

Berónica Narváez Mercado
Élida Rosa Parra Castro
Editores

Derechos Humanos y Construcción de Paz

Empresa, Construcción de Paz y Sostenibilidad (Agenda 2030): desafíos desde la óptica del derecho



Empresa, Construcción de Paz y Sostenibilidad (Agenda 2030): desafíos desde la óptica del derecho

Berónica Narváez Mercado y Élide Rosa Parra Castro

Editoras

Autores

*Adalberto Méndez López
Asier Tapias Gutiérrez
Berónica Narváez Mercado
Jenny Alexandra Ocampo Castaño
Iván Humberto Galvis Macías
Ángel Torres Hernández
Onésimo Antonio Fabela Serrano
Elviz Ruiz
Gastón Vidal
Martha Charris Balcázar
Ana Isabel Oñate Barros
Milton Buelvas Mendoza
Margarita Jaimes Velásquez
Cindy Hernández
Katia Palencia Sánchez
Laura Patricia Chávez Flores
José Roberto Espinoza Villegas
Luis Milciades Pérez González
José Covarrubias
Blanca Paredes
Lorena Martínez Martínez
José Cruz Guzmán Díaz*

Este libro es resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

Corporación Universitaria del Caribe - CECAR

Noel Morales Tuesca

Rector

Alfredo Flórez Gutiérrez

Vicerrector Académico

Jhon Víctor Vidal

Vicerrector de Ciencia, Tecnología e Innovación

María Eugenia Vides

Decana de la Facultad de Derecho

Luty Gomez CÁCERES

Director de Investigaciones

Jorge Luis Barboza

Coordinador Editorial CECAR

Editorial.cecicar@cecicar.edu.co

Colección Investigación

© 2020. Empresa, Construcción de Paz y Sostenibilidad (Agenda 2030): desafíos desde la óptica del derecho.

ISBN: 978-980-427-125-0 (impreso)

ISBN: 978-958-5547-53-7 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.21892/978-958-5547-53-7>

Editores: Berónica Narváez Mercado y Élica Rosa Parra Castro.

Autores: Adalberto Méndez López, Asier Tapias Gutiérrez, Berónica Narváez Mercado, Jenny Alexandra Ocampo Castaño, Iván Humberto Galvis Macías, Ángel Torres Hernández, Onésimo Antonio Fabela Serrano, Elviz Ruiz, Gastón Vidal, Martha Charris Balcázar, Ana Isabel Oñate Barros, Milton Buelvas Mendoza, Margarita Jaimes Velásquez, Cindy Hernández, Katia Palencia Sánchez, Laura Patricia Chávez Flores, José Roberto Espinoza Villegas, Luis Milciades Pérez González, José Covarrubias, Blanca Paredes, Lorena Martínez Martínez, José Cruz Guzmán Díaz.

Sincelejo, Sucre, Colombia.

Empresa, construcción de paz y sostenibilidad / Adalberto Méndez López...[et al.]; Berónica Narváez Mercado, Elida Rosa Parra Castro, editores. -- Sincelejo : Editorial CECAR, 2020.

268 páginas : ilustraciones ; 23 cm.

Incluye referencias al final de cada capítulo.

ISBN: 978-980-427-125-0 (impreso)

ISBN: 978-958-5547-53-7 (digital)

1. Justicia social 2. Paz 3. Conciliación 4. Derechos humanos 5. Protección civil 6. Medio ambiente 7. Salud pública 8. Seguridad pública 9. Prisiones I. Méndez, Adalberto II. Tapias, Asier III. Narváez, Berónica IV. Ocampo, Jenny V. Galvis, Iván VI. Torres, Ángel VII. Fabela, Onésimo VIII. Ruiz, Elviz IX. Vidal, Gastón X. Charris, Martha XI. Oñate, Ana XII. Buelvas, Milton XIII. Jaimes, Margarita XIV. Hernández, Cindy J. XV. Palencia, Katia XVI. Chávez, Laura XVII. Martínez, Lorena XVIII. Guzmán, José XIX. Espinoza, José XX: Pérez, Luis XXI. Covarrubias, José XXII. Paredes, Blanca XXIII. Martínez, Lorena XXIV. Guzmán, José XXV. Título.

303.3728613 E558e 2020

CDD 21 ed.

CEP – Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central – COSiCUC

Tabla de Contenido

<i>Introducción</i>	5
LA EMPRESA FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL: HACIA UN TRATADO VINCULANTE SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS	9
Adalberto Méndez López	
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS, EL PAPEL DE LA EMPRESA Y EL ESTADO, EN EL POSCONFLICTO COLOMBIANO: ENTRE LA REQUISITORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS VICISITUDES DEL DESARROLLISMO	25
Asier Tapias Gutiérrez	
Berónica Narváez Mercado	
Jenny Alexandra Ocampo Castaño	
PAZ SOCIAL: LIBERTAD DE EMPRESA EN COLOMBIA FRENTE A LA EVOLUCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN MÉXICO	41
Iván Humberto Galvis Macías	
Ángel Torres Hernández	
Onésimo Antonio Fabela Serrano	
EL IMPACTO JURÍDICO, SOCIAL Y ECONÓMICO DE LAS VIGENCIAS FUTURAS COMO EXCEPCIÓN PRIMARIA DEL PRINCIPIO DE ANUALIDAD PRESUPUESTAL EN LA SOCIEDAD COLOMBIANA Y EN EL SECTOR EMPRESARIAL, DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y AL DESARROLLO	61
Elviz Ruiz	
TRIBUTOS AL MEDIO AMBIENTE: FINALIDAD EXTRAFISCAL Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ARGENTINA	85
Gastón Vidal	

Contenido

EL DIÁLOGO COMO HERRAMIENTA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS TERRITORIALES SOBRE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL EN LA ETAPA DEL POSCONFLICTO EN COLOMBIA	101
Martha Charris Balcázar Ana Isabel Oñate Barros	
ACUERDO DE LA HABANA Y POSCONFLICTO: LA PAZ COMO DERECHO	119
Milton Buelvas Mendoza	
NO HAY DOLOR PEQUEÑO. LA RESPUESTA DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO	141
Margarita Jaimes Velásquez Cindy Hernández Katia Palencia Sánchez	
REFORMA 2011 EN MÉXICO, DERECHOS HUMANOS	163
Laura Patricia Chávez Flores	
ESTUDIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD Y EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN MÉXICO	177
José Roberto Espinoza Villegas	
REFLEXIONES SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y DIH EN COLOMBIA: UN BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE SU IMPLEMENTACIÓN DESDE 2001 – 2010	197
Luis Milciades Pérez González	
LOS DERECHOS PLANETARIOS	243
José Covarrubias Blanca Paredes	
ANÁLISIS DEL SISTEMA PENITENCIARIO FRENTE A LA REINSERCIÓN SOCIAL EN MÉXICO	269
Lorena Martínez Martínez José Cruz Guzmán Díaz	

A partir del proyecto de investigación “Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre”, desarrollado por investigadores de la línea de derecho privado del Grupo de Investigación Sociojurídica de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR en construcción con investigadores grupos de investigación e instituciones aliadas, se presentan los resultados en la presente publicación, en la cual desde la problematización en la que se cimento la indagación sobre la articulación de actores interdisciplinarios, se identifican los fundamentos del escenario construcción de paz y sostenibilidad desde la óptica del derecho.

En un primer momento se identifica y describe el rol de la empresa desarrollando una responsabilidad social voluntaria, frente al derecho internacional que propone un tratado vinculante en materia de derechos humanos y empresas, titulándolo “Instrumento Internacional Vinculante para regular, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de Corporaciones Transnacionales y otras Entidades Comerciales, que prevenga las violaciones a los derechos humanos por parte de las corporaciones.

Dentro del análisis de la responsabilidad estatal se desprende diferentes tipos de responsabilidades, dentro de estas la social donde la empresa como ente generador de evolución dentro de su organización, aporta al crecimiento y desarrollo mediante la inclusión de personas víctimas y victimarios del conflicto armado en su producción y ejecución de sus actividades de ingreso donde se puede evidenciar un trabajo conjunto entre empresa-sociedad-estado. Finalmente se podrá evidenciar en el desarrollo de cada uno de los capítulos la transformación inminente de compañías que han decidido adaptarse al cambio a nivel mundial, para aportar su grano de arena a la consecución de una paz duradera y sostenible en el tiempo.

Empresa, Construcción de Paz y
Sostenibilidad (Agenda 2030):
desafíos desde la óptica del derecho

LA EMPRESA FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL: HACIA UN TRATADO VINCULANTE SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Adalberto Méndez López¹

Resumen

Un cuestionamiento recurrente en el ámbito jurídico es un instrumento internacional vinculante que prevenga las violaciones a los derechos humanos por parte de las corporaciones es necesario. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) no fue ajeno a lo anterior y, desde el año 2011, elaboró el documento denominado “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para Proteger, Respetar y Remediar”, conocido popularmente como los “Principios de John Ruggie” por su redactor, quien fuera el Representante Especial del entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki Moon, para los Derechos Humanos y Empresa. Dicho instrumento, no vinculante, representa el antecedente más significativo del denominado *soft law* en esta materia, visibilizando que el poder que las grandes corporaciones ejercen en la dinámica social no necesariamente es sinónimo de desarrollo y progreso, sino que puede ser en ocasiones contrario a los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos, empresa, dinámica social.

¹ Director del Centro Iberoamericano de Formación en Derecho Internacional y Derechos Humanos (CIFODIDH), Socio de Vélez y Sandoval, S.C., a cargo del área de Derechos Humanos, Empresas y RSE; Catedrático de la Universidad Iberoamericana y del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) en México; Profesor Visitante de la SUNY University at Buffalo (E.U.A.) y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (OEA); Twitter: @ADALSAMMA.

Abstract

A recurrent question in the legal sphere is whether a binding international instrument to prevent human rights violations by corporations is necessary. The United Nations (UN) was not oblivious to the above and, since 2011, produced the document entitled “Guiding Principles on Business and Human Rights: implementation of the UN Framework to Protect, Respect and Remedy”, popularly known as the “John Ruggie Principles” by its editor, who was the Special Representative of the then UN Secretary General, Ban Ki Moon, for Human Rights and Business. This non-binding instrument represents the most significant antecedent of the so-called soft law in this matter, making it clear that the power that large corporations exercise in social dynamics is not necessarily synonymous with development and progress, but can sometimes be contrary to human rights.

Key Word: Human rights, business, social dynamics.

Introducción

En junio de 2014 cuando el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, adoptó durante su vigésima sexta sesión una resolución llamando a la creación de un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, cuyo mandato fuera el de “elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para reglamentar los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”. Dicha resolución, propuesta por Ecuador y Sudáfrica, fue adoptada en ese entonces con 20 votos a favor, 13 abstenciones y 14 en contra, incluyendo a Estados Unidos y a los miembros de la Unión Europea.

El grupo de trabajo referido dio sus primeros resultados tras dos rondas de negociación previas, el 20 de julio de 2018, cuando la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, publicó en su sitio web el primer borrador de lo será el tratado vinculante en materia de derechos humanos y empresas, titulándolo “Instrumento Internacional Vinculante para regular, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de Corporaciones Transnacionales y otras Entidades Comerciales”, propuesto por la delegación de Ecuador y,

posteriormente, se publicaría el borrador del instrumento adjetivo, es decir, del Protocolo Facultativo para la implementación de dicho tratado.

A escasos meses de que se reanuden las rondas de negociación de dicho tratado, la promulgación de un instrumento internacional con efectos vinculantes, es decir, que sea de obligatorio cumplimiento para aquellos Estados ratificantes, se advierte inminente, representando un cambio de paradigma en la concepción de los derechos humanos al extender su esfera de responsabilidad a los particulares.

Cabe mencionar que la creación de un tratado de esta naturaleza no es algo nuevo, realmente si se analizaran los antecedentes en la materia, desde la década de los años setenta existen documentos provenientes de organismos internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo, que ya buscaban abordar la intersección entre la empresa y los derechos humanos, siendo la Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, un buen ejemplo de lo anterior al ser uno de los primeros instrumentos en la materia.

Entonces, si la discusión sobre la responsabilidad de las corporaciones no es un debate emergente, sino que lleva algunos años desarrollándose, ¿porque ha sido en la última década, que éste ha cobrado relevancia y protagonismo en la agenda internacional?

La respuesta sin duda apela a una cuestión reactiva, es decir, la necesidad de responsabilizar a aquellas compañías, cuyo actuar negligente han gravemente lacerado la dignidad humana de personas y comunidades, atiende en gran parte al incremento en la actividad empresarial a nivel global, pues de acuerdo con cifras del Banco Mundial, sólo en 2017, se implementaron alrededor de 3,200 reformas en 186 países durante los últimos 15 años para facilitar e impulsar los negocios en el mundo, lo que necesariamente no sólo significó que el intercambio comercial internacional aumentó considerablemente, sino que ésta actividad también generó mucho mayores daños de los que había causado en el pasado, lo que hizo necesariamente que las empresas se convirtieran en nuevos actores frente al derecho internacional.

Esta incorporación demandó, en consecuencia, un nuevo análisis sobre la responsabilidad en materia de derecho internacional de los derechos humanos, lo que obligó a replantear la exclusividad de los agentes estatales

como sujetos de responsabilidad internacional, e ingresó un esquema de corresponsabilidad entre el Estado y los particulares, el primero por omisión y el segundo por acción, introduciendo así el llamado efecto horizontal de los derechos humanos, en sustitución de la tradicional verticalidad de éstos.

Los derechos humanos en el último lustro han ganado terreno en el campo de la regulación empresarial, convirtiéndose en puntos importantes a considerar en materia de auditoría, contratación, gobierno corporativo, procesos de fusiones y adquisiciones, emisión de acciones, entre otras áreas más. Hoy, pensar al mundo empresarial como una zona libre de derechos humanos es incompatible y la creciente regulación en la materia es muestra de ello.

Violaciones a Derechos Humanos por parte de Corporaciones

Si bien es cierto que son numerosos los casos que se han registrado sobre severas violaciones a derechos humanos cometidas por empresas, no fue hasta la última década que éstos obtuvieron visibilidad en el contexto internacional.

Particularmente, los años 2012 y 2013, fue cuando el tema obtuvo mayor visibilidad. Gracias a *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* y *DaimlerChrysler AG v. Bauman*, dos casos resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América bajo el supuesto normativo del *Alien Torts Claim Act*, (o ATCA por sus siglas en inglés), un ordenamiento que prevé que las Cortes Federales de los Estados Unidos están facultadas para conocer de aquellas acciones legales de carácter civil promovidas por extranjeros por los agravios en contra de éstos por violaciones a sus derechos fundamentales, o en contravención de cualquier acuerdo celebrado por este país.

En el primero de los casos, los sobrevivientes de las comunidades ogoni de Nigeria masacradas por elementos de seguridad de la petrolera holandesa *Royal Dutch Petroleum*, demandaron a la transnacional por las muertes de familiares y violaciones a derechos humanos; mientras que, en el segundo, la gigante alemana fabricante de automóviles, *Daimler Chrysler*, fue imputada por haber participado en la guerra sucia de Argentina en la década de los setenta, al entregar a las autoridades a veintidós de sus trabajadores por haberse manifestado en contra del gobierno en turno, mismos que fueron secuestrados, torturados y asesinados, por lo que fue demandada por familiares de éstos ante las cortes federales estadounidenses.

Si bien, en ambos casos, la causa legal fue desestimada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, es de destacarse que las cortes de distrito si admitieron la causa en primera y segunda instancia.

Más recientemente, la transnacional de agroquímicos *Monsanto*, fue protagonista de los tabloides internacionales tras las severas acusaciones de numerosos grupos de sociedad civil en el mundo, que acusaban a la corporación de ser la culpable de numerosos casos de cáncer a nivel internacional debido a la presencia de dañinos glifosatos en sus productos. Tal fue la molestia internacional, que un grupo de organizaciones no gubernamentales ha buscado insistentemente llevar a juicio a la transnacional ante la Corte Penal Internacional (la “CPI”) por crímenes de *lesa humanidad*.

De hecho, en octubre de 2016, se conformó la ONG internacional denominada “*International Monsanto Tribunal*”, la cual convocó a cinco prestigiosos juristas de distintas partes del mundo (Eleonora Lamm, Directora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina; Jorge Fernández Souza, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de la CDMX, México; Dior Fall Saw, Consultora de la CPI y primera mujer designada como Fiscal en Senegal; Steven Shrybman, Socio de la firma *Goldblatt Partners, LLP*, en Toronto, Canadá; y Françoise Tulkens, académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Louvain, en Bélgica), para conformar un Tribunal de Opinión simulando un juicio ante la CPI contra la transnacional *Monsanto* por crímenes de lesa humanidad y ecocidio.

Dicho Tribunal, en abril de 2017, determinó que *Monsanto*, en efecto, era responsable y elaboró una opinión legal, misma que fue presentada ante la CPI manifestando la pertinencia de llevar a juicio a *Monsanto*, así como a necesidad de incorporar al ecocidio como el quinto tipo penal justiciable por la CPI en el Estatuto de Roma.

Sin embargo, fue en Estados Unidos, donde la corporación de agroquímicos sufrió su mayor revés ante los tribunales al ser condenada por un tribunal estadounidense a pagar 289 millones de dólares a Dewayne Johnson por haberle causado un cáncer terminal debido a la exposición a los productos de la multinacional. El jurado de California que emitió la histórica condena determinó que *Monsanto* había sido responsable por

no advertir correctamente del riesgo para la salud que se corría al usar el herbicida denominado *Roundup*, que fue utilizado de manera frecuente por el demandante quien se desempeñaba como jardinero para el distrito escolar del condado de San Francisco.

Este tribunal también concluyó que la omisión de las advertencias necesarias fue un factor sustancial en la enfermedad de Johnson, de 46 años, quien ahora padece de un linfoma *no hodgkiniano*, que es un tipo de cáncer en los linfocitos de la sangre y a quien sus médicos le han comunicado que le quedan escasos meses de vida.

Finalmente, cabe destacar que, si bien ya comienzan a acumularse los distintos casos de empresas que han incurrido en severas violaciones a derechos humanos, la comunidad internacional también ha hecho lo propio mediante el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, cuyo mandato principal es el de monitorear la aplicación progresiva de los “*Principios de John Ruggie*”. Este cuerpo de expertos, desde su creación, ha realizado desde el año 2012 alrededor de 11 visitas de país, y ha emitido un total de 10 informes de país sobre la materia, identificando las violaciones a derechos humanos más frecuentes cometidas por las grandes corporaciones y en qué sectores son más recurrentes.

En este sentido y derivado de lo anterior, podría afirmarse que los rubros en los que las corporaciones deben tener especial cuidado son los siguientes:

1. **Condiciones de Trabajo y Empleo:** procurar un sano clima laboral, un salario digno y prestaciones salariales suficientes para sus trabajadores. Así como promover y garantizar la igualdad y la no discriminación dentro y fuera de la empresa.
2. **Sindicación y Asociación Laboral:** promover y proteger el derecho de libre sindicación y garantizar la defensa colectiva de los derechos laborales de sus empleados.
3. **Violaciones Graves a Derechos Humanos:** evitar a toda costa incurrir, de manera directa o indirecta, en actos como la tortura, el genocidio, la esclavitud, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, o similares.

4. **Vida Digna y Adecuado Nivel de Subsistencia:** proteger y procurar el derecho a la salud física y mental, así como a la alimentación y a la vivienda, tanto de sus trabajadores como de las personas que se encuentran a su alrededor.
5. **Derecho a la Privacidad y Datos Personales:** Adecuado tratamiento de datos personales, tanto de clientes como de su personal, así como evitar incurrir en prácticas que vulneren este derecho mediante acciones como revisar correos electrónicos, correspondencia o utilizar información privada sin autorización.
6. **Tenencia de la Tierra:** respeto a la vida cultural y al derecho a la propiedad privada y colectiva de las comunidades existentes en aquellos territorios donde una empresa actúe o desarrolle sus actividades, procurando siempre proteger el sustento o fuente de ingresos principal de las comunidades y evitando contaminarlas o depredarlas.
7. **Vida Cívica y Participación Ciudadana:** respetar el ejercicio de la libertad de expresión, los derechos político-electorales, el derecho a la información y el derecho a la manifestación pacífica, evitando cualquier tipo de censura o influencia en el ejercicio de éstos.
8. **Acceso a la Justicia:** evitar que la empresa ejerza cualquier tipo de influencia en el debido proceso, la garantía de audiencia o el acceso a un recurso judicial efectivo de su contraparte, en aquellos litigios en las cuales esté involucrada.
9. **Vida Cultural y Diversidad Religiosa:** promover y respetar la libertad de pensamiento y opinión, la libertad religiosa y el ejercicio de los derechos culturales tanto de sus trabajadores como de las comunidades que se encuentren en la zona de operación de alguna corporación.
10. **Derechos Medioambientales:** protección a los ecosistemas mediante el respeto de zonas naturales protegidas, respeto a la normativa de carácter ambiental y garantizar el derecho al agua y al saneamiento de ésta, evitando contaminarla o restringiendo su disposición.

11. Educación y Acceso a la Tecnología: promover y, en la medida de lo posible, emprender acciones para el ejercicio del derecho a la educación y ser partícipe del acceso efectivo al progreso tecnológico de los grupos socialmente más excluidos.

12. Transparencia y Anticorrupción: contar con políticas de buen gobierno corporativo que promuevan la máxima transparencia del actuar de la empresa y contemplen mecanismos de sanción por prácticas de corrupción.

En consecuencia, y derivado del incremento de casos en el mundo, es que un tratado internacional vinculante que logre efectivamente responsabilizar a aquellas empresas involucradas en violaciones a derechos humanos se demanda necesario, ya que el responsabilizar a los gobiernos únicamente no ha sido suficiente, un esquema de corresponsabilidad entre ambos actores, tanto por acción como por omisión, es de vital necesidad para la construcción de gobernanza mundial y un Estado de Derecho efectivo.

Un Tratado Internacional Vinculante sobre Derechos Humanos y Empresas

El 20 de julio de 2018, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, publicó el primer borrador del Instrumento Internacional Vinculante para regular, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de Corporaciones Transnacionales y otras Entidades Comerciales (traducción de su nombre oficial Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprise).

Dicho instrumento internacional, representa un pilar transformador no sólo para el derecho internacional, sino para el propio derecho de empresa, ya que por vez primera un tratado internacional en materia de derechos humanos amplía su espectro de aplicación más allá de los Estados parte, al responsabilizar a los particulares, en este caso las Empresas, por violaciones a derechos humanos que, tradicionalmente, le eran imputables únicamente a los gobiernos de los países. Es decir, este nuevo tratado constituye una nueva etapa del llamado derecho internacional de los derechos humanos al

horizontalizar la aplicación de éste, substituyendo al sistema vertical de responsabilidades en la materia.

Y es que el llamado efecto horizontal de los derechos humanos, si bien no es nuevo ya que viene trabajándose desde hace varias décadas en la legislación de Alemania, dicho instrumento, hoy en la antesala de ser promulgado por la ONU, si constituye un verdadero parteaguas normativo que irremediablemente modificará la regulación de empresa en el corto plazo.

El borrador del tratado en comento, prevé un esquema de responsabilidad extraterritorial para las empresas que cometan algún acto contrario a derechos humanos, fijando en su artículo quinto, dos distintos supuestos de jurisdicción para justiciabilizar dichas faltas ante los tribunales nacionales de donde se cometan las violaciones, o bien, del lugar de la nacionalidad de la empresa que haya cometido alguna violación a los derechos humanos, o donde ésta se haya constituido o incorporado, según sea el caso.

Al respecto, el mismo fundamento precisa que para efectos del instrumento internacional, se considerará como lugar de domiciliación de la empresa, los siguientes: (i) el domicilio social, (ii) el lugar de la administración central o *headquarter* de la empresa, (iii) el lugar de operación substancial de ésta, o bien (iv) donde se encuentre cualquier agencia, subsidiaria, filial u oficina de representación comercial.

Asimismo, el instrumento referido establece en su artículo sexto, la imprescriptibilidad de cualquier violación a derechos humanos contenida en el derecho internacional, y refiere como causas de responsabilidad por dichas violaciones tres actividades principalmente: (i) por actividades propias que provoquen una afectación, (ii) por actividades de entidades asociadas (como subsidiarias o filiales) que contribuyan a provocar una afectación, y (iii) por actividades de alguna entidad que cause una afectación con la que la empresa mantenga alguna relación comercial y esté vinculada con las operaciones, productos, servicios de ésta, o bien, forme parte de una cadena de suministro de la empresa (lo que significa la obligación de prevenir cualquier contingente de este tipo).

Además, el proyecto de tratado, consciente de que la representación legal de estos casos puede presentar barreras para justiciabilizar estas causas por parte de población que vive en situación de vulnerabilidad, el instrumento prevé en el párrafo séptimo de su artículo octavo, la creación de

un fondo internacional para víctimas para poder hacer frente a las cargas económicas que la representación jurídica de estas causas pudiera conllevar, lo cual es innovador y representa una evolución en comparación con los instrumentos internacionales que le preceden.

El artículo noveno a su vez prevé la obligación de legislar domésticamente el concepto de “due diligence” o debida diligencia, consistente en “la responsabilidad y actividades por las cuales las empresas deben identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas respecto de los daños que causan, a los cuales contribuyen o con los cuales están relacionados”. En este sentido, dentro del catálogo de obligaciones que conlleva la debida diligencia, se mencionan sin limitar, la obligación de realizar diagnósticos o estudios en materia de impacto ambiental, social y de derechos humanos sobre las actividades y/o proyectos a realizar por parte de las corporaciones, la implementación de procesos de consulta obligatoria con comunidades y grupos de interés, contratación de esquemas de aseguramiento por daños a terceros como consecuencia de las actividades de una empresa, entre otras medidas más.

Asimismo, los artículos 10 (responsabilidad legal), 11 (asistencia legal mutua), 12 (cooperación internacional) y 13 (consistencia con el derecho internacional), conforman un marco jurídico al amparo del derecho internacional que busca hacer efectiva la responsabilidad extraterritorial de las empresas responsables de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos, mediante la efectiva cooperación internacional y la coordinación transfronteriza entre sistemas de impartición de justicia, a través de la homologación de conductas ilícitas y punibles no sólo en el espectro global sino a nivel nacional también.

Otra cuestión que destacar del proyecto del tratado es la creación de un Comité Internacional de Expertos, con un máximo de 18 miembros, para dar seguimiento al cumplimiento del instrumento internacional. Dentro de las facultades de dicho cuerpo colegiado, se prevé la emisión de reportes anuales sobre el cumplimiento del tratado por los Estados parte, proveer asistencia técnica en la implementación de este, así como solicitar a la Secretaría de General de la ONU la elaboración de estudios especializados en alguna materia relativa al contenido del instrumento.

Asimismo, no sólo el borrador del instrumento internacional vinculante en la materia fue publicado, días después, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de ONU, también publicó el borrador de lo que sería el Protocolo Facultativo del futuro tratado internacional.

En este sentido, mediante el instrumento en cuestión se emiten las directrices para la implementación de un Mecanismo Nacional de Implementación del tratado. En este sentido, la propuesta de Protocolo Facultativo establece que dicho mecanismo debe recaer en una Institución Nacional de Derechos Humanos (las “INDH”) que cumpla los estándares previstos por los Principios de París.

Lo anterior, si bien se advierte por demás progresista, a la vez representa un cambio de paradigma substancial con respecto a las INDH, ya que históricamente éstas sólo tenían competencia para emitir recomendaciones e investigaciones en contra de autoridades, sin embargo, el Protocolo Facultativo propuesto, de acuerdo con su artículo quinto, busca que las INDH tengan facultades adicionales a las que ya tienen, frente a particulares (entendidos éstos como corporaciones) para investigarlas y, en su caso, emitir recomendaciones a éstas para que implementen adecuadamente el tratado vinculante, lo que en consecuencia demandará profesionales no sólo familiarizados con los derechos humanos, sino con la gestión empresarial y el mundo de los negocios.

No cabe duda de que un cambio de paradigma, tanto para el derecho internacional como para el de empresa, se avecina en breve, demandando un nuevo perfil de profesionales en la materia, así como un desarrollo teórico y práctico en lo que a la intersección derechos humanos y empresas se refiere.

Todo parece indicar que, por vez primera, el Estado y los particulares, en este caso las empresas, serán corresponsables frente a violaciones a derechos humanos, significando que la regulación comercial y transaccional está por enfrentar una transformación sustancial. El *compliance*, la responsabilidad social empresarial, el gobierno corporativo y los derechos humanos *per sé*, están por convertirse en pilares fundamentales de la gestión comercial y corporativa.

Conclusiones

La Transformación de la Empresa

Todo parece indicar que, frente a esta transformación inminente, ya hay varias compañías que han preferido adelantarse al cambio y han iniciado dicha conversión antes de que la nueva regulación a nivel mundial entre en vigor.

Al respecto, resultan destacables, ejemplos como el de la transnacional Kraft Heinz, considerada la quinta compañía de alimentos y bebidas más grande del mundo, quien recientemente anunció que para el año 2025, substituiría por completo sus envases plásticos en todo el mundo por envases reciclables, reutilizables o compostables.

En una histórica decisión, más del 13% de los accionistas respaldó en la asamblea anual de abril de este año, la propuesta de uno de los inversionistas quien solicitó un informe sobre la capacidad de reciclaje de sus envases. Y es que desde el 2010, la nueva visión de la compañía, según informa su oficina de reputación corporativa global, ha sido la de equilibrar la sostenibilidad con los requisitos de seguridad alimentaria, vida útil, distribución, costo y apariencia de sus productos.

Asimismo, industrias más complejas como la tabacalera o la armamentista han sorprendido al mundo con sus nuevas políticas comerciales que, a primera vista, parecieran ser contrarias al giro comercial de dichas compañías.

En abril de 2018, la empresa líder del sector tabacalero, Phillip Morris International, hizo un anuncio sin precedentes, al manifestar que la transnacional dejaría de comercializar cigarrillos por completo en todo el mundo para el 2030. ¿Cómo una empresa que se dedica a la producción y venta de cigarrillos podría subsistir sin vender estos? La respuesta fue que migraría a productos libres de humo que disminuirían el impacto del cigarrillo convencional en un 95%.

El nuevo producto de la multinacional, que está ya substituyendo al cigarrillo, es el IQO'S, un dispositivo electrónico que funciona con "heets", comprimidos de tabaco que no combustionan, sino que sólo se calientan produciendo vapor natural. Dicho sistema de calentado de tabaco tiene ya presencia en 38 países y, desde el 21 de marzo de este año, en Grecia, cesó la producción de cigarrillos para únicamente producir los llamados "heets". La industria del cigarrillo nunca volverá a ser la misma sin lugar a duda.

Pero ha sido en la industria de la producción y venta de armas, donde el anuncio más sorprendente ha tenido lugar.

Es irrefutable que la venta legal de armas es, quizás, de los giros comerciales más impopulares alrededor del mundo ya que es, mediante los conflictos armados, como sus ventas se elevan. Es decir, una guerra, es la oportunidad de negocio ideal para que una empresa del ramo aumente sus dividendos.

Sin embargo, en agosto de 2017, *Heckler & Koch*, la gigante alemana de la industria armamentista, dio a conocer que su asamblea de accionistas había decidido no vender ya en zonas de guerra ni en aquellos países que violaran estándares en materia de corrupción y democracia. Además, durante el mismo año, los directivos manifestaron que también se encuentran trabajando en la constitución de un fondo para compensar a las víctimas que hayan sido heridas o victimadas por alguna de las armas comercializada por la compañía.

Considerada por décadas la compañía más mortífera del mundo y tras severos escándalos en 2010 por venta ilegal de rifles de asalto en México, hoy *Heckler & Koch*, parece haberse redimido coronándose como la empresa de armas con la política de venta más ética del sector.

La forma de hacer negocios en el mundo está cambiando. Pareciera ser que los directivos de empresas más visionarios están buscando transformarse frente a la inminente regulación en materia de derechos humanos que está por impactar en el sector empresarial.

Transformarse o desaparecer, es el destino que hoy tienen frente a ellas cientos de miles de corporaciones transnacionales que operan en todo el mundo. Rehusarse al cumplimiento en materia de derechos humanos será, en unos cuantos años, motivo suficiente para que el valor de las acciones de una compañía se deprecie en el mercado de valores, pague multas millonarias o, incluso, cese sus operaciones, temporal o hasta permanentemente.

A manera de conclusión, resulta pertinente recordar un caso sobre las transformaciones, en ocasiones inconcebibles, que están adoptando las empresas en distintas partes del mundo.

A finales del mes de julio de 2018, la corporación británica de servicios turísticos, *Thomas Cook Group*, anunció que su nueva política de venta

excluía por completo la venta de todo destino que contemplara visitas a lugares donde existieran orcas en cautiverio o cualquier otro tipo de fauna marina. Si una compañía de las dimensiones de ésta pudo modificar substancialmente sus políticas corporativas en favor de los animales, cualquier empresa en el mundo puede hacerlo por el beneficio de la humanidad, sobre todo si consideramos que es ésta su principal (y única) clientela.

