y la exposición debió ser desmontada.
Exilio	2000	Según se consigna en "la hoja de vida" de la Fundación (s.f), y con base en las entrevistas sostenidas con Girón (2016) "en el año 2000, debido a continuas amenazas de muerte, los dos directivos de la organización tuvimos que salir al exilio en Francia [Iván Cepeda Castro, Director; Claudia Girón Ortíz, Coordinadora de Proyectos]. El equipo de 13 miembros asociados con el que trabajábamos - cuyos nombres constan en los Libros de Actas de la Fundación- tuvo entonces que disolverse por razones de seguridad, ante la incertidumbre de nuestro regreso. (...) Dado carácter y el tamaño de la organización, cuya oficina siempre ha funcionado en nuestro domicilio, nuestra permanencia en Francia durante 4 años, afectó en forma definitiva el trabajo, puesto que la mayor parte de los ingresos provenían de las actividades laborales que nosotros realizábamos. Por ese motivo, ante la imposibilidad de seguir gestionando los proyectos desde el exterior ante la Alcaldía Mayor de Bogotá, decidimos 'congelar' temporalmente la Personería Jurídica de la Fundación. (...) Esto implica que aunque nuestra organización se encuentra activa en términos legales, preferimos que otras organizaciones pertenecientes a las redes con las que trabajamos en el Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado o el Grupo Pro-Reparación Integral, asuman el manejo administrativo de los proyectos gestionados a través de la Fundación" (Hoja de vida, s.f), (Girón, 2016)
Retorno del exilio	Abril de 2004	La primera tentativa de retorno fue en 2002, pero luego de valoraciones de seguridad se estimó pertinente esperar más tiempo. El regreso del exilio finalmente se concretó en 2004, bajo estrictas medidas de seguridad

Tabla 2: Acontecimientos relevantes en el desarrollo de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz y la Justicia Social

Hecho	Fecha	Descripción
Primer Encuentro Nacional de Víctimas de Crímenes de Lesa Humanidad y violaciones a los derechos humanos, y conformación Comité Nacional de Impulso del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado, MOVICE	Mayo de 2004	Llevado a cabo los días 28 y 29 de mayo de 2004. En la página de internet del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, Movice, se describe este evento como el germen de su surgimiento. Participaron más de 1000 delegados, 230 organizaciones, 400 Delegados regionales de 28 departamentos. Hubo acompañamiento Internacional de delegados de 7 países. La Fundación participó como coordinador
Conformación del grupo Pro-Reparación	2004-2014	Equipo interdisciplinario e interinstitucional encargado de elaborar y difundir material pedagógico sobre las diferentes dimensiones de la reparación integral. Conformado por la Fundación, el Programa de iniciativas Universitarias por la Paz y la Convivencia de la Universidad Nacional (PIUPC), el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, y un grupo de ONG copartes de Diakonía-Suecia, a saber: El Instituto Latinoamericano de Servicios Alternativos (Ilsa), la Corporación Avre y la Corporación Credhos. La primera edición de una serie de módulos pedagógicos sobre reparación integral, titulados "Voces de Memoria y dignidad" fue publicada en Abril de 2006.
Segundo Encuentro Nacional de Víctimas de Crímenes de Lesa Humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y genocidio.	Junio de 2005	Se constituye formalmente el Movice, el cual se define como "un cuerpo de exigibilidad, organización y movilización de las víctimas de crímenes de Estado y organizaciones de víctimas que contiene los siguientes elementos: Organizaciones de sobrevivientes de estos crímenes, familiares de víctimas, organizaciones sociales, políticas y jurídicas que han sido victimizadas, que luchan en contra de la impunidad, buscando la Verdad histórica, la Justicia y la Reparación Integral. Organizaciones que apoyan y acompañan a las víctimas" (Movice, 2016).
Acto simbólico de protesta en el Congreso de la República por la visita de los Jefes paramilitares	Julio de 2005	Este acto de protesta será central en la conformación y consolidación del Movice como actor político en el debate sobre la reparación de las víctimas de los paramilitares y de agentes estatales. Iván Cepeda, director de la Fundación, ocupa un lugar central en esta protesta

Tabla 2: Acontecimientos relevantes en el desarrollo de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz y la Justicia Social

Hecho	Fecha	Descripción
Tercer Encuentro Nacional del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado	Julio de 2006	Este encuentro define las estrategias que son hoy epicentro político del Movice, a saber: 1. jurí-dica, para que persiga a los máximos autores de los crímenes y la responsabilidad de los agentes estatales, 2. para la verdad y la memoria histórica, 3. para el acompañamiento solidario con las víctimas, 4. para la no repetición: la prohibición legal del paramilitarismo. 5. para la reparación: el catastro alternativo, 6. de lucha contra la desaparición forzada: la exhumación de las fosas comunes y el derecho a enterrar; 7. de lucha contra el genocidio político: verdad, justicia y reparación para las víctimas y los sobrevivientes de la Unión Patriótica; 8. de organización: el fortalecimiento del Movimiento de Víctimas. La Fundación es parte del comité de impulso del Movice [Dirección política].
Audiencias Ciudadanas por la Verdad	2006 - 2009	Consistió en una serie de eventos desarrollados por el Comité de Impulso Nacional del Movice y sus capítulos regionales en distintas zonas del país, con el fin de socializar las estrategias del movimiento, y de investigar y denunciar públicamente lo sucedido durante el desarrollo de atrocidades masivas, en su período previo y posterior.
Primer Encuentro Nacional de Víctimas pertenecientes a Organizaciones Sociales e Iniciativas de Paz.	2007	Promovido por el Movice y la Corporación Viva la Ciudadanía. La presentación del evento, definió su objetivo en términos de “sumar fuerzas y voluntades para buscar, como una integralidad, la verdad sobre los crímenes perpetrados, la aplicación de justicia, la reparación en todos sus aspectos, la construcción de criterios de reparación colectiva, y la exigencia de garantías de no repetición” (Agencia Prensa Rural, 2016).
Marcha Nacional por todas las víctimas	6 de marzo de 2008	La Fundación asume la vocería pública de la “Marcha nacional por todas las víctimas: los se-cuestrados, los desplazados, los desaparecidos, los asesinados, los exiliados, los torturados, los detenidos arbitrariamente, los perseguidos y estigmatizados.” (Hoja de vida, s.f). Esta marcha fue leída en la opinión pública como una respuesta a la marcha organizada por el gobierno del ex presidente Álvaro Uribe Vélez en contra de las Farc. En el portal web Wikipedia, se define esta marcha como un “Homenaje a las víctimas del paramilitarismo, la parapolítica y los crí-menes de Estado”.

Tabla 2: Acontecimientos relevantes en el desarrollo de la Fundación Manuel Cepeda Vargas para la Paz y la Justicia Social

Hecho	Fecha	Descripción
Marcha Nacional: los falsos positivos son crímenes de Estado	6 de marzo de 2009	La marcha se realizó para presionar tanto al Ministerio de Defensa como a la Fiscalía General de la Nación, para que se “destrabaran” los procesos judiciales en contra de los militares que asesinaron civiles para hacerlos para por guerrilleros muertos en combate. La Fundación, en cabeza de Iván Cepeda, lleva a cabo la vocería y la logística.
Alianza interinstitucional Fundación Minga	2009	Desde el año 2009, la Fundación hace parte de un equipo de trabajo interinstitucional con la Asociación Minga, que desarrolla proyectos de reconstrucción de la memoria histórica del conflicto y los procesos de resistencia civil a nivel regional y nacional: “Laberintos y Recorridos de la Memoria en Colombia: Galerías de la Memoria ‘Recuérdame’ y ‘Somos Tierra’”, financiados por Lutherans World Relief, y por la USIP (United States Institute of Peace).
Participación en la “Mesa de Canchiros”	2011 - 2013	Fue una plataforma de organizaciones conformada por la Asociación Minga, y en sus inicios por FEDES y CAPS. Dicha Plataforma diseñó y elaboró el proyecto del “Costurero de la Memoria Kilómetros de Vida y de Memoria” inicialmente con las familias de las víctimas de los mal llamados “Falsos Positivos” de Soacha. En el año 2013 este proyecto se amplió hacia otros sectores y organizaciones de víctimas del conflicto político, social y armado, y se articuló al Proyecto de “Los Oficios de la Memoria” promovido por el Centro de Memoria, Paz y Reconciliación Distrital de Bogotá, a partir de un convenio con la Asociación Minga, coordinadora del mismo hasta la fecha.
Elaboración propia a partir de Quiroga y Gómez (1996), Cepeda y Girón (1998, 2004, 2005), Barrero (2010), C.G. 2016a, 2016b, Hoja de vida de la Fundación Manuel Cepeda Vargas (s.f), Movice (2016), PCNM (2016), CNMH (2009)		

"EL FRENÉTICO"

JUANKATO
2018



Nombre de la obra: El frenético. Técnica: Tinta sobre papel.
Autor: Juan Camilo Carmona. 2018

Review of contractual obligations in the Civil Code of Ukraine*

Anatoliy V. Kostruba**

Abstract

Breaching of contractual obligations may lead to certain negative consequences. Hence, this work analyzes the theoretical aspects of termination of contractual obligations in Ukraine's civil law. The article aims to study the obligation termination mechanism by determining the legal framework for its functioning. The author focuses on one of the forms of contractual obligation termination, more specifically, the start of cancellation and deferred status of a legal transaction. Using normative and protective functions in legislation, the author plans to determine specifics of legal facts of normative compensatory nature. It is established, that the condition for cancellation of a legal transaction, can be a direct or reverse mechanism for the termination of contractual obligations. A condition for cancellation of a legal transaction can be applied to the whole transaction or to its separate parts.

Keywords: Legal basis; self-organization; alienation; legal transaction; circumstance; Civil Code; Ukraine.

Revisión de las obligaciones contractuales en el Código Civil de Ucrania

Resumen

La violación de obligaciones contractuales puede causar consecuencias negativas. Por tanto el trabajo analiza los aspectos teóricos de la terminación de obligaciones contractuales en el Código Civil de Ucrania. El artículo apunta a estudiar los mecanismos de terminación de obligaciones determinando el marco legal para su funcionamiento. El autor se enfoca en una de las formas de terminación de obligación contractual, específicamente en el estatus de cancelación y diferimiento de la transacción legal. Usando funciones normativas y protectoras de la legislación, el autor busca determinar las especificidades de los hechos legales de naturaleza normativa compensatoria. Se establece que las condiciones para la cancelación de una transacción legal pueden ser un mecanismo directo para la terminación de obligaciones contractuales. Una condición para la cancelación puede aplicarse a toda la transacción o a sus partes por separado.

Palabras clave: base legal; auto organización; alienación; transacción legal; circunstancia; Código Civil; Ucrania.

Revisão das obrigações contratuais no Código Civil da Ucrânia

Resumo

Aviolação das obrigações contratuais pode causar consequências negativas. Este artigo analisa os aspectos teóricos da terminação de obrigações contratuais no Código Civil da Ucrânia. Igualmente, visa estudar os mecanismos de terminação de obrigações determinando o quadro legal para o seu funcionamento. O autor foca-se em uma das formas de terminação da obrigação contratual, especificamente no status de cancelamento e diferimento da transação legal. Usando funções reguladoras e protetoras da legislação, o autor procura determinar as especificidades dos fatos legais de natureza reguladora compensatória. Estabelece-se que as condições para o cancelamento de uma transação legal podem ser um mecanismo direto para a terminação de obrigações contratuais. Uma condição para o cancelamento pode ser aplicada a toda a transação ou a suas partes separadamente.

Palavras-chave: base legal; auto-organização; alienação; transação legal; circunstância; Código Civil; Ucrânia.

* Review article. The presented original research is completely developed and performed by Anatoliy V. Kostruba. The author has studied the obligation termination mechanism by determining the legal framework for its functioning.

** Doctor in Law, Associate Professor, Professor of the Department of Civil Law, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ivano-Frankivsk, Ukraine. E-mail: priminterpar@yahoo.com ORCID: 0000-0001-9542-0929



Review of contractual obligations in the Civil Code of Ukraine

Introduction

Civil contract is the main instrument for the organization of market relationships, while contractual regulation, is the traditional means of regulation of relationships, in the fields of private and public law (Parkhomenko, 1998, p. 34; Shevchenko, 2005, p. 43). It should be added that contract, in the civil law of Ukraine, is a means of self-organization and self-regulation of civil legal relationships among their participants.

Civil law is a rather specific industry. Subjects who enter into this kind of legal relationship, at some point, commit themselves. Civil law divides obligations into contractual and non-contractual ones, which differ, significantly, from one other. Obligation, in the generally accepted and most widespread sense, is a legal relationship in which one party has rights, and the other has obligations. But such a definition cannot reveal the whole essence of the term. The Civil Code of Ukraine (CC) (Article 546) provides different types of security for the fulfillment of obligations, such as: forfeit, bail, guarantee, pledge, withholding and deposit (Civil Code of Ukraine, 2003).

Any obligation, including the contractual one, is of a temporary nature. The fulfillment of a contractual obligation, is the commission by the debtor in favor of the creditor or a third person, of certain actions –defined in the contract- that constitutes the subject of fulfillment of the contractual obligation. In order to satisfy the contractual obligation, and the termination of legal relationships between the parties, it must comply with certain general rules, which are called the principles of fulfillment of obligations (Markovits, 2015).

The way of execution of a contractual obligation, is the procedure for the debtor to take actions to fulfill the obligation (Calabresi, 2015, pp. 575-578), and as a rule; it is defined in the contract. Early fulfillment of a contractual obligation is possible, unless otherwise provided by the contract, acts of civil law or it follows from the essence of the obligation or customs of business turnover. The fulfillment of certain types of obligations requires their specificity to be taken into account.

At a certain point G.F. Shershenevich separated all methods of termination of obligations in two groups, depending on whether they are repaid, as a result of a mutual agreement between creditor and debtor, or due to circumstances

independent of the transaction (impossibility of execution, set-off, death of one of the subjects, combination of an active and passive entity, prescription) (Sher-shenevich, 1915).

One of the first reasons, in the Soviet literature system, for termination of obligations in 1975, proposed by O.S. Ioffe, who, without noticing the criterion of classification, also divided them into two groups (without taking into account the reasons of general significance or those that can be applied only by direct order of the law) (Ioffe, 1948):

1) Termination of obligations as a result of their implementation (fulfillment, offset, innovation);

2) the actual termination of obligations (agreement of the parties, combination, impossibility of fulfillment, death of a citizen or liquidation of a legal entity).

Nevertheless, the division proposed by O.S. Ioffe, did not have a clear criterion for demarcation; therefore, unreasonably, different explanations were put together in one group for their grounds, since he did not cover all possible grounds at that time. The current Civil Code of Ukraine did not only expand the list of reasons for termination of the obligation, but also systematized these reasons to some extent. Simultaneously, with the adoption of the Code, a number of problems relating to the termination of the obligation were not only not resolved, but, on the contrary, new ones, due, inter alia, to changes in civil and economic legislation, were added to the existing problems.

The uniqueness of such legal aspect of contract should be explained by the fact that, on the one hand, it is capable of causing the consequences in the form of onset, change or termination of civil legal relationships or subjective civil rights, or legal obligations. On the other hand, under civil contract, both objective and subjective grounds for the movement of proprietary and binding legal relations are fixed, the occurrence of which involves onset, change or termination of rights, obligations or even new civil legal relationships between parties to contract. The terms of civil contract establish individual mechanisms for right termination of civil relationships and legal models of right-terminating legal facts.

The theoretical issues of contractual regulation of private legal relationships are the subject of numerous scientific research of such scientists as N.S. Kuznetsova (2013), R.A. Epstein (2016), D. Markovits (2015), A.B. Hryniak (2013), N. Fedorchenko (2017) and others. Nonetheless, the scientists left outside their attention, the theoretical and practical problems of formation and functioning of the mechanism of termination of contractual obligation, in the context of the theory of legal facts, which considers the grounds for such termination as individual legal facts, and their legal compositions.

The purpose of the scientific article is to study the mechanism of termination of contractual obligation, through the determination of legal structures for its func-

tioning. By means of regulatory and protective functions in the law, it is planned to identify the special features of legal facts of regulatory and compensatory nature.

Typical features of contractual obligations

The characteristic feature of contractual obligation is the dependence of onset of legal fact in its structure, on the lawful will of party (action) of legal transaction or objective circumstance of reality (event). Its existence is provided by the legal model of certain legal fact in contract, which, in coincidence with actual circumstances established by such model, can lead to reasonable expectations of parties to the legal result and, accordingly, the termination of such obligation. By means of such legal facts, the action of regulatory function of the law is ensured, the content of which is the realization of rights and interests of parties to contractual obligation, established by terms of the relevant contract *bona fides*.

In the theory of the civil law in Ukraine, such legal constructions have been called, regulatory right-terminating legal facts. Among the most common, they include **alienation**. Alienation should be understood as the legal mechanism established by contract, for the transformation of property right to assets in accordance with its legal regime, which is accompanied by onset of actual consequences of such transformation, resulting in termination of contractual obligation.

The regulatory effect of alienation, as a right-terminating legal fact in contractual obligation, is an achievement of the purpose of legal regulation established by parties to contract. Thus, as a result of alienation, a certain owner, through his will expression implements his property right, in result of which parties of contractual obligation receive mutual satisfaction.

Moreover, the reason for termination of contractual obligation is its **proper fulfillment**. It consists in observance of the five established requirements, which simultaneously are conditions of onset of the given right-terminating legal fact (Civil Code of Ukraine, 2003):

- 1) Proper object of fulfillment (articles 610, 620, 622);
- 2) Proper subject of fulfillment (articles 527, 528);
- 3) Proper date of fulfillment (articles 530, 531);
- 4) Proper place of obligation fulfillment (article 532);
- 5) Proper manner of fulfillment (articles 529, 533).

The termination of contractual obligation by fulfillment consists in the implementation, by its parties, of subjective civil rights and fulfillment of counter legal obligations, which express the object of obligation. In this way, the purpose of legal

regulation established in contract is achieved, that is, the satisfaction of common interests of participants in civil legal relationships. In other words, the proper fulfillment is legal composition with differentiated accumulation of its elements, the formation of which, inevitably, leads to the termination of contractual obligation.

The legal status “outside the framework of contract”, has no effect on the efficiency of the mechanism of termination of contractual obligation, by the proper fulfillment.

The proper place for fulfillment of contractual obligation (article 532 of Civil Code of Ukraine) is: a) for obligations on transfer of real estate – at the place of the property location; b) for obligations on transfer of goods (property) arising from contract of carriage – at the place of delivery of goods (property) to carrier; c) for obligations on transfer of goods (property) arising on the basis of other transactions – at the place of manufacture or storage of goods (property), if this place was known to creditor as of the moment of creation of the obligation; d) for monetary obligations – at the place of residence of creditor, and if the creditor is a legal person – at its location as of the moment of creation of the obligation. If creditor changes its place of residence (location) as of the moment of creation of the obligation and informed debtor about it, the obligation is fulfilled at the new place of residence (location) of creditor, with assigning all losses related to change of place of fulfillment to creditor; e) for other obligation – at the place of residence (location) of debtor (Civil Code of Ukraine, 2003).

The reason for termination of contractual obligations

The reason for termination of contractual obligation is also **transfer of payoff**. The transfer of payoff is made by conclusion of legal transaction between creditor and debtor, whose purpose is to terminate the principal obligation. Such legal transaction shall confirm the achievement of agreement of parties regarding the quality and quantity of object, which is payoff, the deadline for the transfer of the payoff, the order of its transfer, as well as fixing the time of termination of the contractual obligation.

Article 604, of Civil Code of Ukraine, considers that **obligations may also be terminated by agreement of parties**. The cancellation of contract is condition with which partial or full termination of contractual obligation is connected, until the moment of its legal and actual fulfillment. That is, the cancellation of contractual obligation is one way of its termination. Any agreement on termination of contractual obligation has features of legal transactions, with the special feature that they are aimed at termination of subjective civil rights, and legal obligations that arose on the basis of primary contract. Consequently,

such agreements must comply with general requirements for the lawfulness of legal transactions envisaged by article 203 of Civil Code of Ukraine. Thus, the termination of contractual obligation, by agreement of parties, is executed in the form established for the conclusion of such obligation. It should be noted that termination of contract by agreement of parties entails not only the termination of rights and obligations of its parties, but also a number of other legal consequences.

According to article 601 of Civil Code of Ukraine, contractual obligation is terminated by *offset of counter uniform claims*, term of fulfillment of which has expired, as well as claims, which term of fulfillment has not been set; however, it is determined by the time when claim is made. Thus, the offset implementation is possible in the presence of several conditions: a) the uniformity of civil obligations (object of both obligations must be of the same kind); b) counter character of claims in obligation (creditor of one obligation is simultaneously debtor under another obligation, and vice versa – debtor of the first obligation is creditor of the other); c) onset of time of fulfillment of civil obligations; d) conclusion of legal transaction on offset of counter uniform claims; e) fulfillment of reconciliation of offsets on the basis of uniform obligations, which are terminated by offset of counter uniform claims.

To date, there are several approaches as to the moment of onset of indicated right-terminating legal facts. According to the first, offset is considered as completed and repays set-off claims at the time of sending notification of offset to other party (Civil Code of Ukraine, 2003).

The second approach implies that civil obligation is considered to be terminated by offset, since the moment of expiry of term for fulfillment of obligation that came later. This position is substantiated by the fact that, since the expiry of termination term of civil obligation, the payment of penalty and interest ceases, because the obligations are considered to be repaid.

But the phenomenon of reciprocity of offset will lead to the fact that, before the receipt of application about it, which is, of course, necessary for the legal validity of offset, parties may be regarded as being in default. At the same time, after offset by debtor, this delaying may be, only for the party which has achieved the fulfillment of the previous obligation (Sarbash, 2001, pp. 87-88).

The third option is based on the assumption of the involvement of counter-parties by offset, since the moment of reception, by addressee party of the notification. The choice of this approach will necessarily raise the question of the admissibility of recalling of offset (by analogy with the recalling of offer), until the reception of corresponding notification by the addressee. Civil obligation may also be considered terminated after the expiry of the time necessary for reception of application on offset by other party. If this party has reasons to consider it to be

carried out in the absence or non in accordance with, at least, one of necessary conditions, such person may apply to the court for the recognition as invalid of offset and fulfillment of contract requirements (Mikhno, 2004, p. 53).

The position produced by A.V Sirotkina is appropriate (Syrotkina, 2009, p. 51). In her opinion, the termination of civil obligation by offset, unlike other types of unilateral legal transactions, entails the termination of both rights and obligations of applicant of offset as well as its counter-party.

One of the reasons for the termination of contractual obligation, in accordance with article 605 of Civil Code of Ukraine, is the release by creditor of debtor from his obligations (**debt forgiveness**). Based on the fact that one party – creditor has a subjective civil right, legal obligation is imposed on his counter-party – debtor that corresponds to certain subjective civil right to terminate contractual obligation, is carried out in direct and reverse order. The direct order consists in the fulfillment of legal obligation of creditor, and the reverse – in depriving the person of subjective civil right, which corresponds to such an obligation.

Debt forgiveness is characterized by the fact that creditor relieves the debtor from fulfillment of his obligations, without requiring counter-fulfillment of obligations, resulting in termination of corresponding contractual obligation. This is unconditional, unilateral legal transaction, termination of contractual obligation of which is fulfilled in reverse order.

In accordance with article 606 of Civil Code of Ukraine, contractual obligation is terminated by **combination of debtor and creditor in one person** (confusion). Each civil obligation implies the existence of three of its main elements: subject, object, and content. Unlike the other, the exclusion of such element of obligation as subject terminates his existence. The formula for such exclusion is the combination of debtor and creditor in one person.

When a debtor and creditor are combined in one person, the contractual obligation undergoes certain changes. One person assumes all legal properties of the other in contractual obligation, therefore; the status of participant in relevant legal relationships is terminated. Previously, existing legal bonds between parties are absorbed by the person that has joined two (or more) participants in such obligation (Chilton & Versteeg, 2018, pp. 293-335).

By the way, citizen A. and citizen K. are parties to lease legal relationships concerning real estate. Real estate is property of citizen A., citizen K. is respectively, lessee. While in lease legal relationships, parties conclude contract of sale, which results in property being transferred to ownership of citizen K. In this case, the conclusion of sale contract, changes lease legal relationships, as a result of which they are terminated.

Characteristics of changes in contractual obligations

The terms in the civil law of Ukraine are of a significant legal category, which determines not only the regularization of civil circulation in time, but also ensures the possibility of fulfillment and realization by subjects of civil relationships of their rights, thus inducing, obligated persons, to perform their obligations and the possibility of the timely protection of breached rights.

The onset of term is such legal fact that may lead to the termination of contractual obligation. Its peculiarity is that it is attributed to events, even regardless of the fact that its course may depend on the will of participants in civil legal relationships.

In particular, item 5 of part one of article 1141 of Civil Code of Ukraine states that, simple partnership contract shall be terminated in case of expiry of simple partnership contract period. In this case, the right-terminating fact is the moment of expiry of simple partnership contract period. That is, the expiry of period is law-terminating legal fact (Civil Code of Ukraine, 2003).

A similar legal norm is also contained in article 2219 of the Napoleonic Code, which states that statute of limitation is a means of establishing or repaying obligation in case of onset of certain term, and in the presence of relevant conditions established by the law (Code civil, 2017).

At the same time, in legal literature, there is an opinion that the expiry of contract period cannot always be identified with the reasons for termination of obligations (Kossak, 2004, p. 17). Termination of civil obligations is legal consequence of validity of legal facts (volitional actions of participants in civil legal relationships), aimed at termination of civil rights and obligations of specific subjects. After onset of such legal fact, the civil legal relationships among these entities are terminated. This thesis is reflected in article 764 of Civil Code of Ukraine, which states that, in case when lessee continues to use property after expiry of contract of lease, then, in the absence of objections of lessor within one month, the contract is considered as renewed for the period that was previously established by contract.

Thus, part one of article 615 of Civil Code of Ukraine states that, "in case of obligation breaching by one party, the other party shall have the right to refuse, partially or totally, from obligations if it is established by contract or by law". In some cases, the exercise of right to unilateral refusal from contract is due to other circumstances that are not related to violation of contract. Their onset may be caused both by external facts and by such actions that do not have any signs of breaching of right (Obolonkova, 2010, p. 17). The provision of right to refuse from contractual obligation is always based on impossibility of achieving aim in its legal regulation.

The given mechanism of right termination of contractual obligation causes legal consequences, as result of unilateral action of party to contract. Breaking legal relationships among participants in civil legal relationships, it ends at certain stage of their development. Such termination of contractual obligation occurs at any stage of its development, at the stage of exercise of right (Gonzalez-Zapata & Heeks, 2015, pp. 441-452).

Part two of article 604 of Civil Code of Ukraine states that, ***civil obligation shall be terminated by agreement of parties, on replacement of the original obligation with a new obligation between the same parties (innovation)***. The innovation covers cases of termination of contractual obligation by transforming its content. It also adjusts its object. In this case, such element as subject of obligation remains unchanged (Civil Code of Ukraine, 2003).

Contractual obligation is also terminated ***by impossibility of its fulfillment*** in connection with circumstance for which neither party is responsible (article 607). Unfortunately, Civil Code of Ukraine does not establish criterion for impossibility to fulfill obligation. It is a circumstance that makes it impossible to fulfill obligation, or circumstance that has changed conditions in connection with which parties (party) cannot fulfill obligation objectively, regardless of all other circumstances. In addition, the law does not reveal the concept itself of impossibility to fulfill obligation.

With the death of natural person (the liquidation of legal entity), his legal capacity, proprietary rights and binding rights, as well as participation in contractual obligations, are also terminated.

In accordance with the general rule established by Civil Code of Ukraine, civil obligation must be fulfilled by debtor personally, unless otherwise provided for by the law or contract. The fact of the death of natural person (the liquidation of legal entity) objectively affects the stated purpose of legal regulation of relevant civil legal relationships.

Features of the life cycle of a contractual transaction

In most cases, the “life” of a legal transaction is associated with onset of unconditional factors to achieve its purpose. At the same time, parties to legal transaction have the opportunity to determine, in advance, the existence of circumstances (their presence or absence) that may affect the dynamics of contractual obligation among them. It gives the right to existence of such a legal phenomenon as conditional legal transactions. The aforesaid has in sight to minimize possible risks associated with uncertainty in development of events that determine its implementation (Fedorchenko & Kalaur, 2017, pp. 34-39).

In legal literature, in the division of all legal transactions into conditional and unconditional ones, legal transactions with cancellation and delayed conditions are in the first category. The two types of terms of legal transaction are traditional: conditions with delay or suspension (from lat. *suspensus* – suspended, delayed) and cancellation or resolution (from lat. *resolutivus* – final) circumstances.

Thus, according to the first and second paragraphs of article 212 of Civil Code of Ukraine, people who implement legal transactions have the right to determine onset or change of rights and obligations by circumstances concerning which it is unknown whether the (delayed circumstance) will come or not. The people who implement legal transaction have the right to stipulate the termination of subjective civil rights, and legal obligations by circumstances concerning which it is unknown whether (cancellation circumstance) will come or not (Civil Code of Ukraine, 2003).

As it is seen from the above provisions of Civil Code of Ukraine, the legislator delimits the delayed and cancellation consequences, that result in legal transactions where such circumstances are stipulated. In the projection of legal facts, the delayed circumstance has the character of right-establishing or right-changing act or event, whereas onset of cancellation condition is defined by regulations as right-terminating legal fact of contractual obligation.

At the same time, it is worth pointing out that such division is quite arbitrary, in view of the complex and relative nature of legal facts. However, the cancellation condition, in its nature, should always result in form of termination of rights, obligations, legal relationships or powers in legal relationships. The nature of delayed condition is that it is not legal transaction, but its consequences come after certain period of time, that is, they are delayed.

Thus, in accordance with part one of article 723 of Civil Code of Ukraine, deed of gift may set grantor obligation to hand over gift to grantee in the future after a certain term (within a certain period), or in case of onset of delayed condition. With regard to lease of housing with ransom, in accordance with part seven of article 810 of Civil Code of Ukraine, lease contract with ransom is the document indicating the transfer of property right to real estate from the enterprise – lessor to lessee with delayed circumstance determined by the law. In its turn, cancellation condition of legal transaction is mentioned only in one article of Civil Code of Ukraine, in addition to article 212, which is article 1142. In accordance with the second part - of which part of the simple partnership contract concluded for specified period or by contract in which the achievement of the purpose is defined as cancellation condition – the lessor has the right to demand termination of contract in relationships with other participants due to valid reason, with the reimbursement to other participants of real damage caused by termination of contract.

It should be noted that, in view of the definition of delayed and cancellation conditions in article 212 of Civil Code of Ukraine, they can also be applied in unilateral legal transactions. The provision of again article 723 of Civil Code of Ukraine, serves in favor of this circumstance, which provides for the possibility of the existence of variance of deed of gift with the obligation to hand over the gift in the future. Thus, in accordance with part two of the aforementioned article, in case of the expiry of period (term) or the delayed circumstance established by deed of gift with the obligation to deliver the gift in the future, grantee has the right to demand from grantor to transfer gift or reimburse its value.

For the cancellation condition, onset of which is right-terminating legal fact, it is characteristic that it cannot be an essential condition of legal transaction. The explanation of this circumstance lies in the very nature of legal transaction as volitional conscious action aimed at onset, change or termination of civil rights and/or obligations. Consequently, giving the nature of the essential condition of legal transaction to cancellation condition, it actually blocks its implementation by parties. Cancellation condition at the time of legal transaction conclusion exists only in the ideal form, and in fact, in real life the relevant circumstance should arise only in the future. Herewith, it is not known for sure whether it will come or not.

Consequently, cancellation condition is certain circumstance of reality, with onset of which rights are terminated; however, at the same time, this circumstance may not depend on will of parties to legal transaction, in this regard, not circumstance should be considered as cancellation condition, but the fact of its onset. It is precisely the fact of onset of one or another condition, implementation of action, the arising of certain phenomenon is the “final point” in the process of formation, existence or termination of such phenomenon. Termination of right in legal transactions with cancellation condition is the legal consequence of reason in the form of onset of cancellation condition.

Characteristic features of termination of contractual circumstances

A characteristic feature of the referral and cancellation circumstance, onset of which is legal fact, is that they have “objectified” character and their onset must, in the majority, occur without the parties’ participation in legal transaction or with their participation, but without creating obstacle for counter-party in contractual obligation. But the mechanism of right termination of contractual obligation, can act both according to objective and subjective scenario.