Referencias

Resolución A/HRC/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de fecha 14 de julio de 2014, relativa a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

Conocido como “Draft Zero”, el primer borrador del “Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, fue publicado por ONU desde Julio de 2018. Disponible para su consulta en la siguiente liga: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

“Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, fue publicado por ONU desde septiembre de 2018. Disponible para su consulta en la siguiente liga: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.PDF>

El Banco Mundial a través de Doing Business, y disponible para su consulta en la siguiente liga: <http://espanol.doingbusiness.org/reforms>

Informe anual de la compañía sobre responsabilidad social corporativa titulado “*Growing a Better World at Kraft Heinz: 2017 Corporate Social Responsibility Report*”,

De acuerdo con información del Manifiesto de *Phillip Morris International* denominado “*Designing a Smoke-Free Future*”, <https://www.pmi.com/who-we-are/designing-a-smoke-free-future>

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS, EL PAPEL DE LA EMPRESA Y EL ESTADO, EN EL POSCONFLICTO COLOMBIANO: ENTRE LA REQUISITORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS VICISITUDES DEL DESARROLLISMO

Asier Tapias Gutiérrez¹
Berónica Narváez Mercado²
Jenny Alexandra Ocampo Castaño³

Resumen

En Colombia la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos colectivos ha avanzado considerablemente a partir de la Constitución Política de 1991, en ella se contempla una protección especial a los derechos colectivos que se ha desarrollado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional principalmente respecto a el derecho al medio ambiente, sin embargo no siempre es el Estado es el que vulnera los derechos colectivos en algunos casos cuando los daños son causados por terceros sea empresas multinacionales o cualquier otra persona jurídica este adquiere

1 Magister en Derecho de la Universidad Pablo De Olavide. Magister en Ciencias Sociales de Universidad Del País Vasco. Magister en Estudios Internacionales de la Universidad del País Vasco. Docente Investigador de Universidad de Cartagena. Email: asiertg@hotmail.com

2 Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. MBA de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora, Directora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe, Líder del Grupo de Investigación GISCER. Email: beronica.narvaez@cecar.edu.co

3 Estudiante de Derecho, 5 año, Universidad Libre de Pereira, integrante del Semillero de Derechos Humanos, correo: Alexa-19978@hotmail.com, celular: 3106518488.

La protección de los derechos colectivos, el papel de la empresa y el Estado, en el posconflicto colombiano: entre la requisitoria del derecho internacional y las vicisitudes del desarrollismo

responsabilidad cuando se logre demostrar que existió complicidad, aquiescencia o falta de prevención por parte de los agentes estatales.

Palabras clave: responsabilidad social empresarial, derechos colectivos, derecho al medio ambiente, empresas.

Abstract

In Colombia, the international responsibility of the State for the violation of collective rights has advanced considerably since the Political Constitution of 1991, which provides for special protection of collective rights and jurisprudence mainly developed the right to the environment, without However, it is not always the State that violates collective rights in some cases when the damage is caused by third parties, whether multinational companies or any other legal entity acquires responsibility when it is demonstrated complicity, acquiescence or lack of prevention by the agents state

Key words: corporate social responsibility, collective rights, right to the environment, companies

Introducción

La responsabilidad del Estado ha ido aumentando progresivamente debido a que al principio el Estado era totalmente irresponsable ante los daños que le causaba a las personas y actualmente es posible establecer una responsabilidad estatal incluso de carácter internacional por las conductas que vulneren derechos humanos tanto por acción como por omisión, en consecuencia cuando el Estado o un tercero con la aquiescencia de este cause un daño se le impone la obligación de repararlo, es decir el derecho se ha desarrollado progresivamente para adaptarse a los nuevos cambios sociales, económicos y políticos de tal manera que el concepto de reparación integral implica una declaración de responsabilidad incluso de carácter internacional al Estado cuando incumpla alguna de sus obligaciones.

En virtud a lo anterior se analizará la responsabilidad del Estado en la protección de los derechos colectivos y como los terceros pueden también generar en algunos casos una responsabilidad de carácter estatal.

Responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos resolución 53/86 de la asamblea general ONU

En esta resolución se puede establecer las directrices para identificar cuando un hecho ilícito puede ser atribuible al Estado y para ello es necesario que en primer lugar que el Estado al momento de los hechos haya adquirido la obligación de carácter internacional y que el daño se produzca por acción u omisión de los agentes estatales, en consecuencia, el art 12 de esta resolución nos dice lo siguiente:

Artículo 12.- Existencia de violación de una obligación internacional. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación. (1986)

En la resolución 53 de 1986 que se define como hechos internacionalmente ilícitos a la serie de acciones u omisiones que atentan contra los derechos humanos y generan el incumplimiento de las obligaciones internacionales que haya adquirido el Estado, es decir estas acciones u omisiones sin importar o el origen o la naturaleza de la obligación en su conjunto conforman un hecho internacionalmente ilícito.

En este mismo orden de ideas a pesar de que esta resolución no se refiere expresamente a los casos en los cuales puede existir una responsabilidad estatal por las violaciones a los derechos humanos que generen terceros en su artículo 8 si hace referencia a las personas o grupo de personas que actúan bajo el control y la supervisión del Estado, es decir incluye tanto los casos en que terceros actúan con la aquiescencia del Estado y cuando por su omisión o falta de control se cometen graves violaciones a los derechos humanos por parte de estas personas, al respecto el artículo dice lo siguiente:

Artículo 8: Comportamiento bajo la dirección o control del Estado. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento. (1986)

Es decir que si una persona o grupo de personas se encuentran la bajo la dirección y control del Estado y este no hace nada por evitar que sigan vulnerando los derechos humanos allí

también se configura un incumplimiento a sus obligaciones internacionales lo que genera responsabilidad estatal, es por ello que este tema ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos principalmente en relación con las violaciones a los derechos humanos de allí la necesidad de analizar tres casos latinoamericanos para determinar las directrices que estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para alegar una posible responsabilidad del Estado por hecho de terceros.

El primer caso es el de Masacre la Rochela Vs Colombia donde se declaró al Estado responsable internacionalmente por favorecer la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos cometidas por los grupos paramilitares con el apoyo y la complicidad de los agentes estatales, al respecto la Corte IDH en la sentencia del 11 de mayo de 2007 se concluye lo siguiente:

La falta de una exhaustiva investigación sobre los mecanismos de operación de los paramilitares y sus vínculos y relaciones con agentes estatales, entre ellos miembros de la Fuerza Pública, ha sido uno de los factores que impidió la investigación, juicio y, en su caso, la sanción de todos los responsables. (2007)

En este caso podemos concluir que a pesar de que la masacre fue perpetrada por terceros reconocidos como grupos paramilitares se logró demostrar la responsabilidad internacional del Estado debido a que existía tolerancia e incluso complicidad por parte de agentes estatales que se evidencio en la falta de investigación sobre las operaciones paramilitares y los posibles vínculos que podían existir con miembros de la fuerza pública en la región, en consecuencia, se desviaron las investigaciones y no fue posible sancionar a todos los responsables.

El segundo caso es el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México en la sentencia del 16 de noviembre de 2009 la Corte IDH hace referencia a la obligación que tiene el Estado de investigar los hechos cometidos por terceros, al respecto dice lo siguiente:

La Corte ha advertido que esta obligación se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con

seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado. (2009)

Cabe concluir que en este caso se pudo evidenciar la falta de investigación que existía en los casos de homicidios de mujeres y la negligencia con la que actuaban los agentes estatales encargados de recibir las denuncias fue lo que ocasiono la responsabilidad del Estado Mexicano por la violación a sus obligaciones internacionales de protección a los derechos humanos de las tres jóvenes.

En este mismo orden de ideas el tercer caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* es importante en la medida que hace referencia a la protección de los derechos de segunda generación, es decir el derecho a la salud y en su sentencia del 4 de julio contra el Estado de Brasil expresa lo siguiente:

La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. (2006)

De acuerdo con los anteriores casos el Estado puede ser declarado internacionalmente responsable por los hechos de un tercero en primer lugar cuando se demuestre que el acto se cometió con tolerancia, complicidad o aquiescencia con personas o grupos de personas que causaron graves violaciones a los derechos y en segundo lugar cuando el Estado teniendo la obligación de investigar y prevenir el hecho de un particular no lo hizo a pesar de tener el deber de hacerlo.

Es por ello que cuando hablamos de terceros pueden ser grupos armados al margen de la ley, empresas, organizaciones de personas o cualquier otro tipo de personas jurídicas de derecho privado es necesario analizar la relación que tiene el Estado con las personas jurídicas de derecho privado y como se les impone dentro del ámbito nacional e internacional la obligación a las empresas de proteger los derechos humanos.

El alcance dado a la relación Empresa – Estado en el derecho internacional.

Es necesario entender que no sólo el Estado tiene la responsabilidad de prevenir las graves violaciones a los derechos humanos, sino que actualmente el derecho internacional ha reconocido la responsabilidad social que tienen las empresas en contribuir no sólo con el desarrollo sostenible a través de la implementación de tecnología limpias sino también en la protección de los derechos humanos de la sociedad.

Un ejemplo emblemático colombiano de los casos en que multinacionales han vulnerado los derechos humanos de los trabajadores y el Estado o ha sido cómplice de ello es la Masacre de las Bananeras ocurrida en Ciénaga, Magdalena, donde trabajadores de la United Fruit Company se negaron a continuar con su trabajo si la multinacional Estadunidense que aboliera los sistemas de contratación indirecta y les otorgara los beneficios que por ley tenían derecho, es así como después de un mes sin llegar a un acuerdo el 5 de diciembre de 1928 la huelga pacífica terminó con el ataque indiscriminado de soldados colombianos que atacaron a sangre y fuego a los más de tres mil trabajadores que se encontraban reclamando mejores condiciones laborales esto desencadenó la ira del Congreso que fue quien terminó denunciando que el Estado había acabado con la vida de miles de personas sólo por proteger los intereses de la Multinacional United Fruit Company.

En este mismo orden de ideas artículo de María Paula Alfonso Monroy, politóloga colombiana se hace un recorrido sobre cómo se ha ido construyendo la responsabilidad de las empresas con los derechos humanos, al respecto nos dice:

Durante la década de 1980, las campañas de la sociedad civil denunciaron el perjudicial papel desempeñado por el Banco Mundial al apoyar grandes proyectos de desarrollo en muchos países de bajos ingresos, los que generaban destrucción medioambiental y menoscabo de derechos humanos. (Feeney, s.f., p. 11).

Es decir se empezó a desarrollar a partir de 1980 unas campañas por parte de la sociedad civil que tenía como objeto evidenciar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por las multinacionales pues estaban ocasionando en los países bajos daños al medio ambiente y los

esquemas laborales atentaban contra los derechos de los trabajadores por lo que era necesario que los Estados adoptaran unas directrices que debían respetar las empresas multinacionales para que se generara un verdadero crecimiento económico y desarrollo social.

El inicio de la responsabilidad social empresarial en el derecho internacional

El primer instrumento internacional de responsabilidad social empresarial fue creado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que consisten en Líneas Directrices para Empresas Multinacionales que a pesar de no tener una fuerza vinculante, si son unas recomendaciones elaboradas por los gobiernos de 42 países que buscan compilar los principios y normas internacionales que deben implementar las multinacionales que tienen sede en sus territorios, además buscan promover una conducta de responsabilidad social respecto a la protección de los derechos humanos.

De acuerdo con OCDE es importante que las empresas multinacionales contribuyan con el desarrollo económico de un Estado, sin embargo, las actividades que estas desarrollen deben estar articuladas con las políticas públicas implementadas por el Estado en materia de cuidado, prevención y protección de los derechos humanos en su territorio, es por ello que en los principios generales de las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales se le recomienda a las empresas adquirir los siguientes deberes:

Las empresas deberán: 1. Contribuir al progreso económico, social y medioambiental para lograr un desarrollo sostenible. 2. Respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades. (2011)

Cabe concluir que estas directrices a pesar de no tener una fuerza vinculante si es considerado en muchos Estados como un manual de conducta que deben seguir las empresas multinacionales que quieran desarrollar actividades en su territorio, además el concepto de la responsabilidad social empresarial ha ido desarrollándose a tal punto que hoy se habla de una obligación de la empresas el contribuir con el desarrollo sostenible y evitar que la actividad que desarrollan pueda afectar los derechos humanos de la sociedad.

Es importante resaltar que dentro de estas Líneas Directrices para Empresas Multinacionales se creó un capítulo completo sobre Derechos Humanos en la medida que los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos y para ello deben incorporar dentro de su ordenamiento jurídico principios que protejan a las personas de los abusos que puedan cometer las empresas multinacionales, al respecto en su capítulo IV dice lo siguiente:

Las empresas deberán: 1. Respetar los derechos humanos, lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas. 2. En el marco de sus actividades propias, evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen y resolver dichos impactos si los hubiera. (2011)

Es decir, la obligación de las empresas con los derechos humanos es de hacer en la medida que en caso de existir en el desarrollo de sus actividades una vulneración a los derechos humanos de las personas debe reparar los daños que le causo a las personas y la otra obligación es la de abstenerse de causar impactos negativos al medio ambiente o a las personas siempre garantizando el progreso de la sociedad a través del desarrollo sostenible.

En este mismo orden de ideas la responsabilidad social empresarial no sólo se extiende a los derechos de primera y tercera generación, sino que también en estos principios internacionales se incluyen normas del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales principalmente en los derechos de los trabajadores pues en el 2000 el Consejo de Administración de la OIT adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social con el cual se busca garantizar que exista un trabajo decente para todos, evitando la explotación y cualquier otro tipo de abusos por esquemas contractuales que vayan en contra de los derechos de los trabajadores reconocidos en el ámbito internacional.

En las políticas generales de la Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social en su numeral 10 inciso c encontramos la necesidad de que las empresas multinacionales

se comprometan en el cumplimiento de los estándares internacionales de protección a los derechos de los trabajadores:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas, incluidas las empresas multinacionales dondequiera que operen: i) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan, y ii) traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. (2000)

Cabe resaltar que la responsabilidad social empresarial abarca también la protección de los derechos de los trabajadores de tal manera que se garanticen los derechos en el ámbito internacional, allí es necesaria la regulación del Estado para garantizar que estas directrices de derechos de los trabajadores en el ámbito internacional sea incorporada a su ordenamiento jurídico con el fin de prevenir posibles daños y abusos que puedan surgir en el desarrollo de las actividades de las empresas multinacionales.

En cuanto a la responsabilidad social empresaria en la protección de los derechos colectivos lo encontramos en los ***principios pacto mundial de las naciones unidas*** del año 2004 en el tema específicamente del medio ambiente creo tres principios que son necesarios que las empresas fomenten para la protección de los recursos naturales renovables y no renovables que pueden verse afectados con el desarrollo de sus actividades de explotación, estos principios son:

1. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.
2. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente.
3. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental. (2004)

Dado que la tecnología ha ido evolucionando y es posible hablar actualmente de tecnologías limpias y amigables con el medio ambiente se ha generado una responsabilidad a las empresas de implementar estas nuevas tecnologías, es decir las empresas deben procurar que sus actividades produzcan el menor daño posible al medio ambiente y a su vez proteger los

derechos humanos de las personas, es decir en el caso de las comunidades indígenas es muy importante garantizar su derecho a la propiedad colectiva pues para ellos su tierra es sagrada y los Estados deben proteger estos territorios con mecanismos como la consulta previa o declarando los territorios como reservas naturales protegidas donde se prohíbe la explotación por cualquier tipo de empresa.

En el ámbito regional, aunque la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no habla expresamente de los Derechos Colectivos jurisprudencialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el tema y ha creado un instrumento de protección de los derechos colectivos dirigido específicamente a las comunidades indígenas también conocido como la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas que en su artículo XIX dice lo siguiente:

Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.
(2016)

Es muy importante hacer este análisis porque los derechos colectivos en la jurisprudencia de la Corte IDH desempeña un papel complementario de los derechos humanos individuales y es obligación del Estado garantizar su pleno goce, en el caso de los territorios indígenas estos requieren de un enfoque étnico especial teniendo en cuenta las creencias y las necesidades de cada una de las etnias.

Los avances de la responsabilidad social empresarial en Colombia.

En Colombia durante muchos años los Derechos Colectivos y del Medio ambiente se encuentran consagrados en el capítulo III de la Constitución Política y contempla no solo el el derecho a la paz, también el espacio público y en especial el derecho a un medio ambiente sano, al respecto dice lo siguiente:

ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. (1991)

Es decir, el derecho al medio ambiente goza de una protección constitucional y por lo tanto implican para el Estado la obligación de crear leyes e implementar mecanismos para su efectiva protección, sin embargo estos mecanismos no han evitado que terceros atenten contra el derecho a un ambiente sano de las personas, un ejemplo de ello son los atentados a los oleoductos perpetuados por el ELN, la minería ilegal de las Bandas Criminales y en algunos casos hasta las mismas empresas estatales producen estos daños como fue el caso de ECOPETROL quien causo el derrame de 22 barriles de petróleo sobre el río Sogamoso en Barrancabermeja Santander lo que últimas termino contaminando el río y dos quebradas más con una mezcla crudo y lodo.

Uno de los avances más significativos que ha tenido el derecho al medio ambiente ha sido en la sentencia **Sentencia T-622/16** donde la Corte Constitucional reconoció como sujeto de derechos al Río Atrato, esta sentencia es histórica porque reconoce por primera vez al Río Atrato como una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación y restauración de Estado y las comunidades étnicas, además establece lo siguiente:

Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permite afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado (2016)

En conclusión, la Corte Constitucional reconoció que el hecho de ser sujetos de derechos va más allá del escenario humano y que la naturaleza en este caso el Río Atrato tenía una protección especial constitucional que la llamaron la “Constitución Ecológica”, en consecuencia con este reconocimiento el Estado tiene la obligación de protegerlo y recuperarlo pues como se dijo en la sentencia la trascendencia que tiene el medio ambiente

La protección de los derechos colectivos, el papel de la empresa y el Estado, en el posconflicto colombiano: entre la requisitoria del derecho internacional y las vicisitudes del desarrollismo

en la salud, la vida y la integridad de una persona requiere que se tomen acciones contundentes en contra de los factores de contaminación que en este caso era la minería ilegal que se vive en el departamento del Chocó.

Finalmente, a pesar de los avances que han existido en materia jurisprudencia del derecho al medio ambiente y que en el ordenamiento jurídico existen mecanismos como la consulta previa para proteger los derechos colectivos de las comunidades étnicas aún hay muy poco compromiso social por parte de las empresas que desarrollan actividades de explotación de recursos no renovables de ahí la necesidad de aumentar los controles por parte del Ministerio del Medio Ambiente y promover en las empresas multinacionales el uso de tecnología limpias que no contaminen el medio ambiente.

Conclusiones

En conclusión, si una persona o grupo de personas se encuentran la bajo la dirección y control del Estado y este no hace nada por evitar que sigan vulnerando los derechos humanos allí también se configura un incumplimiento a sus obligaciones internacionales lo que genera responsabilidad estatal.

De acuerdo con los anteriores casos el Estado puede ser declarado internacionalmente responsable por los hechos de un tercero en primer lugar cuando se demuestre que el acto se cometió con tolerancia, complicidad o aquiescencia con personas o grupos de personas que causaron graves violaciones a los derechos y en segundo lugar cuando el Estado teniendo la obligación de investigar y prevenir el hecho de un particular no lo hizo a pesar de tener el deber de hacerlo.

Es necesario entender que no sólo el Estado tiene la responsabilidad de prevenir las graves violaciones a los derechos humanos, sino que actualmente el derecho internacional ha reconocido la responsabilidad social que tienen las empresas en contribuir no sólo con el desarrollo sostenible a través de la implementación de tecnología limpias sino también en la protección de los derechos humanos de la sociedad.

De acuerdo con OCDE es importante que las empresas multinacionales contribuyan con el desarrollo económico de un Estado, sin embargo, las actividades que estas desarrollen deben estar articuladas con las políticas públicas implementadas por el Estado en materia de cuidado, prevención y protección de los derechos humanos en su territorio.

Cabe concluir que estas directrices a pesar de no tener una fuerza vinculante si es considerado en muchos Estados como un manual de conducta que deben seguir las empresas multinacionales que quieran desarrollar actividades en su territorio, además el concepto de la responsabilidad social empresarial ha ido desarrollándose a tal punto que hoy se habla de una obligación de la empresas el contribuir con el desarrollo sostenible y evitar que la actividad que desarrollan pueda afectar los derechos humanos de la sociedad.

La responsabilidad social empresarial abarca también la protección de los derechos de los trabajadores de tal manera que se garanticen los derechos en el ámbito internacional, allí es necesaria la regulación del Estado para garantizar que estas directrices de derechos de los trabajadores en el ámbito internacional sean incorporadas a su ordenamiento jurídico con el fin de prevenir posibles daños y abusos que puedan surgir en el desarrollo de las actividades de las empresas multinacionales.

Es muy importante hacer este análisis porque los derechos colectivos en la jurisprudencia de la Corte IDH desempeña un papel complementario de los derechos humanos individuales y es obligación del Estado garantizar su pleno goce, en el caso de los territorios indígenas estos requieren de un enfoque étnico especial teniendo en cuenta las creencias y las necesidades de cada una de las etnias.

El derecho al medio ambiente goza de una protección constitucional y por lo tanto implican para el Estado la obligación de crear leyes e implementar mecanismos para su efectiva protección.

La Corte Constitucional reconoció que el hecho de ser sujetos de derechos va más allá del escenario humano y que la naturaleza en este caso el Rio Atrato tenía una protección especial constitucional que la llamaron la “Constitución Ecológica”, en consecuencia, con este reconocimiento el Estado tiene la obligación de protegerlo y recuperarlo pues como se dijo en

la sentencia la trascendencia que tiene el medio ambiente en la salud, la vida y la integridad de las personas.

A pesar de los avances que han existido en materia jurisprudencia del derecho al medio ambiente y que en el ordenamiento jurídico existen mecanismos como la consulta previa para proteger los derechos colectivos de las comunidades étnicas aún hay muy poco compromiso social por parte de las empresas que desarrollan actividades de explotación de recursos no renovables de ahí la necesidad de aumentar los controles por parte del Ministerio del Medio Ambiente y promover en las empresas multinacionales el uso de tecnología limpias que no contaminen el medio ambiente.

Referencias

- ONU. Asamblea de las Naciones Unidas. Resolución 53/86. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS. (1986). Art 12. Disponible en: <https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Párr.164. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Párr 291. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Párr. 89. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf.
- Colombia Informa. (2017). la masacre de las bananeras: la matanza que, si ocurrió, 16 de junio de 2017, pag 1. Bogotá. Disponible en: <http://www.colombiainforma.info/5-y-6-de-diciembre-la-masacre-de-las-bananeras-la-matanza-que-si-ocurrio/>
- Alfonso MP, (2013). Empresas y Derechos Humanos: una responsabilidad en construcción. Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS PO-

- LÍTICAS. Vol. 43, No. 118 / pág. 6. Medellín. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n118/v43n118a11.pdf>.
- OCDE (2013). Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing. Pag 22 - 35 Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.
- OIT (2017), Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. Pag 13. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf.
- OEA.(2016).DECLARACIONAMERICANASOBRELOSDERECHOSDELOSPUEBLOSINDÍGENAS. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).Pag 8. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.
- EL ESPECTADOR. (2018). Anla abre investigación contra Ecopetrol por derrame de petróleo en Barrancabermeja. (Santander). Pag 1. Disponible en : <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/anla-abre-investigacion-contra-ecopetrol-por-derrame-de-petroleo-en-barrancabermeja-articulo-745785>.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2016).MP: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Sentencia T-622/16. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

PAZ SOCIAL: LIBERTAD DE EMPRESA EN COLOMBIA FRENTE A LA EVOLUCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN MÉXICO

Iván Humberto Galvis Macías¹
Ángel Torres Hernández²
Onésimo Antonio Fabela Serrano³

Resumen

La actividad empresarial en Colombia y – ¿por qué no decirlo? – en la mayor parte de los Estados del mundo, constituye un elemento esencial para la generación de desarrollo económico y de prosperidad social. La importante labor asumida por el empresario mercantil en todas las economías modernas debe partir, en cada caso particular, de un reconocimiento económico (obtención de ganancias) que no se obtiene de otra manera distinta a la de producir o comercializar los bienes o servicios derivados de determinada actividad, en condiciones de calidad, buen precio y fidelización de la clientela, cuestiones que en sí mismas solo pueden alcanzar los efectos esperados si el empresario ejecuta su actividad en condiciones de competencia (supuesto general de las economías de mercado) y bajo la posibilidad de ejercer su libertad económica. Sin embargo, este reconocimiento económico no se obtendría sin la institucionalización de un sistema de

1 Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, con estudios de economía de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Contratación Estatal (Trabajo de Grado Laureado) de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, investigador y docente universitario en programas de pregrado y posgrado.

2 Magíster en Derecho. Especialista en Derecho Tributario y en Gerencia de la Hacienda Pública Abogado y Contador Público. Docente Investigación de la Corporación Antonio José de Sucre. Email: angel_torres@corposucre.edu.co

3 Maestro en Derecho penal de la Universidad de Durango, México. Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. UNAM. Docente Investigador del Centro Universitario Allende. Email: onefabela@hotmail.com

garantías jurídicas que le permitan al empresario ejercer su actividad con libertad y, de la misma manera, que protejan el objeto de su empresa de irrupciones o barreras injustificadas que a la postre le impidan obtener su utilidad. El legislador al tener en sus manos, uno de los fines más altos del derecho, la búsqueda constante de la paz social, mediante la promulgación de leyes justas, debe dejar de lado, cualquier interés personal o mezquino que le inclinen, a favorecer a una persona o a un determinado grupo de personas. Su interés final debe centrarse en buscar la paz como estado de tranquilidad social, no solamente de la persona en lo individual, sino también de las personas jurídicas o morales, a través de normas, que ayuden a fortalecer la vida armónica y la tranquilidad social es por esta razón que en este artículo plantea la evolución de las personas jurídicas, la crisis y retos que se deben asumir para consolidar la tan anhelada Paz, a las personas Jurídicas de índole Mercantil, por la gran importancia que conllevan en toda sociedad moderna. Ya que no solo juegan un papel económico preponderante, sino también político y social entre otros rubros y por tanto, su regulación requiere adecuarlas a las necesidades imperantes en el entorno, para que sean un factor de desarrollo y sobre todo que estén encaminadas a la consecución de la paz social.

Palabras clave: Libertad económica, Mercado, Empresa

Abstract

Business activity in Colombia and - why not say it? - in most of the world's states, constitutes an essential element for the generation of economic development and social prosperity. The important work assumed by the mercantile businessman in all modern economies must start, in each particular case, from an economic recognition (obtaining profits) that is not obtained in any other way than that of producing or commercializing the goods or services derived from a certain activity, in conditions of quality, good price and loyalty of the clientele, issues that in themselves can only reach the expected effects if the businessman carries out his activity in conditions of competition (general supposition of market economies) and under the possibility of exercising his economic freedom. However, this economic recognition would not be obtained without the institutionalization of a system of legal guarantees that allow the entrepreneur to carry out his activity freely and, in the same way, that protect the object of his

company from unjustified breakthroughs or barriers that in the end prevent him from obtaining his utility.

KeyWords: Economic Freedom, Market, Enterprise.

Introducción

La libertad de empresa se constituye en el epicentro del desarrollo y la ejecución de actividades económicas y – con ello – de la generación de empresarios y empresas mercantiles.

Al ser categórica la importancia de este derecho en los ordenamientos jurídicos modernos, se requiere realizar un estudio de la naturaleza jurídica que la caracteriza, de manera particular en el ordenamiento jurídico colombiano, para identificar su alcance y trascendencia en el desarrollo de las relaciones económicas y el aporte que puede brindar a la construcción del desarrollo económico.

El objetivo aquí propuesto se desarrollará través de metodología inductiva en la que i) se describirá una breve definición de lo que el ordenamiento jurídico colombiano entiende por actividad empresarial o empresa mercantil, ii) se desarrollará un examen de la importancia que comporta el derecho a la libertad de empresa en el modelo jurídico-económico colombiano, y finalmente iii) se formulará un análisis de la naturaleza jurídica de este derecho en el contexto constitucional colombiano.

El empresario colombiano: una aproximación a su concepto en el contexto jurídico mercantil

La revisión en torno a la naturaleza jurídica de la libertad de empresa en el ordenamiento jurídico colombiano debe partir, como definición obvia y necesaria, de lo que las instituciones jurídicas entienden por empresario, y de la función que éste desempeña en el desarrollo de las relaciones económicas de una sociedad, sin que por ello se pretenda definir – como se hará en el segundo aparte del presente escrito – el papel que el modelo jurídico-económico le ha otorgado a quien ejecuta libremente su actividad económica con el propósito de generar utilidad y de propiciar beneficios a los demás agentes que, con él, concurren a un mismo mercado.

En tal sentido, es el Código de Comercio Colombiano en su artículo 25, la prescripción normativa que define la actividad empresarial y que establece sus principales características, dotándolas de relevancia jurídica, Así como lo explica Baena (2013, p. 23):

El empresario mercantil no solamente es aquella persona jurídica constituida para la ejecución de una actividad económica que genere utilidad a sus socios, sino que también corresponde a aquellas personas naturales que – en nombre propio o a través de interpuesta persona o apoderado – desarrollan una actividad económica de producción o mediación de bienes y servicios, cumpliendo con las características de publicidad, profesionalismo, uniformidad y reiteración.

Tal concepción del empresario mercantil ata su naturaleza a la propia definición de comerciante que establece el Código de Comercio en su artículo 10, al disponer que: “son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere, aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.”

Adicionalmente, Narváez (1997) reconoce la calidad de empresario a aquellas personas que, sin reconocerse jurídicamente como comerciantes, ejecutan una de aquellas actividades que la ley considera como mercantiles, pues define al empresario o comerciante como todas aquellas “(...) personas naturales y jurídicas que tienen la calidad de empresarios mercantiles, y también quienes, sin ostentar esta calidad, realicen accidental u ocasionalmente negocios en operaciones que la ley reputa de naturaleza mercantil.” (p.131).

A partir de tal definición es preciso aclarar que la categoría de empresario mercantil o comerciante no es equiparable en ninguna de sus características a quien ocasionalmente ha ejercido una de las actividades que la ley considera mercantiles, pues – desde nuestra posición – no es lo mismo ejecutar una actividad económica con el carácter profesional y habitual con el que la ejercen quienes – a la luz de la legislación – son considerados comerciantes, que desarrollar una actividad ocasional que deviene en mercantil por disposición legal, pues en el primero de los casos todos los actos del comerciante que se deriven de su actividad mercantil serán regulados por las disposiciones de la legislación comercial, por su propia vocación,

en tanto que en el segundo solo aquellos actos que sean considerados por la ley comercial como mercantiles acudirán a la regulación del Código de Comercio, mientras que los demás (la generalidad) se regularán por las disposiciones del Código Civil, pues aquel no tiene vocación de desarrollar profesionalmente una actividad mercantil.

De esta manera, como lo reconoce Córdoba (2014), no es posible equiparar las acciones de un empresario mercantil frente a aquellas que ejecuta ocasionalmente un sujeto de derechos no comerciante, pues, aunque las dos se regulen por el derecho mercantil, las relaciones obligacionales del primero siempre estarán dirigidas por la regulación comercial, en tanto que las del segundo solo lo serán cuando se subsuman en algunos de los actos considerados por la ley comercial como mercantiles, de allí que:

La idea de Derecho comercial como área jurídica dedicada a la regulación de la empresa, y por tanto identificado como derecho de la empresa, no tuvo mucha acogida (...) porque fundamentalmente existen actos mercantiles de naturaleza ocasional independientes de cualquier relación con la empresa. (p. 108)

Con todo lo anterior, para establecer una caracterización adecuada de lo que en el ordenamiento jurídico colombiano se entiende por empresario mercantil, se acude a los aportes de Baena, quien aclara que:

El empresario se caracteriza por dos aspectos fundamentales, a saber: por un lado, porque es él quien decide su creación, toma la iniciativa al respecto y porque, salvo excepciones en las que otros lo realizan por él, asume su organización y dirección. Por otro lado, porque al empresario le son imputables, desde el punto de vista jurídico, todas las relaciones en su nombre establecidas con terceros para la explotación adecuada de la empresa y porque, desde el punto de vista económico, es él quien soporta el riesgo derivado del ejercicio de su actividad económica; es decir que su patrimonio está destinado especialmente al cumplimiento de las obligaciones que contraiga en desarrollo de su actividad, por constituir prenda general de sus acreedores. Dentro del ordenamiento jurídico el empresario tiene, entonces, un estatus

especial derivado de la actividad que desarrolla y del modo como la efectúa. (2013, p. 23)

De la anterior proposición se pueden generar algunos comentarios que, sin lugar a dudas, aportan aspectos relevantes para la cualificación de la empresa mercantil en Colombia, entre los que se destacan:

1. la consolidación de la empresa mercantil encuentra su fundamento en una decisión libre y voluntaria del empresario, quien, desde el ejercicio de su autonomía, toma la iniciativa de invertir una parte de su patrimonio o de reunir el patrimonio de otras bajo su riesgo para la ejecución de una actividad económica determinada; de allí que, en el ordenamiento jurídico colombiano, resulte de vital importancia el reconocimiento de la libertad económica y – con ello – de la libre iniciativa privada, aspecto que será abordado en el siguiente acápite de este trabajo.
2. el empresario mercantil asume, desde su inicio, la forma de organización de su actividad, situación denominada por Tirole (2017) como la gobernanza empresarial, pues: El núcleo de la gestión de una empresa es su gobernanza, en otras palabras, los que ejercen el control de la empresa y toman las decisiones más importantes: gestión de recursos humanos, investigación y desarrollo, decisiones estratégicas, fusiones-adquisiciones, tarificación y mercadotecnia, gestión de riesgos, asuntos reglamentarios, etcétera. (p.195)
3. el carácter distintivo entre el empresario mercantil y quien ejecuta actos de comercio ocasionales, radica – además del carácter habitual y reiterado de su actividad económica – en la destinación de su patrimonio al cumplimiento de las obligaciones que contraiga en el ejercicio de tal actividad, asumiendo el riesgo de la misma.