The general procedure for the termination of the transaction (agreement) in Ukraine requires the agreement of both parties to terminate the contract. Therefore, unilaterally terminating the contract of sale of an apartment or other real estate;

its party will not be able to do so, unless it is directly established by the contract. As a rule, in real estate transactions, a ban on unilateral extrajudicial termination of the contract is established. If the consent of the other party is not available, or the unilateral termination is not permitted by the contract, the contract will have to be terminated in court (Petrie, 2014, pp. 75-92; Epstein, 2016, pp. 47-93). Therefore, when preparing a treaty in the text, it is necessary to stipulate the possibility of unilateral extrajudicial termination or amendment of the treaty. Termination and refusal to fulfill a contract with real estate must be made in writing. The order of registration is established in the contract or in the law.

One of the conditions, for the validity of the contract of sale and purchase of real estate as well as the main duty of the buyer, is its payment. The main mistake that the parties allow during the conclusion of a transaction is the incorrect execution of payment documents, the lack or vice of which lead to disastrous consequences. So, if the property is purchased from the organization, it is preferable to pay it only by bank transfer. If housing is bought from an individual, that is, from a citizen, the calculation must be confirmed not only by an act, but also by a receipt containing complete and understandable information about who, to whom and for what the corresponding amount of money was transferred. It should be borne in mind that the termination of a transaction cannot be invalidated. The application of the consequences of the invalidity of the disputed transaction is possible only if there is a decision to recognize such a transaction, as invalid.

There is no such legal concept as the cancellation of the contract of sale. The contract can be either terminated or invalidated (Article 651, art.652). Both mean termination of the contract. For the termination of the contract of sale of an apartment, a mutual consent of the parties is necessary (Civil Code of Ukraine, 2003).

The contract is subject to termination in case of a significant change in circumstance, from which the parties proceeded at the conclusion of the contract. A change in circumstance is recognized as significant when they have changed so much that, if the parties could reasonably foresee this, the treaty would not have been concluded at all, or would have been concluded under significantly different conditions.

Recognizing the same transaction, as invalid, is only possible in court. To do so, you need to go to court with a civil suit and provide evidence that your demands are legitimate and justified. For example, when a transaction was made in the absence of the will of the owner (by forged documents, a trustee, exceeding the powers, etc.) or a transaction committed under the influence of fraud, violence, threat, malicious agreement of the representative of one party with the other party. An invalid transaction can be recognized as a transaction committed by a citizen, though capable, but at the time of his imprisonment he was in a state where he was not able to understand the meaning of his actions and/or to manage them (alcoholic, narcotic intoxication, etc.)

In general, it can be stated that, onset of cancellation condition of legal transaction is a right-terminating legal fact with a delayed mechanism of action. The very nature of such legal transaction determines the circumstance that there is certain period of time between the moment of its conclusion and onset of consequences (Hryniak, 2013, p. 18-29).

It should be noted that, the cancellation condition as element of contract, as well as the basis for termination of contractual obligations, may take place only within the limits of the existing legal relationships, and only within the limits of the current legal transaction. In other words, cancellation condition may be reflected as its element, when such legal transaction is actually concluded. At the same time, parties cannot agree on cancellation condition of legal transaction, if it is not the case yet, because such agreement will not have sufficient validity in order to be reflected in a future legal transaction.

It is possible to attribute to peculiarities of cancellation condition, onset of which is right-terminating legal fact in contractual obligation in legal transaction, the fact that, on the one hand, such circumstance, or rather its legal model, are considered as element of legal transaction. After it has been consolidated under terms of legal transaction, it is necessary and sufficient for the operation of such contract, although not having the character of essential condition. On the other hand, the cancellation condition is the result of the creative approach of parties to legal transaction to formation of its terms, and therefore is considered as circumstance which terminates legal relationships in relation to the fact that is reflected in legal transaction by the will of parties.

Nevertheless, the order of occurrence of legal consequences of cancellation condition may also be specified. In fact, it is possible to distinguish two orders of onset of consequences of corresponding condition of legal transaction – objective and subjective ones. Objective right termination is characterized by the fact that a contractual obligation is terminated automatically, since the moment of onset of relevant condition. For example, parties to legal transaction may foresee that rights and obligations of parties are terminated since the moment of the death of one of the parents of the lessor. In such circumstances, contractual obligation shall be deemed to be terminated since the moment of the biological death of the relevant person, regardless of all other circumstances (Bennett *et al.*, 2018, pp. 817-878).

If, however, looking at the given situation in terms of objective termination, the legal transaction, in fact, is terminated since the moment of the relevant circumstance, regardless of whether other members of civil legal relationships learned about onset of such circumstance. At the same time, in the course of the legal transaction itself, in order to avoid misunderstandings and abuses, parties to legal transaction foresee the order of fixing and proof of the existence of cancellation condition. Both objective and subjective right termination lead to one consequence,

but give rise to various risks. In case of subjective right termination, the relevant party receives the required amount of information regarding its condition. From the moment it is received, the party has some time to take the necessary actions to terminate completely contractual obligation and not to cause negative consequences (Kuznietsova, 2013, pp. 51-64).

In case of objective termination, the relative party may not be aware of onset of condition. During the time between the fact that the relevant condition has come and the person has learned about its onset, the party uses the benefits without sufficient legal basis, and therefore his counter-party can apply to such person, negative consequences, in the form of penal sanctions.

It should be noted that, cancellation condition of legal transaction is the construction that fits into the basic principles of functioning of the mechanism of right termination of contractual obligations, and is consistent with the procedure for fulfillment and termination of legal transactions. In particular, in our opinion, the cancellation condition may be reflected in terms of legal transaction as the basis, not only for termination of contractual obligation as a whole, but also for termination of individual rights and obligations of participants of corresponding legal relationships.

Cancellation condition of legal transaction may trigger direct or reverse mechanism of termination of contractual obligation. That is, it may terminate legal obligations in connection with termination of subjective civil law, or vice versa, may terminate subjective civil rights in connection with termination of legal obligation of the party to legal transaction. Cancellation condition of legal transaction may be applied to the whole transaction or to individual part thereof. As a consequence, cancellation condition of legal transaction may change the nature of legal relationships, make a bilateral legal transaction a unilateral one or a mixed legal transaction a singular one, etc.

Conclusions

Civil contract, in the mechanism of legal regulation of civil property relationships, is considered as an instrument of legal regulation of relevant relationships (legal remedy of self-regulation), as means of establishing of right-terminating legal facts, as well as, basically, right-terminating legal fact.

The author examined the issues of the normative effect of the mechanism for the legal termination of contractual obligations, set out the reasons for the termination of the contractual obligation, and determined the characteristics of the changes in contractual obligations. Also, the terms of termination of the legal transaction were ascertained. It is established that it is canceled, basically, as agreed by both parties.

The author also established that, in the legal regulation of civil property relationships, the contract ensures the interests of participants in civil legal relationships, while retaining the ability to be flexible within the mechanisms of balancing interests of specific subjects of civil legal relationships, society, and State.

Legal regulation of civil property relationships is aimed at achieving the legal result determined by their participants, at the stage of exercise of right. As it turned out, at this stage, right-terminating legal facts, with the help of the appropriate mechanism of right termination, ensure the onset of consequence agreed by parties in the form of right termination.

The achievement of the purpose of legal regulation of civil property relationships, at the stage of exercise of right, is ensured by the regulatory action of the mechanism of right termination.

Such right-terminating legal facts in binding legal relationships are: alienation, the combination of debtor and creditor in one person, termination of obligations by agreement of parties, due fulfillment of civil obligations, offset of counter uniform claims, transfer of payoff, debt forgiveness, expiration of terms, and conditions of contract, etc.

The emergence of defect of legal fact, at the stage of exercise of right, leads to the impossibility, for their participants, to achieve the purpose of legal regulation of civil property relationships. The defect character of legal facts, at this stage, changes the model of legal regulation of civil legal relationships. There is replacement of the stage of exercise of right by the stage of right termination of civil property relationships.

At the stage of right termination, the compensatory effect of the mechanism of right termination is manifested, which is, in the compensation of the impossibility to remove defect of legal fact, that interferes with the achievement of the purpose of legal regulation, at the stage of exercise of right, by onset of the expected legal effect in accordance with the legal model of subjects of law, adopted by the participants of civil legal relationships.

Such compensatory right-terminating legal facts include the death of the natural person, termination of obligation at the request of one of the parties, innovation, and impossibility to fulfill civil obligation, etc.

References

Bennett, T.B., Friedman, B., Martin, A.D., Smelcer, S.N. (2018). Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change. *Cornell Law Review*, 103(4), 817-878.

- Calabresi, S.G. (2015). The unknown achievements of Justice Scalia. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 39(3), 575-578. Retrieved from http://harvardjlp.wpengine.com/wp-content/uploads/2010/01/39_3_Calabresi_F.pdf
- Chilton, A.S., Versteeg, M. (2018). Courts' Limited Ability to Protect Constitutional Rights. *University of Chicago Law Review*, 859(293), 293-335.
- Civil Code of Ukraine*. (2003). Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
- Code civil*. (2017). Retrieved from <https://constitutions.ru/?p=416>.
- Epstein, R.A. (2016). The Role of Guidances in Modern Administrative Procedure: The Case for De Novo Review. *Journal of Legal Analysis*, 8(1), 47-93.
- Fedorchenko, N., Kalaur, I. (2017). Legal Regulation of Obligations on Service Delivery in the Context of the Development of Ukraine's Economy. *Journal Transition Studies Review*, 24(1), 34-39.
- Gonzalez-Zapata, F., Heeks, R. (2015). The multiple meanings of open government data: Understanding different stakeholders and their perspectives. *Government Information Quarterly*, 32(4), 441-452.
- Hryniak, A.B. (2013). *Contractual obligations to perform work in the civil law of Ukraine*. (Doctoral thesis, Jurisprudence). Institute of private law and entrepreneurship of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Kyiv.
- Ioffe, O.S. (1948). On some theoretical issues of civil law science. *Bulletin of Leningrad University*, 3, 84 – 97.
- Kossak, V.M. (2004). Problems of termination of obligations under new Civil Code of Ukraine. *Actual problems of state and law: collection of research papers, Legal literature*, 23, 17.
- Kuznietsova, N.S. (2013). Development of Civil Society and Modern Private Law in Ukraine. *Private Law*, 1, 51-64.
- Markovits, D. (2015). *Civility, rule-following, and the authority of law*. *Columbia Law Review*. Retrieved from <https://columbialawreview.org/content/civility-rule-following-and-the-authority-of-law/>
- Mikhno, O.I. (2004). Civil aspects of offset as a way to terminate contract. *Problems of Legality: republican interdepartmental scientific reports*, 67, 53.
- Obolonkova, E. (2010). Unilateral refusal from fulfillment of obligation: classification issue. *Economy and Law*, 2, 17.
- Parkhomenko, N.M. (1998). *Contract in System of Law of Ukraine*. (Author's thesis, Jurisprudence). Koretsky Institute of State and Law, Kiev.
- Petrie, M. (2014). Jurisdictional integration: A framework for measuring and predicting the depth of international regulatory cooperation in competition policy. *Regulation and Governance*, 10(1), 75-92.

- Sarbash, S. (2001). Termination of obligations by offset в arbitrary practice. *Economy and Law*, 10, 87-88.
- Shershenevich, G.F. (1915) *Textbook of Russian civil law*. Moscow: Brat'ya Bashmakovy.
- Shevchenko, L.I. (2005). On Concept, Essence and Meaning of Contractual Regulation of Property Relations in Market Economy. *State and Law*, 10, 43.
- Syrotkina, A. (2009). Termination of obligations. *Economy and Law*, 4, 51.



Nombre de la obra: Lobotomía. Técnica: Ensamble
Autor: Juan Camilo Carmona. 2018

Reseña

**De Sousa Santos, Boaventura (2014).
Democracia al borde del caos: ensayo contra
la autoflagelación; traductor Jineth Arzila Ariza. Bogotá:
Siglo del Hombre Editores y Siglo XXI Editores. 368 Págs.**

*José Javier Capera Figueroa**

* Politólogo de la Universidad del Tolima. Maestro en Sociología Política del Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora. Doctorando en Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Iberoamericana (México). Analista político y columnista del periódico el Nuevo Día (Colombia) y Rebelión.org (España). Correo electrónico: caperafigueroa@gmail.com - <http://josecaperafigueroa.blogspot.mx/> ORCID: 0000-0003-1823-2814

Cómo citar este artículo: Capera, J. J. (2019). De Sousa Santos, Boaventura (2014). Democracia al borde del caos: ensayo contra la autoflagelación; traductor Jineth Arzila Ariza. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Siglo XXI Editores. 368 Págs. *Estudios de Derecho*, 76 (167), pp-pp. 161-166

DOI: 10.17533/udea.esde.v76n167a07

Fecha de recepción: 28/01/2019 Fecha de aprobación: 12/02/2019



Reseña

De Sousa Santos, Boaventura (2014). Democracia al borde del caos: ensayo contra la autoflagelación; traductor Jineth Ardila Ariza. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Siglo XXI Editores. 368 Págs.

José Javier Capera Figueroa

La configuración histórica del capitalismo y como se ha desarrollado en la sociedad contemporánea, simboliza un escenario caracterizado por las contradicciones del capital, la dominación y la explotación del sujeto en su vida cotidiana. La capacidad de analizar la violencia, la pobreza, la privatización, las crisis económicas y el colonialismo entre otras, son muestra de la vitalidad que requiere conocer y re-visitarse la temporalidad – espacial que se encuentran introducidas al interior de las dinámicas del sistema moderno/colonial y capitalista.

La necesidad de comprender desde una perspectiva crítica la siguiente obra, se constituye como un referente que permite conocer el contexto europeo específicamente en la sociedad portuguesa. En este sentido, el epistemólogo Boaventura de Sousa, realiza un aporte significativo para percibir las condiciones reales que existen con respecto a las diversas sociedades contemporáneas; brindando así pautas que enriquecen el debate del actual modelo económico mundial y como este vulnera asuntos de interés públicos transcendentales como lo son la soberanía, la justicia, el ambiente y la vida.

Los aportes teóricos expuestos por Sousa son evidencias epistemológicas que facilitan entender las dinámicas que están inmersas en las lógicas de la globalización (neoliberal). Dejando así un panorama alterno al hegemónico (liberal), en donde explicar la crisis económica de los últimos años en países como España, Grecia y Portugal. Ya que adquieren mayor sentido en los entornos globales. Conllevando a reconocer las condicionalidades que actualmente ejercen los bloques económicos, los grupos neoconservadores y las políticas reformistas asociadas a las lógicas de libre comercio.

Por tal razón, la contribución que se encuentran en el libro es de gran interés público, ya que sumerge al lector a dimensiones económicas, políticas y culturales

(pensadas desde la de-colonialidad); las cuales contribuyen a re-significar aquello que es visto como crisis, decadencia o en el mayor de los casos contradicciones inmersas del capital privado. También analiza los diversos tipos de dominación, fascismos, desigualdades, sistemas, Estados, democracias que existen actualmente en las contradicciones del capitalismo que afecta a gran parte de las familias europeas, específicamente las portuguesas.

Tales situaciones son ejemplos que Boaventura de Sousa retoma para suscitar interpretaciones críticas sobre el desarrollo y las acciones que ejerce el capitalismo en los territorios, y como dichas acciones desestabilizan política, económica y democráticamente las condiciones de un determinado país. Por ello, concibe que la lucha por la definición de la crisis se asimila como un acto político, y para aclarar su naturaleza es necesario cierto esfuerzo analítico.

De esta forma, el fenómeno de la crisis también retoma diferentes horizontes y enunciaciones espaciales, o escalas de posibles definiciones para así entrelazar un conjunto de aspectos teóricos que puedan ser instrumento de explicación de los problemas nacionales, regionales y globales que afronta la sociedad portuguesa; no obstante, Sousa en parte de su libro muestra los casos ecuatoriano, islandés y alemán como países los que concebir la crisis retoma otro sentido debido a sus políticas gubernamentales.

En Europa, un claro ejemplo resulta ser la llamada tercera vía, como un acto de sumisión al neoliberalismo, y una renuncia a buscar correctivos eficaces contra la pulsión destructiva del capitalismo. Esto explica en parte que los gobiernos socialistas de tres de los países en crisis (Grecia, Portugal, y España), no tuvieran ninguna defensa contra los ataques del capitalismo financiero de los que fueron blanco sus economías, ni nada que proponer más allá de la lógica depredadora que les subyace.

Otra de la acepción epistémica encontrada en el libro de Sousa, consiste en asimilar los tiempos de crisis como posibles alternativas y transformaciones que los científicos sociales y la comunidad en general podría asumir desde ámbitos propositivos, críticos y transformativos de la historia en la que se sitúa cada país. Para que así el conocimiento que se ha ido acumulando pueda emerger y abrir caminos frente a los problemas/retos que las sociedades globalizadas exigen y someten a las comunidades a sobrevivir o convivir con la explotación, la miseria, la pobreza, la injusticia, la desigualdad en todo el campo, en especial en democracias que sean congruentes con el modelo de libre mercado.

El libro que aquí se reseña, aborda desde la teoría de la descolonización y la decolonialidad, algunas críticas fundamentales a las lógicas de colonialismo conceptual y la tendencia de libre mercado como la única salida que prometen los gobiernos neoliberales. Es por esto que Sousa menciona que para comprender de alguna forma dichas dinámicas y contradicciones del capital, se debe partir

de la obra fundamental de Marx y de las contribuciones, tan diversas entre sí, de Schumpeter (1942) y de Karl Polanyi (1994). Hoy es consensual entre los economistas y sociólogos políticos que el capitalismo necesita adversarios creíbles que actúen como correctivos de su tendencia a la irracionalidad y a la autodestrucción, la cual le adviene de la pulsión para instrumentalizar o destruir todo lo que puede interponerse en su inexorable camino hacia la acumulación infinita de riqueza, por más antisociales e injustas que sean las consecuencias.

Teniendo en cuenta lo mencionado, parte de la finalidad del libro consiste en realizar fuertes críticas a la democracia, el poder, el Estado, la económica, la política que se han convertido en instrumentos mercantilizados que flagelan a las familias, comunidades y territorios vulnerando sus condiciones reales de existencia, sus derechos fundamentales, la participación democrática y la garantía de la lucha por la soberanía y la diversidad de pensamiento crítico en el sur global.

La estructura del libro se encuentra dividido en cuatro partes, la primera llamada *Ensayo contra la autoflagelación*, la segunda *Diario de la Crisis*, la tercera *politizar la política y democratizar la democracia* y la cuarta *Once cartas a las izquierdas*. Partiendo de esta conformación del texto Sousa, desliza una serie de críticas fundamentales a las doctrinas ortodoxas y los marcos de explicación, debido a que actualmente se encuentran re-validados; al no proponer acciones o modelos como posibles alternativas que requieren los problemas contemporáneos de las comunidades y las familias del mundo, tal como es el caso europeo.

En lo que respecta a las primeras partes, se encuentra un contundente análisis sobre la realidad global y como dicha realidad influye en la constitución de los sujetos en torno a coexistir con el sistema democrático, las ficciones económicas y las acciones ilegales que tanto afectan los cimientos de las sociedades al interior de sus instituciones. Dichas instituciones son, para Sousa, legitimadoras del poder, la dominación (transnacional) y solo se convierten en figuras (indulgentes) que no proceden y no aportan significativamente posibles soluciones a los fenómenos que viven los individuos al interior de sus territorios.

En la segunda parte Sousa asume un carácter alterno sobre las acciones que requieren los problemas contemporáneos e invita a re-pensar las formas como la izquierda se localiza en el plano de la esfera pública y su relación con la sociedad civil. Por ende, parte de sus discusiones gravita en las nuevas formas de democratizar la democracia, los partidos, los grupos, las comunidades y el conocimiento. A su vez, parte de sus enunciados y desarrollo conceptual también se asimila desde la descolonización del conocimiento y las practicas que tenga esa connotación de identidad, distándose de la presencia eurocéntrica que tanto predomina en las sociedades capitalistas.

En últimas, la obra *Democracia al borde del caos. Ensayo contra la autoflagelación* es una clara apuesta por construir una sociedad con mayores oportunidades,

sociedades donde la democracia, el conocimiento y lo público sean algo latente en cada espacio de los ciudadanos. Así mismo, es una invitación a confiar en las alternativas y no sesgarse con la tendencia del sistema capitalista actual.

Propone que gradualmente ha venido emergiendo una globalización contra hegemónica, una globalización alternativa a la globalización neoliberal, construida desde de abajo, con los movimientos sociales y las clases populares; destacando enfáticamente que las luchas sociales, los movimientos sociales, campesinos, indígenas y afrodescendientes son muestra de construcción de económicas solidarias (alternas), formas de organización populares, acciones colectivas que movilizan y construyen otro tipo de bienestar o de concepción de la vida, la política, la económica y, sobre todo, la condición humana en medio de la crisis civilizatoria de nuestros tiempos.

Nombre El Discolo. Técnica: Mixta
Autor: Juan Camilo Carmona. 2018



"EL DISCOLO"
JUANKATO
2018

Reseña

De Lima-Campos, Aluisio & Gaviria, Juan Antonio.
(2017). Introduction to trade policy. Abingdon, Oxon;
New York: Routledge. 306 pp.

*Carolina María Vásquez Arango**

* Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Doctora en Derecho de la Universidad de Barcelona (España). Investigadora del grupo Estudios Internacionales: Derecho, Economía, Política y Relaciones Internacionales, línea Derecho Económico Internacional. Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia. Correo electrónico: carolina.vasquez@udea.edu.co ORCID: 0000-0002-8366-419X



Reseña

De Lima-Campos, Aluisio & Gaviria, Juan Antonio. (2017). *Introduction to trade policy*. Abingdon, Oxon; New York: Routledge. 306 pp.

Carolina Vásquez Arango

Aluisio de Lima-Campos, Economista, Profesor de la Escuela de Derecho de la American University y Juan Antonio Gaviria, Abogado, Doctor en Derecho de la American University y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, presentan el texto que se reseña, producto de su amplia experiencia en docencia, investigación y asesoría especializada en economía y política comercial.

Se trata, como su título indica, de un texto introductorio a la política comercial. A diferencia de otros libros especializados en comercio internacional, que se ocupan en mayor medida de la regulación internacional del comercio -a escala multilateral o en el ámbito regional-, o de aspectos fundamentales de la economía internacional, éste se enfoca en la formulación de la política comercial.

El libro se divide en cuatro secciones: la primera y más extensa, sobre la formulación de la política comercial, se compone de nueve capítulos. El primero corresponde a los fundamentos de la política comercial, como su concepto, objetivos y los cuatro actores que pueden intervenir en su diseño. Del segundo al noveno capítulo se describe el sistema de formulación de la política comercial en algunos de los principales actores del comercio mundial: Estados Unidos, la Unión Europea, los países conocidos como BRICS (Brasil, China, India, Rusia y Sudáfrica), y de un modo más sucinto, los sistemas de México, Canadá y Australia.

De esta primera parte se resalta la pertinencia de la selección de los casos que se explican, puesto que, como los autores lo advierten, es imposible condensar en un solo volumen el sistema de formulación de la política comercial de todos los miembros de la OMC. En cada capítulo se hace alusión al contexto histórico

del país o la organización respectiva, así como de lugar que ocupa en el sistema mundial de comercio; seguido de una descripción de los órganos del poder público a cargo de la formulación de la política comercial (el ejecutivo y el legislativo) y, finalmente, el rol de los representantes del sector privado (asociaciones de empresas o del sector industrial, con fines de lucro) y del interés público (miembros de la sociedad civil que representan asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro, como consumidores, academia, sindicatos, ONG, entre otros). Es interesante observar cómo varía, en cada sistema, el rol de esos actores en el diseño de las políticas comerciales, aspecto que los autores gradúan en orden de relevancia, lo cual permite hacer comparaciones y relacionar las políticas comerciales con el sistema económico y de gobierno imperantes en cada uno de los miembros de la OMC analizados, en diferentes épocas.

La segunda sección, dedicada a las herramientas de política comercial, se ocupa de describir y analizar los diferentes instrumentos utilizados por los países al momento de diseñar su política comercial, o los aspectos que deben tener en cuenta en este ejercicio, como son el acceso a mercados, que abarca los aranceles, procedimientos aduaneros, facilitación del comercio y sistemas o programas arancelarios preferenciales. Se abordan las medidas de defensa comercial, muy utilizadas por algunos miembros de la OMC, como las salvaguardias, los derechos antidumping y los derechos compensatorios. Un tercer capítulo de esta sección desarrolla la relación existente entre la manipulación de las tasas de cambio y el comercio, o cómo se pueden conseguir ventajas comerciales a través de mecanismos como la devaluación y revaluación de la moneda, promoviendo las exportaciones y limitando las importaciones en un determinado momento. El capítulo cuarto de esta sección, o trece del libro, se ocupa de las reglas, como son los obstáculos técnicos al comercio, las medidas sanitarias y fitosanitarias, los estándares privados y las reglas de origen. Finalmente, se alude al sistema de solución de diferencias de la OMC, las etapas, críticas positivas y negativas del Entendimiento de Solución de Diferencias y se presentan también los mecanismos de solución de diferencias en tres acuerdos preferenciales de comercio (el TLCAN, el MERCOSUR y el TLC entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana). El capítulo sexto de la sección de refiere a los tratados de libre comercio, explicando por qué los países suscriben este tipo de acuerdos, los principales acuerdos de comercio, y el debate que no pierde vigencia, entre multilateralismo y regionalismo. El capítulo séptimo, titulado el análisis avanzado de los tratados internacionales de comercio, describe cómo se llevan a cabo las negociaciones comerciales, y en particular cómo eran las del GATT y cómo son las de la OMC en la actualidad.

La tercera parte del libro explica detalladamente los alcances de dos de los acuerdos de la OMC, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y

el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

La cuarta y última sección del libro se compone de tres ejercicios de simulación para poner en práctica los conocimientos adquiridos a lo largo del texto. Así, el primer ejercicio corresponde al proceso de toma de decisiones de política comercial; y los tres restantes, se enfocan en las herramientas de la política comercial, permitiendo simular la negociación de un tratado bilateral de comercio; un tratado plurilateral de comercio, y un tratado multilateral de comercio. Esta es tal vez una de las secciones más interesantes del libro, que hace de él un material muy útil para cursos especializados de un programa de Derecho, como Derecho Económico Internacional, o de Ciencia Política, como Política Comercial o Política Exterior.

El libro permite tener una visión muy clara de lo que constituye la política comercial de un Estado, con información actualizada a diciembre de 2017, escrito en un lenguaje sencillo y asequible a todo tipo de público, y especialmente útil para estudiantes y profesores de Derecho, Ciencia Política, Relaciones Internacionales, Negocios Internacionales, y Economía. Pese a abordar asuntos tan técnicos, el estilo narrativo de los autores es muy adecuado, pues el texto es tan claro y breve como se puede, alcanzado a abarcar numerosos temas y ejemplos en un volumen que podríamos calificar de reducido. Se resalta también el epílogo, en el que se alude a la situación actual del comercio mundial tras el resurgimiento de políticas proteccionistas en algunos Estados, la urgencia de renegociar algunos tratados, así como la reciente oleada de represalias comerciales y sanciones recíprocas entre diferentes miembros de la OMC.

Sería conveniente contar pronto con la versión traducida al portugués y al español, lenguas maternas de los autores, puesto que la literatura sobre política comercial en estos idiomas y por autores del subcontinente latinoamericano no es comparable con la producción en esta materia en inglés. Si bien existen textos sobre la política comercial de diversos países hispanoparlantes, se trata de estudios o análisis de casos particulares, no de manuales o textos introductorios como el que se reseña.

Nombre Migración. Técnica. Acrílico sobre papel
Autor: Juan Camilo Carmona. 2002



HARMONIA 2002

Amparo universal de los derechos de los migrantes. Marco comparativo y convencional de protección

*Enrique Gil Botero**

* Exministro de Justicia y del Derecho de Colombia, Colombia. Exconsejero de Estado. Excomisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. Abogado egresado de la Universidad de Antioquia. ORCID: 0000-0002-4645-2649



Lecciones

Amparo universal de los derechos de los migrantes. Marco comparativo y convencional de protección

Enrique Gil Botero

En este texto se describen, en primer lugar, algunas de las principales dinámicas y situaciones de las crisis migratorias que se han venido evidenciando en la región durante los últimos años, así como también algunos elementos comunes a estas crisis. Posteriormente, se aborda el tema del debido proceso en el ejercicio de la política y el control migratorio y los estándares internacionales del procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Finalmente, a partir de algunos de los principales casos que han sido resueltos por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –la Comisión y la Corte– y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se muestran las contribuciones que se han generado en el desarrollo de estándares tendientes a garantizar los derechos humanos de las personas migrantes y otras en el contexto de la movilidad humana.

Generalidades

Para 2015, se estimaba el número de migrantes internacionales en 244 millones de personas a nivel mundial, lo cual representa un 3.3% de la población. Del total de migrantes internacionales en el mundo, en las américas hay 63 millones; o sea que el 26% de migrantes internacionales a nivel mundial se encuentra en América. De 65.3 millones de personas desplazadas forzosamente en todo el mundo, 40.8 millones eran personas desplazadas internas¹, 21.3 millones

1 Los Principios Rectores de los desplazamientos internos definen como “desplazados internos” a las personas o grupos de personas que han sido forzados u obligados a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, o a abandonarlos, en particular a causa de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o causados por el ser humano, y que aún no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

Dentro de la definición de desplazados internos que dan los Principios Rectores, la utilización de la expresión “en particular” significa que no se trata de un listado exhaustivo, sino que también pueden haber otras causas posibles de desplazamiento interno, tal como pueden ser los proyectos de desarrollo a gran escala, que no estén justificados

eran refugiados², 3.2 millones eran solicitantes de asilo³. Esta es la mayor cifra de personas desplazadas forzosamente desde la Segunda Guerra Mundial.

La mayor parte de los titulares y de la atención internacional con relación a las crisis migratorias y de refugiados se han centrado en lo que ha venido sucediendo en Europa, Siria e Irak durante los últimos años; e igualmente en Centroamérica. Cabe recordar las trágicas imágenes del pequeño niño sirio Alan Kurdi, quien a principios de septiembre del 2015 yacía inerte en una playa de Turquía, después del naufragio de la embarcación en la que se trasladaba junto con sus padres y su hermano mayor, cuando intentaban atravesar el Mar Mediterráneo para buscar protección en Europa. La imagen de este niño volcó la atención mundial hacia Siria y los riesgos que toman miles de refugiados que intentan llegar a Europa en busca de protección. Sin embargo, olvidamos pronto; como si estuviéramos anestesiados moralmente frente al dolor de nuestros semejantes, todos integrantes de una sola familia: la humanidad. Alan Kurdi, su madre y su hermano hicieron parte de esas 3702 personas que fallecieron en el Mediterráneo cuando intentaban llegar a Europa para aquel entonces.

-
- por un interés público superior o primordial. Los proyectos de desarrollo a gran escala se mencionan en el Principio 6, relativo a casos de desplazamiento arbitrario. Véase, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Representante del Secretario General, señor Francis M. Deng, presentado con arreglo a la Resolución 1997/39. Adición: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. 11 de febrero de 1998, E/CN.4/1998/53/Add.2, Principio 6.
- 2 De acuerdo con el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, el término “refugiado” hace relación a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.
- Tomando en cuenta las particularidades de la región, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 amplió la definición de refugiados contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. En este sentido, la Declaración establece que: “(...) en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984).
- Al respecto, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-21/14, relativa a los “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, sostuvo que en atención al desarrollo progresivo del derecho internacional, las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, la cual responde no solo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad. Este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente.
- 3 El término “solicitante de asilo” hace relación a la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva en el país de acogida.

A pesar de lo anterior, las respuestas que muchos Estados vienen dando frente a crisis migratorias son claramente violatorias de derechos humanos o sino, por lo menos, ponen a los migrantes y refugiados en grave riesgo de violaciones a sus derechos. Lamentablemente, aún estamos muy lejos de asegurar a las personas migrantes esa premisa fundamental de los derechos humanos como “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Asamblea General de la ONU, 1948). Tal como ha sostenido Stefanie Grant (2011), durante gran parte del tiempo que ha transcurrido desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, “los migrantes han estado en los márgenes del derecho internacional de los derechos humanos, atrapados entre los principios de universalidad y reglas excluyentes de la soberanía estatal y la legislación nacional” (p.25).

Ahora bien, la problemática de Europa que se ha visibilizado más, ha impedido que tomemos consciencia de que en el continente americano también está ocurriendo una crisis de proporciones mayúsculas, en la que miles de personas, que proceden en su mayoría de los países del Triángulo Norte de Centroamérica, así como de México, Haití y Cuba, recorren un sinuoso camino por vías clandestinas para llegar a los Estados Unidos y se exponen a toda clase de peligros e incluso se someten a delitos tan graves como la violencia sexual y a atentados contra su vida e integridad física. De igual forma, no puede perderse de vista la crisis migratoria que persiste entre los países de Haití y República Dominicana, país este último que ha diseñado una serie de políticas para evitar la entrada de haitianos a su territorio, las cuales han estado marcadas por prejuicios de tipo racial y que han traído como consecuencia el estado de apátrida para un gran número de dominicanos de ascendencia haitiana.