Desde esta perspectiva, el concepto de empresario integra una caracterización en el campo de lo jurídico, pero también una cualificación en el aspecto económico, que ha de desarrollarse en el contexto de la libertad, pues como lo reconoce Ariño (2003):

Detrás de cada empresa hay siempre una persona que pone en juego su patrimonio u obtiene de otras personas un capital a riesgo para llevar a cabo una idea (...) El empresario es el hombre capaz de reunir, de poner juntos todos esos medios para obtener un resultado – unos productos o servicios –

que ofrece al mercado. Así, una empresa, persona física o jurídica, es un centro final de imputación de responsabilidades, y lo que distingue al empresario del mánager o directivo por él nombrado es que aquel está dispuesto a cubrir con su patrimonio (o con el capital a riesgo que ha podido reunir de otras personas) aquellas responsabilidades económicas. Para llevar a cabo esta labor creadora, el empresario requiere libertad. (p. 257)

La libertad de empresa en el ordenamiento jurídico Colombia. Comentarios desde su relevancia en el modelo constitucional económico.

Al requerir libertad para el desarrollo de su actividad económica, el empresario mercantil – ya sea persona natural o jurídica – requiere también de un marco jurídico de protección que le garantice el ejercicio de esa libertad y con ello la posibilidad de participar sin restricciones en las diversas relaciones económicas que se pueden celebrar al interior de las dinámicas de producción, comercialización y consumo de bienes y servicios, propias de un mercado determinado.

Este marco jurídico de protección fue asumido en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de expedición de la Constitución Política de 1991 – y con ello de la denominada Constitución Económica – con la institucionalización de un modelo jurídico-económico cuyo fin principal radica en el reconocimiento efectivo de las libertades económicas de los individuos, frente a las cuales el Estado asume un deber de garantía, pero a su vez se instituye como el ente regulador que permite el reconocimiento de estos derechos ante las denominadas fallas del mercado.

La obligación del Estado de propiciar la garantía efectiva de las libertades económicas encuentra su más evidente reconocimiento – sin desconocer que estas también encuentran solidez a partir del contenido y alcance de *v.gr.* el derecho de propiedad (art. 60, 64, C.P.), la libertad de elección de profesión u oficio (art. 26 C.P.), la libertad de asociación (art. 38 C.P.), entre otros derechos de orden constitucional – en la disposición contenida en el artículo 333 de la Constitución, que se constituye como el pilar fundamental de la libertad económica y de los derechos a través de los cuales se desarrolla, como son: la libertad de empresa y la libre competencia económica.

De otro lado, asumiendo las realidades económicas experimentadas en el mundo en el último cuarto del siglo XX – en el que la consolidación del

modelo económico neoliberal emerge e impregna a las grandes economías del mundo (Harvey, 2007, p. 6).— la Constitución Económica dotó al aparato estatal de un vasto catálogo de funciones económicas, entre las que se encuentra la dirección general de la economía; la intervención del Estado — por mandato de la ley — en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, y en los servicios públicos y privados; la racionalización de la economía para propiciar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos; la intervención en la economía para procurar el pleno empleo de los recursos; entre otras tantas Art.334. CN.

Con todo lo anterior, surge en el ordenamiento jurídico colombiano un modelo constitucional-económico en el que el ejercicio de la libre iniciativa privada — a través del reconocimiento de los derechos a la libertad de empresa y a la libre competencia económica — se convierte en el epicentro de las relaciones económicas y se considera la principal herramienta para propiciar el desarrollo económico, garantizándose con ello el funcionamiento de una clara y evidente economía de mercado, pero que al mismo tiempo otorga al Estado la facultad de intervención — a través de múltiples instrumentos — cuando la eficiencia perseguida por la economía de mercado no se consolida, y a cambio de ello se experimentan las denominadas fallas del mercado.

Se constituye así en el Estado colombiano el modelo de economía social de mercado, cuyo fundamento normativo — como ya se expresó — encuentra asidero en los artículos 333 y 334 superiores, y que reconoce y garantiza la libertad económica en el marco de la cláusula general del Estado Social de Derecho.

Así — desde una caracterización estrictamente ligada a los postulados propuestos por la teoría económica — se sostiene que las principales características del modelo jurídico-económico de economía social de mercado convergen en una mixtura entre las más destacadas ideas de la economía clásica — a través de la defensa y garantía de la libertad de mercado — y los postulados de la economía keynesiana bajo los cuales el papel de intervención del Estado constituye el elemento esencial del direccionamiento económico. Sin embargo, esta mixtura de postulados otorga mayor importancia y aplicabilidad a las ideas defendidas por los economistas clásicos, vale decir, a la economía de mercado, dejando al Estado el papel de interventor en ausencia de la eficiencia económica perseguida por tal libertad.

De esta manera puede afirmarse – aunque tal apreciación genere controversia entre quienes defienden a ultranza el principio de neutralidad económica de la Constitución – que el modelo económico constitucional de economía social de mercado asume como propios los postulados del modelo económico neoliberal, pues, como se ha descrito en breve, propende por el reconocimiento de la libertad de mercado como elemento fundamental del sistema económico, pero a su vez faculta la intervención del Estado en ausencia de la eficiencia económica que debe generar un mercado sin restricciones.

Esta economía social de mercado ha de entenderse entonces “(...) [como] una economía de mercado basada en la libertad e iniciativa privada, que admite ciertas intervenciones del Estado (red de seguridad para garantizar una mínima cobertura y servicios a todos los ciudadanos) complementarias y compatibles con aquella.” (Ariño, 2003, p. 177).

En este orden de ideas, el modelo jurídico-económico instituido en la Carta Política de 1991, reconoce la importancia del empresario en las relaciones económicas y el aporte que este representa a la construcción del desarrollo económico de la sociedad, a tal punto que el reconocimiento de la libertad empresarial encuentra garantía y protección desde el ámbito constitucional.

La libertad económica se convierte entonces en un derecho de orden constitucional que – al tenor de lo expuesto por la Corte Constitucional Colombiana – “(...) corresponde a una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio (...)” (Sentencia T-425 de 1992), o lo que es lo mismo, corresponde a la facultad que tiene toda persona de convertirse en empresario mercantil bajo los postulados de la libertad.

Sin embargo, la denominación de libertad económica en el ordenamiento jurídico colombiano, ha de corresponder a un principio integrador de la Constitución Económica, cuyo desarrollo se consolida a través del reconocimiento de dos derechos constitucionales: la libertad de empresa y la libertad de competencia, aunque en diversas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia constitucional utilicen indistintamente los conceptos de libertad económica y libertad de empresa como sinónimos.

De esta manera, el denominado derecho a la libertad de empresa, a través del cual toda persona tiene la facultad de convertirse en empresario mercantil, se reconoce en nuestro ordenamiento como un derecho que ostenta una doble dimensión: en primer lugar, la dimensión objetiva, que corresponde según (Correa, 2009):

(...) la obligación del Estado y del legislador [que] en su regulación debe encaminarse a asegurar la eficacia de la libre empresa como derecho constitucional fundamental real (...)”(y en segundo lugar, la dimensión subjetiva, conforme a la cual este derecho corresponde a “(...) un conjunto de elementos que facultan a su titular para actuar de una determinada manera, para esperar determinados comportamientos por parte del Estado y de los particulares y que le asignan ciertas garantías para hacer efectivas todas esas posiciones jurídicas. (p. 273)

Con todo lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido unos núcleos esenciales del derecho a la libertad de empresa, que – conforme a los postulados de la teoría de los derechos – no pueden ser anulados por el legislador, y que en nuestro ordenamiento jurídico corresponden a:

- (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición;
- (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse;
- (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión;
- (iv) el derecho a la libre iniciativa privada;
- (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley;
- y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable. (Sentencia C-197 de 2012).

Analizada entonces la relevancia que ostenta la libertad de empresa en el contexto jurídico-económico del Estado colombiano, procede ahora realizar un estudio acerca de la naturaleza jurídica que éste derecho asume en nuestro ordenamiento jurídico, pues no de otra manera se concluiría el objeto de este trabajo que, en últimas, lo que pretende es esclarecer su naturaleza.

La naturaleza jurídica de la libertad de empresa en el contexto constitucional colombiano.

Con claridad hemos evidenciado hasta aquí que la libertad de empresa constituye una institución absolutamente necesaria para el ejercicio de las distintas actividades económicas lícitas y para la constitución de la empresa mercantil. Por lo mismo esta libertad es reconocida en el orden constitucional como un auténtico derecho que – además de su relevancia jurídica – ostenta una importancia categórica para la generación de desarrollo económico según las disposiciones del modelo jurídico-económico de economía social de mercado, aplicable en nuestra organización estatal.

Sin embargo, la definición de la libertad de empresa como un derecho constitucional no resulta ser suficiente para esclarecer su naturaleza jurídica, toda vez que, en el ordenamiento constitucional colombiano, existen varias categorías de derechos, todas ellas con unas características específicas, alcances determinados y medios de protección diversos.

Por lo anterior, la definición de la naturaleza jurídica del derecho a la libertad de empresa pretende auscultar la categoría de derecho que aquella representa en el contexto constitucional colombiano, para lo cual se acudirá a un análisis jurisprudencial de distintos pronunciamientos (línea jurisprudencial) en los que la Corte Constitucional Colombiana ha realizado una aproximación a su delimitación.

Este análisis responderá a un interrogante preciso: en el contexto constitucional colombiano ¿es la libertad de empresa un derecho de carácter fundamental o un derecho de contenido estrictamente económico?

Estas dos categorías parten de las posibilidades de elección que la Corte Constitucional ha asumido expresa o tácitamente en el estudio de este derecho.

Otra precisión metodológica que se considera pertinente establecer previo a abordar el asunto de fondo, corresponde a la descripción de la forma de selección de las sentencias que fueron analizadas: todas ellas presentan similitud en la estructura del problema jurídico que resuelven, pues aunque algunas correspondan a un análisis de constitucionalidad concreto y otras a análisis de constitucionalidad abstracto, en todos los casos se estudia la confrontación que generan disposiciones normativas o actuaciones de autoridades públicas con la libertad de empresa, al ejecutarse actos o expedirse normas que – en un análisis primario – vulneran el derecho constitucional a la libertad de empresa.

Así, el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha llevado a identificar tres etapas que se debaten entre, por un lado, el reconocimiento de la iusfundamentalidad del derecho a la libertad de empresa y, por el otro, su carácter estrictamente iuseconómico, como se procede a sintetizar:

Primera Etapa: la libertad de empresa como derecho fundamental

La Corte Constitucional Colombiana en sentencias T-419 de 1992 y T-425 del mismo año, revisa dos casos de tutela en los que – en el primero – se analiza la actuación de la administración municipal de Envigado, quien solicita de la beneficiaria del remate de un bien dentro de un proceso ejecutivo, el pago de los impuestos de los demás bienes de propiedad de la persona ejecutada, para la expedición de la correspondiente paz y salvo (del bien rematado). Al hacer el análisis de constitucionalidad de los actos de la administración de Envigado, la Corte encuentra que ésta desconoció el principio de libertad económica, pues la ley exige que para la expedición del paz y salvo de un bien este debe contar con el pago del respectivo impuesto predial que genere. Sin embargo, al requerir la administración municipal el pago del impuesto de otros bienes que no eran objeto del remate, transgredió la libertad económica de la beneficiaria del remate y demandante, al exigir un requisito no previsto en la ley para la expedición del paz y salvo, desconociendo la disposición contenida en el inciso primero del artículo 333 de la Constitución. Por esta razón la Corte Constitucional decide confirmar la sentencia objeto de revisión, en la que se decidió tutelar el derecho al debido proceso de la accionante.

En el segundo caso la Corte revisa la acción de tutela interpuesta por dos ciudadanos quienes solicitan se tutele el derecho al trabajo junto con otras reclamaciones, a quienes la Inspección de Policía de Chía les allanó un establecimiento de comercio y les confiscó dos máquinas de videojuegos construidas por ellos, teniendo como fundamento jurídico unos actos administrativos locales que prohibían el ejercicio de esta actividad en locales comerciales que no fuesen dedicados exclusivamente a esta actividad. La Corte Constitucional establece que las limitaciones a la libertad económica son una potestad exclusiva del legislador y por lo mismo declara la inaplicación por inconstitucionalidad de los actos administrativos ejecutados por la administración y en su lugar conceder la tutela interpuesta por los demandantes.

En otro caso de singular importancia, la Corte – mediante sentencia SU-182 de 1998 – revisa las tutelas interpuestas por los representantes legales de algunas empresas de telecomunicaciones en el país, quienes *solicitan la protección de su derecho a la igualdad* frente a la actuación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por cuanto aquella permitió que TELECOM tomara parte en la prestación del servicio de telefonía local, mientras que a ellas les impedía entrar a competir en la prestación del servicio a larga distancia. Frente a tal problema jurídico, la Corte establece que la CRT impuso a las demandantes limitaciones a la libertad de empresa que no fueron establecidas por la ley, por lo que decidió confirmar las decisiones de instancia en las que se tuteló el derecho a la igualdad de los demandantes.

Como se puede evidenciar de los casos analizados, si bien la Corte Constitucional Colombiana reconoció en este periodo – a través de la argumentación dispuesta en la parte motiva de cada una de sus sentencias – la importancia y alcance de la libertad de empresa en sede de revisión de tutela (lo que permite reconocer el carácter fundamental de este derecho), la parte resolutive de sus providencias no se dirigió a tutelar el derecho fundamental a la libertad de empresa, sino que por el contrario, decidió proteger otros derechos que por expresa disposición constitucional se consideran como fundamentales, lo que a nuestro juicio permite identificar una situación particular: aunque para algunos doctrinantes este periodo se identifique como el escenario de reconocimiento de la iusfundamentalidad de la libertad de empresa, lo cierto es que, aunque la corte sí aborda este derecho en sus respectivos análisis, en sus decisiones no lo tutela como derecho fundamental.

Segunda Etapa: la libertad de empresa como derecho NO fundamental, pero tutelable por conexidad.

En esta segunda etapa constituye un hito la sentencia de unificación SU-157 de 1999, en la que la Corte Constitucional revisa las tutelas de dos ciudadanos a quienes las entidades financieras colombianas les terminaron unilateralmente sus productos y servicios financieros por haber aparecido en la denominada Lista Clinton. Frente a este caso particular la Corte argumenta que el derecho a la personalidad jurídica constituye una garantía fundamental para ser titular de derechos y obligaciones, como consecuencia de lo anterior se encuentra absolutamente prohibida toda sanción que elimine definitivamente la posibilidad de acceder a las

actividades económicas lícitas. En este orden de ideas la Corte Consideró que la decisión de las entidades financieras de terminar unilateralmente los productos y servicios de los demandantes, además de violar el debido proceso y el derecho a la igualdad, cercenó el derecho a la personalidad jurídica de los mismos y con ello sus libertades económicas. En tal argumentación expresó el carácter no fundamental de la libertad de empresa pero su posibilidad de serlo vía conexidad:

En este contexto, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. art. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la *ius fundamentalidad* de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental. Por lo tanto, es claro que en el presente asunto el derecho a la iniciativa privada de los accionantes se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos fundamentales: el reconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad. (Sentencia SU-157 de 1999)

De lo anterior se colige que en este análisis la corte reconoce la no *ius fundamentalidad* del derecho a la libertad de empresa, pero lo considera tutelable por conexidad, situación que hubiese podido reconocer en los casos analizados en la primera etapa, en los que no reconoce la libertad de empresa como derecho fundamental, pero sí a su reconocimiento por vía de tutela a la protección de otros derechos de esta naturaleza, pues, como lo reconoce Correa (2009):

(...) en lo que se refiere a la libertad de empresa, la Corte no ha empleado formalmente la conexidad con derechos tutelables más que en un caso, pues en los demás (...) se habría podido decir lo mismo, pero no se hace, y en su lugar se ha protegido la libertad bajo el nombre de otro derecho o se ha empleado otro argumento causal. (p.320)

Tercera Etapa: el reconocimiento de la libertad de empresa como derecho estrictamente económico.

Tal vez ésta sea la etapa que mayores aportes brinda a la conclusión de este trabajo. De ella hacen parte las sentencias cuyos aspectos generales se identifican a continuación:

Sentencia C-616 de 2001: estudia la exequibilidad parcial de algunos artículos de la Ley 100 de 1991, mediante los cuales se permite que las empresas prestadoras de servicios de salud E.P.S., puedan prestar el servicio a sus afiliados a través de sus propias I.P.S., y en particular si aquellas normas violan la libertad de empresa en razón al trato preferencial que podrían tener las I.P.S. de propiedad de las E.P.S. en detrimento de otras que conservan su independencia. La Corte resuelve la exequibilidad de las normas demandadas con fundamento en que la garantía de la libertad de empresa impide que se obstaculice o prohíba a las E.P.S. la prestación directa del servicio asistencial a través de sus propias I.P.S.

Sentencia C-615 de 2002: estudia la exequibilidad parcial de algunos artículos de la Ley 715 de 2001 que establecen la prohibición de que las instituciones públicas y privadas de salud realicen inversiones que no estén contenidas en el plan bienal de inversiones expedido por las secretarías de salud de los entes territoriales, y en caso de que lo hagan se imponga la sanción de no poder contratar con recursos del Sistema General de Participaciones, particularmente resuelve la Corte si tal obligación y sanción cercenan la libertad económica de los prestadores de salud. El Tribunal resuelve la inexecutable de las normas acusadas, por cuanto resulta acorde a la carta que las instituciones públicas deban cumplir las metas de los planes bienales de inversión, pero en relación con las instituciones privadas, prohibirles que inviertan por fuera de estos planes anula su derecho a la libertad económica.

Sentencia C-219 de 2015: estudia la inexecutable parcial de algunos artículos del Decreto Ley 019 de 2012 que otorgan a un particular (Organismo Nacional de Acreditación de Colombia – ONAC) la facultad de decidir sobre la posibilidad de que otro particular (entidades de certificación) desarrolle una actividad económica. La corte resuelve la constitucionalidad de las normas demandadas argumentando que las entidades de certificación cumplen funciones dirigidas a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones comerciales, por lo tanto, las restricciones que se impongan a

las mismas ameritan un juicio de constitucionalidad débil, pues se trata de asuntos económicos y relacionados con la intervención del Estado en los servicios públicos, y el mecanismo es idóneo para el fin propuesto.

Sentencia C-284 de 2017: estudia la exequibilidad parcial del artículo 98 de la ley 30 de 1992 que impone a las Entidades de Educación Superior privadas constituirse como entidades sin ánimo de lucro, particularmente si esta disposición restringe la libertad de empresa y competencia. Resuelve la Corte la exequibilidad de la norma demandada reconociendo que la norma de intervención no está anulando la libertad de empresa, sino que simplemente está determinando unos requisitos para el ejercicio del derecho.

Las anteriores sentencias encuentran dos aspectos en común: i) todas reconocen de manera expresa que el derecho a la libertad de empresa no es un derecho fundamental, sin siquiera mencionar que pueda llegar a serlo a través de la figura de la conexidad; y ii) reconocen que la libertad económica no es un derecho absoluto que admite restricciones atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo anterior, la Corte ha dispuesto que toda intervención que el legislador realice a derechos de orden constitucional debe atender a los parámetros del denominado test integrado de razonabilidad, que según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional obedece a una metodología de análisis de constitucionalidad que integra el test de proporcionalidad aplicado en los tribunales constitucionales europeos y los escrutinios de constitucionalidad aplicados en el sistema constitucional norteamericano (Sentencia C-093 de 2001).

Con lo anterior, y de acuerdo a lo dispuesto en la Sentencia C-015 de 2014, el test integrado de razonabilidad se debe aplicar de la siguiente manera:

Tabla 1
Test integrado de razonabilidad

ÁMBITOS DE APLICACIÓN	ESCRUTINIO	SUBPRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD APLICABLES
Materias económicas, tributarias o de política Internacional	Débil.	Idoneidad.

Derechos no fundamentales o libre competencia.	Intermedio	Idoneidad y necesidad.
Discriminación, debilidad manifiesta, minorías, derechos fundamentales.	Estricto	Idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

Fuente: Creación Propia de los autores.

Conclusión

Con lo examinado anteriormente se puede concluir que el derecho a la libertad de empresa en el ordenamiento jurídico colombiano no ha ostentado la naturaleza de derecho fundamental en sentido estricto, ni siquiera en la primera fase jurisprudencial aquí analizada, en la que se le reconoció como fundamental pero atado al reconocimiento de otro derecho que sí pertenece a dicha categoría. Por el contrario, el mayor acercamiento de la libertad de empresa a la iusfundamentalidad ha sido por la vía de la conexidad.

Por esto, es dable concluir que el derecho a la libertad de empresa en Colombia ostenta la naturaleza jurídica de un derecho económico, conclusión que se soporta en dos premisas fundamentales: i) desde el año 1999 la Corte Constitucional ha reconocido expresamente que este derecho no es fundamental *per se*; en jurisprudencia posterior y hasta la actualidad ni siquiera ha reconocido su iusfundamentalidad por vía de conexidad, y ii) en el análisis de proporcionalidad y razonabilidad exigido para la intervención de este derecho, la jurisprudencia ha aplicado – en la mayoría de los casos – un escrutinio débil de la intervención, en el que verifica que la medida sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente deseado y que con ella no se anule por completo el derecho intervenido, toda vez que en materia económica, por disposición constitucional, el legislador cuenta con una amplia facultad de configuración legislativa.

Referencias

Baena, L. G. (2013). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 2ª Ed. Bogotá: Colombia. Universidad Externado de Colombia.

Constitución Política de Colombia. [Const.]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

- Córdoba, P. A. (2014). *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá: Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Correa, M. (2009). *La libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia T-419 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; Junio, 17, 1992).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia T-425 (M.P. Ciro Angarita Barón; Junio, 24, 1992).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia SU-182 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; Mayo, 06, 1998).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia SU-157 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; Marzo, 10, 1999).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-093 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Enero, 31, 2001).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-616 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Junio, 13, 2001).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-865 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Marzo, 14, 2004).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-197 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Septiembre, 07, 2012).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-015 (M.P. Mauricio González Cuervo; Enero 23, 2014).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-219 (M.P. Mauricio González Cuervo; Abril, 22, 2015).
- Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. (Junio 17 de 1971. D.O. 33.339).
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid, España: Ediciones Akal S.A.
- Narváez, J. I. (1997). *Derecho Mercantil Colombia Parte General*. 8ª Ed. Bogotá: Colombia. Legis S.A.
- Stiglitz, J. (2000). *La economía del Sector Público*. 3ª Ed. Barcelona: España. Antoni Bosch, Editor.

- Tirole, J. (2017). *La economía del bien común. ¿Qué ha sido de la búsqueda del bien común? ¿En qué medida la economía puede contribuir a su realización?* Bogotá: Colombia. Taurus.
- Uprimny, R. & Rodríguez, C. (2004-2005). *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. (Trabajo preliminar)*. Bogotá, Colombia: Dejusticia. Recuperado de: https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_775.pdf

EL IMPACTO JURÍDICO, SOCIAL Y ECONÓMICO DE LAS VIGENCIAS FUTURAS COMO EXCEPCIÓN PRIMARIA DEL PRINCIPIO DE ANUALIDAD PRESUPUESTAL EN LA SOCIEDAD COLOMBIANA Y EN EL SECTOR EMPRESARIAL, DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y AL DESARROLLO

Elviz Ruiz¹

Resumen

Dentro del derecho público, se hace necesario el estudio del dinero que el Estado, como un todo, utiliza para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, estas en garantía de los derechos de la ciudadanía en aras de mejorar su calidad de vida con progreso, educación gratuita, alimentación escolar, salud pública y trabajos dignos. Ese dinero, a partir de este momento se entenderá descrito en el Presupuesto Nacional y/o Territorial. Este último siempre en concordancia con el Nacional.

Palabras clave: Salud Publica, Trabajo Digno, Sector Empresarial.

¹ Abogado, Estudiante de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Barranquilla, Monitor del área de Derecho Laboral y Auxiliar de Investigación Grupo INCOM-A. Email: elviswruiz@hotmail.com

Abstract

Within public law, it is necessary to study the money that the State, as a whole, uses for the fulfillment of its constitutional and legal functions, these in guarantee of the rights of citizens in order to improve their quality of life with progress, free education, school meals, public health and decent jobs. This money, from this moment on, will be understood as described in the National and/or Territorial Budget. The latter is always in accordance with the National Budget.

KeyWords: Public Health, Decent Work, Business Sector.

Introducción

Entonces, dicho presupuesto y aquello que debe darle un orden, obtiene vida jurídica y legal en la Constitución Política, artículo 352: Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

Es así, como nace el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, en el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 el cual se simplifica en el Decreto 111 de 1996. En este Decreto compilatorio, entre otros asuntos, advierte su cobertura en el artículo 3, el cual versa textualmente:

Consta de dos (2) niveles: un primer nivel que corresponde al Presupuesto General de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional. El presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo

el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta con régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con régimen de aquéllas se les aplicarán las normas que expresamente las mencionen. (Ley 38/89, artículo 2o., Ley 179/94 artículo 1o.). Además, para entrar en materia, establece, en su Capítulo II, los “Principios del Sistema Presupuestal” y en su artículo 14 el *Principio de Anualidad*, el cual será objeto de estudio en el presente texto.

Contextualización jurídica del principio de anualidad

Antes de entrar a definir desde varias ópticas este principio es necesario entender la relevancia y fuerza vinculante de los principios presupuestales dentro del sistema normativo nacional, lo cual señala la Sentencia C-337 del 19 de agosto de 1993 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, la cual versa tácitamente:

Es decir, lo surte de brío jurídico y efectiviza el artículo 346 constitucional, el cual se refiere a la presentación anual del presupuesto de rentas de parte del Gobierno Nacional ante el Congreso de la República. Todo ello, por supuesto, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo gracias a que su elaboración, presentación y aprobación siempre deberá ajustarse al marco de sostenibilidad fiscal.

Entonces, en aras de sintetizar dicha concepción, el principio de anualidad, según Ramírez (2013):

Tiene origen en la Constitución Política misma y su esencia es ella de poder realizar de forma periódica y continua, control político al ejecutivo, por parte de las corporaciones de elección popular y de la sociedad en general, sobre la gestión realizada en un período de un año y facilitar la toma de correctivos en términos de dicha gestión, de forma oportuna. (p.91)

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

Ahora bien, dentro del mencionado Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, sin duda, y citándose la Ley 38 de 1989 en su artículo 10, se establece un concepto claro y preciso del principio en estudio, el cual reza:

El año fiscal comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción.

Además, es relevante apuntar que dentro del mismo estatuto, donde se construye el Sistema Presupuestal se evidencia en el artículo 8° de la ley referenciada en la idea anterior que: el “Plan Operativo Anual de Inversiones, el cual señalará los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas”. Este ciñe un camino en el cual se acentúan las necesidades de inversión, las cuales, deberán realizarse y/o construirse de manera anualizada.

Con todo, según lo anterior, si se hace una interpretación exegética del citado artículo, jamás podría ejecutarse o planificarse por fuera del tiempo estipulado dentro del año fiscal. Podría tomarse, entonces, ello como una regla general del principio de anualidad.

Excepciones al principio de anualidad

Tal y como lo afirma Peña (2007): “No obstante la existencia de este principio coexiste el mecanismo de las reservas de caja y presupuestales, que permiten extender la vigencia fiscal por un año más, aspecto que genera controversia en la ejecución presupuestal” (p.253). Es decir, por varios aspectos, el principio de anualidad, no puede ser absoluto, por la necesidad específica de algunas actividades de ejecución que se prolongan a lo estipulado en el citado Estatuto. Para ello, es necesario, romper el principio pero se debe hacer un análisis profundo del gasto del presupuesto.

En particular, existen dos tipos de excepciones; la primera se refiere a la aprobación anual del presupuesto, es decir, a las adiciones presupuestales que se incluyen en el presupuesto anual para efectos de incluir mayores ingresos y/o gastos; y, la segunda, a la ejecución anual del mismo, que tiene origen en la imposibilidad práctica de cancelar una partida presupuestal dentro de una respectiva vigencia presupuestal.

Gracias a ello, dentro de la segunda clasificación es necesario establecer como excepciones al principio de anualidad las reservas presupuestales o de apropiación, las reservas de trámite negocial, los pasivos exigibles por vigencias expiradas y las vigencias futuras; siendo esta última objeto importante y central de estudio.

Nociones y efectos de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad, su clasificación y la relevancia procedimental de las autorizaciones

Para lograr comprender la relevancia de las vigencias futuras en la aplicación jurídica y física del presupuesto es necesario detenerse a acentuar su naturaleza, objetivos y conceptualización; para ello es necesario hacer una serie de acotaciones jurisprudenciales y/o doctrinales.

Ahora bien, debido a que el principio de anualidad imposibilita la adquisición de compromisos que excedan en su ejecución la vigencia en mención, “el legislador incorporó un mecanismo que, previa autorización permite adquirir compromisos cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en otras vigencias posteriores las cuales se ven afectadas.” (Procuraduría general de la Nación, 2010, p.6). Esto es, expresa la naturaleza misma de las vigencias futuras.

Lo anterior se evidencia tácitamente en la Ley 179 de 1994, el artículo 9, por la cual se introduce algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, mejor conocida como Ley Orgánica del Presupuesto; norma que, para explicar lo expuesto, acoto:

La Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar la asunción de obligaciones, que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas. Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Presupuesto Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo. Las entidades territoriales podrán adquirir esta clase de compromisos con la autorización previa del Concejo Municipal, Asamblea Departamental y los Consejos Territoriales Indígenas, o quien haga sus veces, siempre que estén consignados, en el Plan de Desarrollo respectivo y que sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad, no excedan su capacidad de endeudamiento. Esta disposición se aplicará a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas. El Gobierno reglamentará la materia. El Gobierno presentará en el Proyecto de Presupuesto anual, un articulado sobre la asunción de compromisos para vigencias futuras.

Por otra parte, es necesario resaltar la noción de las mismas, las cuales el Departamento Nacional de Planeación (2016) conceptúa técnicamente como:

Vigencias futuras, Son autorizaciones otorgadas para la asunción de obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias posteriores, y se clasifican en ordinarias o excepcionales. Sin perjuicio de lo anterior, como regla general, la autorización para la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras, en su monto máximo, el plazo y las condiciones, debe consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP); En lo relacionado con proyectos de inversión nacional, deben contar con el concepto previo favorable del DNP y el ministerio correspondiente; y no pueden superar el periodo de gobierno, salvo los proyectos de inversión que hayan sido declarados previamente de importancia estratégica por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (p.14)

Es decir, que se podría inferir que las vigencias futuras organizan este desajuste jurídico, el cual es necesario para la consecución de obras sociales, económicas y políticas, pero que se proyectan como una verdadera alternativa en la programación y ejecución del presupuesto (Contraloría General de la República, 2009), sea este nacional o territorial; siendo este su céntrico objetivo y que evidencia su enriquecedor alcance, el cual requiere un estudio especial desde la perspectiva de la clasificación de las vigencias futuras.

No es posible estudiar dicha clasificación sin revisar expresamente la Ley 819 de 2003, la cual, se encarga de puntualizar en que consiste cada una de estas, cuál es su alcance (nacional o territorial) y, las surte de atribuciones y procedimientos jurídicos. Sobre las ordinarias es necesario apuntar que su otorgante es el Consejo Superior de Política Fiscal –CONFIS-, generalmente, pero podrá hacerlo la Dirección General del Presupuesto Público Nacional –DGPPN-, órgano adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, siempre que este primero se lo delegue o atribuya excepcionalmente. Ello se constata en los artículos 9, 10, 11 y 12 de la ley citada, desde los procesos y procedimiento para sus autorizaciones, los cuales resulta importante conocer pero que es una actuación propia de la administración pública en general.

Las vigencias futuras como inversiones económicas protectoras del derecho humano al desarrollo

Luego de conocer la importancia y alcance del principio de anualidad y las vigencias futuras como su facturadora excepción se hace ineludible estudiar los efectos por los que mencionado rompimiento impactan en la sociedad colombiana, es decir, como afectan, positiva o negativamente, las vigencias futuras el interés general como un todo, pero a su vez como una mancomunación de núcleos familiares y sociales.

Ahora bien, si se parte de la legalidad, las vigencias futuras impactan positivamente a la sociedad colombiana, dado que gracias a las inversiones económicas que se hacen para impulsar el progreso en materia de infraestructura se cierra, poco a poco, la brecha social que en los países tercermundistas, como Colombia, existe. Para entender estas inversiones es necesario examinar las particularidades de ellas pero desde su afectación a los intereses generales y excepcionalmente a los individuales en materia de bienes jurídicos palpables; y no a los que se generan en materia laboral, los cuales serán objeto de estudio en el punto siguiente.

Antes de entrar en ello, se hace necesario explicar que, como es apenas lógico, las vigencias futuras como inversión requieren un trámite puntual, el cual, está ligado a las actividades a desarrollar por la vía contractual. En detalle lo apunta el Sistema Integrado de Gestión de la Presidencia de la República – SIGEPRE (2016), en materia de inversiones de la forma citada a continuación para Inversión:

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

Se registra la información que se encuentra vigente en la ficha EBI BPIN y el Plan anual de adquisiciones para el producto, actividad y el objeto a contratar con el valor del apalancamiento de la vigencia futura, tiempo de duración de la vigencia futura (días, meses), el costo unitario por vigencia, costo total por vigencia, costo total de la VF y costo del proceso contractual. Se requiere que los valores solicitados se ajusten al peso, no se debe incluir decimales, lo anterior en razón a que los aplicativos SUIFP-DNP y SIIF Nación no lo permiten registrar. (p.7)

A partir de ello podríamos entonces dimensionar el impacto socio-económico que las vigencias futuras proyectan al interior del país. Más aún, siendo entusiasta, con el hecho de comprender que “La inversión en infraestructura del país pasó del 0,6 % del PIB en el 2002 al 2,8% en el 2013, y se prevén inversiones superiores con las concesiones de cuarta generación, los diferentes proyectos viales, portuarios y aeroportuarios.” (Cámara Colombiana de la infraestructura, 2015, p.90).