En años recientes se ha evidenciado un incremento significativo en la migración forzada de personas en México y los países del Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras) a causa de la violencia del crimen organizado (maras y carteles del narcotráfico) y los desastres naturales asociados con los efectos del cambio climático. Estos factores suelen estar ligados a otros factores generadores de migración forzada que han estado presentes a lo largo de la historia de la región, tales como la desigualdad, la pobreza y los conflictos armados.

Una de las principales formas y consecuencias de la violencia que han experimentado estos países ha sido la migración forzada de cientos de miles de personas tanto dentro del territorio de dichos Estados, así como hacía otros países de la región.

De 2010 a 2015, el número de solicitantes de asilo de estos países incrementó en un 832%, mientras que el de refugiados incrementó en un 130%.

La tasa de personas que son reconocidas como refugiadas sigue siendo baja en comparación con el número de solicitantes de asilo. Solo 1, de cada 4 personas que podrían tener necesidades protección internacional, logra ser reconocido

como refugiado. La tendencia en materia de solicitudes de asilo es principalmente regional. La mayoría de las personas que huyen de Centroamérica y México solicitan asilo en los Estados Unidos y, en menor medida, en otros países vecinos tales como Costa Rica, Belice, Panamá y Nicaragua. La mayoría de estos refugiados se encuentran en áreas urbanas y periurbanas, sin acceso a ningún tipo de asistencia humanitaria.

En adición a lo anterior, la región también ha sido testigo de otras crisis migratorias. Por ejemplo, toda la migración forzada que se ha generado como consecuencia del conflicto armado y de otras formas de violencia asociadas a éste como en Colombia, las cuales según el Registro Único de Víctimas del Estado colombiano han ocasionado el desplazamiento interno de cerca de 7 millones de personas, lo que hace de Colombia el país con el mayor número de desplazados internos a nivel mundial, incluso superando a Siria. La violencia asociada al conflicto armado en Colombia también ha ocasionado la migración forzada transfronteriza de más de 350.000 refugiados colombianos a otros países (ACNUR, 2016).

Otro ejemplo reciente de una crisis migratoria en la región tiene que ver con la crisis humanitaria que se generó a partir de la decisión del presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, de cerrar la frontera con Colombia el 19 de agosto de 2015. Estas medidas tuvieron como resultado la expulsión colectiva de 1950 colombianos que vivían en situación migratoria irregular en Venezuela en cuestión de un par de días.

Hoy hay en Colombia 1.032.016 venezolanos (Migración Colombia, 2018), de los cuales 573.502 son regulares (con Visa, Cédula de Extranjería, PEP o Dentro del Tiempo de Ley Establecido), 240.416 están en proceso de regularización (se censaron en el RAMV y están pendientes de la expedición del PEP) y 218.098 son irregulares (137.718 que superaron el tiempo de permanencia y quedaron en condición irregular y 80.380 que ingresaron por pasos no autorizados o trochas).

Como constantes de estas recientes situaciones de crisis migratorias se pueden colegir algunos elementos tales como:

- a. suelen afectar números muy significativos de personas, que pueden contarse desde cientos hasta millones;
- b. por lo general, ocurren en lugares aislados como fronteras o apartadas rutas migratorias, lo cual aumenta la vulnerabilidad de las personas migrantes a ser víctimas de abusos y violaciones a sus derechos humanos por parte de delincuentes, pero también de autoridades estatales;
- c. en lo que respecta a su duración, algunas de estas crisis suelen ser resueltas de forma sumaria, pero también se dan algunas situaciones de crisis prolongadas que pueden durar meses o incluso años;

- d. las autoridades suelen actuar con alto grado de discrecionalidad y arbitrariedad en el uso de medidas tales como redadas migratorias, detenciones y expulsiones sumarias o colectivas;
- e. la coordinación entre Estados suelen darse más para implementar medidas de contención migratoria, tales como interceptaciones y mayores controles de seguridad y militarización de las fronteras; y
- f. el cúmulo de los factores anteriores, así como la falta de conocimiento del idioma o del sistema legal y la falta de asistencia legal, ocasionan que la mayoría de las violaciones a los derechos humanos de los migrantes queden en la impunidad y que estas personas no tengan acceso a un recurso judicial efectivo ni a reparación integral.

En muchos casos estas personas se han visto forzadas a migrar porque las condiciones de violencia los han obligado a ello o porque situaciones de pobreza extrema y de escasez de alimentos y medicamentos les han forzado y sin embargo las respuestas que suelen encontrar son obstáculos por parte de los Estados para ejercer su derecho humano a salir libremente del territorio del que son nacionales, o incluso su derecho a solicitar y recibir asilo.

Es una vergüenza que gran parte de las respuestas que están dando los Estados para personas que vienen huyendo de contextos de violencia sea ponerles en detención migratoria de forma automática, incluso tratándose de niñas y niños, con todo el grave impacto que esto tiene para su salud física y mental. Incluso, es aún peor, que muchas de estas personas sean deportadas de forma sumaria a países en donde sus vidas están en riesgo. Una humillación a la civilidad, a la historia, al progreso y a la dignidad del ser humano.

Si bien los procesos migratorios han sido inherentes al desarrollo económico y social de la humanidad, y en algún momento fueron percibidos como algo positivo, hoy en día los inmigrantes son vistos como un problema y una amenaza por los países receptores, lo cual los hace blanco de estigmas, estereotipos y prácticas xenófobas que acentúan aún más la situación de vulnerabilidad en que se encuentran⁴. Es decir, además de la condición de desarraigo a la que se enfren-

4 “112. Generalmente los migrantes se encuentran en situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en la leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

“113. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”. (Corte IDH, 2003)

tan los migrantes también se ven enfrentados a algo más grave: una progresiva pérdida de derechos que termina por minar su condición de ciudadanos e incluso su misma humanidad. Una depreciación existencial y axiológica que cosifica y aniquila seres trascendentes y valiosos en sí, por el solo hecho de ser personas. Esta percepción negativa, que ve en los inmigrantes una suerte de “invasores”, obedece en parte a la creencia errada de que la pobreza es el principal móvil que anima a un individuo a abandonar su país de origen, sin embargo, como diría la socióloga holandesa Saskia Sassen (2013):

Las migraciones no son, simplemente un flujo indiscriminado de pobreza, como se sugiere en la imaginería de las ‘invasiones masivas’. Rindiéndole culto en el altar del perjuicio a la aporofobia como forma de exclusión. Si la pobreza bastara para producir inmigración, entonces los países desarrollados estarían permanentemente amenazados por invasiones masivas. (p.21)

Este tipo de estereotipos ha traído como consecuencia nefasta que los inmigrantes, especialmente quienes se encuentran indocumentados, sean asimilados a ciudadanos de segunda categoría, devaluando su humanidad, al punto tal que, como lo ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra

quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia. (Corte IDH, 2010)

Como respuesta a los procesos migratorios, los países receptores en aras de preservar su soberanía han adoptado una serie de medidas que en su mayoría son de tipo punitivo, sin que hasta el momento hayan tenido ningún éxito en desestimular el flujo. Por ello, uno de los obstáculos más graves en materia de protección judicial que afecta exclusivamente a los migrantes en situación irregular es que al no ser nacionales del Estado en el que se encuentran y estar en situación irregular suelen tener temor de recurrir a las autoridades para denunciar delitos o violaciones a sus derechos por el miedo de que puedan ser puestas en detención migratoria y eventualmente deportadas. El miedo que es uno de los 4 gigantes del alma, de los que nos habla Emilio Mira y López, que paraliza y mina hasta la vida misma. Esta es una diferencia que es única de los migrantes en situación irregular respecto de otros grupos en situación de vulnerabilidad pero que son nacionales.

No obstante, a la par de la lucha por la soberanía emprendida por los Estados, en los últimos años se ha fortalecido la consciencia sobre la necesidad de proteger la integridad de los inmigrantes, bajo la premisa de que independientemente de su

estatus migratorio, son sujetos de derechos. Citando nuevamente a Sassen, si bien, no es esta la primera vez que los inmigrantes son percibidos como una amenaza, existen una serie de factores que permiten diferenciar esta etapa de las anteriores:

- a. Los estados nacionales se enfrentan a una serie de condiciones económicas que propician la neutralización de las fronteras y modifican la soberanía del Estado y su acción unilateral.
- b. El régimen emergente de derechos humanos con pretensiones de universalidad constituye un límite frente a la soberanía estatal que convierte al individuo en un sujeto de derechos independientemente de su nacionalidad.
- c. Los cambios constitucionales y judiciales que han experimentado la mayoría de los países del hemisferio occidental, –donde se encuentran la mayoría de los países receptores–, han fortalecido el abanico de derechos de los ciudadanos y de la sociedad civil, incluyendo a los inmigrantes.

Es así como la crisis migratoria que tiene lugar a nivel global y específicamente en América conlleva a una tensión entre la soberanía estatal y la protección de los derechos del individuo, disyuntiva para la cual aún no se avisa una solución tangible en un futuro cercano por las implicaciones económicas, sociales y políticas que entraña. Sin embargo, aunque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias tienen derecho a establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él sobre las personas que no sean nacionales suyas, también ha sido enfática al señalar que dichas políticas deben ser:

Compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Es decir, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes". (Corte IDH, 2003)

En otros términos, aunque la solución a la crisis migratoria no está a la vuelta de la esquina, tanto los Estados como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tienen en sus manos la posibilidad de atenuar los efectos nocivos que esta problemática tiene en los seres humanos que se ven involucrados en ella, procurando en todo momento preservar su condición de ciudadanos y de sujetos de derechos. Es por esta razón que el ejercicio de toda política migratoria debe tener como faro orientador los siguientes principios y derechos:

a) Principios de igualdad y no discriminación, b) Principio de interés superior del menor, c) derecho a la libertad personal, d) derecho al tratamiento humano durante la detención, que no debería haberla, e) derecho al debido proceso y acceso a la justicia, f) derecho a la notificación consultar, g) derechos a la vida familiar y a la protección de la unidad familiar, h) derecho a buscar y recibir asilo, i) principio de no devolución y j) prohibición de las expulsiones colectivas.

Especial mención merece el principio de igualdad y no discriminación, en tanto los migrantes pese a que siguen siendo ciudadanos son constante blanco de prejuicios de índole social, cultural, económico e incluso racial, lo que impide que se aplique este principio a cabalidad y se acentúa aún más su situación de vulnerabilidad. Al respecto, la Corte ha señalado:

155. La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. (Corte IDH, 2005)⁵

Lo anterior no quiere decir que los Estados al diseñar su política migratoria no puedan realizar distinciones entre migrantes documentados e indocumentados, o entre migrantes y nacionales, “siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos” (Corte IDH, 2003).

Ahora bien, aunque todos los principios y derechos que se enumeraron revisten una importancia capital, en este texto nos centraremos en algunos de los señalados: i) el debido proceso como instrumento fundamental en la protección de los derechos de los migrantes; ii) el derecho al acceso a la asistencia consular; iii) la detención de los migrantes, práctica que según la Corte y la Comisión debe ser excepcional, pero que se ha constituido en la regla general de la política migratoria de los Estados; iv) finalmente, se abordarán algunos aspectos relacionados con los derechos y garantías de que gozan los menores de edad en el marco de los controles migratorios.

5 Es importante además señalar que la Corte IDH (2003), en la opinión consultiva sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, señala “113. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”.

i. Del debido proceso en el ejercicio de la política y el control migratorio

Uno de los instrumentos más valiosos con que cuentan los Estados y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos - SIDH es el debido proceso, pilar fundamental del Estado de Derecho que constituye un abanico de garantías para el ciudadano que se enfrenta a una actuación desplegada en su contra por el Estado. Si bien, no es posible evitar que los inmigrantes sean sometidos a controles por parte de los Estados receptores, e incluso en algunos casos que sean deportados a su país de origen, sí es posible, y más que una posibilidad es un deber de los Estados miembros propiciar las condiciones para que durante el ejercicio del control los inmigrantes cuenten con todas las garantías que les permitan salvaguardar sus derechos en igualdad de condiciones. El debido proceso es entonces una especie de protección que hace al inmigrante menos vulnerable, en una situación en la que debe enfrentarse a un proceso judicial o administrativo en un país desconocido.

No está demás decir que este principio debe aplicarse independientemente de la situación jurídica del migrante, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre el Caso Llor vs. Panamá:

143. El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. (Corte IDH, 2010)⁶

De igual forma, la obligación de observar las garantías del debido proceso rige en todo tipo de procedimientos de control migratorio, es decir, sin importar si son de naturaleza judicial o administrativa, por lo que todas las autoridades del Estado están obligadas a respetar las garantías propias de este principio como se desprende del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también lo ha señalado la Corte en varias ocasiones⁷. Podríamos afirmar incluso, que

6 La Corte ya se había pronunciado en términos similares en la opinión consultiva sobre la Condición Jurídica de los inmigrantes indocumentados: “La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”. (CIDH, 2003)

7 “Es por ello que se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Así, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral

desde la óptica del debido proceso los migrantes son sujetos de especial protección convencional comoquiera que frente a ellos la observancia de este principio debe ser incluso más rigurosa, en razón a sus condiciones particulares, en las que deben enfrentar un proceso en un país y una cultura desconocida, y en muchas ocasiones están inmersos en una serie de prejuicios que minan el derecho al trato igualitario.

Ahora bien, podría decirse que son dos los principios que constituyen la columna vertebral del debido proceso:

1. El **Derecho a la imparcialidad e independencia del juez o funcionario que adelanta el procedimiento**. El Estado debe garantizar que la autoridad administrativa o judicial que adelanta el procedimiento migratorio sea completamente imparcial e independiente, a fin de procurar en todo momento un trato igualitario. Es pertinente recordar, que como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisdicción militar no puede ser el fuero competente en materia de derechos humanos, y por ende tampoco puede serlo en asuntos migratorios, toda vez que no ofrece las garantías de imparcialidad e independencia exigidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tampoco permiten interponer recursos efectivos contra sus decisiones. (Corte IDH, 2012)

2. El **derecho de defensa**, que obliga al Estado “a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo” (Corte IDH, 2010). En este orden de ideas, el Estado tiene la obligación de proveer asistencia jurídica gratuita al ciudadano que se enfrenta a un procedimiento cuyo desenlace podría ser la deportación, expulsión o la privación de la libertad, lo contrario podría entrañar una violación al debido proceso, como se declaró en la sentencia sobre el caso Loor vs. Panamá y en la que se resaltó la importancia de la asistencia letrada, que sea una asistencia técnica y no meramente formal; letrados competentes y comprometidos con los derechos humanos y los derechos de los migrantes:

132. En este contexto, es de resaltar la importancia de la asistencia letrada en casos como el presente, en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de la libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Así, el Tribunal estima que la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través

2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda”. (CIDH, 2010)

de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.⁸ (Corte IDH, 2010)

ii. Derecho al acceso a la asistencia consular

El Derecho al acceso a la asistencia consular se encuentra consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁹ y constituye un derecho individual y una garantía mínima que busca remediar la situación del ciudadano que se encuentra en unas condiciones particularmente vulnerables, con el fin de garantizar que pueda ejercer su derecho de defensa en igualdad de condiciones. Es así, como la asistencia consular consta de tres componentes fundamentales para la persona que se enfrenta a un procedimiento migratorio: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena, 2) el

8 “La Corte ha considerado que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podría ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo en interés de la justicia” (CIDH, 2010).

9 “Artículo 36. COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVÍA

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

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

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

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

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”. (ONU, 1963)

derecho al acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que entre muchos otros ejemplos, podría decirse que se vulneran las garantías del debido proceso en los siguientes casos:

- a. Cuando una persona acude a las instancias administrativas o judiciales y corre el riesgo de ser deportada, expulsada o privada de la libertad.
- b. Cuando se deniega la prestación del servicio público gratuito de defensa legal.

Ahora bien, en relación a las expulsiones o deportaciones, la Corte ha sido vehemente al señalar que las mismas no pueden realizarse de manera masiva, sino que el Estado está obligado a estudiar cada caso individualmente, de modo que pueda evaluar las circunstancias personales de cada migrante sin que le esté permitido otorgar algún trato discriminatorio en razón de la raza, el género, la religión, o la condición social o económica del sujeto. Además, en el proceso de evaluación sobre la procedencia de expulsión el sujeto tiene derecho a que se le respeten como mínimo las siguientes garantías (Corte IDH, 2012):

- i. Ser informado expresa y formalmente de los cargos formulados en su contra si los hubiere, y los motivos de la expulsión o deportación. En esta notificación debe informársele de la posibilidad que tiene de exponer las razones que considere lo asisten para no ser expulsado y a oponerse a los cargos en su contra. De igual forma, debe brindársele información sobre la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, e incluso gratuita, y la posibilidad de recibir asistencia consular.
- ii. En el evento de decisión desfavorable, debe tener derecho de someter el caso a revisión ante la autoridad competente.
- iii. La eventual expulsión sólo podrá decretarse tras una decisión fundamentada en la ley y que sea debidamente notificada.