En cuanto a lo sustancial, se afirma que en el país, en materia de inversiones de infraestructura para transporte, solo como ejemplo, se ha avanzado financieramente en los últimos veinte años desde varios aspectos, los cuales bien señala Serrano (2010), acoto exactamente:

La principal fuente de pago de proyectos de infraestructura para transporte en Colombia son las vigencias futuras. Al finalizar el segundo período del Presidente Álvaro Uribe, 7 de agosto del año 2010, existían compromisos de vigencias futuras para la ejecución de proyectos de transporte por un valor total de 30,4 billones de pesos constantes del año 2010, correspondiente al período comprendido entre los años 2011 y 2027, con la distribución que se muestra en la Tabla 2; durante el período correspondiente a los años 2002 a 2010, se comprometieron vigencias futuras por valor de 27,2 billones de pesos del año 2010, que equivalen a un 89,5% de las vigencias futuras comprometidas al 30 de septiembre del año 2010. (p.113)

Otro claro ejemplo de inversiones en materia de infraestructura es el Programa Estratégico de obra pública, el cual intervino en 858,7 kilómetros, de los cuales 494,3 kilómetros se realizaron en la red nacional y el restante

en las secundarias. La inversión fue alrededor de cuatro billones de pesos de los cuales su extensa mayoría fue invertida en obras y los proyectos de promovieron a lo largo y ancho del territorio nacional (Invías, 2016).

Además, haciendo énfasis en la inversión en infraestructura como tal, Clavijo, Vera & Vera (2013) agregan que:

La Administración Santos ha identificado la infraestructura como un pivote clave para acelerar el crecimiento y aprovechar la concreción de diversos TLCs (incluyendo los ratificados con Estados Unidos y la Unión Europea). En particular, cabe aplaudir los avances en materia regulatoria, a saber: i) fortalecimiento institucional mediante la creación del Viceministerio de la Infraestructura (decretos 087-088 de 2011) y la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI (Decreto 4165 de noviembre de 2011); ii) mejoras en el régimen de contratación, prohibiendo los anticipos y evitando que las adjudicaciones se dieran a “precios depredadores”; iii) implementación de políticas adecuadas de maduración estructuración de los proyectos, requiriendo estudios en Fase 3 para las obras públicas (ver Granados, 2012); y iv) promulgación de la Ley 1508 de 2012 (sobre Asociaciones Público Privadas, APPs), las cuales podrían jugar un papel importante en el “despertar” del sector de infraestructura de transporte en el futuro inmediato (ver Anif, 2012). (p.7-8)

Dicha información, podría contextualizarse y ampliarse con el estudio de caracterización del sector de la infraestructura que realiza la Cámara Colombiana de la infraestructura (2015) donde expone que:

El sector de la infraestructura toma una mayor relevancia, ya que el 86,6 % de los cupos autorizados para inversión con las vigencias futuras se concentran en el sector de transporte. Por su parte, los programas de vivienda, agua potable y saneamiento básico representarán el 5,8 %, el Fondo Adaptación para la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno del niño del 2010 el 3,6 %, y para el resto de sectores se ha destinado el 4,0 % del total de estas vigencias futuras. (p.96)

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

Por otra parte, se ha analizado la figura de la Asociación Público Privada (APP) como actora interviniente dentro de los proyectos de infraestructura en materia de transporte quien además financiaría dichos proyectos. Esas APP se dan en el justo momento en el que el Estado compromete el pago de la mayoría de la inversión con vigencias futuras pero que quien ejecuta la obra es una entidad de carácter legal privada, quien, como inversionista conseguirá los recursos pertinentes para el financiamiento de la misma y así obtendrá una remuneración sobre el capital invertido; todo lo anterior regulado y estimado WACC (o costo promedio ponderado de capital) por parte del Ministerio de Hacienda.

En contexto, bien lo establece Serrano (2010) afirmando que: En un proyecto ejecutado bajo la modalidad de Alianza Público Privada se busca el logro de dos objetivos principales:

- Posponer o diferir el pago de la obra a través de vigencias futuras, atrayendo inversionistas privados para que estos financien la ejecución del proyecto y después reciban los pagos correspondientes que se acordaron contractualmente, incluyendo la remuneración del capital invertido a través de una tasa de retorno (WACC, o costo promedio ponderado de capital).
- Transferencia de riesgos del sector público al sector privado, buscando que quien esté en mejores condiciones de asumir el riesgo sea quien lo retenga y/o pagos contingentes al cumplimiento de ciertos niveles de servicio.

La experiencia del esquema de APP en el mundo muestra resultados muy positivos; un informe reciente del European Investment Bank (EIB), de julio de 2010, contabilizaba la ejecución de 1340 proyectos de infraestructura a través del esquema APP, durante el período comprendido entre los años 1990 y 2009, por un monto de 253.745 millones de euros. (p.4)

Dentro de todos los avances jurídico-administrativos expuestos con antelación “es importante resaltar que el 84 % de las vigencias futuras aprobadas para el sector transporte, se ejecutarán a través de las asociaciones público privadas (APP), cuyo contrato de ejecución está limitado a un plazo máximo de 30 años.” (Cámara Colombiana de la infraestructura, 2015, p.97).

Todos los avances y alternativas de inversión expuestos anteriormente también requieren de un análisis desde la órbita jurídica internacional, partiendo de los derechos humanos, los cuales, sin duda propenden por el desarrollo social del cual se dispone.

Se debe partir, a mi juicio, de las nociones básicas del derecho al desarrollo. Estas son, como lo describe la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986):

El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.

El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

Artículo 2: 1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo. 2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo.

De ello, como es notorio y de poca reflexión puede sustraerse que este derecho es transversal a toda la sociedad misma, pero que establecer los sujetos sobre quienes recae genera un impacto garantista en la humanidad; postura que además debería forjar el Estado Colombiano mismo.

El entendido de sujetos, por supuesto, requiere de un respectivo análisis, el cual expresan textualmente Rey & Rodríguez (2007) de la manera más

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

sintética posible y citando la Declaración en mención: 3) Los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica y El artículo 2º señala como sujeto activo del derecho al desarrollo a la «persona humana y a todos los pueblos». La resolución 41 « (se encargó de subrayar que, en caso de duda, se debe considerar que el derecho de los individuos es superior al de los pueblos)»

En similar forma, se señala como sujeto pasivo de este derecho a los Estados y a la comunidad internacional, aclarando que en la relación jurídica aparecen, por lo general, como sujetos pasivos las grandes corporaciones internacionales (como por ejemplo, Coca-Cola), apadrinadas por las grandes potencias económicas (EE.UU.) y con el silencio cómplice o manipulado de los gobiernos débiles de los Estados subdesarrollados. (p.192)

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario responsabilizar a sujetos específicos sobre el cumplimiento y la implementación de este derecho. Lo cual también versa la Declaración sobre del Derecho al Desarrollo (1986):

Artículo 2

(...)

3. Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste.

Artículo 3

1. Los Estados tienen el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo.

2. La realización del derecho al desarrollo exige el pleno respeto de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

3. Los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo. Los Estados deben realizar sus derechos y sus deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, y que fomenten la observancia y el disfrute de los derechos humanos.

Artículo 4

1. Los Estados tienen el deber de adoptar, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional a fin de facilitar la plena realización del derecho al desarrollo.

2. Se requiere una acción sostenida para promover un desarrollo más rápido de los países en desarrollo. Como complemento de los esfuerzos de los países en desarrollo es indispensable una cooperación internacional eficaz para proporcionar a esos países los medios y las facilidades adecuados para fomentar su desarrollo global.

Artículo 5

Los Estados adoptarán enérgicas medidas para eliminar las violaciones masivas y patentes de los derechos humanos de los pueblos y los seres humanos afectados por situaciones tales como las resultantes del apartheid, todas las formas de racismo y discriminación racial, el colonialismo, la dominación y ocupación extranjeras, la agresión, la injerencia extranjera y las amenazas contra la soberanía nacional, la unidad nacional y la integridad territorial, las amenazas de guerra y la negativa a reconocer el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación.

Artículo 6

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

1. Todos los Estados deben cooperar con miras a promover, fomentar y reforzar el respeto universal y la observancia de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin ninguna distinción por motivos de raza, sexo, idioma y religión.
2. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
3. Los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos al desarrollo resultantes de la inobservancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 7

Todos los Estados deben promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y, con ese fin, deben hacer cuanto esté en su poder por lograr el desarme general y completo bajo un control internacional eficaz, así como lograr que los recursos liberados con medidas efectivas de desarme se utilicen para el desarrollo global, en particular de los países en desarrollo.

Artículo 8

1. Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales.

2. Los Estados deben alentar la participación popular en todas las esferas como factor importante para el desarrollo y para la plena realización de todos los derechos humanos.

Es con esta contundente cita que podemos entender la manera en que están intrínsecamente relacionados el derecho al desarrollo y la suscripción de vigencias futuras, las cuales se proyectan como verdaderas políticas garantistas de derechos humanos y propenden un compromiso serio con la ciudadanía.

Más aún cuando en la misma declaración hace hincapié en lo infragmentable que debe ser el derecho al desarrollo como derecho humano:

Artículo 9

1. Todos los aspectos del derecho al desarrollo enunciados en la presente Declaración son indivisibles e interdependientes y cada uno debe ser interpretado en el contexto del conjunto de ellos.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Declaración debe ser interpretado en menoscabo de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, ni en el sentido de que cualquier Estado, grupo o persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad o realizar cualquier acto cuyo objeto sea la violación de los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos internacionales de derechos humanos.

Artículo 10

Deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional.

Es así como se hace necesario alejarse del escenario nacional y se correlacionan los temas de estudio en observancia para darle un carácter argumental y social. Todo lo anterior es vinculante para los estados pero no quiere decir que no se incumpla por los mismos, para ello es necesario regresar a las particularidades del tema.

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

En cierta medida, aún con muchos avances, la inversión en infraestructura ha tenido problemas serios en materia ambiental, jurídica y fiscal, de los cuales se afecta, principalmente el transporte, por lo que es evidente se resalta dicha materia dentro de este escrito.

Estos problemas son evidenciados por Clavijo, Vera & Vera (2013) debido a que opinan que:

Sin embargo, a pesar de dichos avances normativos, todavía persisten cuellos de botella principalmente derivados de problemas en: i) la adquisición de predios, sin existir mecanismos jurídicos adecuados para expropiar los terrenos necesarios a precios razonables (en línea con lo declarado en el impuesto predial); ii) problemas expeditos de expropiaciones para realizar la adquisición predial y la creación de una Comisión de Regulación en Transporte; iii) la definición de procedimientos claros y ágiles para el trato con minorías-comunidades, incluyendo compensaciones definidas y actualizaciones de los registros de los grupos étnicos, por fuera de los cuales no se podrían realizar reclamaciones; iv) la adopción de estándares previos y claros que permitan realizar los trámites de licencias ambientales bajo condiciones de seguridad jurídica; v) la creación de una Comisión Intersectorial de Infraestructura que actuaría como coordinadora entre los diferentes organismos del Estado (Mininterior, en lo concerniente a comunidades; ANLA-licencias ambientales); y vi) contar con los la misma Comisión acepta que estas soluciones tomarían años, con lo cual en el corto plazo seguiremos con este fatal rezago en infraestructura, aun con el paquete de nuevas concesiones que ha venido pregonando la ANI. Ello con el agravante de la entrada en vigencia de múltiples acuerdos comerciales dejándonos en desventaja competitiva.

Este escrito realiza un inventario de los proyectos de infraestructura incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo y complementa dicha información con las actualizaciones más recientes que viene manejando el gobierno al corte de mediados de 2012. Dicho inventario incluye una especie de “auditoría” para asegurarnos de que los grandes proyectos y sus cronogramas aparecen debidamente incluidos en las simulaciones sobre su

impacto fiscal y sus requerimientos de financiamiento, tanto de recursos públicos como privados, cubriendo el período 2012-2020. El objetivo central es tener claro el cronograma de dichos requerimientos de inversión y sus posibles fuentes de financiamiento a nivel macrofinanciero, dados unos objetivos de estabilidad fiscal. (p.8)

Es así, como las vigencias futuras, desde su incumplimiento por inoperancia de las entidades estatales con el fin de proyectar la inversión en materia de infraestructura impactan negativamente a la población civil, es decir, el interés general es suprimido por el incumplimiento de los resultados esperados, los cuales, como se explicó antes se evidencia en el Presupuesto y Planes de desarrollo de las diferente entidades públicas. Como también se viola en su esencia la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986).

Efectos de las inversiones socio-económicas en el sector empresarial y su relación con el derecho humano al trabajo

Gracias a los avances en materia de infraestructura en todo el territorio nacional y el impacto que estos, por medio de las vigencias futuras, han generado en la población civil de manera genérica desde el espectro del derecho al desarrollo se hace necesario reflexionar sobre el impacto que tienen estos avances en los intereses específicos y/o particulares de los conciudadanos.

De ahí que se necesita el estudio de estos avances en materia laboral, es decir, se debe reflexionar como impactan positiva y negativamente a los trabajadores y/o empleados los proyectos de inversiones.

Antes de establecer dicho impacto se hace necesario establecer una contextualización general y no amplia de la importancia del trabajo, desde el ámbito nacional e internacional, legal e informal. En primera medida en materia constitucional se versa que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 25) por lo cual requiere de especial análisis dentro del presente texto.

Aun cuando se dicta como un derecho y deber fundamental el Estado, y sus instituciones, ha sido incapaz de garantizar el derecho al trabajo, es

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

decir, no ha podido marginar el desempleo y por ende la ciudadanía no ha podido cubrir sus necesidades básicas como los alimentos, servicios públicos domiciliario, transporte, educación, salud, etc.; partiendo, además, de que los colombianos vivimos en una sociedad consumo, por lo que es menester observar que el trabajo le genera al ser humano independencia y seguridad económica, lo posiciona socialmente como persona (Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos – CEAPA, 2015). Este mandato, además de constitucional es universal gracias a que la Declaración Universal de Derechos Humanos lo expresa artículo 23:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Por ello requiere el carácter de vinculante dentro del Estado colombiano y obliga al mismo, desde sus instituciones (Por ejemplo: El Ministerio del Trabajo) a idear programas y proyectos estratégicos para generar ocupación, trabajo y/o empleos dignos a los ciudadanos. Esto, sin duda, es imposible de generar sin la ayuda de la empresa privada, quien además, en su inmensa mayoría es quien ejecuta, previa contratación, los proyectos de infraestructura, transporte, vivienda, etc. que el Estado propende; es decir, una especie de tercerización en materia laboral.

Ahora bien, se hace entonces necesario traer a colación algunas cifras y estudios que expresan lo antes expuesto, en primera medida lo establecido por Cámara Colombiana de la Infraestructura (2017), la cual dentro de su estudio económico afirma que:

El sector construcción concentra cerca del 5,5 % del total nacional de ocupados. Con una mayor relevancia en la economía nacional, ha aumentado el porcentaje de ocupados, pasando de concentrar el 4,6 % en 2004 a concentrar el 6,4 % en el primer trimestre del 2016. De esta manera, en este último año el sector de la construcción ha aportado a la economía 1,3 millones de personas ocupadas. (p.19)

En ese orden de ideas se hace posible entender que a la medida de las obras de infraestructura y/o construcción se generarán más personas ocupadas, es decir, trabajos año interior del país. Además, en el mismo contexto, según El Tiempo (2016) para mediados de 2016 se concluyó que gracias a los proyectos de vías se generan alrededor de ciento cuarenta mil (140.000) empleos anuales, en los de aeropuertos ochenta mil (80.000) y en los puertos cuarenta y seis mil (46.000). También se agrega que los trabajos creados en infraestructura son más estables que los de otros sectores.

Otro estudio importante es el realizado por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y del Instituto Nacional de Vías- Invías, el cual analiza el empleo generado en las treinta (30) autopistas de cuarta generación (4G) y los cincuenta y siete (57) proyectos carreteros en varios departamentos, el cual arrojó que estas obras han creado hasta el momento cincuenta y siete mil cuatrocientos setenta y dos (57.472) trabajos en el país. En específico, con respecto a las vías de 4G de la ANI se abrieron veintinueve mil novecientos ochenta y cuatro (29.984) plazas laborales y, por su parte, de Invías generó veintisiete mil cuatrocientos ochenta y ocho (27.488) de los cuales son empleos directos nueve mil cuatrocientos ochenta y ocho (9.488) e indirectos dieciocho mil (18.000), cifras importantes para las proyecciones laborales del país (El tiempo, 2017).

Con las anteriores cifras, resulta que se hace obligatorio analizar la formalidad de los empleos, es decir, la estabilidad laboral que generan al interior de la ciudadanía, ya que con esta se potencializa cabalmente el derecho al trabajo. Asevera Portafolio (2016) que:

Los empleos generados con la ejecución de las obras de infraestructura vial son, en su mayoría, formales. Una muestra de esto es que en las concesionarias menos del 1 % de las plazas

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

son temporales, y aunque en las constructoras el porcentaje es mayor, no supera el 50%.

Esta comparación se hace necesaria debido a que el personal operativo de las entidades constructoras tiene en nivel más bajo de formación y representan porcentualmente el 51% del personal general. Ello impacta fuertemente en los índices de desempleo, pobreza y pobreza extrema debido a que las personas de séptimo nivel tienden a no salir de la pobreza gracias al analfabetismo y la falta de oportunidades.

Por otra parte, según la investigación realizada por la CCI, según El Tiempo (2016), concretamente se fija que con respecto a la permanencia en los empleos los puertos contribuyen la estabilidad con un 89% de los contratos son a término indefinido y que, además, se vinculan de forma permanente a los empleados en los proyectos de vías en un 81% y en los aeropuertos 61%.

Dentro de los proyectos de construcción el empleo es un indicador de suma importancia debido a que impacta la economía nacional y a su vez la productividad de las empresas, por ello el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE (2018), en su Boletín técnico Indicadores económicos alrededor de la construcción, agrega:

En el trimestre móvil febrero – abril 2018, el número de ocupados en el total nacional fue 22.2 millones de personas. La construcción como rama de actividad económica participó con el 5,9% de los ocupados. Respecto al trimestre móvil febrero – abril 2017, la población ocupada en el total nacional creció 0,2%. Los ocupados en la rama de construcción crecieron 0,1%.

Para el trimestre móvil febrero – abril 2018, 1.3 millones de personas estaban ocupadas en la rama de la construcción; de estos el 87,7% estaban ubicados en las cabeceras (1.1 millones de personas) y el 12,3% (0.16 millones de personas) en centros poblados y rural disperso. (p.7)

Aun cuando las anteriores cifras son alentadoras el desempleo en el país sigue siendo un mal inminente en la ciudadanía. Ello se evidencia en el decrecimiento mínimo de los indicadores de desempleo, lo cual corrobora la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) la cual desarrolla los Principales indicadores del mercado laboral según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE (2018) al informar que

“Para el mes de mayo de 2018 la tasa de desempleo fue 9,7%, la tasa global de participación 64,1% y la tasa de ocupación 57,9%. En el mismo mes del año anterior estas tasas fueron 9,4%, 64,2% y 58,1%, respectivamente.” (p.3); lo que evidentemente no es estimulante pero sí de interés general.

Conclusión

Desde luego puede evidenciarse lo necesario, y casi que vital, para el avance no superfluo y efectivo del Estado colombiano para garantizar progreso social y económico, ello desde la óptica de los derechos humanos y fundamentales como el desarrollo, el trabajo y el empleo. Sin estos se hace difícil apaciguar los índices de pobreza y extrema pobreza, los cuales, en nuestros días son alarmantes dentro de la región latina y más aún en Colombia.

Es por ello que la promoción de proyectos y programas de contenido serio y a la vez austero, es decir, garantista de derechos de las mayorías y, sin duda, la proyección irrestricta de las minorías étnicas del país. Es así como nuestro modelo de Estado deja de ser una mera utopía y se convierte en realidad social, basada en el mercado, las libertades económicas y la legalidad.

Por ello se hace relevante establecer la incidencia positiva que tiene estos proyectos en el sector privado, es decir, en las entidades privadas, las cuales tienen gran importancia en la economía nacional e internacional y que proyectan como tal al país. Estas, en consideración personal, efectivizan el derecho al desarrollo y al trabajo en extensiones importantes desde el punto de vista social, jurídico y económico.

Por último, destacar la importancia del rompimiento de un principio céntrico del presupuesto general de la nación para fines puramente generales de mayor nivel moral y jurídico, debido a su contenido programático de altura socio-económica, la cual propende proyección social y no caridad, desde el punto de vista del Estado Social de Derecho como modelo constitucional. El gran logro, dar pasos orientados cerrar cada vez más la brecha social en nuestro país.

Referencias

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (4 de diciembre de 1986). Artículos 1 a 10. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. [Resolución 41/128]. DO: www.ohchr.org

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Artículo 23. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. [Resolución 217 A (III)]. DO: www.ohchr.org

Cámara colombiana de la infraestructura. (2015). *Estudio de caracterización del sector de la infraestructura de transporte*. Entorno económico. Recuperado de <http://www.infraestructura.org.co>.

Doble espacio después de un punto y aparte. vijo, S., Vera, A. & Vera, N. (2013). *La Inversión En Infraestructura En Colombia 2012-2020*. Actualidad Económica. Bogotá D.C.: <https://www.bancoldex.com/3>

Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos – CEAPA. (2015). *Guía para padres y madres. Cómo abordar el desempleo en la familia*. CEAPA. Madrid: www.ceapa.es.

Congreso de la República de Colombia. (09 de julio de 2003). Artículos 9 a 12 [Capítulo II]. Ley 819 de 2003. DO: 45.243.

Congreso de la República de Colombia. (30 de diciembre de 1994). Ley 179 de 1994. DO: 41.659.

Congreso de la República de Colombia. (21 de abril de 1989). Ley 38 de 1989. DO: 38.789.

Constitución Política de Colombia. (1991). Artículos 25, 346, 347 Y 352 [Título XII]. 2da Ed. Legis.

Contraloría General De La República. (2009). *Las vigencias futuras en el Presupuesto General de la Nación*. Bogotá D.C.: www.contraloria-gen.gov.co.

Corte Constitucional de la República de Colombia (19 de agosto de 1993). Sentencia C-337 de 1993. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].

Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE. (2018). *Boletín técnico. Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Principales indicadores del mercado laboral*. Recuperado de www.dane.gov.co/.

- Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE. (2018). *Boletín técnico. Indicadores económicos alrededor de la construcción – IEAC*. Recuperado de www.dane.gov.co/.
- Departamento Nacional De Planeación. (2016). *Manual de inversión pública nacional. Modificaciones y autorizaciones al gasto de inversión del presupuesto general de la nación (PGN)*. Bogotá: www.dnp.gov.co.
- El Tiempo. (2017, 24 de julio). *Vías 4G y obras públicas han generado 57.472 empleos*. El tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/empleos-generados-y-necesitados-en-vias-4g-y-obras-publicas-112112>.
- Peña, E. (2007). *Principios e Instituciones Presupuestales en Colombia*. Bogotá D.C.: Revista Estudios Socio-Jurídicos, 9 (1), 247-300.
- Portafolio. (2016, 04 de septiembre). *Empleo en la construcción de vías: 8 de cada 10 son formales*. Portafolio. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/infraestructura/empleo-en-la-construccion-de-vias-de-cada-10-son-formales-500098>.
- Presidente de la República de Colombia (15 de enero de 1996). Estatuto Orgánico del Presupuesto [Decreto 111 De 1996]. DO: 42.692.
- Procuraduría General De La Nación. (2010). *Cartilla Vigencias Futuras Excepcionales. Tema Para Las Entidades Territoriales*. Bogotá D.C.: IEMP Ediciones.
- Ramírez, J. (2013). *Anualidad Como Principio Presupuestal*. Docplayer. Recuperado de: <http://docplayer.es/amp/61091332-Anualidad-como-principio-presupuestal.html>.
- Redacción El Tiempo. (2016, 18 de septiembre). *Así están generando empleo las obras de infraestructura*. El tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/empleo-generado-por-obras-de-infraestructura-34400>.
- Rey, E. & Rodríguez, M. (2007). *Las generaciones de los derechos humanos*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Serrano, J. (2010). *Financiamiento de Infraestructura de Transporte*. Bogotá D.C.: Revista de Ingeniería, (32), 108-116.
- Sistema Integrado De Gestión De La Presidencia De La República – SIGEPRE. (2016). *Instructivo Para La Justificación Técnico Económica*

El impacto jurídico, social y económico de las vigencias futuras como excepción primaria del principio de anualidad presupuestal en la sociedad colombiana y en el sector empresarial, desde la óptica del derecho humano al trabajo y al desarrollo

Vigencias Futuras. Bogotá D.C.: www.presidencia.gov.co, Código: I - GF -01 Versión: 01.

Sistema Integrado De Gestión De La Presidencia De La República – SIGE-PRE. (2016). *Lineamientos Operaciones Presupuestales*. Bogotá D.C.: www.presidencia.gov.co, Código: L-GF-01 Versión: 03.

TRIBUTOS AL MEDIO AMBIENTE: FINALIDAD EXTRAFISCAL Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ARGENTINA

Gastón Vidal¹

Resumen

En el presente trabajo se analizará una de las cuestiones que se aborda bastante poco en el derecho argentino, que es la temática de la utilización del tributo con una finalidad extrafiscal, ello es no con el fin estricto de recaudar, sino de regular la actividad económica y empresarial, con el fin de proteger determinados bienes jurídicos que el Estado estima deben tener lugar en un determinado momento, o desalentar determinadas conductas o hacer responsable a ciertos sujetos de la actividad que llevan a cabo. Como se adelantó, se abordará la experiencia en la República Argentina con respecto a la aplicación de ciertos tributos, relacionada en particular con la tributación con la citada finalidad al medio ambiente en general y, en particular frente a la ardua problemática de los residuos o basura y envases que en sus diversas formas generan los agentes que intervienen en la actividad económica y empresarial. El planteo, que intenta ser un punto de partida para enriquecer un debate que aún resta que sea transitado, esto es si los tributos con finalidad extrafiscal pueden contribuir a colaborar en el complejo problema de la protección del medio ambiente y la disminución de la contaminación, así como también a que los actores involucrados no solo sean parte de la problemática sino que también colaboren con la solución. Con ese punto de partida, se desarrollarán los aspectos relevantes del trabajo.

Palabras clave: Tributos, Medio Ambiente, Actividad Empresarial.

¹ Especialista en Derecho Tributario. Abogado. Docente Investigador de la Universidad de Palermo. Email: gvidalquera@yahoo.com.ar

Abstract

This paper will analyze one of the issues that is dealt with very little in Argentine law, which is the issue of the use of tax for a purpose other than taxation, this is not with the strict purpose of collecting, but to regulate economic and business activity, in order to protect certain legal assets that the State believes should take place at a given time, or discourage certain conduct or make certain subjects responsible for the activity they carry out. As mentioned above, the experience in the Argentine Republic with respect to the application of certain taxes will be discussed, related in particular to taxation with the aforementioned purpose to the environment in general and, in particular, in the face of the arduous problem of waste or garbage and containers generated in their various forms by agents involved in economic and business activity. The proposal, which tries to be a starting point to enrich a debate that still remains to be transited, this is if the taxes with extrafiscal purpose can contribute to collaborate in the complex problem of the protection of the environment and the reduction of pollution, as well as that the actors involved are not only part of the problem but also collaborate with the solution. With this starting point, the relevant aspects of the work will be developed.

Keywords: Taxes, Environment, Business Activity.

Introducción

Los tributos son prestaciones coactivas u obligatorias, en dinero usualmente o en especie en casos excepcionales, que exige el Estado en virtud de su poder de imperio por medio de una ley, ya que en este tema rige con especial énfasis el principio de legalidad. El poder de imperio se lo considera como el conjunto de potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico a determinadas instituciones públicas, que se relacionan con la soberanía, y en particular en lo que interesa a este trabajo, el poder tributario, dado por la posibilidad de establecer los citados tributos. Son detracciones obligatorias que proceden o se sacan, como se asentó, en dinero usualmente, del patrimonio personal de los particulares. La República Argentina ha tomado una clasificación tripartita de los tributos, compartida tanto por la doctrina especializada en la materia como por la Corte Suprema de Justicia

de la Nación, al utilizar en forma unánime la clasificación en impuestos, tasas y contribuciones especiales.

Los impuestos son prestaciones obligatorias, en dinero o en especie, que el Estado, en ejercicio de la utilización de su poder de imperio, exige, en virtud de ley, sin obligarse a una contraprestación respecto del contribuyente en forma directa y concreta. Se ha dicho que:

Por medio del impuesto son retribuidos servicios indivisibles prestador por el Estado, es decir, aquellos que si bien son útiles a toda la comunidad, resulta imposible, en la práctica, efectuar su particularización en lo atinente a personas determinadas (p. ej: defensa...). (Manual de Derecho Tributario, Catalina García Vizcaíno, Abeledo Perrot, 2017, Página 37)

Según el MCTAL –OEA/BID, art. 15- el impuesto “Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente”. Los impuestos gravan una manifestación de capacidad contributiva (según la técnica tributaria existen tres: renta, patrimonio y consumo) sin que el Estado “de nada cambio u ofrezca algo por su cobro” ni se comporte de determinada manera con relación al contribuyente, más allá de la financiación de un servicio indivisible como la defensa, salud, educación, etc. Se considera que si se respetan los fines de la tributación y de capacidad contributiva es una de las formas más justas y equitativas de imposición. Los impuestos deben ser utilizados para financiar aquellos servicios y bienes que el Estado debe prestar, según su concepción y momento temporal, en forma directa y propia, sin la intervención de terceros.

Por su parte, las tasas son prestaciones obligatorias, en dinero o en especie, que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige, en virtud de ley, por un servicio o actividad estatal que se particulariza o individualiza en el obligado al pago. Lo esencial en las tasas es el servicio que es divisible, ya que está determinado e individualizado en un sujeto.

En las XV Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario del año 1991, que tuvo lugar en Venezuela, Caracas, se concluyó que:

Es de la esencia de la tasa que el servicio estatal que constituye su presupuesto de hecho sea prestado efectivamente por la Administración al contribuyente, aun cuando éste se resista a recibirlo. La prestación efectiva del servicio al contribuyente es uno de los elementos caracterizadores

más importantes para distinguir la tasa de las otras especies tributarias, particularmente el impuesto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en su doctrina jurisprudencial que mantuvo invariable con el paso del tiempo que "... un requisito fundamental respecto de las tasas, como es que al cobro de dicho tributo debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado del contribuyente...". Por ejemplo se paga la tasa de justicia al recibir el servicio por esa actividad, la tasa de alumbrado, barrido y limpieza que deben abonar los titulares de inmuebles, entre muchas otras, y la principal tasa que pagan las empresas, por inspección de seguridad e higiene, por tal servicio estatal.

Finalmente, las contribuciones especiales han sido definidas como "toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige, en virtud de ley, por beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos, o de especiales actividades estatal. El Modelo de Código Tributario América Latina dispone en el artículo 17 que "el producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o las actividades que constituyen el presupuesto de la obligación".

Se dividen en contribuciones especiales de mejoras que son las que se caracterizan por el beneficio que surge de la realización de una obra pública (pavimentación, etc) y las contribuciones parafiscales que son las que se recaudan para asegurar el funcionamiento de ciertos entes públicos o semipúblicos y que son un recurso que la ley les da para funcionar. En las contribuciones de mejoras por la realización de una obra pública el límite para cobrar ese el beneficio por la revalorización de la misma que se le cobra a los frentistas o titulares de dominio. No puede superarse ese límite, caso contrario sería inconstitucional. Sobre las parafiscales se ha dicho que tienen las siguientes características: a) son ingresos públicos que no suelen ser integrados en los presupuestos generales del Estado, b) son recursos afectados al financiamiento de ciertos entes estatales y c) suele haber una tendencia a sustraerlas del cumplimiento de los principios jurídicos de los tributos, en especial del reserva de ley, con la excusa que no poseen naturaleza tributaria

En resumen respecto a las especies tributarias, en el impuesto se grava una manifestación de capacidad contributiva sin “nada a cambio”, en la tasa necesariamente el Estado debe prestar un servicio y en la contribución especial el sujeto pasivo que las paga debe recibir un beneficio para el contribuyente u obligado al pago.

Se analizará a continuación la finalidad extrafiscal en las especies tributarias relacionadas con fines ambientales y como han sido utilizadas en nuestro país, en algunos casos relevantes, sin pretender agotar todos los institutos que se aplicaron en la materia.

Cabe adelantar, que el tributo puede ser un poderoso instrumento de política económica, social y para ordenar o desalentar conductas o castigar otras por parte del Estado. La materia medio ambiental no está ajena a la posibilidad de utilizar este instrumento para la política económica y para que los mismos cumplan con su finalidad y sean eficaces, se debe reducir la posibilidad de traslación de modo que la efectiva incidencia recaiga sobre el sujeto que participa en la contaminación en forma activa, a fin de modificar o atenuar sus comportamientos.

Como es sabido, los tributos tienen como principal función la de recaudar y acercar importes dinerarios al Estado (finalidad fiscal) para poder cumplir con sus objetivos públicos, como la salud, defensa, educación, etc. Pero los tributos también pueden tener finalidad extrafiscal, que está relacionada con desalentar actividades para cumplir con un determinado propósito o cometido (caso de los tributos para la protección del medio ambiente y similares), en cuyo caso la recaudación debería ser nula o casi nula. Se ha dicho con claridad que “los intentos de usar impuestos con fines extrafiscales muchas veces desnaturalizan su esencia, como, p.ej., la utilización indiscriminada de tributos con fines ecológicos que terminan frecuentemente poniendo un precio a la polución ambiental.”

Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “el poder impositivo constituye un valioso instrumento de regulación, complemento necesario del principio constitucional que prevé atender al bien general, al que conduce la finalidad ciertamente extrafiscal de impulsar la expansión de las fuerzas económicas”.

En conclusión, la finalidad extrafiscal de los tributos se utiliza como mecanismos o instrumentos de política financiera, económica y social para

impulsar, proteger o inhibir que se realicen ciertas actividades en las cuales el Estado centra su interés. Se abordará su uso, como ya se adelantó, en cuestiones de protección del medio ambiente en líneas generales.

El régimen constitucional argentino – La distribución del poder tributario

Cabe considerar que la República Argentina es un país federal, formado por el Estado Nacional, por veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y por más de mil seiscientas municipalidades, que están enclavados dentro de cada una de las provincias. De acuerdo a la Constitución Nacional, las provincias son preexistentes al Estado Nacional y se unieron para formar el mismo.

Respecto al poder tributario, los recursos que se aplican en el comercio exterior (tributos aduaneros) son exclusivos y excluyentes aplicados por el Estado Nacional. Adicionalmente, se separa la imposición directa e indirecta, siendo la primera excepcional para el Estado Nacional, por ende habitual para las provincias, e indirecta concurrente para el Estado Nacional y las provincias.

Por su parte, la ley 23. 548 de coparticipación federal de impuestos es la actualmente vigente desde el año 1987, dispone como se distribuye el poder tributario para evitar o apaciguar la doble o múltiple imposición en la Argentina, la cual es perfectamente constitucional. Se trata de un régimen de coparticipación, con rango constitucional a partir de 1994, por medio del cual, el Estado Nacional recauda y coparticipa a las provincias su producido, las que, por sí y sus municipios se abstienen de cobrar sobre manifestaciones de capacidad contributiva que pueden cobrar (renta, patrimonio y consumo). Quedan fuera de las obligaciones emergentes del régimen los impuestos provinciales clásicos (ingresos brutos, sellos, embarcaciones deportivas y patentes de los automotores, inmobiliarias y transmisión gratuita de bienes). Asimismo, todos los niveles de gobierno pueden cobrar “tasas retributivas de servicios efectivamente prestados”.

Es por ello, como veremos que principalmente las municipalidades han establecido tasas retributivas de servicios con finalidad extrafiscal relacionados con la contaminación en general, y en particular en resguardo del medio ambiente y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene vigentes impuesto con esa finalidad, así como también otras provincias que han

utilizado los impuestos como esa herramienta. Se analizarán si esas finalidades extrafiscales se cumplieron o no en casos concretos en materia de medio ambiente, tanto con la basura como el tratamiento de los envases y demás productos que generan las empresas; así como también la responsabilidad que les cabe a los sujetos que intervienen en tales cuestiones.

Breve referencia al problema de la basura

El problema de la basura es uno de los más importantes que tienen que afrontar los países en el tema de la contaminación. Se estima que en la República Argentina se genera una tonelada de basura cada dos segundos. Los procesos industriales modernos dieron lugar a la generación de una infinidad de materiales sintéticos que, al no degradarse en forma natural, se acumulan en el ambiente y ocasionan serios perjuicios para la población y para el desarrollo de los países. La acumulación de basura o su lenta descomposición produce graves efectos sobre el entorno y la calidad de vida de los habitantes.

Las nuevas tendencias en el tema consideran que quien participa en el proceso de contaminación debería ser involucrado y tomar parte en el proceso de transporte y tratamiento del mismo. Por ejemplo en el caso de los envases o envoltorios, botellas, latas, etc, las nuevas orientaciones estiman que debe involucrarse a su productor o comercializador a ser responsable de su tratamiento luego de que los mismos sean utilizados. En ese sentido, existe un proyecto de ley, con trámite parlamentario, de Responsabilidad Extendida del Productor que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión ambiental de los envases y sus residuos. Se incluye en esa ley a todos los envases y sus residuos, que luego de su utilización o consumo, sean susceptibles de ser gestionados como residuos domiciliarios. Se dispone que los productores constituyan asociaciones de alcance nacional para la gestión de sus residuos de envases, estableciendo un “Sistema de Gestión Integral de Residuos de Envases”.

Desde el punto de vista de la generación de residuos y su posterior tratamiento, la finalidad extrafiscal de la tributación ambiental puede ser una herramienta útil que cumpla con el cometido propuesto, así como también en el caso del manejo de la basura en general.

Tributos medioambientales: solo un precio?

Los tributos ambientales tienen cuatro aspectos esenciales para ser considerados como tales: pertenecen a la categoría tributos, finalidad de carácter extra-fiscal (ecológica o protección del ambiente), ausencia de naturaleza sancionatoria y falta de necesidad que exista una asignación ecológica de los fondos recaudados.

La finalidad extrafiscal en materia ambiental está dada por un principio que se conoce como “quien contamina paga” o, como se sostuvo, con las modernas tendencias del deber de colaborar o estar involucrado en el proceso por la contaminación a raíz de la realización de actividades de prestación de servicios o venta de productos que son introducidos al mercado. Es decir que prevalece esa situación y debe considerarse que cuando menos se recauda por parte de esta clase de tributos, en mejor manera se está cumpliendo con la finalidad extrafiscal, ya que quiere decir que no se está contaminando tanto o se están aplicando los mecanismos para reducir la misma, o también por el hecho de contemplar la participación en los costos del proceso de manejo o disposición final de los residuos. Caso contrario, los contribuyentes considerarán que tienen “vía libre” para contaminar pagando simplemente un “precio” para ello, con una evidente finalidad fiscal.

A continuación se analizarán algunos ejemplos relevantes de la tributación ambiental en la Argentina, con especial referencia a la generación de los residuos y a la contaminación en general, para ver si actúan como un “precio o costo” por no contaminar o si realmente estamos frente a tributos con verdadera finalidad extrafiscal. También se hará referencia de otros casos en donde se vislumbra que con el argumento de disponer una tributación al medio ambiente se utilizó con finalidad claramente recaudatoria.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires: el caso del impuesto a la “basura” y el impuesto a los “escombros”

En el año 2005, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó la ley 1854 denominada de “Basura Cero” por medio de la cual estableció en el Artículo 1º:

La presente ley tiene por objeto establecer el conjunto de pautas, principios, obligaciones y responsabilidades para la gestión integral de los residuos sólidos urbanos que se generen en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en forma sanitaria y ambientalmente adecuadas, a fin de proteger el ambiente, seres vivos y bienes. En este sentido la Ciudad adopta como principio para la problemática de los residuos sólidos urbanos el concepto de Basura Cero.

Asimismo, se fueron dando instrumentos tributarios relacionados con la tributación al medio ambiente con la finalidad de buscar ese objetivo. Los tributos que se hará referencia a continuación fueron establecidos en el Título VI del Código Fiscal expresamente como “Gravámenes ambientales”, con lo cual su naturaleza tributaria y objeto establecido por el legislador son palmariamente indudables.

En efecto, en el año 2010 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –que es la capital de la República Argentina-, en el marco de sus objetivos de reducir la generación de basura, estableció el denominado “Impuesto a la “Generación de Residuos Sólidos Urbanos Húmedos no Reciclables” comúnmente denominado como “Impuesto a la Basura”. Ese impuesto se cobra por la generación de residuos sólidos urbanos húmedos no reciclables (“basura”), siendo sujetos pasivos y responsables de su ingreso los generadores especiales de los residuos.

De acuerdo a la ley tarifaria 2018 (5914) se establece un canon anual por litros diarios desde 240 a \$ 17.100 y más de 4000 el canon anual es de \$ 679.740 para cada uno de los lugares físicos.

Están exentos los contribuyentes que en ninguno de los lugares físicos que tengan (sucursales, bocas de expendio, etc) generen residuos que alcancen los 1000 litros y quienes sean considerados “Generadores Especiales de Residuos sólidos” que estén inscriptos en el programa de generadores privados de la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) debiendo costear el transporte y disposición final de la fracción húmeda de residuos por ella producida. Si bien se genera esta obligación de costear el

transporte de la basura hasta su disposición final, para lo cual se lo exime del impuesto, entiendo que no se cumple con la finalidad extrafiscal ya que el sujeto por el hecho de encargarse de pagar el tratamiento y disposición final de los residuos, no debe pagar el impuesto, pero puede seguir generando la basura que quiera. De esa manera, más allá de la loable finalidad de quien genera la basura se haga cargo, lo concreto es que pagando por la generación de la misma, se termina el tema.

Por su parte, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también creó el “Impuesto a la Generación de Residuos Áridos” cuya generación, así como los restos de demolición y construcción pagan el impuesto. Son responsables del pago en forma solidaria los propietarios y/o consorcios de propietarios, las empresas constructoras y el profesional actuante en la obra o demolición y se abona por cada metro cuadrado (m²). Están exentos únicamente los generadores que realicen construcciones de viviendas de interés social desarrolladas o financiadas por organismos nacionales o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. De acuerdo a la ley tarifaria 2018 (5914) se establece un importe de \$ 114 por metro cuadrado (m²) el impuesto que se debe abonar. Entiendo que si bien se lo incluye como un “gravamen ambiental” pero lo único que hace es cobrar sobre los restos de demolición y por metro cuadrado por lo que no cumple con ninguna finalidad extrafiscal de intentar se generen menos escombros, ya que el sujeto lo abona y se termina el asunto sin que haya intención de reducir la generación de los mismos.

Se ha dicho con claridad que “... será necesario vigilar el cumplimiento por parte del Estado del fin extrafiscal por el cual son creados estos tributos, pues puede correrse el riesgo de que, bajo la excusa medioambiental, se pretenda aumentar la recaudación a fin de cubrir las necesidades financieras existentes”.

En ambos impuestos, estamos frente algo parecido al “precio” que se paga por sea, generar basura o escombros, sin que se pueda vislumbrar la finalidad extrafiscal en materia de gravámenes ambientales, para que se contamine menos, más allá de la posibilidad de solicitar la reducción tributo.

Algunos ejemplos de Municipios con tasas ambientales a la contaminación por envases y residuos) San Fernando – Provincia de Buenos Aires

La Municipalidad de San Fernando por intermedio de su Ordenanza Fiscal 12.210/17 vigente para el 2018 dispone en el artículo 360 la “Tasa por Comercialización Envases no retornables y afines”, cuyo hecho imponible son

Por los servicios municipales de protección ambiental, correspondiente a la implementación de programas de concientización, acopio, reciclado, tratamiento, servicios de recolección diferencial y disposición especial de envases no retornables y material desechable, tales como botellas PET, multicapa, aerosoles, latas y otros envases no retornables de características similares, así como también de pañales descartables”. Se establece un importe por cada botella no retornable (\$ 0,43), envase (\$ 0,09), lata de bebida (\$ 0,15), envase de aerosol (\$ 0,20), pañal descartable (\$ 0,09) y deben pagar las tasas las personas físicas o jurídicas titulares de actividades económicas de venta minorista o mayorista en el Partido de San Fernando. El artículo 365 dispone que

Los sujetos obligados que establezcan sistemas de acopio de la modalidad de puntos verdes, para la recepción y envío a la adecuada recuperación o tratamiento para reciclado de los productos por ellos comercializados podrán, previa acreditación de la correcta gestión dada a dichos residuos, en el marco de sistemas industriales de reciclaje, solicitar la reducción de la Tasa en la proporción a la cantidad y tipo de material recibido y reciclado”. Si bien se dispone la reducción de la Tasa si los sujetos cuentan con sistemas de reciclaje, la finalidad parece más fiscal ya que se le adicionará al precio de los productos que se vendan el monto de la tasa, no pareciendo una solución al complejo tema que se analiza. Funcionaría como un tributo indirecto que se trasladaría al precio.

Bahía Blanca – Provincia de Buenos Aires: la “Tasa ambiental”

La Municipalidad de Bahía Blanca tiene en el art. 271 de la Ordenanza Fiscal vigente tiene regulada la “Tasa Ambiental”:

Por los servicios de control, monitoreo, prevención, coordinación de planes de monitoreo con planes de evaluación de riesgo, planes de contingencia y cualesquiera otro, destinados directa o indirectamente a la preservación y optimización de la calidad ambiental y al desarrollo e implementación de planes de respuesta ante emergencias tecnológicas, se establece la presente

Tasa Ambiental, la cual se fijará en función del nivel de complejidad ambiental del emprendimiento o actividad industrial desarrollada en el partido de Bahía Blanca”. El art. 273 dispone que “la base imponible del presente gravamen estará constituida por el nivel de complejidad ambiental que presente el emprendimiento o actividad, siguiendo los parámetros establecidos en la Ordenanza Impositiva”. La Ordenanza Impositiva 2018 dispone en el artículo 54 una fórmula complejo de cobro y dispone que “deberán abonar... teniendo en cuenta que el valor máximo de esta no podrá ser superior del uno por mil de la facturación del producto o proceso desarrollado en el partido de bahía blanca”. Se cobra una tasa pero no se indican los servicios con claridad relacionados con la calidad y protección del medio ambiente, ya que los servicios son genéricos.

San Carlos de Bariloche – Provincia de Río Negro: la “ECOTASA” ¿el impuesto al turista por contaminar?

Finalmente, hago referencia a un ejemplo de un caso en que la tributación al medio ambiente, es claramente utilizada con una finalidad única de recaudar.

La Ordenanza 2620-CM-15 creó en el Título XIX artículo 362 la denominada “ECOTASA” siendo el hecho imponible:

Es la contraprestación que la Municipalidad exige a los turistas que pernocten en esta ciudad, cualquiera sea el tipo y categoría del establecimiento de alojamiento turístico, por los servicios turísticos y de infraestructura turística, directos e indirectos y aquellos potenciales que la Municipalidad presta en conservación patrimonial, mejoramiento y protección de sitios y paseos turísticos, comprensivos de ingresos y portales al a ciudad, sendas, accesos a lagos y sus playas, ríos y montañas, puntos panorámicos, miradores, servicios de información y atención turística, baños públicos, y todo otro servicio turístico, garantizando un turismo sustentable desde el punto de vista social, ambiental y económico”. La base imponible “está constituida por un monto fijo por día de pernocte, que abonará cada turista en la Ciudad de San Carlos de Bariloche, en el establecimiento turístico que se aloje.

De acuerdo al artículo 114 de la Ordenanza 2925-CM-17 se fijan los siguientes valores para el 2018 que deben percibir los establecimientos de alojamiento turístico:

Tabla 1
Valores para el 2018 de los establecimientos de alojamiento turístico

Tipo y categoría	Valor fijo por noche por persona
Alojamiento 1 estrella	\$ 10
Alojamiento 2 estrellas	\$ 20
Alojamiento 3 estrellas	\$ 30
Alojamiento 4 estrellas	\$ 45
Alojamiento 5 estrellas	\$ 60
Alojamiento turismo estudiantil	\$ 30
Alojamiento sin categorizar	\$ 10
Campings y refugios	\$ 5

Creación Propia.

Pese al esfuerzo de describirlo como una tasa, y lo bajo del importe que se cobra, es claro que no tiene un servicio individualizado en el turista, y al cobrarse en relación al alojamiento, es análogo al impuesto al valor agregado que se cobra a nivel nacional por las locaciones y prestaciones de servicios en general. Su función recaudatoria es manifiesta y se está cobrando un “impuesto al turista” por usar los servicios de infraestructura turística que ofrece el municipio.

Incluso el actual presidente de la Nación, Mauricio Macri, indicó que demandarían municipio por considerar que cobraban un impuesto y no una tasa ya que no tiene servicio alguno.-

Conclusiones

Los tributos ambientales tienen en Argentina una mayoritaria finalidad fiscal de acuerdo a los casos que han sido analizados, que son una muestra de la situación en que se han manejado, encontrándose ausente o débil la presencia de finalidad extrafiscal de los mismos. Surge que, en principio, esencialmente la tributación ambiental tiene finalidad fiscal.

La fiscalidad ambiental se debe orientar a internalizar el costo social en el empresario, comerciante, productores y consumidores, participando y haciéndose cargo de la responsabilidad que tengan en la generación de la contaminación en sus diversas formas y casos en que intervienen.

La finalidad extrafiscal de los tributos puede ser un instrumento adecuado para que los agentes económicos reduzcan la contaminación, en especial con la basura y los residuos, por intermedio de la mejora del tipo de materiales que usan, de participar en el tratamiento de los desechos que generan por los productos que venden, de contribuir a su tratamiento y disposición final, pero mejorando muchos aspectos como es en la actualidad en los que se limitan a pagar un “precio” por contaminar o generar basura, con las consecuencias que ello acarrea al medioambiente.

En la actualidad, no hay una política coordinada en temas tributarios ambientales, tanto a nivel Nacional, provincial y municipal, y los tributos vigentes no tienen finalidad extrafiscal, por lo que resta una regulación precisa que cumpla con esa finalidad para todos los agentes económicos en aras de lograr el objetivo propuesto.

Es necesario una política uniforme para las industrias y los agentes económicos en general, sumado ello a la necesidad de reafirmar el reciclado para la población y el desarrollo de la educación ambiental para toda la población.

No cabe esperar más, ya que el estado actual del planeta y el avance de la contaminación exigen de los Estados concretas regulaciones y de los agentes económicos reglas precisas en la materia.

Como sostuvo el poeta Víctor Hugo “Produce una inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla mientras el género humano no la escucha”. Es el momento y la agenda mundial exige tomar cartas en el asunto y utilizar todas las herramientas que estén al alcance para lograr con la finalidad planteada de protección al medio ambiente

Referencias

García Vizcaíno, Catalina, *Manual de Derecho Tributario*, Editorial Abeledo Perrot, 2017.

Gustavo Naveira de Casanova, *Finanzas Públicas y Derecho Financiero*, Editorial Estudio, 2012.

<https://www.cronista.com/responsabilidad/Produccion-de-basura-cual-es-la-realidad-en-Argentina-y-que-se-podria-hacer-20180302-0075.html>

www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/380359/downloadPdf

El impuesto al fuego de la Provincia de Córdoba, ¿Tributo ambiental o recaudatorio?, Rodolfo Salasa Boiis en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/11524/11962>

<https://www.rionegro.com.ar/bariloche/macri-demando-a-bariloche-por-la-aplicacion-de-la-ecotasa-AH3797323>

EL DIÁLOGO COMO HERRAMIENTA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS TERRITORIALES SOBRE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL EN LA ETAPA DEL POSCONFLICTO EN COLOMBIA

Martha Charris Balcázar¹
Ana Isabel Oñate Barros²

Resumen

Solidez para la paz en tiempos líquidos una posibilidad para construir democracia, El diálogo entre opuestos y su utilidad en la consolidación de una paz estable y duradera con un enfoque de desarrollo territorial y finalmente, la importancia de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial en el desarrollo y progreso empresarial y de las comunidades, son los tres capítulos o enfoques de discusión que se proponen en adelante para evidenciar como el diálogo puede solucionar conflictos territoriales sobre desarrollo sostenible y liberar grandes tensiones entre empresas y comunidades.

1 Abogada de la Universidad Popular del Cesar (2013). Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública (2013). Magister de la Universidad de Zulia en Gerencia de Empresa (2017). Docente de la Universidad Popular del Cesar. Directora del Centro de Investigación y Documentación Socio jurídica de la Universidad Popular del Cesar. Docente investigadora y Tutora del Semillero de Investigación Acepciones del derecho. Email: marthacharris@unicesar.edu.co

2 Egresada del programa de Derecho de la Universidad Popular del Cesar. Fundadora y coordinadora académica del Centro de Derechos Humanos Rodrigo Uprimny 2016 - 2018. Segundo lugar en el Concurso Nacional De Derechos Humanos 2015. Premio a la mejor defensa de Estado escrita en idioma español por el American University Washington College of Law 2016. Juez en el segundo concurso de Derechos Humanos organizado por la Universidad de Cartagena 2017. Tutora del equipo Unicesar en el Concurso Nacional de Derechos humanos 2017 - 2018. Semillerista de investigación durante los años 2013 - 2017. Finalista del XVII concurso internacional de semilleros de investigación de Derecho procesal 2017. Email: anie702@hotmail.com

Proponiendo entender este tipo de escenarios como una forma de sentar actores estratégicos en una gran discusión en la que se pueden llegar a acuerdos sin dejar de tener posiciones opuestas, en donde comunidades, institucionalidad y empresarios se escuchen a partir de unos puntos clave de convivencia en la búsqueda de soluciones efectivas, ello implica poner en marcha un proceso entre improbables que nos lleve a avanzar en medio de riesgos imprevisibles, hacia una sociedad fundamentada en la dignidad humana y la profundidad espiritual, en la búsqueda de la verdad sin miedos, en la superación de la exclusión social, económica y política; en la protección de la naturaleza y en la consolidación de instituciones justas, democráticas y creíbles. Y, por supuesto, en la lucha por terminar con la corrupción, que se fundamenta en la mentira, la codicia, el desprecio de los intereses generales y el engaño, tenemos derecho a ser diferentes, pero incluso esas diferencias hay que hacerlas sostenibles.

Palabras clave: Territorio – Desarrollo – Posconflicto – Diálogo

Abstract

Solidity for peace in liquid times (a possibility to build democracy), The dialogue between opposites and their usefulness in the consolidation of a stable and lasting peace with a focus on territorial development and finally, the importance of Development Programs with a Territorial Approach In the development and business and community development, are the three chapters or discussion approaches that are proposed in order to show how the dialogue can solve territorial conflicts on sustainable development and release great tensions between companies and communities. Proposing to understand this type of scenarios as a way to set strategic actors in a large discussion in which agreements can be reached while remaining in opposing positions, where communities, institutions and entrepreneurs are heard from a few key points of coexistence in the search for effective solutions, this implies starting a process between improbable that leads us to advance in the midst of unpredictable risks, towards a society based on human dignity and spiritual depth, in the search for truth without fear, in the overcoming social, economic and political exclusion; in the protection of nature and in the consolidation of just, democratic and credible institutions. And, of course, in the struggle to end corruption, which is based on lies, greed, contempt of general

interests and deception, we have the right to be different, but even those differences must be made sustainable.

Key Words: Territory - Development - Postconflict - Dialogue

Introducción

Colombia 2020 y la Oficina del Alto comisionado para la paz han presentado recientemente una agenda de discusión denominada “diálogos entre opuestos”, en donde se abordaron temas en relación a la Construcción de paz desde los territorios no solo desde la convivencia y la participación política, sino también desde el Desarrollo. La propuesta de diálogos entre opuestos en medio de sociedades divididas ha sido una estrategia diseñada inicialmente por el profesor estadounidense John Paul Lederach, y que se ha replicado en muchos países para establecer un diálogo sincero que ayude a superar conflictos armados históricos.

Esta mirada, entiende que el desarrollo en sí mismo es un diálogo entre opuestos y busca determinar ¿Cómo incorporar el trámite de conflictos a la institucionalidad? Y es que para ello debe existir un método, todo diálogo debe llevarnos a unos puntos específicos, a diagnosticar alertas tempranas de conflictos para intentar solucionarlos en la medida en que inician su evolución. La mayor parte de los conflictos son el resultado de conflictos antiguos que no se han resuelto anteriormente, la raíz de los conflictos está en la falta de participación de la sociedad, lo que el acuerdo nos dio fue un espacio en el cual identificamos los problemas, el acuerdo no los resolvió, pero si creó un espacio donde se podían empezar a discutir esos problemas.

Se pretende, con mucha humildad y con mucho respeto hacia las Víctimas y actores del conflicto en general, promover el diálogo que aún hace falta en los territorios, ahora que se está superando el dolor, para abordar un diálogo en donde se seleccionen temas que importen en lo local y lo departamental, que quizás nunca se han abordado con exhaustividad para mirar la totalidad de los datos, analizarlos desde distintos puntos de vista, establecer con rigor las diversas maneras de entenderlos y llegar, si es posible, a juicios compartidos sobre lo que podemos afirmar como realidad, independientemente de las expectativas, de los partidos y de las organizaciones a las que la sociedad libremente pertenezca, como lo decía el

padre francisco de Roux en entrevista realizada por el tiempo en 2017 (DE ROUX, 2017).

Se desarrollan tres capítulos, el primero da cuenta de la importancia de promover espacios de participación democrática, a partir de sociedades sólidas y empoderadas, construir democracia a partir de educación, de un cambio en la cultura de la igualdad es el primer paso para poder desarrollar un gran diálogo, es quitarse la venda del miedo, de la estigmatización, es comprometer el “todos” en la construcción colectiva de País desde la pluralidad de actores y pensamientos, lo cual es vital para avanzar en una segunda etapa: dialogar.

Una segunda fase es entender la importancia del diálogo entre opuestos en la consolidación de una paz estable y duradera con un enfoque de desarrollo territorial, es promover conversaciones profundas y rigurosas entre las comunidades y las empresas para encontrar consensos en las dinámicas del desarrollo local, para que juntos fijen derroteros sobre su visión del territorio, a partir de la democracia y las líneas de convivencia establecidas.

Y por último, se expone como ya se están realizando algunos diálogos en el País desde los territorios y con actores estratégicos, promovidos por la misma institucionalidad y otros por iniciativa privada, pero además de eso, hay otros espacios de diálogo que deben generarse, que deben nacer desde la sociedad civil, y que tienen como reto generar la sostenibilidad de este nuevo proceso, pero sobretodo de llegar a consensos que se promuevan y defiendan.

Solidez para la paz en tiempos líquidos, una posibilidad para construir Democracia

Podría pensarse que ha ocurrido un error al escribir solidez en el título de este capítulo y que en su lugar quiso indicarse el término solidaridad, puesto que la paz indica ineludiblemente un sistema de valores sin los cuales esta no podría entenderse; sin embargo, ha sido intencional hacer un llamado a la solidez en tiempos líquidos como una de las muchas oportunidades que ofrece el postconflicto. La liquidez (en contraposición a la solidez), según BAUMAN (2007):

Se caracteriza por revelar sociedades alimentadas por el miedo y la incertidumbre, donde las formas sociales parecen no poder

mantenerse mucho tiempo, como si se descomponen y derriten antes de ser asimiladas, en contraposición, la solidez convierte cada una de esas barreras liquidas en un reto a superar, es decir en una posibilidad, entendiendo esta última como toda circunstancia que puede llegar a realizarse.

En el contexto actual, después de más de cincuenta años de conflicto, es casi imposible no intentar cuantificar el daño que ha dejado la guerra, un resquebrajado tejido social, un Estado ilegítimo, e incluso, la democracia como un sueño inconcluso; consecuencias fácticas que de mantenerse son un riesgo para sostener la paz, porque perpetúan en liquidez a la sociedad colombiana y lo que es peor aún a quienes fueron actores del conflicto marcada por el intento de permanencia del terror como forma de vida y estrategia para conquistar el poder, la resistencia a la solidaridad, la permanencia de la inequidad social y el debilitamiento de las instituciones del Estado. Estas marcas tan propias del hoy, no han sido distintas en toda la historia, incluso podría afirmarse que fueron la causa misma del conflicto, factores estos que son signos de inestabilidad social.

Por ello construir paz en medio del posconflicto, implica en primera medida, un cambio mental, porque cuando no se entiende que hay que mirar de otra forma el pasado, el presente y el futuro, la construcción de esta deviene en un imposible, puesto que los problemas estructurales no podrán solucionarse sin un cambio de lenguaje, porque la decir de LEVINÁS (1990), “la paz es un primer lenguaje, es el acontecimiento inicial del encuentro con el otro, como ese que es insustituible”.

En segundo orden y no menos importante, para hacer exitoso el posconflicto deben tomarse las causas del conflicto y convertirlas en el plan de acción de las soluciones que necesita el país para solidificarlo, esto es, que si la segregación política, la inequidad, la ausencia de educación de calidad, el miedo colectivo y la inseguridad, la ausencia del Estado y la ineficiencia de sus instituciones fueron su causa, luego entonces, debe existir una oleada democrática que amplíe los espacios de participación de todos los sectores y de todos aquellos que no se identifiquen o no con algún colectivo, grupo o partido político, deben generarse oportunidades de empleo, dignificarse las condiciones de los trabajadores, apoyar al desarrollo científico, ampliar la cobertura de la educación pública y de calidad, superar la creencia de que la seguridad se logra a través de las armas, fortalecer los sistemas judiciales

y la gobernabilidad del país, incluso, combatiendo desde los estamentos policivos la corrupción.

Bajo esta estructura mental, entonces es posible hablar de paz y la oportunidad única e histórica que en específico aporta el posconflicto, en lugar de simplemente ofrecerla: la de construir democracia y fortalecer la gobernabilidad, porque, el posconflicto como superación de los males sociales progresivamente permitirá la profundización de la democracia y esta a su vez, elementos que se muestran cruciales para lograr una construcción positiva como la deslegitimación de la guerra, el reconocimiento de la voluntad popular y del protagonismo de la ciudadanía, el funcionamiento de la justicia, la deliberación y la transformación social.

¿Pero una vez instaurada qué? Puede sobrevivir fácilmente o sostenerse, la respuesta es que sin gobernabilidad no, citando a REVEL (1983), “la democracia es ese régimen paradójico que ofrece a quienes quieren abolirla la posibilidad única de prepararse a ello en la legalidad”, hacer la paz es más difícil que hacer la guerra o incluso que terminarla, por ello los retos no son otros que apostarle al posconflicto con sus múltiples, aunque costosas ventajas:

La primera de ellas, debe ser necesariamente, mejorar la calidad de la educación, la terminación del conflicto debe generar educación, blindando las decisiones democráticas que requiere el posconflicto puesto que si la estrategia será la desinformación, la mentira y la desacreditación para perpetuar el temor y la guerra con fines de poder, con educación de calidad es posible combatir la Pos verdad, para abrir los debates para evitar las famosas verdades absolutas y darle la bienvenida a las tesis, por ello los debates siempre estarán abiertos, para argumentos en contra o a favor, respetando las distintas posiciones máxime si no se comparten; pero pese a ello, la razón siempre nos indicará que es lo mejor; y debatir deliberadamente es una utilidad que solo puede darse si la educación es sólida y la inteligencia bien repartida.

El posconflicto debe permitirnos crear sociedades más éticas, la paz trasciende la esfera política, jurídica y hasta moral, la paz se logra a través de ética y la bondad, del reconocimiento al otro, no para obedecerlo sino para entenderlo como el otro, un ser que está ahí, que tiene derechos, para responderle, la ética no hace cuestionamientos arbitrarios, la ética

perdona porque entiende razones así sean las contrarias a sus ideales, por eso apostarle a una sociedad o a generaciones que se imbriquen de valores como reconciliación que trae consigo el posconflicto es una apuesta única que genera sociedades equilibradas, tolerantes y sostenibles, puesto que la ética no se enseña, se muestra, y perdonar con la continuidad de una mejor vida es una forma de mostrar esa ética que se contagia en una sociedad que cree en la vida y que sueña con vivir bien, y que se concentra en trabajar para ello, apostándole al desarrollo de sus territorios, en lugar de continuar incentivando el odio.

La paz debe promover sociedades incluyentes e igualitarias, el enfoque de género es el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y de las circunstancias especiales de cada uno. Supone reconocer que el conflicto ha impactado de manera diferenciada a la mujer y que, en consecuencia, se requieren acciones distintas y específicas para restablecer sus derechos en una etapa de posconflicto, en consecuencia la igualdad de género como consigna social toma un papel mucho más preponderante que el que ha tenido antes en la agenda nacional, adicionalmente brinda a miles de mujeres y de hombre cumplir su rol en la sociedad, y recuperar sus vidas, como madres, padres, esposos o hijos.

Desde estos tres enfoques de reconocimiento, se inicia una verdadera construcción de paz en los territorios, que permitirá avanzar hacia temas más gruesos, pero sobre los cuales es necesario sentarse a dialogar. Es necesario iniciar por darle una solidez moral, ética y social a quienes se invitan a sentar en ese gran diálogo territorial, para que ellos mismos a través de su sentir puedan finalmente descubrir que es lo que realmente quieren para sus comunidades, para su entorno, para luego discutir esos elementos esenciales del desarrollo, reconociendo que en los territorios aún hay una serie de conflictos como los relacionados con el uso del suelo, las industrias extractivas y los conflictos entre las comunidades indígenas, campesinas y tribales, entre la agroindustria y la pequeña economía campesina, la inadecuada priorización del gasto por la institucionalidad local, entre otros, esa es la verdadera democracia.

Tal como lo refiere IBÁÑEZ (2018) “No hay solución perfecta a los problemas de desarrollo, no existen fórmulas únicas, es necesario construir una visión colectiva, existen distintos factores que deben tenerse en cuenta entre ellos la temporalidad, el diálogo es un proceso”, en ese sentido los

acuerdos y el desarrollo tiene tiempos muy diferentes, y entonces el gran reto es cómo lograr que haya una asimetría en estos tiempos de transición, por ello lo primero es construir una visión colectiva y eso sólo es posible a través de un proceso de pacificación y sensibilización sobre el posconflicto y lo que ello representa.

El diálogo entre opuestos y su utilidad en la consolidación de una paz estable y duradera con un enfoque de desarrollo territorial.