Como puede apreciarse, la Corte se ha opuesto enfáticamente a las expulsiones de facto, en las que no existe la más mínima posibilidad de analizar las circunstancias en que se encuentra cada individuo y éste no tiene la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. En pocos términos, la expulsión o deportación solo procede una vez se haya agotado el trámite previsto para tal efecto y siempre y cuando se le hayan brindado al sujeto todas las garantías inherentes al debido proceso, por lo que están vedadas las expulsiones colectivas que se realizan de manera arbitraria y obedecen a la pura y simple voluntad de la autoridad que las lleva a cabo (Corte IDH, 2012). Esto, por cuanto se reitera, aunque los Estados están en todo el derecho de diseñar y ejecutar una política migratoria que les permita ejercer y

conservar la soberanía sobre su territorio, también están obligados a respetar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin importar el estatus migratorio del individuo. Con todo, es importante aclarar que el carácter colectivo de la expulsión no se determina por el número de personas expulsadas sino porque la decisión no se basó en la ponderación objetiva de las circunstancias individuales de cada extranjero (Corte IDH, 2014), es decir, que el Estado puede tomar la determinación de expulsar a un número considerable de migrantes, sin violar los derechos de la Convención, siempre y cuando haya evaluado cada caso particular de manera individualizada y su decisión no haya obedecido a prejuicios o motivos discriminatorios.

Además, la misma Convención en su artículo 22.8 prohíbe la expulsión o devolución de cualquier extranjero a otro país, sea o no de origen, cuando su derecho a la vida o a la libertad estén en “riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”, aspecto que actualmente reviste una especial relevancia por la situación que atraviesan los países del Triángulo Norte, de los cuales cientos de personas se ven obligadas a huir con motivo de la situación de violencia generalizada que azota a la región. Es importante resaltar que la prohibición de devolución no aplica solo en relación a los asilados o refugiados, sino frente a toda persona cuya vida o libertad personal se encuentre en riesgo por las situaciones mencionadas. Así lo expresó la Corte en el caso Pacheco Tineo vs. Bolivia:

135. De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el *corpus juris* internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.

136. En consecuencia, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. Esto implica respetar las garantías mínimas referidas, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asisten en contra de su expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo. (Corte IDH, 2012)

De igual forma, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas. (ONU, 1966)

Otros instrumentos en los que se ha consagrado la prohibición de expulsiones colectivas son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 9, 13.1 y 13.29), el Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 4); y el Pacto Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º).

No cabe duda entonces, de que hoy en día la práctica de las expulsiones colectivas está vedada en el sistema interamericano y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH, no solo porque pone en riesgo el derecho de residencia y tránsito, sino también otros derechos como la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a buscar y recibir asilo, el principio de no devolución, el derecho al debido proceso, a la protección de la unidad familiar, a la vida privada y los derechos del niño. Se itera, al Estado no le está prohibido expulsar a un extranjero de su territorio, lo que le está vedado es que lo haga sin respetar las garantías mínimas del debido proceso y sin sopesar y analizar individualmente las circunstancias de cada caso particular.

iii. La privación de la libertad como carácter excepcional: la migración no es un delito

Los estereotipos contra los migrantes, quienes son vistos como “invasores”, han conducido a la nociva práctica de centrar las políticas migratorias en el derecho penal, criminalizando el hecho de ingresar o permanecer en un país de manera ilegal. Esta práctica, lejos de desestimular el flujo migratorio lo único que ha logrado es que los migrantes sean asimilados a delincuentes, lo que ha elevado las conductas de xenofobia y discriminación hacia ellos, y a su vez ha acentuado sus condiciones de vulnerabilidad¹⁰. De igual forma, la criminalización de la migración

10 “Junto a la afirmación de que la migración representa una amenaza para la seguridad nacional, los Estados Unidos han buscado justificar su ahora [sic] el actual uso automático del régimen de detención de familias migrantes a su llegada al país y/o su aprehensión, como medidas de disuasión contra la migración irregular. La práctica de la detención migratoria también sirve para criminalizar la migración, lo cual tiene múltiples efectos negativos sobre la

ha hecho de las medidas de detención la regla general, cuando en realidad debería ser la excepción.

La libertad es un principio, un valor y un Derecho y la detención es la última ratio para restringirla, los Estados no pueden seguir actuando como aquel falso ídolo del que habla Zaratustra, que en un plano formal garantiza un Derecho y en el otro lo desconoce, la migración no se puede criminalizar.

Ahora bien, la imposición de medidas que afecten la libertad personal, debe darse en el marco de las garantías previstas en el artículo 7º de la Convención¹¹, es decir, que la detención debe estar debidamente fundamentada y no procede de manera automática por el solo hecho de encontrarse inmerso en una situación migratoria irregular. En otros términos, la migración, sea regular o irregular no es un delito, posición que ha sido compartida por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas al afirmar que “la entrada o permanencia irregular nunca debieran ser considerados delitos penales: no constituyen *per se* delitos contra las persona, los bienes o la seguridad nacional”. (CIDH, 2015).

De igual forma, en caso de que se imponga la detención el sujeto tiene el derecho de recurrir la decisión ante una autoridad judicial, de conformidad con el artículo 7.6 de la Convención, que establece expresamente que la autoridad que debe pronunciarse sobre la detención debe ser “un juez o tribunal”, de manera que cuando el encargado de resolver el recurso sea una autoridad administrativa se estará vulnerando el derecho al debido proceso y las garantías judiciales del

protección de los derechos de los migrantes y la percepción social de los migrantes, y puede fomentar la xenofobia en su contra”. (CIDH, 2015)

11 “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”. (OEA, 1969)

ciudadano. En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, toda medida de privación de la libertad, independientemente de su legalidad, debe reunir los siguientes requisitos:

- a. Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- b. Que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido.

Sobre estos dos requisitos, la Corte ha señalado que el fin de controlar y regular el ingreso y permanencia de extranjeros a su territorio puede ser un fin legítimo, por lo que las detenciones preventivas pueden ser una medida idónea para regular y controlar la migración irregular, para asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la ejecución de una orden de deportación. Sin embargo, según el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias” (ONU, 2008). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que la “finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención” (Corte IDH, 2010).

- c. Que sean necesarias, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado, siempre y cuando no exista una medida menos gravosa respecto del derecho intervenido. La detención de personas por incumplimiento de leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos.
- d. Que sean estrictamente proporcionales, de modo que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante esa restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

En este orden de ideas, no basta con que la detención sea legal, sino que además no debe ser arbitraria, como lo ha señalado la Corte, cualquier detención no solo debe ajustarse a la disposiciones de derecho interno, sino que además es necesario que la ley del Estado sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en otros términos, “no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a la ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”¹² (Corte IDH, 2012). De igual forma, del mismo modo que las expulsiones colectivas se encuentran prohibidas, la Corte también ha manifestado su oposición a las detenciones programadas colectivas toda vez que no están fundadas en la individualización

12 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, citado en caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana

de las conductas punibles y carecen de control judicial y, por ende, vulneran el derecho a la presunción de inocencia y “transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna” (Corte IDH, 2014).

En todo caso, aún cuando se reúnan estos requisitos, la detención también debe reunir unas condiciones especiales, toda vez que las personas detenidas en razón de su situación migratoria deben permanecer en lugares distintos a los destinados a las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos penales. En palabras de la Corte:

Cuando se trata de migrantes, la detención y privación de la libertad por su sola situación migratoria irregular, debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos referidos. (Corte IDH, 2010)

Además, las medidas restrictivas de la libertad deben evitar en lo posible la desintegración de los núcleos familiares.

iv. Particularidades del debido proceso frente a los menores de edad

Quisiera hacer una breve alusión a las particularidades que reviste el debido proceso en materia migratoria cuando se encuentran involucrados menores de edad, quienes son sujetos de una mayor protección¹³. Con el fin de verificar si el menor que ingresa a un Estado está en riesgo, el Estado debe realizar una evaluación sobre las condiciones que llevaron al menor a abandonar su país de origen

“82. Por consiguiente, a raíz del abanico de situaciones que pueden llevar a que una niña o un niño se desplace de su país de origen (...) resulta relevante diferenciar entre aquellos que migran en búsqueda de oportunidades para mejorar su nivel de vida, de quienes requieren algún tipo de protección internacional, incluyendo pero no limitada la protección de refugiados y solicitantes de asilo (...). Es por ello

13 En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “115. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar porque el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten. Sobre estas consideraciones se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos, los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos”. Corte IDH. (2014a).

que, para cumplir con los compromisos internacionales, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionales el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesariamente mediante la adopción de medidas de protección especial. La Corte considera que el establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los Estados y no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia. (Corte IDH, 2014a)

Este procedimiento de evaluación debe tener en cuenta los siguientes componentes, además de las garantías propias del debido proceso:

- a. Tratamiento acorde a su condición de niño o niña, y en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma.
- b. Determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado. En este caso, el Estado debe respetar unas garantías específicas, comoquiera que los menores que no se encuentran acompañados o separados de su familia, son vulnerables a situaciones de trata infantil, explotación y malos tratos.
- c. Determinación de la nacionalidad de la niña o del niño, o en su caso, de su condición de apátrida.
- d. Adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior del menor, de medidas de protección especial.
- e. Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio.
- f. Derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado.
- g. Derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales.
- h. Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete.
- i. Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular.
- j. Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante.
- k. Deber de designar un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados.

- l. Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada.
- m. Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos.
- n. Plazo razonable de duración del proceso.

Ahora bien, si por regla general la detención de una persona por su situación migratoria debe ser excepcional, cuando hay menores involucrados la privación de la libertad no debe aplicarse ni siquiera como *ultima ratio*. Así lo ha expresado la Corte:

154. Entonces, la medida de privación de la libertad, si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño, la Corte es de la opinión que la privación de la libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación (...) Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de la libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior. En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas (...) que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño. En suma, la Corte es de la opinión que la privación de la libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana. (Corte IDH, 2014a)

No cabe duda entonces, de que la privación de la libertad no es una opción cuando se trata de un menor de edad, sobre todo si ese menor de edad no se encuentra acompañado o está separado de su familia. Ahora bien, en el caso contrario, es decir, si el menor está acompañado de su familiar, en razón del interés superior del niño debe procurarse el mantenimiento de la unidad familiar, por lo que el imperativo de no privación de la libertad se extiende a sus padres y obliga a las autoridades a adoptar otras medidas para la detención de la familia, como centros de acogida destinados únicamente a ese fin, en donde se reúnan las condiciones adecuadas para el bienestar y la protección del menor. En otros términos, tratándose de migrantes menores de edad, el principio de separación adquiere dos dimensiones: 1) si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y 2) si se trata

de menores acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño¹⁴ (Corte IDH, 2014a).

Ahora bien, lo anterior no obsta para que en ciertos casos el menor pueda ser separado de uno de sus progenitores como consecuencia de la deportación de uno o ambos padres, tal como señala el artículo 9º de la Convención Sobre los Derechos del Niño¹⁵.

Conclusiones del debido proceso y derechos de los migrantes

Lo dicho hasta el momento deja claro que en el sistema interamericano existen un abanico de garantías para proteger los derechos de los migrantes, sin embargo, los prejuicios y la percepción errada que se tiene de los migrantes ha impedido que estas garantías se apliquen íntegramente y además, en la mayoría de los casos, cuando los migrantes son víctimas de violaciones a sus derechos estas situaciones quedan en la impunidad. ¿Pueden imaginarse cómo es la situación para las personas migrantes cuando requieren protección judicial? ¿Pueden imaginarse qué sucede con la mayoría de delitos y violaciones a derechos humanos de las que son víctimas los migrantes en lugares aislados o de difícil acceso tales como zonas fronterizas, rutas migratorias, zonas internaciones de aeropuertos en altamar o centros de detención migratoria?

Las fronteras y muchos de los lugares por los que los migrantes se ven forzados a desplazarse se han convertido en lugares de quiebre para la justicia y los

14 La Corte IDH (2014a) también ha señalado que “la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado con sus padres en tales procesos”.

15 **Artículo 9.** Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

(...)

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

derechos humanos. Las dificultades para acceder a estos lugares hacen que en muchos casos no haya abogados u organizaciones que puedan brindar asistencia legal a estas personas. Aunado a esto, muchas de las violaciones a los derechos humanos de los migrantes se realizan de forma sumaria, tales como rechazos en frontera, deportaciones expeditas o “en caliente”, entre otras.

No está de más mencionar que el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos por igual. Cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley. En palabras de Boaventura de Sousa Santos (1998):

Por un lado, la consagración constitucional de los nuevos derechos económicos y sociales y su nueva expansión paralela a la del Estado-Providencia, transformó el derecho del acceso efectivo a la justicia en un derecho bisagra, un derecho cuya denegación acarrearía la de todos los demás. Una vez despojados de mecanismos que hicieran imponer su respeto, los nuevos derechos sociales y económicos pasarían a ser meras declaraciones políticas, con contenido y función misticadores. (p. 201)

La forma en que los Estados se comprometen con la realización del acceso a la justicia denota su nivel de compromiso en crear condiciones para que la igualdad y la libertad de todas las personas sean efectivas y reales. Sin la posibilidad de hacer exigibles los derechos, éstos no son más que cláusulas vacías de contenido.

Igualmente quisiera llamar la atención sobre uno de los principales aportes de la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a nivel mundial: la reparación integral de las víctimas, que también cobija a los migrantes cuyos derechos se han visto vulnerados. El derecho a la protección judicial necesariamente comprende la reparación integral de las víctimas a través de la adopción de medidas de reparación tales como la restitución –la llamada *restitutio in integrum*–, medida que siempre debe intentarse en primer lugar; la indemnización; la rehabilitación; la satisfacción; y las garantías de no repetición. En este sentido se han observado ejemplos bastante interesantes por parte de las cortes nacionales que cada vez con mayor frecuencia integran este concepto de reparación integral y ordenan diversas medidas en materia de reparación.

Ahora bien, la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH (2017), sobre la expulsión sumaria de dos personas llevada a cabo el 13 de agosto de 2014 en Melilla, condenó al Reino de España en este punto a una reparación pecuniaria de daño moral en favor de cada uno de los demandantes.

Quisiera concluir este acápite con una pregunta, ¿hasta qué punto consideramos que se están garantizando los derechos a la protección judicial y al debido

proceso respecto de las personas migrantes y sujetas de protección internacional? Ésta cobra relevancia en este momento en el que no solo existe una ola de violencia en varios países centroamericanos, que ha obligado a cientos de sus habitantes a emigrar, sino que también en los próximos años el cambio climático representará grandes desafíos para los Estados en el diseño y ejercicio de sus políticas migratorias. En todo caso, lo cierto es que independientemente de las razones que motivan a una persona a salir de su país de origen, no puede perderse de vista que un ser humano puede ser despojado de su lugar de arraigo, pero nunca de su condición de ciudadano y menos de la de ser humano.

Asilo de calidad: estándares internacionales del procedimiento de determinación de la condición de refugiado

Las migraciones masivas que se vienen presentando en los últimos años no solo han dado lugar a que se acentúen los sentimientos de xenofobia y estigmatización del extranjero, sino que además han debilitado los derechos de los refugiados, quienes con frecuencia son confundidos con los inmigrantes. Por eso, antes de hacer referencia a los criterios para determinar quién tiene la condición de refugiado es indispensable aprender a diferenciar ambas categorías: mientras los emigrantes se caracterizan porque deciden dejar su país de origen por voluntad propia, bien sea por razones laborales o porque van simplemente en busca de aventuras o de un mejor nivel de vida, la característica principal de los refugiados es que:

(...) buscan protección en otro país, no por elección sino por una necesidad imperiosa, a fin de escapar a las amenazas de sus derechos humanos más fundamentales y de las que las autoridades de su país de origen o de residencia habitual no pueden o no quieren protegerlos. (ACNUR, 2006)

En este orden de ideas, es preciso tener en cuenta que cuando estamos ante un refugiado, estamos en presencia de alguien que se ha visto obligado a dejar su país porque la permanencia en él implica un verdadero riesgo para su vida o su integridad física.