Las Naciones Unidas (ONU) han definido la justicia transicional como:

Toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. (ONU, 2004, Párr. 8)

En el ámbito de la justicia y el derecho este término es muy frecuente y su discusión, se le asocia a la justicia restaurativa, redistributiva, adicionalmente al existir un alto componente de verdad se crean comisiones de la verdad y un andamiaje institucional que permite garantizar verdad, justicia, reparación y no repetición, luego entonces, se parte de la base que (i) no puede existir justicia transicional sin respeto por los derechos humanos (ii) existen derechos fundamentales que solo pueden ser garantizados en un sistema de transición y no en un estado de guerra o en ausencia de democracia.

La justicia transicional, tal como lo ha expuesto el secretario general de las Naciones Unidas abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así, como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinación de todos ellos.

De lo anterior no se colige otra cosa más que deben existir cuatro elementos básicos de la noción de justicia transicional: (i) las medidas de

transición o pacificación deben respetar un mínimo de justicia; (ii) amparar los derechos de las víctimas en cumplimiento del derecho internacional; (iii) puede existir flexibilidad en la aplicación de dichos estándares, es decir no hay un compendio taxativo de medidas solo deben cumplirse con los principios básicos de la justicia transicional, (iv) debe existir de manera cierta una transición con alcances políticos.

Ese concepto de lo transicional izado en la justicia ha llevado a establecer que existe un cambio social, político, económico e incluso cultural en Colombia, que justifica un cambio de paradigma en el interpretación de los principios constitucionales o generales del derecho. Repensar la transición como un hecho que constituye el avance social e histórico más grande de los últimos tiempos, necesariamente debe arrojar a establecer sí ello implica cambiar el modelo jurídico o las respuesta legal a los problemas. Ahora bien ¿Cómo es la transición de todo aquello que no es justicia, ni derecho? ¿Podemos extrapolar esos criterios de lo transicional de la justicia a otras esferas del posconflicto como los temas de Desarrollo territorial?

El diálogo en sí mismo es una transición, es la expresión más natural del respeto y garantía de los derechos humanos, es por ello que en lo territorial y en relación a aspectos de construcción de paz, sostenibilidad y empresa repensar cual es el territorio que se quiere tener y lograr que los diálogos lleven a acuerdos a las comunidades y las empresas es un elemento esencial. Ello requiere no sólo hablar con la verdad y aprender a escuchar a la sociedad civil mientras estos también aprenden a escucharse en medio de sus diferencias, que cuando se hable de empresa, de medio ambiente, de productividad, de competitividad ello signifique obligatoriamente hablar de equidad y equilibrio social, proponer espacios en donde todos sean incluidos, un verdadero modelo de transformación es exitoso cuando hay equilibrio social y lucha contra la desigualdad, porque no hay nada sobre paz y derechos humanos que se pueda hacer desde la desigualdad, cuando no hay un compromiso de lucha contra la desigualdad en el corazón del modelo de competitividad.

Entender esa verdad enunciada, debe prometer un modelo de justicia social, de seguridad alimentaria, una reforma agraria que consolide esas expectativas, esas garantías, debe haber un cambio de mentalidad en la forma en como nos relacionamos con los territorios, que permita reflexionar sobre esos temas críticos que siguen generando tensiones entre las comunidades, y

dialogarlos, discutirlos, para encontrar una manera de proponer soluciones, esa generación de oportunidades es una forma de justicia y a su vez de reparación.

A partir de esas premisas, debe crearse una institucionalidad que represente dichos valores colectivos y que esté acorde a esos acuerdos o consensos que la sociedad civil respaldó en un proceso dialógico que permitan continuar dialogando, al paralelo sobre las múltiples tensiones que existen, pero que a su vez permita ir desarrollando un modelo sostenible que genere progreso equitativamente, una apuesta que ha funcionado en algunos conflictos armados y sociales en otros países.

En Irlanda, por ejemplo, para superar el conflicto se creó una institucionalidad, un organismo con personal de todos los sectores: Un responsable de cultura, idiomas, alimentos, ambiente y otros, poco a poco esos organismos sectoriales pusieron en pie una estructura dinámica para empezar a afrontar los retos del desarrollo.

También se tuvo una disposición de recursos para la reconstrucción del tejido social, de 1994 hasta 1999, la Irlanda del posconflicto tuvo años de mucha desorganización, la solución fue diseñar unas plataformas locales o asociaciones estratégicas para exigir desde el punto de vista local sobre lo que ellas debían ponerse de acuerdo y así distribuirse los recursos. De todo lo anterior, resultó una sociedad civil muy empoderada y a el proceso de paz se le dio continuidad, porque esas comunidades están involucradas, esa fue la clave la superación del conflicto en Irlanda.

Por su parte, ESPIAU (2018), explica desde su experiencia en el País Vasco, que las transformaciones socioeconómicas en un contexto de violencia son factibles, para él, la dimensión de los conflictos es correlativa con los daños ocasionados, desde esa perspectiva propone cuatro elementos para poder producir un cambio en los entornos desde el diálogo:

1. Cambios en la dimensión cultural a partir del entendimiento de las narrativas en conflictos, lo que ha existido es una meta narrativa sobre puntos que no estaban en cuestión, sobre los que no se hablaba. Puede darse en una dimensión positiva o negativa, la primera nos lleva a una transformación y la segunda a un retroceso. Hay que empoderar a la sociedad para poder cumplir con los procesos de desarrollo.

2. Reapropiarse del concepto de competitividad. Se le huyen a estos debates sobre competitividad y desarrollo sostenible, la cuestión no es tanto como se distribuye la riqueza sino como crear riqueza de forma distribuida.
3. Incorporar la idea de la igualdad a la anterior sobre competitividad. Existe un sistema basado en la continuidad de la desigualdad o existe un modelo competitivo, hay que pensar en proyectos no lineales, lo que requiere de sus movimientos de transformación, hay que gobernar con ellos.
4. Se debe trabajar desde las dimensiones o dinámicas comunitarias, proponer nuevas herramientas de co-creación y co-gobernanza, ello debería permitir determinar si los volúmenes de inversión han servido para transformar las realidades, es necesario replantear la priorización de las inversiones.

Ahora, es claro que no hay solución perfecta a los problemas de desarrollo, no existen fórmulas únicas, por ello es necesario construir una visión colectiva, existen distintos factores que deben tenerse en cuenta entre ellos la temporalidad, en este sentido los acuerdos y el desarrollo tienen temporalidades muy diferentes, y entonces el gran reto es cómo lograr una asimetría en estos tiempos de transición. Los diálogos deben conducir a algo, de no tener resultados hace que la gente se sienta traicionada y se decepcione. En Guatemala pasó, es muy difícil sentar a hablar a las personas, el diálogo es un camino largo que requiere transformaciones:

- En una dimensión personal. Un cambio en los mapas mentales de las relaciones interpersonales.
- Generar nuevas capacidades en las sociedades.
- Generar cambios institucionales que apoyen a los procesos de paz en los territorios.

El enfoque del territorio debe ser desde el desarrollo, no sólo de reconciliación. Hay que construir paz desde los territorios, escuchar las dinámicas locales y no la visión única desde lo nacional. La desigualdad estructural hay que superarla iniciando con las bases de los modelos de desarrollo, generando dificultades para el desarrollo muy serias.

Hay en algunos territorios una institucionalidad, es muy débil o en el peor de los casos inexistente. Pensar en estos escenarios incluyendo en la fórmula: comunidades + Estado + Empresarios; los territorios y los pequeños empresarios deben entrar allí., de ahí que la reconciliación tiene una dimensión ambiental, social y de desarrollo.

En Colombia, éstas experiencias y/o aprendizajes encajan muy bien, cuando la guerra inició se salía a las calles y no se veía al Estado, antes de ello era así y aún después de la guerra en algunos territorios no existe una institucionalidad que respalde al ciudadano en sus necesidades fundamentales.

DIEZ (2018), propone tres etapas del diálogo para superar grandes conflictos sociales que siguen latentes posterior a la firma de un acuerdo:

La primera, que es lo más difícil es hablar sobre la crisis, es decir el nombre, el color, la edad de la crisis, la segunda es hablar sobre el yo, ¿qué hizo la crisis conmigo? y la tercera es escuchar la voz del otro ¿Cómo te duele? ¿Qué fue lo que te pasó? ¿Cómo te impactó la crisis? escuchar al otro es la clave.

Cuando finalmente, se ha logrado dialogar sobre esos aspectos entonces es posible responder a la pregunta sobre ¿cuál es el territorio que queremos tener? Y a partir de esa respuesta establecer si cada una de las inversiones que se están dando desde lo local, son acorde a la visión común de futuro, o cómo se enmarca esa inversión en dicha visión. Hay una línea en donde confluyen los proyectos y las comunidades, desprendiéndose de ello existen unos imaginarios colectivos, de destrucción, de apatía, de mitos, de resignación, entre otros.

Por eso, el rol de las empresas también debe ser de una actitud permanente hacia el diálogo, de escuchar y promover la superación de conflictos. Las ideas para la paz han desarrollado una guía, desde la cual propone que las empresas y las fundaciones empresariales:

Desde su gestión y mediante iniciativas concretas, inciden positivamente en la construcción de paz cuando contribuyen a generar condiciones sociales, políticas, ambientales y culturales que son inclusivas y justas. Aportan a la paz cuando construyen

relaciones de confianza y promueven la solución pacífica de diferencias entre actores sociales, públicos y privados. Todo esto con un enfoque transversal de acción sin daño y conscientes de ser parte del territorio donde operan. Los aportes empresariales para lograr estas condiciones favorables a la paz no se limitan a las acciones que se puedan desarrollar en el marco de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) o desde las áreas de relacionamiento con comunidades o sostenibilidad. Por el contrario, son transversales a todas las áreas funcionales de la empresa y a todas sus esferas de influencia, desde la organización interna hasta las relaciones de negocio, las estrategias de mercado o la gestión de la cadena de valor. (FIP, 2016. Pág. 2)

Desde lo empresarial y lo sostenible, no solo el Estado y la Sociedad Civil deben ponerse de acuerdo, también los actores privados, ello implica que una de las múltiples formas de diálogo que deban darse desde los territorios sea que las empresas comprendan que aportar a la paz va más allá de la generación de empleo y del pago de impuestos, que reconozcan que la competitividad y sostenibilidad de los negocios dependen del bienestar de sus entornos y de las personas, sean clientes y consumidores, trabajadores y proveedores o comunidad beneficiada, que respeten las instituciones sociales, económicas, políticas y culturales presentes en su área de influencia, complementando las estrategias e intervenciones de estas, en vez de reemplazarlas, entendiendo que ello es una inversión a largo plazo y tomando decisiones que benefician el desarrollo socioeconómico sostenible de sus áreas de influencia tanto en el presente como en el futuro, los sectores económicos, el minero, el sector agrario, pecuario, el turismo, los servicios, entre otros.

En materia ambiental, por ejemplo, al mismo tiempo que la guerra impidió el desarrollo para la economía, una cantidad de territorios se fueron expandiendo modelos extractivistas que hoy con mucho análisis muestran que creó muchas dificultades, exclusiones, nuevas condiciones de pobreza, nuevas modalidades de desplazamiento de los territorios, el segundo es el tipo de economía que queremos dialogar, el tipo de aparato productivo más diverso de inclusión de una producción popular, comunitaria que fue afectada por la guerra.

La propuesta de realizar diálogos entre sectores que son opuestos permitirá respecto a las posturas sobre el modelo de desarrollo, los usos del suelo y los territorios que cada parte tenga. Un punto de equilibrio que permita a las empresas y al Estado proponer un modelo que no esté aislado de la visión colectiva de los habitantes del territorio, que no lesione sus intereses, su cultura, su cosmovisión, dejar a un lado la Dicotomía “Desarrollo o Conservación ambiental”, es posible una tercera vía, sentar en la mesa a actores estratégicos a dialogar, pasando por la fase de: Primero dialogar, en lugar de monologar, luego, identificar esos grandes puntos de tensión, en los que no es posible que se lleguen a acuerdos, en tercer orden, proponer soluciones a los problemas y con ello finalmente se descubriría que todos, por muy opuestos que sean tienen una visión común, todos quieren un desarrollo económico y social, aumentar su productividad, empoderarse, generar riqueza, desde perspectivas y roles distintos, quieren la conservación del medio ambiente, logrando rediseñar un modelo sostenible con enfoque territorial.

Colombia se enfrenta a un nuevo reto, eso incluye afrontar a lo inimaginable, superar el dolor de manera transformadora, hay que transicionalizar a Colombia, en todas sus esferas, sentar a las comunidades y lograr métodos de hacer vinculantes esos acuerdos, eso requiere voluntad política y empresarial, empoderando a las comunidades para generar la sostenibilidad de los acuerdos que ellos mismos puedan generar, por ello son importantes instituciones como la Agencia Nacional de Desarrollo que impulsa los Programas de Desarrollo con enfoque territorial, como los Programas de Desarrollo y paz, que funcionan con fondos privados, este tipo de escenarios son prueba de que el diálogo es el camino para transformar positivamente sociedades divididas a través de un proceso de diálogo.

La importancia de los PDET en el desarrollo territorial, el progreso empresarial y de las comunidades.

A través de los PDET (Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial) se puede incidir positivamente para que estos generen

oportunidades de cambio y desarrollo. Estos han sido diseñados a 10 años, cumplen un papel central en la Construcción de paz en los territorios, el objetivo es generar espacios de diálogo social sobre temas trascendentales como el ordenamiento y uso del suelo, reactivación económica, vivienda, salud, educación, infraestructura, entre otros, todos estos son aspectos relacionados con el desarrollo.

En las mesas de diálogo veredales, municipales y subregionales se encuentran representantes de las entidades territoriales, autoridades étnicas, comunidades, organizaciones sociales, comunales y comunitarias y el sector privado. Esta es una política que sin duda alguna nace de la filosofía de la participación democrática, estos acuerdos están blindados legislativamente para tener efectos vinculantes a través del Acto Legislativo 01 de 2016, el cual facultó al Presidente de manera excepcional y extraordinaria a expedir decretos con fuerza material de ley orientadas a la implementación del Acuerdo Final y las sentencias C-699 de 2016, C-160 y C174 de 2017 dándole validez constitucional a los decretos leyes, haciéndolos obligatorios, dada su trascendencia e importancia para el Estado Social de Derecho.

Conclusión

A modo de conclusión es de gran importancia resaltar que Financieramente, también se ha generado una sostenibilidad de ese diálogo, para ello se han dispuesto recursos del Presupuesto general de la Nación, del sistema general de participaciones, del de regalías, así como otros recursos de cooperación internacional y empresas privadas que le apuestan a este proceso, ello es sumamente importante, porque permite combatir la famosa “fatiga del diálogo”.

Por lo anterior, una tercera esfera de garantía debe ser el aporte de la sociedad civil, debe haber un cambio de mentalidad de la forma en cómo funciona el mundo territorial, eso implica veedurías, generar centros de pensamiento, grupos de diálogo y convivencia, una sociedad civil mínimamente organizada, que frene los procesos de corrupción empoderándose de sus procesos, las inversiones donde no existe priorización de gasto a partir de la participación directa en la toma de decisiones, eso se logra en una última fase, cuando se ha entendido lo que implica la democracia y luego, cuando se

ha comprendido la utilidad del diálogo en el diagnóstico de problemas y sus soluciones, pero también como un espacio de sensibilización transformadora, que incluso llega a transicionalizar los intereses apostando todos a generar condiciones dignas de vida, entendiendo que sí uno crece, crecen todos.

Las empresas también participan en esta dinámica y lo saben. El mercado se fortalece en cuanto los consumidores tienen poder adquisitivo, y ello es posible si hay formas de producción, que deben ser amigables con el medio ambiente, por eso las comunidades indígenas y afro descendientes son importantes en estos diálogos territoriales.

Entender que todo escenario que lleve a la consolidación del histórico acuerdo de paz en el país y en los territorios, desde sus dinámicas específicas en todos los ámbitos imaginados o por imaginar empiezan necesariamente por un diálogo entre opuestos, es la clave de la transformación social que necesita el País, el modelo de productividad y competitividad del sector empresarial y productivo no será sostenible, si no se trabaja desde las dimensiones o dinámicas comunitarias y se proponen nuevas herramientas de co creación y co gobernanza, un sistema propuesto desde los PDET.

Ya se están realizando algunos diálogos en el País desde los territorios y con actores estratégicos, promovidos por la misma institucionalidad y otros por iniciativa privada, pero además de eso, hay otros espacios de diálogo que deben generarse que deben nacer desde la sociedad civil, y que tienen como reto generar la sostenibilidad de este nuevo proceso, pero sobretodo de llegar a consensos que todos promuevan y defiendan, es la era en la que una gran masa crítica se prepara para encontrar en la democracia participativa una forma de vida.

Referencias

Bauman, Zygmunt (2007). *Tiempos Líquidos*. Recuperado de <https://catedratesv.files.wordpress.com/2016/07/bauman-zygmunt-tiempos-liquidos.pdf>

- De Roux, Francisco (2017, 25 de enero). Diálogo entre opuestos. El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/francisco-de-roux/dialogo-entre-opuestos-francisco-de-roux-columna-el-tiempo-53631>
- Diez, Elena. (2018). Experiencias internacionales, Guatemala. Alto comisionado para la paz, Diálogos entre Opuestos, en procesos de transición. Conversatorio, Bogotá, Colombia.
- Espiau, Gorka. (2018). Experiencias internacionales, País Vasco. Alto comisionado para la paz, Diálogos entre Opuestos, en procesos de transición. Conversatorio, Bogotá, Colombia.
- Ibáñez, Lina. (2018). Debate sobre tensiones en el desarrollo. Alto comisionado para la paz, Diálogos entre Opuestos, en procesos de transición. Conversatorio, Bogotá, Colombia.
- Lévinas, E. (1990). De otro modo que ser o más allá de la esencia. Paris: la librería de Poche.
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. (S/2004/616). Recuperado de <https://undocs.org/es/S/2004/616>
- República de Colombia. Congreso de la República. Acto legislativo 01 de 2016.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 160 de 2017. Magistrado Ponente: Gloria Estella Ortiz Delgado.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 174 de 2017. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 699 de 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.
- República de Colombia. Ministerio del Interior. Decreto 893 de 2016.
- Revel, Jean François. (1983). Cómo terminan las democracias. Barcelona. Editorial Planeta S.A.
- PDET (Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial)-Colombia 2018.

ACUERDO DE LA HABANA Y POSCONFLICTO: LA PAZ COMO DERECHO

Milton Buelvas Mendoza¹

Resumen

Reflexionar sobre los temas negociados en La Habana, mientras en Colombia continúa el conflicto, en el marco de la cátedra de la paz, nos llevó a investigar cuál es el tema central para superar el horror de la guerra; proceso hecho mediante una investigación de tipo jurídica, descriptiva y bibliográfica, llegando a la conclusión que es la paz, como derecho universal. Tenemos una realidad compleja, de violencias modernas y otras atávicas; disímiles actores, unos luchando por el poder político y otros delincuenciales; ambos usufructuarios de un Estado ausente, paquidérmico, débil y con poca legitimidad en amplios sectores de la población, que serán mostrados en su magnitud en la ponencia a presentar. Somos parte central de un Estado Social de Derecho que elevó a rango constitucional la paz al decir del artículo 22: La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Este artículo hace de la carta política un pacto de paz y para el logro de la paz y el ordenamiento jurídico que permite la vigencia de los Derechos Humanos, la soberanía y la República Democrática, Analizar este tratado de Paz y la aplicación de los acuerdos de La Habana son las aspiraciones de sectores sociales en la realidad colombiana. Es este el motivo de la investigación, para concluir que toda aspiración de la comunidad humana pasa por la construcción de un contexto de Paz, donde todo ello pueda materializarse.

Palabras clave: Paz, derecho, políticas públicas, postacuerdo.

¹ Abogado. Especialista en Seguridad Social y en Derecho Administrativo. Candidato a Magister en Derecho Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta. Líder del Grupo Derecho Público de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas – Corporación Universitaria Rafael Núñez. Línea de investigación DESC – Eje de Gobernabilidad Democrática. Docente en el Postgrado de Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) en Montería, Sincelejo y Cartagena.

Abstract

Reflecting on the issues negotiated in Havana, while in Colombia the conflict continues, within the framework of the Peace Chair, led us to investigate what is the central theme to overcome the horror of war; a process done through a legal, descriptive and bibliographical research, reaching the conclusion that peace is a universal right. We have a complex reality of modern and atavistic violence; dissimilar actors, some fighting for political power and others criminals; both usufructuaries of an absent, pachydermic, weak State with little legitimacy in ample sectors of the population, which will be shown in its magnitude in the presentation to be presented. We are a central part of a Social Rule of Law that elevated peace to constitutional rank when it says of article 22: Peace is a right and a duty of obligatory fulfillment. This article makes the political charter a peace pact and for the achievement of peace and the legal system that allows the validity of human rights, sovereignty and the Democratic Republic, Analyze this peace treaty and the implementation of the Havana agreements are the aspirations of social sectors in the Colombian reality. This is the reason for the investigation, to conclude that every aspiration of the human community passes through the construction of a context of Peace, where all this can materialize.

Key Words: peace, law, public policy, post-agreement.

Introducción

En cumplimiento, no solo por la cátedra de la Paz sino por ser un imperativo legal y social de la Colombia de hoy, pretendemos trasegar por los diversos períodos que en Colombia se han denominado de “violencia”, para traerlos a los objetivos actuales de construir -mediante un proceso colectivo y consciente- una cultura de paz, de convivencia y de tolerancia que borre del ideario y del imaginario la subcultura de la violencia y la simbología de la muerte. Situación padecida durante tantos años, desde los adolescentes en la secundaria hasta los jóvenes universitarios.

Para ello, el enfoque metodológico que se abordó, su fundamentación epistemológica y su carácter de jurídica, ubican esta investigación bajo el enfoque de Tipo Cualitativo, orientándose a estructuras teóricas y

fenomenológicas, teniendo como área el país. Además, por su naturaleza, y siguiendo la tipología de investigaciones expuestas por Giraldo Á., J. (s.f.):

Al campo de la investigación jurídica propiamente dicha, en su modalidad de investigación jurídica básica, corresponde al método bibliográfico, el cual es usado para localizar, clasificar y evaluar informaciones, ideas, conceptos, posturas filosóficas, culturales, jurídicas, políticas y demás, consignadas en tiempos pasados o con anterioridad a la presente investigación.

Específicamente, en cuanto a las Fuentes de Investigación para la elaboración del marco teórico referencial, éstas serán inicialmente Secundarias. Se harán ejercicios de Intertextualidad a partir de Revistas Especializadas en Derecho, Economía, Sociología y demás ciencias sociales afines al tema, tanto de orden nacional como internacional, investigaciones previamente realizadas, obras y libros en general que desarrollen los tópicos de la presente Investigación.

El proyecto de investigación en curso no involucra situaciones que atenten contra la dignidad de las personas, sus libertades fundamentales o su intimidad, por lo que la presente investigación no presupone riesgo alguno y, por el contrario, es necesaria para obtener conocimiento que contribuya al mejoramiento de la calidad de vida de los individuos de Colombia.

La personalidad histórica de Colombia, ha sido vista por la historiografía oficialista de los poderes como civilista, fundamentando dicho aserto desde un análisis formal, si durante el siglo XX, mientras los países del Cono Sur, gran parte de Asia y África y los paradigmáticos Portugal, España y Grecia vivieron bajo dictaduras militares prolongadas con regímenes de terror, sin libertades civiles, persecución a los líderes comunitarios, asesinatos, desaparecidos, proscripción a la oposición política, cierre de canales de expresión, supresión de cualquier expresión contraria radial, televisiva o escrita; en Colombia sólo hubo un golpe de cuartel en cabeza del General Gustavo Rojas Pinilla. Deberíamos ponderar nuestro carácter de ciudadanos republicanos capaces de resolver nuestras diferencias políticas por intermedio de la discusión ideológica partidista liberal-conservadora y definirla mediante elecciones, aún después de una guerra entre Estados nacionales o entre facciones de un mismo poder.

Este análisis ha dividido la intelectualidad, la dirigencia política y los historiadores que han expresado con hitos históricos, ya desde el registro historiográfico formal. Basados ya en la ponderación de los diversos factores socioeconómicos, la tradición filosófico-política, las ideologías que han permeado la vida política del país y las militancias partidistas surgidas bajo la influencia de los fenómenos sociológicos mundiales, como la guerra fría entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y los Estados Unidos de América (USA), inexistente a consecuencia de la ...caída del muro de Berlín...en 1989; confrontación vital hoy entre la globalización neoliberal y los pueblos ávidos de la realización efectiva de sus derechos humanos y la plena justicia social.

A nuestro entender, todo ello está mediatizado por el ejercicio violento del poder, desde la institucionalidad y las alternativas contestatarias que han estado signadas por la combinación de todas las formas de lucha, es decir, ejercicio de la política por las vías formales de la legalidad a la vez que se pondera, promueve y exalta los medios armados para el ejercicio de la política, como lo han hecho durante el último siglo, los partidos Liberal, Conservador y Comunista.

Somos un país que se acostumbró a resolver todos los conflictos pequeños, medianos y grandes, mediante la violencia que elevó a categoría cultural la subcultura de la violencia y la simbología de la muerte; a la vez que intenta una y otra vez escenarios de paz e instancias democráticas con formas de la mayor tradición clásica republicana indoeuropea. La naturaleza jurídica de la presente investigación, corresponde a la descripción que hace Lara S. L. (1991), cuando afirma que por “investigación jurídica debemos entender el conjunto de actividades tendientes a la identificación, individualización, clasificación y registro de las fuentes de conocimiento de lo jurídico en sus aspectos sistemático y filosófico” y será básica o pura cuando se otorga primacía a la sistematización de los conceptos de carácter jurídico (normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina), por lo general se utiliza una orientación metodológica de orden teórico y el método sería teórico-deductivo.

Las actividades señaladas establecen la realización de una serie de acciones propedéuticas en las que se deben aplicar diversas reglas técnicas respecto al tratamiento de las fuentes de conocimiento del derecho, así como a la interpretación metodológica que sobre dichos datos se puede obtener en el

ámbito de lo jurídico, por lo que el objeto de las acciones de la investigación jurídica es el Derecho.

La investigación jurídica persigue identificar y caracterizar al objeto de conocimiento denominado Derecho y que los conocimientos jurídicos generalizados y válidos constituyen el destino de la ciencia del Derecho.

El objeto del Derecho en cuanto a elemento de conocimiento consiste en:

- La descripción de las normas jurídicas.
- El carácter verdadero o falso de los enunciados jurídicos.
- Los enunciados jurídicos regularmente son juicios hipotéticos que, debidamente demostrados, constituyen conocimiento sobre el derecho en cuanto a su carácter de verdad relativamente generalizada.

Lo que en nuestro caso se enriquece porque analizaremos la fundamentación general, a la luz del presupuesto constitucional del derecho a la paz, tal como se plantea en la realidad del país en medio de un acuerdo para la finalización del conflicto armado interno y las consecuencias en el postacuerdo, máxime cuando la Jurisdicción Especial para la Paz, privilegiará la verdad, la reparación y la garantía de no repetición.

Avances, Resultados y Discusión

Las violencias y sus épocas

¿Qué época o hito histórico tomamos como inicio de la espiral de violencia con la que hemos vivido durante décadas? asumimos como genética o cultural nuestra disposición a la violencia o miramos "...los factores objetivos...", como señala el análisis marxista, en general las izquierdas y la academia no partidista, ni confesional, para concluir que por encima de dicho forma de ver el fenómeno, mantenemos variaciones de las violencias que mutadas de política y bandidaje, se generalizan, permean a todos los sectores sociales y despiertan simpatías, hasta convertirse en modelos de dinero fácil, ejercicio territorial del poder y sobre todo, en forma de cooptar el poder y los recursos públicos y privados de amplios sectores sociales.

Existiendo distintas formas de periodizar la violencia, como hecho histórico, se califican (Ballén, 2016) en la época moderna en cuatro períodos de 50 años cada uno, haciéndolo con base en lo ocurrido en esos años:

- Anarquía federal-centralista (1810-1863), fueron redactados los dos documentos influyentes de los que sería Colombia, el Memorial de Agravios y el Acta de Independencia. Testimonios fehacientes de que las élites en el poder no tenían la intención de independizarse de España, sino de defender sus intereses burocráticos y políticos.
- Federalismo puro y centralismo autoritario (1863-1910), una guerra civil propició que en Colombia con la Constitución de Rio Negro se proclamara un federalismo puro y en 1982, cuando perdieron los radicales, se instauró un centralismo monárquico que culminó el 11 de septiembre de 1985 con “el balconazo de Núñez”, quien manifestó: “la Constitución de 1863 ha dejado de existir”.
- La matanza de dos pueblos (1910-1958), las élites políticas arrastraron al pueblo a matarse entre sí, el pueblo se despedaza, pero “las elites de los dos partidos se consolidan económicamente” (Pécaut, 2015). Fue una orgía de incendios y matanzas, conocida como la época de “la Violencia”.
- Sociedad y Estado mafiosos (1958-2016), es el más aciago y ominoso de los 205 años de la historia política de Colombia. En el transcurso de estos 55 años, se fue conformando una alianza macabra entre élites políticas y mafias de narcotraficantes y mafiosos; esa coalición tejió una red de urdimbres y tramas, quien paulatinamente fue apoderándose de todas las instancias del poder público, hasta constituir un para Estado en 2002 (Santos, 2014), que llegaron a confesar que poseían el 30% del Congreso y al final fueron procesados más de 80 parlamentarios.

Otros analistas, historiadores ven la violencia como un hecho histórico y concomitante con la paz y la democracia, parte del desarrollo desigual y combinado de una sociedad que nace a la modernidad con un acto fundante como Estado en 1910, con la subsistencia de formas feudales y de servidumbre propias de sociedades pre modernas, sostenidas por una tradición señorial del siglo XIX que aún hoy se manifiesta, tal como enseguida (Sánchez, 1985), lo señalamos:

Este proceso contemporáneo de la guerra colombiana está inscrito en un largo ciclo histórico de rebeliones, insurrecciones, levantamientos armados y tradición de guerra.

Primero, como guerra social de resistencia a la conquista y colonización española, por parte de los indígenas en defensa de su sociedad y cultura; como rebelión anti-esclavista por parte de los cimarrones, que constituyeron zonas liberadas, denominadas palenques, o repúblicas independientes, durante la colonia; como guerra de masas -campesinos, esclavos, artesanos, criollos-, contra el sistema de dominación hispano-colonial durante la Revolución de los Comuneros; como guerra social de unidad nacional de todas las clases americanas por la Independencia, con la constitución de los ejércitos bolivarianos.

Después de la independencia y en la era republicana, vuelve a manifestarse como revolución social, con la insurrección de las Sociedades Democráticas el 17 de abril de 1854, que incluyó el levantamiento militar del general José María Melo; como guerra civil entre Estados, partidos y caudillos durante el siglo XIX, abarcando toda la centuria. Se dieron ocho guerras civiles generales, catorce guerras civiles locales, dos guerras internacionales, dos golpes de cuartel, para cerrar el ciclo e inaugurar el siglo XX con la Guerra de los Mil Días -la guerra larga- cuyo carácter fue de guerra democrática.

García, N., A. (1981), en su ensayo sobre la República Señorial, se refiere a las guerras en el siglo XIX así:

La guerra se mantiene también como guerra internacional con Perú en 1932; como guerra campesina y de los partidos liberal-conservadores durante los períodos de la llamada violencia, que combinó guerrilleros con bandoleros sociales y políticos: a) 1948-1953. b) 1953-1957. c) 1957-1965; como guerra de guerrillas, organizada en una constelación de grupos y movimientos de inspiración revolucionaria, cuyo origen y desarrollo se ubican a partir de la instauración del Frente Nacional y el triunfo de la Revolución Cubana; como subversión social y política, en un contexto de otras violencias sociales, en que las guerras de la cocaína y de la droga, la delincuencia común, la de la calle y la

miseria, son manifestaciones de una estructura más profunda de las violencias.

Señalados los hechos y sus manifestaciones históricas en una perspectiva general, es necesario indicar que la sociedad colombiana ha desarrollado, como parte de su personalidad histórica, lo que podríamos llamar una Cultura Popular de la violencia o una Subcultura de la Rebelión Armada. Los “rebeldes primitivos”, para usar el término del historiador inglés Hobsbawm, E. J. (1974), junto con los revolucionarios políticos, han estado presentes de manera constante en la historia colombiana, apelando a las armas y a los levantamientos como forma de enfrentar los abusos del poder, la política y las demandas de tierra y libertad.

La característica de guerra y violencia sociopolítica, aún en sus manifestaciones más agudas y notables, no es exclusiva de la sociedad colombiana, como si fuese una maldición, un atributo particular de nuestra personalidad histórica. Otras sociedades, mutatis mutandi, han vivido y viven la realidad de las violencias en determinados ciclos históricos. Esto se explica por la escasez, la explotación, las opresiones, las pasiones, los fundamentalismos, los mitos, lo que constituye hasta ahora el sustrato de la historia humana.

Otros sintetizan (Ballén, 2016), diciendo que “durante todo el siglo XIX, las élites se enfrentaron en nueve guerras civiles nacionales y en 60 de orden local y regional. Lograr el poder o afianzarse en él, eran sus propósitos, su razón de ser”. La anomalía colombiana radica en que combina esta constante de guerra y violencia, con escenarios de paz y formas democráticas.

Visto lo anterior, existe hoy el interés de adoptar una política pública opuesta a la cultura de la violencia política y de todas sus manifestaciones por parte del Estado colombiano, para lo cual describamos lo que ello es, para poder hacer tal afirmación o negación.

Introducción a las políticas públicas

Está muy arraigado entre los expertos en políticas públicas, como se dijo antes (Buelvas, 2008) que ellas son proyectos, leyes aisladas, y no son percibidas como el conjunto de planes, programas y proyectos, regidos por lineamientos estructurales, que deben responder institucionalmente a los problemas de la justicia, así como también a las demás áreas que requieren de respuestas globales y específicas por parte del Estado. Pero poco a poco surge una prospectiva (Bobbio, 1990) que valora los resultados de la actuación, de los instrumentos y los procedimientos que permiten optimizar esas políticas.

En su línea pragmática, el análisis de políticas públicas ha posibilitado la aplicación de métodos privados para cualificar el servicio de la gestión pública, sin dejar de lado las especificidades complejas del sector. Las investigaciones en torno a las políticas públicas son una necesidad no sólo para conocer las ineficiencias de la actuación pública y disminuirlas en el futuro, sino para obtener una mejor inyección de principios normativos y alternativos en el desarrollo diario de tales políticas. Y esto es también válido para la Justicia.

La aplicación de políticas públicas y sus efectos en cada Nación, tiene cada vez una mayor relevancia en los diversos campos de ejecución: economía, vivienda, salud, servicios públicos, justicia, ya que los pobladores de un país sienten en su propia piel la ausencia o los efectos benéficos o perversos de esas políticas.

Por su parte, el Estado observándolo como poder territorial, “es una organización de poder en un espacio geográfico determinado para ejercer su jurisdicción, y que sirve de marco a su ordenamiento jurídico” (Sáchica, 1997). Ese Estado debe ser un instrumento de poder mediante el cual es posible disminuir las inequidades en la distribución de derechos, obligaciones, de políticas benéficas entre el conglomerado.

El conocido *Welfare State* -estado de bienestar- fue una política pública, por ejemplo, si se mira como el esfuerzo estatal para modificar las decisiones de los mercados y resguardar a los ciudadanos de la devastación económica que muchas veces producen esos mercados en los sectores más vulnerables. El riesgo con ese tipo de políticas públicas generalizadas consiste en que capas de la población que no requieren de esas medidas de salvaguardia, terminan beneficiándose de políticas que no están dirigidas a ellas.

Sin embargo, a veces las políticas públicas se derrumban y debería existir el análisis prospectivo para adelantarse a ese hundimiento:

La eclosión del Welfare State se produce, en realidad, al día siguiente de la segunda guerra mundial, con el desarrollo y la generalización de las intervenciones del Estado. La gama y la amplitud de las políticas manejadas por el Estado, (...) modifican la naturaleza del Estado y de las relaciones sociales, como lo habían presentado o comprendido muy bien sociólogos como Weber o Durkheim, economistas como Keynes, políticos como Churchill y Beveridge... (Meny I. 1992).

El contexto mundial actual todavía está influido por el Consenso de Washington, pero también de nacionalismos económicos con grandes rasgos de populismo. En esas corrientes tan disímiles se puede incluir a Colombia en el pasado reciente, Venezuela, Bolivia, entre otras repúblicas. El desglose de esas políticas y de los programas ejecutados por los Estados con relación a la satisfacción de las necesidades de la población, en la búsqueda de unas condiciones de vida digna con calidad de vida, constituye por excelencia, el campo de las investigaciones de los analistas de las políticas públicas.

Visto lo anterior, es notorio que la función del Estado como sistema de creación, formulación y ejecución del derecho lleva a cabo, coordinadamente, funciones normativas y dinámicas, Mediante las primeras produce un sistema total y unitario, autosuficiente, de derecho, que contempla situaciones jurídicas objetivas e impersonales. A través de las segundas, hace eficaz el orden jurídico creado y lo impulsa hacia su realización y aplicación práctica, particularizando la norma general, tratando de contener en sus reglas todas las actividades de la comunidad [...] El Estado a la vez, formula la política que traduce los fines propuestos a la comunidad en el derecho, y administra o ejecuta esa política, de la que debe resultar la convivencia armoniosa, hija de la justicia y del bienestar material de los gobernados. (Sáchica, 1994)

El Estado entonces tiene una función que podría sustentar su propia existencia: la búsqueda del bien colectivo y de la calidad de vida de todos los asociados, y una de las mejores formas de plasmar esas funciones debe ser mediante políticas públicas. Así lo deja consignado el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia cuando reza:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...” y en este contexto es el derecho un instrumento mediante el cual se propone dotar a la sociedad de mecanismos para la satisfacción de necesidades fundamentales del ser humano. (Valls, 1998)

Mediante las políticas públicas expresadas en normas, planes de desarrollo nacional o local y en las diferentes decisiones de los gobiernos, donde se deberían dejar expresamente definidas las políticas que redundarán en beneficio de la sociedad (Rodríguez y Marcelo, 2006).

En este contexto, aunque se está bien lejos de lo óptimo, de lo deseable, la sociedad civil en algunos aspectos comienza a ganar en varias áreas, su rol como grupos de interés de presión, que plantea propuestas, como en políticas de género, en derechos humanos, lo que no significa por supuesto, que son aceptadas por las autoridades correspondientes por el simple origen de esas propuestas.

Hay que entender que son las políticas estatales públicas, las que deben asegurar, garantizar, la razón de ser, los propósitos del Estado. De allí aparecen interrogantes como aquellos que inquietan sobre lo que es la política, la ciencia política, una política pública, cómo se construye, cómo se elabora, cómo se aplica.

Coloquialmente se afirma que política es, sinónimo de acción acordada, de estrategia global – por ejemplo, política salarial, laboral, económica - [...] También se emplea la palabra para referirse a todo lo que hacen los gobernantes, los que están en el poder, los que mandan para conservar su autoridad. (Galvis, 1993)

La política, para entenderla en su estado de pureza, de gracia, es el Conjunto de decisiones estratégicas y acciones participativamente construidas mediante las cuales la sociedad bajo la dirección del Estado busca garantizar el logro de un determinado objetivo; si se entiende esto por política, quiere entonces decir que detrás de una política hay una concepción de la sociedad, hay un aterrizaje de la sociedad de una situación concreta particular, hay una identificación de un conjunto problemático y hay un conjunto de opciones mediante las cuales la sociedad mediada por el Estado,

dice, a esa situación la vamos a enfrentar en esta forma para lograr su transformación y llegar al objetivo final de cualquier política que es el de garantizar bienestar.

Una política pública es inapropiada analizarla, estudiarla de manera aislada. Ella está determinada por intereses, correlación de fuerzas, postura conceptual, el momentum político, social, económico. A ella concurren diversas variables: la intervención, el objeto a regular o tratar, la voluntad política del gobernante, el marco regulatorio normativo.

Se entiende que la actividad pública al manifestarse, expresa, devela objetivos, propósitos, intereses, que el gobernante no puede dejar de asumir, porque es él el responsable de enfrentar el asunto objeto de la política (accountable). Las políticas públicas traducen orientaciones, expresamente o no, satisfacen intereses, portan ciertos valores.

Es entonces, cuando crece en importancia la gestión de las políticas públicas: ¿para qué se ejecuta una política pública? ¿Eran las adecuadas, fueron suficientes? Tampoco pueden ser analizadas y evaluadas aisladamente porque una política pública produce impactos de diversos órdenes que pueden tener efectos sobre otras de su misma naturaleza.

Las fases de una política pública pueden concretarse en la producción, aplicación y evaluación, comprendiendo que el asunto no es lineal. Pero, sin duda que existe un momento definitivo, cuando la autoridad pública considera que un asunto es prioritario y por tanto debe hacer parte del plan del gobernante. La definición de las políticas públicas debe tener como base el conocimiento de la realidad circundante y ligada a las condiciones en que esa realidad actúa. Es importante conocer que los gobiernos se mueven en estados de certidumbre, contingencia e incertidumbre.

Tiene certidumbre cuando los resultados son previsibles. Las políticas públicas elaboradas en condiciones de certidumbre llevan consigo todo un vasto conocimiento aportado por la experiencia inmediata y la historia. Las acciones gubernamentales en condiciones de contingencia, son todas aquellas cuyos resultados son conocidos, pero se desconoce cuántos y cuáles son los que efectivamente se darán.

Por ejemplo, en los presupuestos del orden nacional, departamental o local, aparecen unos apartados de pasivos contingentes, pero nadie sabe con exactitud el monto que alcanzarán. Tan sólo se deja abierto el rubro o el

ítem. Se opera bajo condiciones de incertidumbre cuando se desconocen los resultados. Y la incertidumbre genera expectativas negativas, pues el agente político o económico, al no saber qué sobrevendrá, se abstiene de avanzar con la rapidez y eficiencia que la situación pueda exigir.

Toda política pública no debe emerger de una plenaria de supuestos sabios si no de la combinación de lo técnico, del saber popular, como dijo Fals B., O. (1987) de la participación ciudadana. Eso por lo menos, permite concientizar a todos sobre el fracaso o el éxito en la ejecución de una política pública.

La política y el mandato legal por la paz

Luego, derivamos esa política pública del fundamento supralegal, que manda en su artículo 22, “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, junto con la carta de derechos contenida entre los artículos 11 y 40, delinea la naturaleza del Estado colombiano como Social de Derecho y cuyo fundamento, entre otros tres es la Dignidad Humana, que al definir su alcance el maestro Gaviria D., C. (2011), afirma:

El tema para abordar es los Derechos Humanos y la Paz. Si uno estudia la Constitución colombiana de 1991, encuentra en ella dos características sobresalientes. Primera: es una Constitución pródiga en derechos, ambiciosa en derechos como ningún otra; y, en segundo lugar, contiene una disposición insólita, una disposición un tanto extraña, el artículo 22, creo que no está consignado en ninguna otra Carta, en ninguna Constitución del mundo: la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Su carácter de orden constitucional y mandato para el gobernante, hacen del postulado un programa a realizar por la ciudadanía colombiana, cuando en el artículo 95, manifiesta: “Propender al logro y mantenimiento de la paz”; como obligación de todos y de la sociedad como comunidad, principalmente obligado el Estado a garantizarlo como se señala entre sus fines en el artículo 2. Lo que hace afirmar a Sánchez A., R. (2016):

...Este artículo hace de la carta política un pacto de paz y para el logro de la paz y el ordenamiento jurídico que permite la vigencia de los Derechos Humanos, la soberanía y la República Democrática. Para ello es necesaria la paz con las guerrillas que resisten y subvierten el orden público.

El carácter imperativo de esta norma se refuerza en el capítulo 5 artículo 95, al establecer como deber de la persona y el ciudadano: “Propender al logro y mantenimiento de la paz”. ¿Para quiénes la paz se constituye en un derecho? Para todos los ciudadanos (as) y la sociedad plural. ¿Y un deber, para quién? Para todos, y en especial para el Estado, que está obligado a garantizar la vida y la convivencia. Es uno de sus fines esenciales (art. 2).

Proclama el artículo 11 de la C.N.: “El derecho a la vida es inviolable”. Toda la trama social y política, y con ella la Constitución, tiene este primado de la vida, que es el Derecho de los Derechos, lo que remite a lo que Papacchini, A. (2017) denomina “Pulsión de vida y derecho a la vida”: El Derecho Internacional debe ser entendido, defendido y aplicado como el Derecho a la Paz en todas las naciones, continentes y a escala planetaria. ... el Derecho Internacional como campo de lucha por la paz mundial y regional ha logrado mantenerse, y en veces ser efectivo. “Los pueblos y Estados que no son grandes potencias en el seno de las Naciones Unidas y de organizaciones continentales luchan con ahínco por preservar al Derecho Internacional como herramienta de la Paz.

En la Carta de San Francisco (1945), declaración internacional fundadora de las Naciones Unidas, se conceptualizó así sobre el propósito del organismo: “Art. 1, párrafo 1. Mantener la paz y la seguridad internacional y con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y para lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz. Este artículo, al igual que los artículos 2, 3, 4 y 55, fundaron el Derecho Internacional como Derecho a la Paz y ninguna otra formulación puede ni debe alterar, disminuir o falsear su carácter de canon jurídico internacional prevalente. Ni el Derecho Penal Internacional, ni la Corte que lo representa, pueden competir con los alcances del Derecho a la Paz.

El Derecho a la Paz está amparado en la Constitución Política, la cual se asume como democrática al encarnar el legado de la soberanía popular. Dice el artículo 3: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de

sus representantes, en los términos que la Constitución establece "Sobre el orden jurídico pacifista, en lo interno y lo internacional, dice el artículo 93:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso (art. 150 num. 6), que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (art. 214 num. 2), prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Igualmente es una constitución que acoge el *Ius Cogens*, en la siguiente forma:

Artículo 94: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Este contenido refuerza todo el sentido de la argumentación jurídica a favor de la primacía del Derecho a la Paz como garante de la vida humana. Ahora bien, con el Acto Legislativo 01 de 2012 se introdujo en la Carta el concepto de justicia transicional como justicia excepcional, cuyo fines facilitar la terminación del conflicto armado y el logro de la paz estable. Descansa en garantizar los derechos de las víctimas a: 1. La verdad. 2. La justicia. 3. La reparación. Anuncia que con una ley estatutaria se dará un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados ilegales y también para los agentes del Estado. Además, también se crearían instrumentos de carácter judicial o extrajudicial que garanticen los deberes estatales de investigación y sanción. Para el logro de la verdad y la reparación se aplicarían mecanismos extrajudiciales.

Todo está suficientemente ponderado y puesto en realidad por la Corte Constitucional de Colombia al pronunciarse sobre el Plebiscito por la Paz, mediante sentencia C-379 de 2016, que entre otras cosas, dijo:

Ahora bien, también podría afirmarse que reconocer la vinculatoriedad de la decisión popular en los términos propuestos en esta sentencia, tiene como consecuencia una modificación de las facultades constitucionales de los poderes constituidos,

al imponerles la obligación de acatar el mandato político. Al respecto debe decirse que, la obligación de los representantes de acatar el mandato del Pueblo soberano existe en todo momento por disposición de la Constitución, fundada en la soberanía popular de la “cual emana el poder público”. Además, dado que el plebiscito consulta una decisión política, el Presidente de la República tiene el deber de implementar la fórmula normativa que se ajuste tanto a la voluntad del Pueblo expresada en plebiscito, como al ordenamiento jurídico y a las necesidades sociales y políticas del Estado colombiano. Así que para la concreción normativa del mandato político de origen popular, el Presidente está llamado a adoptar las previsiones correspondientes, así como impulsar ante el Legislador los proyectos de legislación respectivos. No obstante, la actuación del Congreso permanece independiente y autónoma, por lo que puede elegir la opción normativa que desarrolle de mejor manera la voluntad de los ciudadanos. En este escenario se garantiza una expresión auténtica del modelo democrático, pues en el Congreso debe existir un debate político pluralista, dirigido a elegir la opción que se ajuste a dicha voluntad y a tales necesidades.

En síntesis, los rasgos esenciales del plebiscito, que permiten diferenciarlo de otros mecanismos de participación ciudadana, son: (i) puede ser convocado únicamente por el Presidente de la República en aquellos casos que este lo considere necesario, (ii) para consultar a los ciudadanos una decisión política de su Gobierno que se encuentre dentro de la órbita de sus competencias. El pronunciamiento ciudadano (iii) dota de legitimidad popular la iniciativa del Ejecutivo; y, además, (iv) tiene un carácter vinculante, en términos de mandato político del Pueblo soberano. Esta Corporación encuentra necesario insistir en que la decisión del Pueblo de ninguna manera supone la inmediata inclusión de normas jurídicas en el ordenamiento, ni es un mecanismo a través del que se puedan introducir reformas a la Constitución. No obstante, el valor político del mandato popular tiene como consecuencia que el Presidente de la República lleve a cabo las actuaciones necesarias para dotarlo de eficacia. Como se

argumentó previamente, ello puede implicar en determinados casos un desarrollo normativo posterior e incluso reformas a la Constitución que en todo caso deben darse conforme a lo establecido en el artículo 374 de la Carta Política. Esto bajo el entendido que la decisión popular expresada en el plebiscito vincula jurídicamente solo al Presidente y, a su vez, preserva las facultades constitucionales de los demás poderes públicos, quienes podrán adelantar la implementación del mandato popular en ejercicio de dichas competencias.

Luego de la caracterización de los elementos estructurales del plebiscito, se pasa a exponer los rasgos esenciales del procedimiento para llevarlo a cabo, cuyos mínimos están fijados por el artículo 104 de la Constitución Política que establece: “El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección.” En todo caso, debe advertirse que el legislador tiene la competencia para establecer requisitos adicionales a los dispuestos en el artículo 104 de la Carta, al respecto en la C-150 de 2015181 se indicó: “A pesar de que la Corte señaló que uno de los fundamentos constitucionales del plebiscito era el establecido en el artículo 104 de la Carta en el que se establecía únicamente la aprobación del Senado de la República, declaró la exequibilidad de la disposición en la que se señalaba que la oposición de cualquiera de las Cámaras impedía la convocatoria del pronunciamiento plebiscitario (art. 78 de la ley 134 de 1994). Admitir esa conclusión supone la existencia de una regla que habilita al legislador para fijar condiciones adicionales a las determinadas en la Constitución para la realización de un plebiscito.

Empero la Paz, lo es por ser de una sociedad en un momento histórico determinado. Así las cosas (Sánchez, 2016), “la justicia social e institucional dependen en grado mayor del logro de la paz, mínima, realista y posible”. Para los guerrilleros de las FARC, el ELN y el EPL, está servida la oportunidad: la paz no se logró a través de la guerra. Con la paz se puede avanzar en las reformas y replantearse nuevas propuestas sobre lo que debe ser la revolución de nuestro tiempo.

Este concepto de Bobbio N. (2003), es clave:

En el ámbito de un orden jurídico pueden perseguirse otros fines, paz con libertad, paz con justicia, paz con bienestar, pero la paz es la condición necesaria para el logro de todos los demás fines, y por lo tanto, se convierte en la razón misma de la existencia del derecho. El murmullo y el rizo de la opinión pública autónoma y deliberante, en aldeas, pueblos, calles, cafés, ciudades, universidades, salas de redacción, conciliábulos de juristas, médicos, científicos, humanistas... esa que se constituye en un intelectual general, de hombres y mujeres, demanda la paz como propósito nacional, al igual que la comunidad internacional.

Conclusión

Este es el desafío sociológico para unir a la república, a la nación, dividida profundamente por los odios, los rencores, la venganza, la ordalía por doquier, que acompaña las injusticias de todo orden. Esta perspectiva histórica le da más fuerza a la verdad, propicia la eficacia de la restauración, hace efectivos los derechos de las víctimas y permite éticamente el perdón sin olvido. La primera y más decisiva reparación a las víctimas es lograr la paz, terminar la guerra con su cortejo de barbarie. Lo que se debe acompañar con una Comisión de la Verdad.

Enormes complejidades tiene la ejecución de los acuerdos de paz y hacer irreversible el posconflicto: la debilidad institucional actual, entendida desde su capacidad ejecutoria, migrar de un conflicto armado interno a una democracia incluyente, donde las armas son reemplazadas por las palabras, posibilitar que la sociedad organizada o no, tramite sus demandas económicas y sociales discutidas mediante el diálogo y no con las armas y pueda repetir con Zuleta E. (2013) que: “una sociedad está madura para la paz cuando aprende a tramitar sus conflictos sociales” (p.24).

Los acuerdos plantean salidas procedimentales, instancias de decisión, sistema complejo de justicia, solo serán posibles con un gobierno con Gobernanza y Gobernabilidad, pero que a la vez la perderá si no es capaz de cumplir los Acuerdos. El posconflicto hay que entenderlo como una fase de transición que nos debe llevar de la guerra interna a la construcción de la paz. Allí están unos acuerdos por materializar, que con sus desarrollos

jurídicos, procedimentales, fuentes de recursos, etc., debe permitirnos avanzar hacia una sociedad donde no nos matemos por pensar diferente, pero para alcanzar ese estado de gracia, debemos fortalecer la democracia y afianzarla de forma definitiva.

La gran transformación de Colombia de sus diversas instituciones, la superación de abismales inequidades es urgente. Los instrumentos están, al aparecer, también la voluntad política.

Es cierto que De Vegetius, ese militar teórico romano lanzó en el siglo IV la consigna popularizada por tirios y troyanos de “si quieres la paz, prepárate para la guerra”, pero Kant, al contrario, nos enseña que “Si quieres la paz, procura la justicia – política”. Se trata entonces de conseguir primero el imperio de la pura razón práctica y su justicia, para que las excelencias de la paz perpetua la encontremos en nuestras manos (Buelvas, M. 2017).

Referencias

- Acuerdo Final. (24 de 11 de 2016). *Alto Comisionado para la Paz*. Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co>
- Baró, I. (14 de Abril de 2013). *Reclutamiento Forzado*. Obtenido de <http://reclutamientoforzado1.blogspot.com/>
- Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia y Comisión Colombiana de Juristas. (2013). *El Delito invisible. Criterios para la investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia*. Bogotá: Varios.
- Defensoría del Pueblo. (2006). *La Niñez en el Conflicto Armado Colombiano*. Bogota: Resuperado de <https://www.unicef.org/colombia/pdf/boletin-8.pdf>.
- Di-Colloredo, C., Aparicio Cruz, D. P., & Moreno, J. (2007). DESCRIPCIÓN DE LOS Estilos de Afrontamiento en Hombres y Mujeres ante la Situación de Desplazamiento. *Psychologia. Avances de la Disciplina*, 1 (2), 125-156.
- Espectador, R. V. (8 de Junio de 2016). Las Cifras sobre los Niños y la Guerra. *El Espectador*.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-UNICEF. (2011). *Conclusiones sobre la vinculación de Niños, Niñas y Adolescentes a Grupos*

- armados Ilegales*. Bogotá: Recuperado de www.unicef.org/colombia/pdf/co_resources_ID9_conclus.pdf.
- Hernández, A. (1991). *Estrés en la familia colombiana: tensiones típicas y estrategias de afrontamiento*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Hewitt Ramírez, N., Juárez, F., Parada Baños, A., Romero Chávez, I., Guerrero Luzardo, J., Salgado Castilla, A., & Vargas Amaya, M. (2016). Afectaciones Psicológicas, Estrategias de Afrontamiento y Niveles de Resiliencia de Adultos Expuestos al Conflicto Armado en Colombia. *Revista Colombiana de Psicología*, 125-140.
- Human Rights Watch. (2003). *Aprenderás a no llorar*. New York. Recuperado el 28 de Marzo de 2017, de https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia_ninos.pdf
- Ila, P. A. ((sin fecha)). Elementos para la Conceptualización del Reclutamiento Ilícito, la Vinculación y Utilización de Niños, Niñas y Adolescentes en el Conflicto Armado . *Revista Foro*, 47-63.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF. (2014). *Del sometimiento al empoderamiento: antes, durante y después del reclutamiento de adolescentes y mujeres jóvenes por parte de GAOML* . Bogota: Observatorio del Bienestar de la Niñez.
- Lazarus, R. S., & Folkman, S. (1986). *Estrés y Procesos Cognitivos*. Barcelona: Martínez Roca.
- LINAMARÍA AYALABOTERO, L., RENTERÍA MENDEZ, M., & SANCHEZ CORDERO, L. (2015). ESTRATEGIAS DE AFRONTAMIENTO EN UN GRUPO DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA QUE HACEN PARTE DEL COLECTIVO EL PLANTÓN EN EL MUNICIPIO DE APARTADÓ - ANTIOQUIA. Apartadó, Antioquia, Colombia: Universidad de Antioquia.
- Machel, G. (1996). *LAS REPERCUSIONES DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SOBRE LOS NIÑOS*. New York: ONU.
- Macías, M., Madariaga Orozco, C., Valle Amarís, M., & Zambrano, J. (2013). Estrategias de afrontamiento individual y familiar frente a situaciones de estrés psicológico. *Psicología desde el Caribe*, 123-145.
- McCubbin, H., Cauble, E., & Patterson, J. (1982). *Family stress, coping, and social support*. Springfield: Thomas Publisher.

- Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict [Oficina del representante especial de las Naciones Unidas para los niños y el conflicto armado]. (2011). *Children and Justice During and in the Aftermath of Armed Conflict [Niños y Justicia Durante y Después del Conflicto Armado]*. New York.
- ortiz Jiménez, W. (2017). Reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes: de víctimas a victimarios. *Revista Encuentros*, 147-161.
- Quinceno, J. M., & Vinaccia, S. (2011). Creencias-prácticas y afrontamiento espiritual-religioso y características. *Psychologia: avances de la disciplina*, 25-36.
- Solis Manrique, C., & Vidal Miranda, A. (2006). Estilos y Estrategias de Afrontamiento en Adolescentes. *Revista de Psiquiatría y Salud Mental Hermilio Valdizan*, 33-39.
- Springer, N. (2012). *Como Corderos Entre Lobos, del Uso y Reclutamiento de Niños, Niñas y Adolescentes en el marco del Conflicto Armado y la Criminalidad en Colombia*. Bogotá D.C.: Springer Consulting Services.
- Steinl, L. (2017). *Child Soldiers as Agents of War and Peace [Niños Soldado como agentes de Guerra y Paz]*. La Haya: Asser Press.
- Taylor, S. J., & Bogdan, R. (1987). *Introducción a los Métodos Cualitativos de Investigación. La búsqueda de significados*. Barcelona: Paidós.
- Valencia, O. L., Valencia, O. L., & Daza, M. F. (2009). *Vinculación a los Grupos Armados: un Resultado del Conflicto Armado en Colombia*. Bogotá: Universidad El Bosque.
- Vásquez Crespo, M., & Ring, J. (2000). *Medición Clínica en Psiquiatría y Psicología*. Barcelona: Masson.
- Wilches, I. (2010). Lo que hemos aprendido sobre la atención a mujeres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, 86-9

Acuerdo de la habana y posconflicto: la paz como derecho

NO HAY DOLOR PEQUEÑO. LA RESPUESTA DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO¹

Margarita Jaimes Velásquez²

Cindy Hernández³

Katia Palencia Sánchez⁴

Resumen

La nación colombiana ha estado sumergida en un conflicto armado caracterizado por sus diversas expresiones de violencias, por su extensión en el tiempo y la geografía. Así las cosas, las afectaciones sufridas por las víctimas, no siempre fueron experimentadas de igual manera por parecidos que fueran los hechos, de manera que los impactos en la vida y la siquis de las personas también fueron

1 El presente artículo científico es resultado de la investigación “La Reparación Integral a Los Niños, Niñas Y Adolescentes Víctimas del Conflicto Armado ¿Una Utopía”, financiada por Colciencias y la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, dirigida por la investigadora Margarita Jaimes

2 Abogada de la Universidad del Atlántico, doctoranda en Política y Gobierno de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina.) Docente investigadora adscrita a GICSER en la línea de Derechos Humanos y DIH, de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. Cel 3006776424 margarita.jaimes@cecar.edu.co

3 Joven investigadora de Colciencias de la convocatoria N° 617, Ejecutora del proyecto de investigación La Reparación Integral A Los Niños, Niñas Y Adolescentes Víctimas Del Conflicto Armado ¿Una Utopía?, en la modalidad de Beca – Pasantía; adscrita al grupo de GISER de la corporación universitaria del caribe CECAR.

4 Abogada de la Universidad del Norte, doctoranda en Ciencias Políticas, Administración Pública y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid. Directora de Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria del Caribe- CECAR. Docente investigadora adscrita a GICSER en la línea de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. Cel 3135358219. Katia.palencias@cecar.edu.co.

diferenciales. Si bien, los proyectos de vida se transforman a lo largo de la vida, la victimización sufrida puede cambiar radicalmente el horizonte trazado de cualquier persona, máxime cuando se encuentra en la niñez o la adolescencia. En efecto, los daños en la construcción de la identidad producto de los trastornos de ánimo y de la incomprensión de los hechos en la vida de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) dificultan seriamente el ciclo vital en que se encuentran. Los Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad y los Principios Internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones reafirman las obligaciones de los estados en la garantía de los Derechos Humanos. Así mismo, ratifican que la reparación tiene por objeto minimizar el impacto lesivo en la víctima y restituirla, en la medida de lo posible, al estado anterior.

Palabras clave: Niños, niñas y adolescentes, víctimas, enfoque diferencial, atención psicosocial

Abstract

The Colombian nation has been submerged in an armed conflict characterized by its diverse expressions of violence, by its extension in time and geography. Although life projects are transformed throughout life, the victimization suffered can radically change the horizon of any person, especially when they are in childhood or adolescence. In fact, the damage to the construction of identity caused by mood disorders and the incomprehension of the facts in the lives of children and adolescents (hereinafter NNA) seriously hampers the life cycle in which they find themselves. The International Principles on the Fight against Impunity and the International Principles on the Right of Victims to Reparations reaffirm the obligations of states to guarantee human rights. They also ratify that reparation is intended to minimize the harmful impact on the victim and to restore it, as far as possible, to the previous state.

Keywords: Children and adolescents, victims, differential approach, psychosocial care

Introducción

Atendiendo lo anterior, se propone este escrito analizar las obligaciones del Estado Colombiano en materia de reparaciones psicosocial y examinar a la luz de la normatividad existente el cumplimiento de dichas obligaciones a través del programa de atenciones psicosocial para víctimas en el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para ello se tomarán los resultados obtenidos en la investigación realizada en Sincelejo titulada “La reparación integral a los niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto armado ¿una utopía?” realizada con niños y niñas entre los 12 y 18 años en la ciudad de Sincelejo.

El impacto diferencial del conflicto en niños, niñas y adolescentes

El conflicto armado visto desde sus efectos en la vida de las víctimas se explica en las siguientes palabras.

(...) uno de los escenarios que marca de manera más profunda a los individuos y a las sociedades. La irracionalidad y deshumanización de la guerra expone a las personas y a las comunidades a situaciones límite de violencia que generan en ellos procesos de deconstrucción y ruptura del tejido social, de pérdida del bienestar emocional y destrucción de sus proyectos de vida (Nación, 2009, p. 22).

Ahora, el conflicto armado interno afecta diferencialmente a la población, las tipologías de afectaciones están relacionadas al grupo etario, el sexo, la identidad o la orientación sexual, la etnia y la condición económica por mencionar solo algunos. Para el caso de la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto la Defensoría del Pueblo en el 2003 (citado en Toro, 2011), expone que:

La situación de los niños en el conflicto armado colombiano no es distinta de la situación de los niños involucrados en otros conflictos armados. Para infortunio de Colombia, los grupos insurgentes y de autodefensa han abusado y continúan abusando de la vulnerabilidad y fragilidad de los niños. Día a día, los actores armados reclutan menores de 18 años, los utilizan como carne de cañón o carnada para infligir daños a sus enemigos. Cientos

son desplazados. Las niñas no solamente son las compañeras sexuales de los irregulares, sino que son forzadas a prostituirse.

Además de las tipologías específicas sufridas en razón al ciclo vital en que se encuentran, se debe tener en cuenta que, frente a un mismo hecho violento, el impacto en la vida de los NNA será diferente y potencialmente más dañino que al resto de víctimas adultas, dada su condición de sujeto en proceso de formación del carácter, la identidad, la cosmovisión del universo que le rodea y la escasa comprensión de los problemas políticos y sociales que vive el país.

Su desarrollo armónico se afecta gravemente en tanto, el proyecto de vida individual y familiar se trunca abruptamente exponiéndolos a situaciones desconocidas y, en la mayoría de los casos, hostiles. Lo que puede provocar cambios conductuales y emocionales en la vida de los infantes y adolescentes con repercusiones a lo largo de la vida del individuo. Una inadecuada intervención psicológica y psicosocial o la inexistencia de ella, puede influir negativamente en el desarrollo de las habilidades sociales y familiares, haciéndoles difícil o traumáticas las relaciones interpersonales.

Al respecto, Hewitt. N, Gantiva. C, Vera. A, Cuervo. M & Hernández. N. (2014) expresaron que los desórdenes en la salud mental producto de la exposición a situaciones traumáticas en el marco de la guerra suelen perdurar y afectar el desarrollo de los NNA. Explican que este grupo etario es particularmente vulnerable en situaciones de conflicto armado (Haroz et al., 2013) debido a su condición de individuo en proceso de crecimiento y desarrollo debido a que su personalidad y sistema de valores se encuentran en construcción (Pereda, 2012).

Afirman Hewitt, et al, (2014) que existen tipologías de afectaciones producto de la violencia como son: dificultades en el desarrollo (Mels, 2012; Murthy & Lakshminarayana, 2006), sentimientos de culpa, inseguridad, agresividad, aislamiento, desesperanza, fragilidad emocional, trastornos del sueño, ansiedad y depresión que además pueden crear ideas distorsionadas sobre lo ocurrido (Cohen & Mannarino, 2008; López-Navarrete et al., 2007; Pereda 2012). Vale aclarar que estas tipologías dependen de la edad y las capacidades de afrontamiento del resto de la familia.

En el mismo sentido, los hábitos y costumbres también son involuntariamente modificados; en relación a esto, Ibáñez & Díaz 2010, (citado en Toro, 2011) sostienen que la desestructuración de la cotidianidad y la inseguridad sobre el futuro generada por el cambio brusco que trastoca el proyecto de vida familiar e individual pone en cuestión el sistema de valores ante la necesidad de sobrevivir.