Pese a que la cuestión de los refugiados ha cobrado relevancia a nivel mundial con las migraciones masivas que se han presentado en los últimos años, es preciso advertir que no se trata de un problema reciente. De hecho, el derecho internacional de los refugiados encuentra su principal fundamento jurídico en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 –en adelante también la Convención–, que constituye la carta de navegación para determinar si alguien ostenta esa calidad. El artículo 1º de este instrumento señala:

Artículo 1. -- Definición del término “refugiado”

A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

B. 1) A los fines de la presente Convención, las palabras “acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951”, que figuran el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como:

a) “Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa”, o como

b) “Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar”; y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la Convención y la definición de refugiado incorporada en ella fueron redactadas en el marco de los acontecimientos ocurridos en la segunda guerra mundial, y hoy en día las razones por las que una persona puede sentir fundados temores de persecución trascienden las

motivaciones de raza, religión, nacionalidad y la pertenencia a determinado grupo social o la expresión de opiniones políticas. Así, los conflictos armados internos, las invasiones extranjeras y las guerras civiles han hecho que hoy en día los criterios para determinar quién tiene la calidad de refugiado sean más amplios, por lo que es urgente realizar una interpretación más realista del artículo 1º de la Convención de 1951, que permita otorgarle el estatus de refugiado a las personas que se ven obligadas a salir del país por estas nuevas circunstancias que no fueron contempladas cuando se redactó la Convención. La necesidad de tener en cuenta estos criterios ha sido incorporada en algunos instrumentos internacionales que, aunque no tienen carácter universal ni vinculante, son una clara muestra de que hoy en día las condiciones son muy diferentes a las de la posguerra¹⁶.

Así por ejemplo, el artículo 1º de la Convención de la Organización para la Unidad Africana - OUA, por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, promulgada en 1969 y que entró en vigor en 1974, el término refugiado se aplica no solo a quienes se encuentren en las condiciones descritas en el artículo 1º de la Convención de 1951, sino también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, se ve obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.

De igual forma, la Declaración de Cartagena (1984), señala en su conclusión III:

Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la vio-

16 Al respecto ha señalado la ACNUR: En contraste, aquellos hombres, mujeres, niños y niñas que huyen de conflictos armados sin ninguno de los elementos de persecución relacionado a un motivo de la Convención, no son refugiados de acuerdo con el sentido de la Convención de 1951. Sin embargo, podrían calificar para la condición de refugiados con base en la definición ampliada de los instrumentos legales regionales de relevancia y bajo el mandato de protección internacional del ACNUR (ver 1.2.2 y 1.2.4, respectivamente) y/o bajo las leyes del país de acogida (ACNUR, 2005).

lación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Ahora bien, puede ocurrir que la persecución se origine en individuos o entidades no estatales, caso en el cual los temores del solicitante estarán bien fundados si aquellas no quieren o no pueden brindarle protección efectiva.

Además de determinar quién tiene la calidad de refugiado, la Convención de 1951 también señala los eventos en los que una persona no puede adquirir esa condición, los casos en los que una vez adquirida puede serle revocada y las circunstancias en las que cesa el estatus de refugiado:

a. Casos en los que cesa la condición de refugiado. Se trata de aquellos eventos en los que se otorga el estatus de refugiado, pero la persona deja de serlo por concurrir alguna de las circunstancias contempladas en el literal c) del numeral 2) del artículo 1º de la Convención de 1951:

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o
- 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
- 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.

- 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.

b. Cancelación de la condición de refugiado. Ocurre cuando se invalida el estatuto de refugiado que no debió otorgarse en primer lugar, bien sea porque la persona no se encontraba entre las cláusulas de inclusión o debía aplicársele alguna de las cláusulas de exclusión contempladas en los literales D, E y F del numeral 2 del artículo 1º de la Convención de 1951:

- D. Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esas personas tendrán, *ipso facto*, derecho a los beneficios del régimen de esta Convención.
- E. Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.
- F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:
 - a. Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
 - b. Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
 - c. Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

c. Revocación. Se da cuando una persona que ha sido válidamente reconocida como refugiada, comete después de su reconocimiento una de las conductas contempladas en el literal F del artículo 1º de la Convención.

De igual forma, es preciso aclarar que la condición de combatiente tampoco es compatible con el estatus de refugiado. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los ex combatientes, cuyas solicitudes deben estudiarse de manera individualizada¹⁷.

17 Sobre este aspecto en particular ha manifestado la ACNUR: Cuando un conflicto armado en un país genera una afluencia masiva de refugiados hacia países vecinos u otros países, existe la posibilidad que haya combatientes mezclados con los refugiados. La presunción de elegibilidad para refugiados *prima facie* no incluye a combatientes. Los combatientes activos –es decir, aquellas personas que siguen estando activas en un conflicto armado– no son

Ahora bien, la decisión de otorgar el reconocimiento del estatus de refugiado es declarativa, es decir que reconoce y confirma formalmente que el individuo en cuestión es refugiado. Esta declaración, que permite distinguir al refugiado del inmigrante no es meramente formal, pues al adquirir la condición de refugiado, la persona se hace titular de una serie de derechos, siendo el más importante de ellos el de **la garantía de no devolución** o *refoulement*, el cual constituye la piedra angular del derecho internacional de los refugiados y se ha convertido en norma de derecho internacional consuetudinario, de manera que es aplicable a aquellos Estados que no son parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967¹⁸. No obstante, el reconocimiento formal del estatus de refugiado no es requisito para la aplicación plena de la garantía de no devolución.

En la medida de lo posible la decisión sobre el otorgamiento del estatus de refugiado debe estar precedida de un procedimiento individualizado en el que se estudien a profundidad las circunstancias particulares de cada solicitante. Es decir, que el Estado encargado de determinar si una persona tiene el estatus de refugiado no puede adoptar la decisión correspondiente de manera generalizada o masiva, sino que está en el deber de estudiar cada caso por separado. Sin embargo, cuando se trata de solicitudes masivas el Estado debe presumir la buena fe y la elegibilidad del grupo, como lo ha señalado la ACNUR al referirse a los movimientos humanos que generan los conflictos armados:

Con frecuencia, los conflictos armados en un país causan grandes movimientos de personas hacia países vecinos y cercanos. El país de acogida puede enfrentar situaciones en las que haya combatientes mezclados con los refugiados. Tal y como se mencionó en el reconocimiento de la condición de refugiado en el contexto de afluencias masivas se hace generalmente *prima facie* para todos los miembros de un grupo, con la presunción de que cumplen con los criterios relevantes de elegibilidad de la definición de refugiado. Esta presunción

elegibles para la protección internacional de refugiado. Las actividades militares son incompatibles con el estatuto de refugiado.

La situación es diferente para los ex combatientes. El hecho de haber tomado parte en las hostilidades no descalifica a una persona para obtener protección internacional de refugiado, aunque los ex combatientes que solicitan asilo deben someterse a un procedimiento para determinar si son civiles o no (ACNUR, 2005).

18 La garantía de no devolución está consagrada en el artículo 33 de la Convención de 1951 en los siguientes términos:

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución ("*refoulement*")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

de elegibilidad *prima facie* para la condición de refugiado no incluye a los combatientes. (ACNUR, 2005, p. 65)

De igual forma, la Convención es clara al señalar que la entrada de manera ilegal de un refugiado al territorio de un Estado, no debe acarrear sanciones penales, “a condición de que se presente sin demora a las autoridades y alegue causa justificada de su entrada o presencia ilegal” (art. 31).

En conclusión, el llamado hoy en día es a hacer una nueva lectura del artículo 1º de la Convención de 1951, a través de una interpretación que se ajuste especialmente a la realidad de los países de África y del triángulo de Centroamérica. Lo contrario implicaría dejar sin protección a miles de seres humanos cuyas vidas no solo están en peligro por las circunstancias mencionadas en el artículo 1º de la Convención, sino también por conflictos armados, guerras civiles, alteraciones graves del orden público (como es el caso por ejemplo de El Salvador) o invasiones extranjeras (el caso de Siria). Actualmente estas personas se encuentran en un limbo que les impide acceder a la protección que se deriva del estatus de refugiado, limbo que es aprovechado por muchos países para negarle la entrada de cientos de personas a sus fronteras, al punto que actualmente la Convención en lugar de constituir una garantía de protección para los refugiados se está convirtiendo en un obstáculo para que éstos puedan acceder a sus derechos.

En consecuencia, nuestro deber es superar esta zona gris, a través de una lectura realista de la Convención que desentrañe su espíritu y procure al máximo garantizar los derechos de quienes bajo estas nuevas circunstancias se enfrentan al riesgo de ser perseguidos, como diría Pedro Pablo Delgado Hinostroza (2013), “considerar como ilegal la entrada no autorizada de alguien que enfrenta persecución a lo único que contribuye es a criminalizar la actividad de refugiado y a aumentar su sufrimiento”.

Principales casos y estándares desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con relación a migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana

La amplia discrecionalidad, e incluso en muchos casos arbitrariedad, con la que los Estados han abordado situaciones relativas a personas migrantes ha llevado a que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se hayan visto abocados a ir desarrollando estándares a través de su jurisprudencia para la protección de los derechos humanos de estas personas y sus familias.

Durante las dos últimas décadas el establecimiento de estándares a través del sistema de peticiones y casos ha sido uno de los principales mecanismos de la

Comisión y la Corte Interamericana para dar respuesta a las diversas situaciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las personas migrantes y las violaciones o vacíos de protección que enfrentan en materia de derechos humanos. Los desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la interpretación evolutiva que los órganos del Sistema Interamericano han dado a las normas de derechos humanos han servido para poner límites a la soberanía estatal al momento de abordar cuestiones relativas a migrantes.

A continuación se abordará brevemente la forma en la que las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Comisión y la Corte Interamericana han hecho a las mismas, han servido para el desarrollo de estándares de derechos humanos de migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana. Se analizarán cuatro casos que han sido resueltos en los últimos años y que han hecho aportes importantes en el desarrollo de estándares. Como toda clasificación, se hace la salvedad de que es subjetiva y limitada, por lo cual como autor de este artículo y excomisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH asumo la responsabilidad de dejar por fuera los aportes que se han hecho desde el Sistema Interamericano a través de otros múltiples informes de casos, medidas cautelares, sentencias y opiniones consultivas. Finalmente en este texto se abordará un reciente caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH.

1. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (Corte IDH, 2014)

Este caso fue presentado por la Comisión ante la Corte el 12 de julio de 2012. Los hechos se refieren a la detención arbitraria y expulsión sumaria del territorio de República Dominicana hacia Haití del señor Benito Tide Méndez y otras 26 personas (10 adultos y 17 niños y niñas). Las expulsiones sumarias se produjeron durante los últimos años de la década de los noventa y los primeros años del 2000 en un contexto de expulsiones colectivas y masivas que afectaban igualmente a personas dominicanas de ascendencia haitiana, como a personas haitianas en situación migratoria regular e irregular, quienes llevaban largos periodos de tiempo viviendo en la República Dominicana y por ende tenían estrechos vínculos laborales y familiares en dicho país. Las características fenotípicas y el color más oscuro de la piel fueron elementos determinantes al momento de seleccionar a las personas que iban a ser expulsadas, lo que demuestra un patrón de discriminación. Todas las víctimas del caso fueron expulsadas a Haití.

El procedimiento de repatriación vigente al momento de los hechos no se aplicó, sino que se trató de expulsiones de facto, fundadas en prejuicios raciales, sin ningún sustento legal ni revisión administrativa o judicial posterior. No existió

orden de arresto de autoridad competente ni proceso administrativo o judicial abierto en relación con estas personas. Las víctimas no contaron con asistencia jurídica, ni tuvieron posibilidad de recurrir la decisión adoptada, ni existió una orden de la autoridad competente independiente e imparcial que decidiera su deportación.

Algunas de las víctimas expulsadas eran nacionales dominicanos y poseían la documentación pertinente para acreditar tal calidad. Sin embargo, durante su detención arbitraria y expulsión no tuvieron oportunidad formal para presentar esa documentación. En los casos en que fue presentada, ésta fue destruida por los oficiales dominicanos.

Entre los múltiples derechos analizados por la Corte en su sentencia se pronunció ampliamente sobre las garantías que deben observar los Estados en los procesos que puedan culminar en la expulsión o deportación de una persona. La Corte hizo alusión al elenco de garantías mínimas del debido proceso legal, que se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, así como a los estándares relacionados con procesos de expulsión, sobre lo cual ha sostenido que “el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio”.

Asimismo, la Corte consideró que un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero debe ser individual, de modo que se evalúen las circunstancias personales de cada sujeto y se cumpla con la prohibición de expulsiones colectivas. Igualmente resaltó que en los procesos de expulsión en que se encuentren involucrados niñas y niños el Estado deber observar además las garantías que tienen como objetivo la protección del interés superior de los niñas y niños de modo que cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, toda vez que debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada.

En los casos de expulsión el Estado debe observar: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

Además, la Corte consideró que el criterio fundamental para determinar el carácter “colectivo” de una expulsión de extranjeros, acto prohibido por el artículo 22.9 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención, no es el número de extranjeros objeto de la decisión de expulsión, sino que la misma no se base en un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero. Asimismo, se refirió a la prohibición de que nadie puede ser expulsado del territorio de que es nacional, establecida en el artículo 22.5 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención Americana.

Respecto a las garantías judiciales, la Corte sostuvo que la persona sometida a un proceso de expulsión ha de contar con ciertas garantías mínimas, las cuales no fueron cumplidas en el presente caso:

a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley. (Corte IDH, 2014)

2. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (Corte IDH, 2013)

Este caso se refiere a la devolución (deportación/expulsión) de la familia Pacheco Tineo a Perú, como consecuencia del rechazo de la solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia el 24 de febrero de 2001. La familia Pacheco Tineo, compuesta por Rumaldo Juan Pacheco Osco, su esposa, Fredesvinda Tineo Godos y sus tres hijos, ingresó a Bolivia el 19 de febrero de 2001. Las autoridades de Migración tomaron nota de que se encontraban de situación migratoria irregular y dispusieron su expulsión a Perú, país del cual habían huido. Posteriormente, el señor Pacheco solicitó el reconocimiento de la condición de refugiados para todos los miembros de su familia en Bolivia, dado que de ser devueltos a Perú estarían en una situación de riesgo. La solicitud de asilo fue resuelta desfavorablemente en un lapso de horas, de manera sumaria y en violación de las garantías de debido proceso.

Este fue el primer caso en que la Corte Interamericana analizó el alcance y contenido del derecho a buscar y recibir asilo y del principio de no devolución

(*non-refoulement*), así como su importancia fundamental para la protección internacional de los refugiados y los solicitantes de asilo. En tal sentido, la Corte estableció que cuando ciertos derechos como la vida o integridad personal de las personas extranjeras estén en riesgo, deberán estar protegidas contra la devolución al Estado en que exista ese riesgo, como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a un Estado desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

La Corte también consideró que el derecho de buscar y recibir asilo y a no ser devuelto en esas circunstancias, establecidos en el artículo 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que a la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado.

En este orden de ideas, la Corte consideró que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios del Derecho Internacional sobre Refugiados, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales que, en casos como el presente, implican las siguientes obligaciones para los Estados:

- a) deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe

recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR;

b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;

c) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa;

d) con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad;

e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada, y

f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada. (Corte IDH, 2013)

Asimismo, la Corte indicó que independientemente de la posibilidad de revisión, en el marco del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, y según las regulaciones propias del ordenamiento jurídico de cada Estado, pueden existir determinados acciones o recursos de carácter judicial, por ejemplo de amparo o de *habeas corpus*, que sean rápidos, adecuados y efectivos para cuestionar la posible violación de los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de en la Convención, o en la Constitución y en la ley de cada Estado. En esos términos, tales recursos pueden ser, en determinadas circunstancias, efectivos para remediar parcial o totalmente la situación violatoria y, en su caso, para reconducir los procedimientos administrativos, lo cual corresponderá ser evaluado en cada caso.