De otro lado, los impactos psicosociales identificados por los autores se concentran en daños existenciales que inciden en el proceso identitario del individuo, reflejándose en crisis respecto al ejercicio de la autonomía, daños psicosomáticos y daños colectivos o socioculturales (Bello M. N., 2009)

En ese mismo sentido La Corporación AVRE (2006) plantea, que los impactos psicosociales de la violencia sociopolítica se clasifican a nivel individual, familiar y comunicativo, los cuales pueden expresarse:

(...) en las diversas áreas psíquicas de las personas, pero el grado de compromiso de esas áreas depende de la naturaleza del daño y de las condiciones particulares de cada individuo. Se pueden detectar alteraciones en la actitud, actividad y comportamiento, en las funciones cognitivas (memoria, pensamiento, capacidad para concentrarse, capacidad para tomar decisiones), alteraciones en el estado de ánimo, el sueño, la alimentación, la sexualidad; ansiedad, y en algunos casos, desorganización severa de la conducta y de las funciones mentales.

Y agrega que:

Un mismo hecho de violencia es significado de manera diferente por niños, niñas, jóvenes, hombres y mujeres, adultos y personas mayores. Los impactos del daño generan necesidades particulares de acuerdo al grupo generacional. ¿Qué ha pasado con esos niños que presenciaron la muerte de sus padres? También los han matado. Algunos han intentado suicidarse (...) todos ellos son personas que no han tenido asistencia psicológica. Es gente que no ha hecho el duelo. (...) siempre pensando en sus seres queridos, sin encontrar ocasión para llorar, deseando contar públicamente la verdad de los hechos para borrarlo que Diferentes experiencias muestran que en ciertas ocasiones, y cuando sucede un hecho de violencia extremo, la reacción de ciertas personas

No hay dolor pequeño. La respuesta del estado colombiano frente a los daños sufridos por la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto armado

muestra comportamientos y actitudes como “sin razón”, o “no normales”; lo cual puede evidenciar un trastorno mental: el daño en estas circunstancias puede ser severo y afectar toda la integridad y capacidad de la persona.

Al revisar los datos en la Red Nacional de Información- RNI- en Colombia hay 8. 356.734 de víctimas registradas de las cuales 2.313.360 son niños y niñas entre los Cero (0) y los dieciocho (18) años. Estas cifras demuestran que el problema no es menor, por lo que el Estado colombiano debe propender por garantizar el restablecimiento de sus derechos y garantizar las medidas de reparación integral y las garantías de no repetición.

En aras de resolver la problemática identificada con la niñez y la adolescencia en situación de desplazamiento, la Corte Constitucional en el Auto 251 de 2008 expresó que:

Los problemas de índole psicosocial, hacen parte de los problemas transversales diferenciados que afecta a la niñez y adolescencia en situación de desplazamiento, planteando que a circunstancias del desplazamiento forzado genera un impacto destructivo sobre su estado de salud psicológica y emocional e influyendo negativamente en las etapas de maduración individual; ocasionando también dificultades cognitivas y emocionales (tales como desconcentración, desmotivación y tristeza) y en barreras a la socialización.

Cada uno de estos impactos afecta de distinta manera al individuo en crecimiento por lo que la atención integral debe siempre responder a la afectación particular de cada persona y a sus necesidades. Por tanto, la afectación psicosocial y psicológica no solo debe ser diferenciada en razón a las necesidades explícitas del grupo poblacional, sino que se hace necesario la implementación de un enfoque particular que ahonde en las afectaciones individuales del ser.

El derecho a la reparación

La reparación es un principio fundamental del derecho de gentes (CoIDH, 1993) que fue definido por la extinta Comisión Nacional de Reparación CNRR (2007) como “un proceso que busca dignificar a las víctimas, mediante medidas que alivien su sufrimiento, compensen sus pérdidas sociales, morales y materiales que han sufrido y restituyan sus derechos ciudadanos”. La reparación es entonces, un proceso que supone la inversión de recursos humanos, teóricos, técnicos y económicos a fin de alcanzar el restablecimiento de los derechos conculcados a las víctimas, poniendo especial interés en las tipologías de daño que puede sufrir una persona por un hecho violento.

Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (ONU, 2005) establece que la reparación debe ser proporcional al daño causado. De igual manera, establece en cabeza del Estado la obligación de reparar sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar contra el responsable de la violación. Además recuerda que, las medidas de reparación deben ajustarse a los derechos humanos a la igualdad y no discriminación establece además que dichos programas y procedimientos deben ser divulgados y publicitados ampliamente a fin de garantizar el acceso efectivo de toda la población afectada.

Los programas de reparaciones deben ser incluyentes y lo más completo posible a fin de incluir la mayor cantidad de violaciones a los derechos humanos posibles, poniendo especial atención en las víctimas con antecedentes de exclusión, discriminación formal y material o marginadas en razón a su edad, su identidad y orientación sexual, su pertenencia a una etnia, su sexo o su condición social. Así lo advirtió la señora Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad en su informe presentado en el año 2005 al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), cuando dice que las reparaciones no deben limitar las categorías de delitos a ser reparados en un programa de reparaciones, puesto que al hacer esto se impide el acceso a la justicia de un gran número de víctimas, que se sentirán excluidas y por tanto un problema político sin resolver

Lo anterior implica para el caso Colombiano, identificar las diversas expresiones de violencia, los derechos que con ellas se vulneraron y los

No hay dolor pequeño. La respuesta del estado colombiano frente a los daños sufridos por la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto armado

efectos en la vida de las víctimas. Para garantizar un adecuado acceso y el restablecimiento de los derechos conculcados es necesario tener en cuenta el ciclo vital, el sexo, la etnia y la condición económica o laboral al momento de los hechos y al momento de aplicar el programa o las acciones de reparación. Ahora, solo se han mencionado algunas variables de las muchas que se entrecruzan en la complejidad humana y en las propias dinámicas del conflicto armado interno.

Según la legislación interna, específicamente, la (Ley 1448 de 2011) tiene por objeto:

(...)establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales (Artículo 1)

Lo anterior quiere decir que, la reparación integral debe ser adecuada, dicho en otras palabras, que satisfaga las realidades y necesidades de las víctimas; debe ser transformadora, lo que implica además del restablecimiento de los derechos, cambios de actitud y aptitud cuando el caso así lo requiera, pero además debe ser efectiva y diferenciada, es decir, proporcional al daño causado y atendiendo a los impactos y particularidades de cada víctima; entendiendo que algunas tienen protección constitucional reforzada.

Ahora, tal como lo establecen los instrumentos internacionales sobre la materia, la reparación integral debe comprender además de las medidas de indemnización, la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica (artículo 5).

La rehabilitación como medida de reparación

Según los Criterios de Reparación y de Proporcionalidad Restaurativa de la CNRR (2007) “La rehabilitación busca restablecer la integridad física, psicológica, moral, legal ocupacional de las víctimas” a fin de restablecer sus derechos y su dignidad teniendo en cuenta los hechos victimizantes, las circunstancias y necesidades específicas de cada víctima.

Para la Organización Mundial de la Salud, en el Segundo Informe de su Comité Experto en Rehabilitación Médica (OMS, 1968).

Es la aplicación coordinada de un conjunto de medidas médicas, sociales, educativas y profesionales para reparar y readaptar al individuo con el objeto de que alcance la mayor proporción posible de capacidad funcional”. Distinguiendo tres tipos de rehabilitación, la médica, la social y la vocacional.

Si bien estas definiciones no explican cómo se materializan las medidas de rehabilitación, en la práctica se entiende como la provisión de servicios médicos, terapéuticos y otro tipo de servicios que permitan el restablecimiento de la integridad personal y el goce efectivo de derechos de las víctimas. Por ejemplo, (Corte Constitucional Sentencia T 045/10 de, 2009), plantea que dentro de los servicios de salud se debe incluir la atención psicológica y psiquiátrica especializada, argumentando que:

La necesidad de prestar atención psicológica y psiquiátrica a las víctimas del conflicto armado se desprende de las serias afectaciones en la salud y daños graves a la integridad mental que asumen distintas particularidades dependiendo del contexto social y cultural de la persona. La salud mental abarca -entre otros aspectos- el bienestar subjetivo, la percepción de la propia eficacia, la autonomía, la competencia, la dependencia intergeneracional y la autorrealización de las capacidades intelectuales y emocionales. En virtud de lo anterior, se requiere de una atención en salud mental que permita su recuperación, dentro de la que debe contemplarse la necesidad de romper el aislamiento, reconocer sus experiencias de miedo, identificar sus enfermedades, permitirles hablar de sus sentimientos de vergüenza y de culpa y romper los tabúes que los alimentan. Y, lo más importante, permitirles hablar de lo que vivieron y facilitar la reflexión en la comunidad, combatiendo la estigmatización y

No hay dolor pequeño. La respuesta del estado colombiano frente a los daños sufridos por la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto armado

promoviendo actitudes positivas que permitan el reconocimiento de las víctimas.

Todo lo anterior, es recogido en el capítulo VIII de la (Ley 1448 de 2011), relativo a las medidas de rehabilitación, cuando indica que estas son “El conjunto de estrategias, planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales de las víctimas en los términos de la presente Ley” (Artículo 135).

Para cumplir esta aspiración el Estado ha diseñado y, se encuentra ejecutando, un programa de rehabilitación que incluye medidas individuales y colectivas liderado por el Ministerio de la Salud y la Protección Social a través del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. (Artículos 136 y 137) en el que confluyen muchas instituciones del orden nacional, regional y local, con ordenes precisas y específicas.

El enfoque diferencial en la reparación integral

El estado social de derecho tiene varios principios y valores en los que el eje central es la persona humana, algunos de ellos, como la participación y la dignidad humana adquieren mayor relevancia en situaciones que ponen en riesgo los derechos de personas de especial protección constitucional. Si bien todas las personas son iguales ante la Ley y el Estado, no es menos cierto que algunos grupos poblacionales han sufrido la exclusión histórica y sus derechos invisibilidades frente al resto de la nación. Así las cosas, los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres, las personas con orientaciones sexuales no hegemónicas, los grupos étnicos y los campesinos tienen riesgos específicos en razón a sus particularidades, por ello, la atención otorgada debe atender esas diferencias.

Según el Observatorio de Construcción de paz de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, el enfoque diferencial “nace con la pretensión de ofrecer un panorama de restitución de derechos a víctimas del conflicto desde sus particularidades” ; así mismo, plantea que este enfoque “busca orientar la acción del Estado al otorgamiento de bienes y servicios a partir de las diferencias de los grupos poblacionales que habitan en su territorio” diferencias que se pueden identificar según en el género, edad, diversidad cultural y étnica, situación de discapacidad

Partiendo de esta premisa, “El enfoque diferencial permite visibilizar las vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos; Partiendo del reconocimiento de la diferencia busca garantizar el principio de equidad” (ANSPE, 2013);

Este enfoque orienta las acciones del Estado a partir del otorgamiento de bienes y servicios de acuerdo a las necesidades y especificidades de cada grupo poblacional, es decir,

Busca visibilizar vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos específicos, y prioriza acciones de protección y restauración de los derechos vulnerados. Implica: identificar los vacíos y riesgos de protección de cada grupo y desarrollar herramientas para dar soluciones, promover la participación equitativa y planear y ejecutar medidas afirmativas basadas en caracterizaciones sistemáticas para la garantía del goce efectivo de los derechos de los diferentes grupos poblacionales” Acnur, 2008, (citado en Ministerio de la Protección Social, 2011: 27).

A su vez, la (Ley 1448 de 2011), lo reconoce como un principio de orientación y aplicación en las fases de atención, asistencia y reparación cuando expresa que se aplicara a todas las personas “con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad” (Artículo 13) fin de actuar directamente sobre esas particularidades y necesidades específicas.

En este contexto, la atención a las víctimas del conflicto armado es un problema social y público que demanda una intervención del Estado eficaz y efectiva, haciendo uso de toda su capacidad y de sus recursos para garantizar el restablecimiento desde perspectivas diferenciales y con de derechos y psicosocial. Así las cosas, la salud mental y psicosocial de los NNA víctimas es una prioridad que no admite demoras, ni errores en el diseño de las acciones propuestas para mitigar su sufrimiento

Enfoque Psicosocial

Las consecuencias psicosociales producto de las violencias en el marco del conflicto armado, a pesar de ser sufridas por la víctima se reflejan en la sociedad, en tanto sujetos que integran un colectivo. Por ello, el estudio de estas afectaciones debe ser especializado para que se puedan analizar en su complejidad y en las variables diferenciales a fin de diseñar

e implementar programas de atención psicosocial acordes a las necesidades de la población víctima.

Según Bueno (citado en Alvis, 2009) el aspecto psicosocial nace por situaciones “dadas por la apertura hacia el cambio social, propia de esta orientación, la cual está constantemente estudiando la forma en que los cambios sociales acelerados influyen en la interacción entre el sujeto y su medio social concreto” (p.3); así mismo, por “la demanda efectuada desde un enfoque psicosocial para aplicar desde su particularidad sobre las manifestaciones” (p.3).

Así mismo, Alvis (2009) plantea que la intervención con enfoque psicosocial promueve la intervención social y comunitaria, desde una perspectiva mediadora entre las víctimas y la estructura institucional desde la que se interviene, en la que participa activa y constructivamente el usuario; afirmando que esta intervención “está enmarcada en el ámbito de los derechos humanos y sociales de los ciudadanos” (p.4), buscando el desarrollo de capacidades y potencialidades de los seres humanos.

En el caso de los niños, niñas adolescentes, a través de la estimulación de su capacidad y su habilidad, se busca transformar o moldear de su estilo de vida, ayudando en la construcción de un nuevo proyecto de vida que les ayude a tener una perspectiva saludable de su futuro.

Por otro lado, teniendo en cuenta los planteamientos de Bello & Chaparro (2011), el enfoque psicosocial apunta a la indagación y comprensión de la experiencia humana desde su subjetividad, pero teniendo en cuenta la interacción que tiene el sujeto con las demás personas, es decir, lo psicosocial parte de preguntar por la experiencia subjetiva de una persona inscrita en espacios más amplios de relación con otros.

Ahora bien, contextualizando este enfoque al proceso restablecimiento de las víctimas del conflicto armado, como principal aspecto para mitigar los daños psicosociales causados por esta problemática sociopolítica, es definido como un “Perspectiva que reconoce los impactos psicosociales que comprometen la violación de derechos en el contexto de la violencia y el desplazamiento en Colombia.” (Ministerio de Protección Social, 2009, p.9).

Por su parte, Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR (2011) afirma que el enfoque psicosocial incluye tanto lo psicológico como

la realidad situación social de los individuos de manera que se alivie el sufrimiento y se construyan los caminos para la resiliencia.

Según la UARIV, el enfoque psicosocial debe ser visto como el conjunto de acciones emprendidas para atender el sufrimiento de las víctimas, indagando sobre los elementos de los daños psicosociales que podrían ser mitigados en a través de la rehabilitación. De la misma manera expone que, la incorporación de los criterios psicosociales en la medida de rehabilitación debe estar enfocada en el restablecimiento de las víctimas, buscando que las víctimas logren incorporar al devenir de la historia personal y social, la capacidad de superación y de resistencia.

Por otro lado, manifiesta que:

A través de este enfoque se busca que la reparación a las víctimas atienda las formas de interpretación que ellos y ellas y las comunidades a las que pertenecen, dan a lo que les sucedió, desde su experiencia emocional, cognitiva y relacional, y al significado que dan a la reparación y al restablecimiento de sus derechos.

Programa de atención psicosocial y salud integral a víctimas – PAPSIVI

A fin de responder a las necesidades de las víctimas en cuanto a la atención en salud y psicosocial el Estado creo el Programa PAPSIVI que se define según el (Decreto 1400 de 2011, ART 164) como:

El conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones interdisciplinarias diseñados por el Ministerio de Salud y Protección Social para la atención integral en salud y atención psicosocial. Podrán desarrollarse a nivel individual o colectivo y en todo caso orientadas a superar las afectaciones en salud y psicosociales relacionadas con el hecho victimizante.

Este programa busca mitigar el sufrimiento emocional y aportar herramientas psicosociales que ayuden a las comunidades a la reconstrucción de su proyecto de vida, el restablecimiento de la confianza y los lazos sociales.

El programa consta de dos componentes esenciales la atención psicosocial y la atención integral en salud. Solo el ultimo incluye la atención médica especializada en salud mental ya que el primero centra su atención en el daño psicosocial, que tiene un carácter más colectivo.

No hay dolor pequeño. La respuesta del estado colombiano frente a los daños sufridos por la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto armado

De acuerdo al Ministerio de Salud y Protección Social (2009) la atención psicosocial comprende:

- Búsqueda activa de las víctimas en zonas geográficas dispersas, incluyendo población retornada o reubicada (mapeo)
- Caracterización psicosocial: daño, sufrimiento, recursos y potencialidades
- Construcción del plan de atención psicosocial individual, familiar y comunitario con las personas afectadas.
- Atención psicosocial individual, familiar y comunitaria por equipos interdisciplinarios según caracterización del daño
- Remisión cuando sea necesario a otras instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud u otros sectores.
- Registro de las actividades realizadas
- Monitoreo y seguimiento

También aclara que la atención integral en salud debe realizarse con enfoque psicosocial estableciendo que se deben realizar planes individuales de atención que recojan los impactos diferenciales y las particularidades de cada persona. Las dos estrategias deben incluir acciones, además, acciones de promoción y prevención.

Metodología

La investigación fue cualitativa, de tipo acción participativa, que según Bru & Basagoiti este tipo de investigación es un proceso que implica “conocer-actuar-transformar”, facilitando una mejor comprensión de la realidad de la población, sensibilizándoles sobre sus problemáticas y movilizándolo a los participantes. (Pág. 3).

El Muestreo Poblacional estuvo integrada por un total 180 niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto armado del municipio de Sincelejo, que acudieron al Centro de Orientación a Víctimas de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR-

Con el fin de recolectar la información se realizaron grupos focales que según Aigner (2006); Beck, Bryman y Futing, 2004) citado por Escobar & Bonilla (SF) es

Un grupo de discusión, guiado por un conjunto de preguntas diseñadas cuidadosamente con un objetivo particular”, es decir, un grupo focal busca que entre sus participantes y el investigador exista una adecuada interacción encamina en recolectar información sobre un tema específico propuesto por el investigador.

El objetivo general de la implantación de los grupos focales fue crear espacios de diálogo y discusión con los niños, niñas y adolescentes, a fin de intercambiar información y experiencias relacionadas con la reparación integral descrita en la Ley de Víctimas o (Ley 1448 de 2011).

Panorama de la atención psicosocial en niños, niñas adolescentes víctimas en el municipio de Sincelejo.

Los resultados revelan que entre la población víctima menor de 18 años hay un alto desconocimiento de los derechos que les asisten, en su condición de víctimas y en los contenidos de la reparación integral.

La falta de difusión se concreta en la inexistencia programas o campañas institucionales de divulgación que informen sobre los componentes, los planes, la institucionalidad y las rutas de acceso a las medidas de reparación integral contenidas en la Ley. Lo anterior, se hace más preocupante cuando se trata de las medidas de rehabilitación, ya que por diversos medios no institucionales algunos de ellos saben que las víctimas tienen derecho a la indemnización y la ayuda humanitaria.

Se destaca que la mayoría de los niños, niñas y adolescentes desconocen su condición de víctimas directas y por tanto ignoran los derechos que les asisten por tal condición. Lo anterior se explicaría en tanto, la victimización ha sido relacionada con la comisión de hechos punibles y no mirado desde las violaciones de derechos humanos, que como se sabe, no siempre están tipificados como delitos. Un ejemplo de ello es el derecho al libre desarrollo de la personalidad que afecta el normal desarrollo del individuo en crecimiento, pero que no puede ser judicializado por no estar tipificado (Jaimes, 2014).

No hay dolor pequeño. La respuesta del estado colombiano frente a los daños sufridos por la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto armado

Al ser consultados si deseaban ser beneficiarios del programa de atención psicosocial, el setenta y ocho por ciento (78%) manifestó interés y la necesidad de ser atendidos. Lo que permite inferir que, aunque no se reconocen como víctimas directas del conflicto armado, sienten que tienen necesidades de atención en materia de salud mental y relacionamiento con el entorno. Es importante resaltar que muchos de los NNA participantes sufrieron la violencia siendo impúberes y debieron afrontar el desarraigo y el abandono de aquello que les era importante, para enfrentar el reto de construir nuevas amistades y crear vínculos con un nuevo entorno en los barrios periféricos de la ciudad.

El cien por ciento (100%) de los niños, niñas y adolescentes, expresan tener rabia o rencor por las personas que les causaron daño, produciendo estados emocionales de tristeza y dolor. Estas afectaciones merecen atención prioritaria en tanto el interés superior de la niñez y la adolescencia es un principio que debe permear las acciones del Estado. Por otro lado, al no ser atendidas adecuadamente o ser desatendidas, los sentimientos de venganza posteriores podrían llevar a estos jóvenes a enlistarse en grupos armados ilegales y continuar el círculo de la violencia armada.

Es significativo que el 42,85% no tiene un prospecto de proyecto de vida, lo que incrementa la vulnerabilidad de esta población, pues al no tener metas claras, el esfuerzo por acceder a los bienes y servicios que debe proporcionar el Estado es mucho menor, afectando gravemente el desarrollo de esta persona en todos los ámbitos de su vida.

El cincuenta y siete por ciento (57%), aspiran llegar a ser profesionales, tal como se cita; “también, quiero ser profesional cuando sea grande”. Si bien este grupo tiene claras metas, estas solo serán alcanzables si el Estado responde adecuadamente a las necesidades de superación del dolor y la rabia producto de las pérdidas económicas, familiares, sociales, culturales y afectivas.

Teniendo en cuenta los resultados del grupo focal, se realizaron entrevistas a las diferentes instituciones obligadas a prestar la atención psicosocial a las víctimas del conflicto armado a fin de contrastar la información, entre ellas, la Secretaria de Salud Municipal y la Unidad de Víctimas, esta última con el Programa de Atención Psicosocial a Víctimas (PAPSIVI). Se identificó que el municipio no cuenta con un programa de

atención psicosocial que responda a las necesidades de atención diferenciada de los NNA. Los voceros de estas entidades expresan que no se delimita a la población en los programas ofrecidos; su cobertura engloba a la población en general y no existe un programa que enfatice la atención psicosocial en niños, niñas y adolescentes.

Lo anterior resulta contrario a las estipulaciones de la Corte Constitucional (2008) que hace seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, cuando plantea que para “un bebe, niño, niña o adolescente, la experiencia vital del desplazamiento forzado es intrínsecamente distinta de lo que puede ser para un hombre o una mujer adultos” (p. 13); por lo cual, establece la necesidad de adoptar un enfoque diferencial para la atención integral de los menores de edad en situación de desplazamiento; aspectos que son recogidos por la Ley de Víctimas en su artículo 13, que a su vez se sustenta en El Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (ONU, 2005).

En materia de obligaciones frente a los derechos humanos y el restablecimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia el cumplimiento es ineludible e impostergable, sin embargo, en el silencio de los que no tienen voz por su condición de vulnerabilidad el Estado sistemáticamente ha resuelto incumplir. Esto se denota en que tampoco existen programas de divulgación por medios masivos de comunicación de los contenidos del derecho a la rehabilitación psicológica de la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto a fin de que estos sean conocidos por toda la población y en todo el territorio nacional.

Lo anterior se reafirma en que el Registro Único de Víctimas, no focaliza específicamente a los NNA, sin que los incluya dentro del núcleo familiar como un integrante más sin adentrarse en las particularidades de las afectaciones sufridas directa o indirectamente por ellos y ellas. La ausencia de un diagnóstico al menos cuantitativo amplía la brecha de discriminación e incrementa la invisibilización de las particularidades psicológicas, afectivas, emocionales y de desarrollo de esta población.

Como bien lo plantea el Auto 251 de 2008 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2014, el común denominador tanto de los problemas transversales diferenciados de la niñez y la adolescencia en situación de desplazamiento, es la conjunción de graves falencias en la respuesta estatal a esta situación,

No hay dolor pequeño. La respuesta del estado colombiano frente a los daños sufridos por la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto armado

hoy 10 años después de su emisión y a pesar de los contenidos de la Ley de víctimas en sus principios rectores, la satisfacción de los derechos a la reparación integral de los NNA sigue sin respuesta estatal.

La existencia del programa PAPSIVI no ha sido la prenda de garantía para las aspiraciones de restablecimiento psicológico y psicosocial de esta población puesto que en su diseño y ejecución contiene acciones pertinentes que atiendan específicamente a los NNA, ni de manera individual, ni colectiva. El programa atiende a las comunidades desde una mirada de colectividad homogénea, lo que impide que afloren las particularidades de las poblaciones con especial protección; máxime cuando en la mayoría de los casos no son convocados a los encuentros comunitarios o familiares de atención psicosocial.

Por otra parte, explica que “la respuesta de las autoridades competentes a la preocupante situación psicosocial de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento ha sido débil y mayormente ineficaz” (p, 214), y por ello, como respuesta a la situación psicosocial, el estado pretende brindar esa atención a través de existencia de unidades móviles del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF; sin embargo, se encontró que la población indagada no ha sido atendida por estas unidades móviles.

Por otro lado, el mismo Auto de seguimiento (Corte Constitucional Auto de seguimiento 251 de 2008, 2008) evidenció el desinterés del sistema educativo en proveer atención psicosocial a sus estudiantes en situación de desplazamiento. De acuerdo a los resultados estas circunstancias se mantienen no obstante los llamados de la Corte Constitucional a intervenir en favor de los NNA. Todos los participantes están escolarizados en instituciones públicas que tienen profesionales en psicología y trabajo.

Conclusiones

Una política reparación integral que no parte de criterios claros para determinar la dimensión del daño sufrido por la víctima desconoce los

principios de enfoque de derechos humanos y diferencial. No incluir de manera autónoma los derechos de los NNA en el Registro Único de víctimas niega materialmente el derecho a la reparación integral de esta población.

Establecer la calidad de la víctima es fundamental para la comprensión la condición personal de esta frente a las necesidades de rehabilitación psicológica y psicosocial, esto implica identificar la especificidad del daño a fin de satisfacer la necesidad de atención y restablecimiento que, de ser necesario, incluye el tratamiento psicológico individual y familiar del NNA.

Los obstáculos observados en cuanto al cumplimiento de la política pública de atención diferencial a la niñez y la adolescencia no son del orden local, todo lo contrario, responde a un diseño e implementación viciado desde el orden nacional que no responde a los estándares de integralidad, dignidad y transformadores de la reparación.

La no atención psicológica y psicosocial de los NNA víctimas, no solo violenta sus derechos fundamentales a ser protegidos por el Estado, sino que allana el camino a la repetición de los hechos violentos, pues al no ser atendidas las necesidades de canalización y manejo de las emociones y los dolores, los sentimientos reprimidos podrían dar paso a la venganza.

Referencias

- Alvis. A (2009). Aproximación teórica a la intervención psicosocial. Revista Electrónica de Psicología Social «Poiésis» ISSN 1692-0945. N 17
- ANSPE. (2013). Enfoque diferencial. Power point. Recuperado de: http://www.anspe.gov.co/sites/default/files/imce/Memorias/7._presentacion_enfoque_diferencial_-_18sep.pdf
- Bello. M & Chaparro. P. (2011) El Daño desde el Enfoque Psicosocial. Recuperado de www.bivipas.info/.../L-120-Bello_Nubia_Chaparro_Ricardo-2011-458.p...
- Bru & Basagoiti. (Sf). La Investigación-Acción Participativa como metodología de mediación e integración socio-comunitaria. Recuperado de http://www.pacap.net/es/publicaciones/pdf/comunidad/6/documentos_investigacion.pdf
- Comité Internacional de la Cruz Roja (2011). Los niños afectados por los conflictos armados y otras situaciones de violencia. Recuperado de

No hay dolor pequeño. La respuesta del estado colombiano frente a los daños sufridos por la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto armado

<https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-003-4082.pdf>

Consejo Económico y Social de Las Naciones Unidas (2005) Resolución 2005/102. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

Corte Constitucional de Colombia (2008) Auto N° 251 de 2008.Sala Segunda de Revisión

Corte IDH, Caso Alobotoe y otros, Reparaciones, Serie C, No. 15, sentencia del 10 de septiembre de 1993, párr. 43. Recuperad http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf de

Comite Internacional De La Cruz Roja Cicr (2011).

Corte Constitucional Auto de seguimiento 251 de 2008, sentencia T-025 de 2004 (2008).

Corte Constitucional Sentencia T 045/10 De (2009).

Corporación AVRE. (2006). Aspectos psicosociales de la reparación integral. Recuperado de: <http://www.corporacionavre.org/files/pdf/psicosocial.pdf>

Decreto 1400 De 2011 (Art 164)

Escobar & Bonilla. (Sf). Grupos focales: una guía conceptual y metodológica. Recuperado de http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_hispanoamericanos_psicologia/volumen9_numero1/articulo_5.pdf

Hewitt. N, Gantiva. C, Vera. A, Cuervo. M & Hernández. N. (2014). Afectaciones psicológicas de niños y adolescentes expuestos al conflicto armado en una zona rural de Colombia. *Acta.colomb.psicol.* 17 (1): 79-89. doi: 10.14718/ACP.2014.17.1.9

Jaimes, M. (2013). El Derecho a la Reparación Individual de niñas niños y adolescentes. ¿Una utopía? Propuesta de investigación elaborada en la Corporación Universitaria del Caribe CECAR

Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Junio 10 de 2011. DO: 48096. (Colombia)

- Ministerio de Protección Social. (2009). Enfoque psicosocial en la atención a la población desplazada, confinada o en riesgo. Guía práctica para Alcaldes y Alcaldesas.
- Observatorio de Construcción de paz. (2012). Identidades, enfoque diferencial y construcción de paz. Recuperado de http://www.utadeo.edu.co/files/collections/documents/field_attached_file/serie3_1.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2012). Pautas para mejorar el bienestar psicosocial de las poblaciones migrantes y en situación vulnerable. Recuperado de http://www.plataformadeaprendizaje.iom.int/public/documentos/pautas_bienestar_psicosocial.pdf
- Puentes.J. (2012). La Incidencia del Programa de Atención Especializada a Niños, Niñas y Adolescentes. Facultad latinoamericana de ciencias sociales. México.
- Sánchez, A (2002). Psicología social aplicada. Recuperado de <http://books.google.com.co/books?id=W5327F1mSHAC&pg=PA9&dq=enfoque+psicosocial&hl=es-419&sa=X&ei=vTwCVK71LYWMYATUiIDACw&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=enfoque%20psicosocial&f=false>
- Toro, D. (2011). Acompañamiento psicosocial a niños y niñas víctimas del conflicto armado en Colombia: un escenario para la acción sin daño. Recuperado de http://bivipas.info/bitstream/10720/570/1/TT-134-Toro_Diana-2011-439.pdf
- Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (S.F) Enfoque Psicosocial: Directrices del enfoque psicosocial orientadas a los planes, acciones y programas de Atención, Asistencia y Reparación a Víctimas. Recuperado de www.valledelcauca.gov.co/salud/descargar.php?id=14061
- Unicef (2013). Impacto del conflicto armado en el estado psicosocial de niños, niñas y adolescente. Recuperado de www.unicef.com.co/.../resumenejecutivo_investigacionestado_psicosocial
- Villalba. C. (2004). El concepto de resiliencia. Aplicaciones en la intervención social. Recuperado de: <http://www.addima.org/Documentos/Articulos/Articulo%20Cristina%20Villalba%20Quesada.pdf>

No hay dolor pequeño. La respuesta del estado colombiano frente a los daños sufridos por la niñez y la adolescencia víctimas del conflicto armado

REFORMA 2011 EN MÉXICO, DERECHOS HUMANOS

Laura Patricia Chávez Flores¹

Resumen

En México, reflexionar acerca de los Derechos Humanos, antes de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos en el año 2011, resultaba un tema vinculado, para muchos, algo solo como un tema de torturas e incomunicaciones, una ilusión con respecto a que estos podrían ser respetados, para aquellos grupos vulnerables y sobre todo era imposible que la autoridad, pudiera ser vigilante activa, de una probable violación a los mismos, resultando ser como le llamamos los mexicanos un sueño guajiro, que algún día pudiéramos alcanzar la protección en el ámbito internacional. Es por esta razón que el artículo desarrolla los factores que llevaron a el país mexicano a La reforma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, anunciaba la modificación a diversos y diferentes artículos de la Carta Magna, con diferentes directrices de acuerdo a las necesidades apremiantes de cada individuo, contemplándose como una garantía y goce de los Derechos Humanos, interpretados de conformidad con los tratados internacionales, mediante un control de convencionalidad, vinculándolos en aspectos de impartición y procuración de Justicia, área educativa, la obligatoriedad de los Servidores Públicos de dar la protección y reparación de violaciones a los derechos humanos bajo los principios de: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de estos, y así mismo la facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos con facultades de Investigación, que antes esta facultad pertenecía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Palabras clave: Derechos humanos, Protección, Investigación.

¹ Maestra en Derecho Orientación Penal de la Universidad de Guadalajara, Centro Universitario del Sur. Agente de Investigaciones en la Fiscalía del Estado de Jalisco, en el área de Homicidios Intencionales. Docente Investigadora del Centro Universitario del Sur, Guadalajara, México. Email: lpatychavez@gmail.com

Abstract

In México, reflecting on human rights before the reform of the Political Constitution of the United States in 2011 was a linked issue, for many, something only as an issue of torture and incommunications, an illusion that these could be respected, for those vulnerable groups and above all it was impossible for the authority, could be active vigilant, a probable violation of them, resulting in what we Mexicans call a dream guajiro, that one day we could achieve protection in the international arena. The reform that was published in the Official Gazette of the Federation, announced the modification to diverse and different articles of the Magna Carta, with different guidelines according to the pressing needs of each individual, being contemplated as a guarantee and enjoyment of Human Rights, interpreted in accordance with international treaties, through a conventionality control, linking them in aspects of imparting and procuration of