3. Caso Vélez Loor vs. Panamá (Corte IDH, 2010)

Este caso hace relación a la detención del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, el 11 de noviembre de 2002 en el Puesto Policial

de Tupiza, en la Provincia del Darién, República de Panamá, por “no portar la documentación necesaria para permanecer en [dicho] país”. Posteriormente, la Directora Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia dictó la orden de detención 1430, y el señor Vélez Loor fue trasladado a la Cárcel Pública de La Palma. Luego de constatar que el señor Vélez Loor había sido deportado el 18 de septiembre de 1996 de Panamá, se resolvió imponerle “la pena de dos (2) años de prisión en uno de los Centros Penitenciarios del País”, por haber infringido las disposiciones del Decreto Ley No. 16 sobre Migración de 30 de junio de 1960. La referida resolución no fue notificada al señor Vélez Loor. El 18 de diciembre de 2002 fue trasladado al Centro Penitenciario La Joyita. Posteriormente, el 8 de septiembre de 2003, la Directora Nacional de Migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta, y el 10 de septiembre de 2003 el señor Vélez Loor fue deportado hacia Ecuador.

En lo que respecta a estándares de derechos humanos para personas migrantes, la importancia de esta sentencia radica en que este es el primer caso en el que la Corte Interamericana establece que la detención migratoria debe estar limitada a aquellas situaciones en las que sea absolutamente necesaria, y de una forma que la restricción a la libertad sea estrictamente proporcional. En tal sentido, la Corte estableció que:

En consecuencia, sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. (Corte IDH, 2010)

4. Caso de Andrea Mortlock vs. Estados Unidos (CIDH, 2008)

La Comisión Interamericana ha ampliado el umbral del principio y derecho de no devolución, para aplicarlo no solamente a solicitantes de asilo y refugiados, sino a cualquier persona en una situación similar a la de los refugiados, tal como sería el caso de los extranjeros que requieren de protección complementaria¹⁹. Al hacerlo, la Comisión ha considerado que la deportación de un extranjero podría constituir una violación a otros derechos de dicha persona, tales como la prohibición de a ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes; la protección de la vida familiar; entre otros.

La importancia del caso de Andrea Mortlock radica en el hecho de que ejemplifica la forma en que la Comisión, a partir de una interpretación evolutiva, ha ampliado el alcance del principio de no devolución a situaciones donde el derecho a la salud de la persona a ser deportada podría verse afectado, teniendo graves afectaciones para su vida, integridad y salud, hasta el punto de considerarlo una sentencia de muerte. Con base en este razonamiento, la Comisión ha evolucionado en el otorgamiento de medidas cautelares hasta el punto de requerir a los Estados que se abstengan de deportar a migrantes a un país donde su salud podría estar en riesgo.

Este caso hace relación al procedimiento de deportación que se adelantó en contra de la señora Andrea Mortlock, de nacional jamaicana, de 41 años de edad, quien fue detenida en la cárcel del condado de Passaic, en Patterson, New Jersey. Ella había vivido en los Estados Unidos desde 1979, se le había diagnosticado VIH/SIDA desde 1989 y adolecía de una serie de enfermedades relacionadas graves y potencialmente mortales, como la neuropatía y la emaciación extrema. Los peticionarios alegaron que la señora Mortlock estaba en peligro inminente de deportación a Jamaica y que su vida y la integridad física amenazada, dado que muchas de las drogas que requería para su tratamiento no estaban disponibles en Jamaica. Asimismo, los peticionarios alegaban que las personas con signos visibles de VIH/SIDA en Jamaica no recibían atención médica necesaria, se les negaba el acceso al transporte público y privado e incluso podrían ser víctimas de violencia física. Además, la señora Mortlock no tenía familiares, médicos, amigos o conocidos en Jamaica, ya que toda su familia residía en los Estados Unidos.

19 La protección complementaria, también denominada protección subsidiaria, hace relación a los mecanismos legales destinados a proteger y otorgar dicho estatuto a las personas en necesidad de protección internacional que no cumplen con los requisitos establecidos para que les sea concedido el estatuto de refugiado. Las medidas de protección complementaria permiten regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas como refugiados pero cuyo retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diferentes instrumentos de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de la señora Mortlock solicitando a los Estados Unidos que se abstuviesen de deportarla a Jamaica, hasta tanto la Comisión no hubiese examinado su petición, sobre la base de que la deportación de la señora Mortlock haría que una eventual decisión de la Comisión se tornase ineficaz y podría causar daños irreparables a la señora Morlock.

Al decidir el caso de la señora Mortlock, la Comisión concluyó que Estados Unidos no debía deportar a la señora Mortlock a Jamaica, dado que las dificultades extraordinarias que enfrentaría en Jamaica como consecuencia de la deportación equivaldrían a una sentencia de muerte. La Comisión consideró:

Que la prueba adecuada es determinar si el interés humanitario del caso es tan importante que no puede razonablemente ser resistido por las autoridades de un Estado civilizado. Más específicamente, la respuesta es si, por razones humanitarias, la afección médica de una persona es tal que no deba ser expulsada, a menos que pueda demostrarse que los servicios médicos y sociales que innegablemente necesita están efectivamente disponibles en el Estado receptor. Por tanto, el parámetro aplicable consistirá en determinar si la deportación creará penurias extraordinarias a la deportada y su familia, hasta el punto de equivaler a una sentencia de muerte, habida cuenta de dos aspectos fundamentales: la disponibilidad de atención médica en el país receptor; y la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular, la presencia de parientes cercanos. (CIDH, 2008)

5. Caso de N.D. y N.T.c. vs. España (TEDH, 2017)

Por último, en lo que tiene que ver con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH, vale la pena destacar el caso N.D. y N.T.c. vs. España, sentencia del 3 de octubre de 2017, donde se abordó el tema de la expulsión de personas mientras atravesaban las vallas de contención fronteriza “operativo de frontera”, toda vez que en cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por la guardia civil española, quienes los esposaron y devolvieron a Marruecos, se dijo sobre el particular, en la valoración y la aplicación de la jurisdicción que el TEDH (2017):

Considera sin embargo que no es necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este último Estado. Se limita a recordar, tal como como ya lo ha dejado asentado en el pasado, que desde el momento en que hay un control sobre los demás, se trata en esos casos de un control de jure ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados (Hirsi Jamaa, anteriormente citada, § 77), es decir de un control efec-

tivo de las autoridades de éste Estado, ya se encuentren éstas en el interior del territorio del Estado o en sus fronteras terrestres. En opinión del TEDH, desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, de facto, de las autoridades españolas. Ninguna especulación que atañe a las competencias, funciones y actuación de las fuerzas del orden españolas en cuanto a la naturaleza y el fin de su intervención podría llevar al TEDH a otra conclusión.

Y más adelante, en el considerando 83, se concluye:

En lo que respecta a los argumentos del Gobierno relativos a la obligación de España, como Estado soberano, a proteger la frontera frente a intentos de entrada ilegal en su territorio, los demandantes se remiten a las sentencias Hirsi Jamaa y otros (antecedida, § 179) y Sharifi y otros (antecedida, § 224), e indican que las dificultades en la gestión de los flujos migratorios o en la acogida de los demandantes de asilo no pueden justificar el recurso, por parte de los Estados, a unas prácticas incompatibles con sus obligaciones convencionales. (TEDH, 2017)

Y por último, en lo que concierne a la expulsión colectiva, se dice:

El TEDH recuerda que se debe entender por expulsión colectiva toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que tal medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman el grupo (ver, en último lugar, *Khlaifia y otros c. Italia* [GC], no 16483/12, §§ 237 y siguientes, CEDH 2016, con las referencias que figuran en la misma, para el detalle in extenso de estos principios). Las circunstancias que rodean la puesta en práctica de decisiones de expulsión juegan sin embargo un papel en la valoración del respeto del artículo 4 del Protocolo n o 4 (*Georgia c. Rusia* (I), antecedida, § 167). (TEDH, 2017)

Conclusiones y recomendaciones

En conclusión, las crisis migratorias que hemos presenciado en la región demuestran que todavía hay un gran camino por avanzar en lo que respecta al goce efectivo de los derechos humanos de los migrantes y sus familias. Si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece derechos respecto de todas las personas, sin distinción de su nacionalidad, situación de apátrida o situación migratoria, la realidad nos demuestra que en la práctica las personas migrantes siguen quedándose al margen de los derechos humanos.

Nos encontramos en un momento crítico como región en lo que respecta a la protección de los derechos humanos de las personas migrantes. Las políticas implementadas por algunos Estados de la región son una clara muestra de ello, a través de interceptaciones, deportaciones sumarias y el uso generalizado de la detención migratoria. Al mismo tiempo, los factores generadores de la migración forzada en la región siguen sin ser resueltos en los países del Triángulo Norte y México. A la vez que nos enfrentamos a las situaciones desesperadas de decenas de miles de personas que se están viendo forzadas a migrar de países como Haití, Venezuela o Cuba como una forma para sobrevivir y en cuyo camino se encuentran con personas de África y Asia en situaciones similares o peores. O, por ejemplo, la situación de decenas de miles de personas que se han visto forzadas a desplazarse como consecuencia de los desastres ocasionados por el Huracán Matthew en Haití. Es muy probable que muchas de las medidas que implementen los Estados con relación a las personas que integran estos flujos migratorios, terminen vulnerando sus derechos humanos antes que protegerlos.

En este sentido, una de las principales acciones que han venido llevando a cabo los órganos del Sistema Interamericano y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la protección de los derechos de los migrantes ha sido el desarrollo de estándares en su jurisprudencia, en sus informes de casos y en sus sentencias. Nuestro desafío ahora es lograr que esos estándares sean incorporados en las legislaciones nacionales, que se reflejen en las prácticas de los funcionarios migratorios y en la labor jurisdiccional de los jueces y cortes nacionales.

Para tal efecto, es necesario que trabajemos más en promover espacios de formación e incidencia con funcionarios públicos en todos los niveles y de todas las áreas, administrativos, legislativos, judiciales y de organismos autónomos de derechos humanos. Muchas veces el principal problema para migrantes y refugiados está en el primer contacto con las autoridades migratorias o fronterizas, quienes en muchos casos desconocen todas las salvaguardas y garantías que deben observarse respecto de estas personas.

Por último, el acceso a la justicia y a la protección judicial efectiva sigue siendo una asignatura pendiente en muchos países de la región y en particular respecto de este tipo de procedimientos. Desde los órganos del Sistema Interamericano se ha venido intentando llenar estos vacíos de protección a través del desarrollo de la jurisprudencia. Sin embargo, algo que puede contribuir de forma sustancial en este sentido tiene que ver con un mayor litigio de situaciones relativas a violaciones a derechos humanos de personas migrantes e impulsar el litigio estratégico en la materia a nivel nacional, regional e internacional.

Termino evocando el pensamiento esclarecedor de Zygmunt Bauman (2016), en el texto *Extraños llamando a la puerta*, cuando, citando a Kant con su genialidad, sustituye la hostilidad por el principio de la hospitalidad, en su tercer artículo

hacia la paz perpetua y en la advocación de que seguimos demorándonos, 200 años después, en atender el llamado kantiano a la hospitalidad.

(...) Kant hace hincapié en que el tema del que escribe y lo que él escribe sobre él es una cuestión...

...no de filantropía, sino de *derecho*, y ahí la *hospitalidad* significa el derecho de un extranjero de no ser tratado con enemistad a su llegada a territorio foráneo. Este puede rechazar al extranjero si esto puede suceder sin la ruina de aquel, pero mientras el extranjero esté en su sitio pacíficamente, no puede el otro comportarse hostilmente. No puede apelar a un *derecho del huésped* (para lo que sería necesario un contrato especialmente bondadoso que lo convirtiera en huésped por cierto tiempo), sino a un *derecho de visita*, que les corresponde a todos los seres humanos, de ofrecerse a la sociedad en virtud del derecho de propiedad común de la superficie de la Tierra, sobre la que los hombres no se pueden extender infinitamente al tratarse de una superficie esférica, teniendo que soportarse finalmente unos a otros, pero no teniendo nadie más derecho de estar en un lugar de la Tierra que cualquier otro.

Y de su brillante pluma Baum concluye:

La humanidad está en crisis y no hay otra manera de salir de esa crisis que mediante la solidaridad entre los seres humanos. El primer obstáculo en ese camino de salida del alejamiento mutuo es la negativa a dialogar: el silencio nacido de la autoexclusión, de la actitud distante, del desinterés, de la desatención y, en definitiva, de la indiferencia. La dialéctica del trazado de fronteras no debe concebirse como una dída de amor y odio, sino más bien en términos de una tríada: la del amor, el odio y la indiferencia o el abandono.

El compromiso de los Estados no es solo jurídico, es moral, ético y global frente a un asunto, que no es de México ni de Colombia, ni de país alguno individualmente considerado, el compromiso es de la humanidad. Veo cierta frialdad o indiferencia en la Organización de las Naciones Unidas - ONU y en la humanidad en general, frente a una crisis mundial que requiere una respuesta universal.

Así como se ha hecho un Plan Marshall, una Alianza para el Progreso, etc., es un imperativo tomar acciones frente a un mundo globalizado donde se habla de una ciudadanía universal y donde las fronteras están desapareciendo y de hecho ya desaparecieron frente al libre tránsito de mercancías. ¿Es acaso una paradoja o una macabra ironía que se limite la movilidad de los humanos y se potencialice el tránsito libre de las cosas?

Referencias

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados – ACNUR. (2005). *La determinación del estatuto de refugiado*. 1 de septiembre de 2005. Ginebra.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados – ACNUR. (2006). *El derecho de asilo y el mandato de la ACNUR*. 4 de abril de 2006. Ginebra.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados – ACNUR. (2016). *Tendencias globales desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir*. Ginebra.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas – ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París. Recuperado de: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>
- Bauman, Z. (2016). *Extraños llamando a la puerta*. España: Ediciones Paidós
- Coloquio de Cartagena. (22 de noviembre de 1984). Declaración de Cartagena sobre Refugiados.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. (2008). *Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, caso 12.534, Andrea Mortlock (Estados Unidos)*. 25 de julio de 2008.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. (2015). *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados*. Doc. 16. 24 julio 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH. (2005). *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia del 8 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH. (2010). *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH. (2012). *Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana*. Sentencia del 24 de octubre de 2012
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH. (2013). *Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Sentencia del 25 de noviembre de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH. (2014). *Caso Personas haitianas y dominicanas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia del 28 de agosto de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH. (2014a). *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

- De Sousa Santos, B. (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.
- Delgado, P. (2013). *Apátridas, refugiados y migrantes. El derecho a la libre circulación*. Lima: Fondo de Cultura Económica.
- Grant S. (2011). The recognition of migrant's rights within the UN human rights system. En M.B. Dembour y T. Kelly. (Eds.). *Are human rights for migrants? Critical reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States* (p. 25). Londres y Nueva York: Routledge.
- Migración Colombia. (2018). *Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado*. Bogotá D.C.
- Organización de Estados Americanos – OEA. (1961). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*. 28 de julio de 1951.
- Organización de Estados Americanos – OEA. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969.
- Organización de Naciones Unidas – ONU. (1963). *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*. 23 de Abril de 1963.
- Organización de Naciones Unidas – ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.
- Organización de Naciones Unidas – ONU. (2008). *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, –Civiles, Políticos, Económicos, Sociales– y Culturales Incluido el Derecho al Desarrollo*. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53, citado en Caso Loor vs. Panamá
- Organización para la Unidad Africana – OUA. (1969). *Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África*. 10 de septiembre de 1969.
- Sassen, S. (2013). *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*. Madrid: Siglo XXI.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH. (2017). *Caso N.D. y N.T. vs. España*. Sentencia del 3 de octubre de 2017.

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho

Convocatoria permanente

La Revista Estudios de Derecho informa que tiene convocatoria permanente para la recepción de artículos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán solo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por Colciencias:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* “Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones”.

2- *Artículo de reflexión.* “Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales”.

3- *Artículo de revisión.* “Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias”.

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará, en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o

no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingrese al sitio web de la revista www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho, allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: “registrarse como autor”. Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

Criterios generales:

El texto debe digitarse en letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben “llamarse” previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.
- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract* y *Key Words*).

- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.
- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis solo incluye el año. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011)

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si éste lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe solo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde solo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

Libro:

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellido, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellido, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Capítulo de libro colectivo:

Apellido, A. A. & Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Artículo De Revista:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (año). Título del artículo. *Título de la publicación, volumen* (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

Documentos institucionales:

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tesis:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

Documento electrónico:

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Sentencias nacionales:

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Consejo de Estado, Radicación 10009987765555, 5 de septiembre (2010)

Sentencias internacionales:

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

Periódico:

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Derechos de reproducción:

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que solo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Revista Estudios de Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia
<https://www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho>
<https://twitter.com/RevistaEDerecho>
<https://www.facebook.com/RevistaEDerecho>
Edificio de Extensión, Oficina 404
Teléfono: (57-4) 2195855
Medellín-Colombia



Imprenta
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co
Impreso en marzo de 2019

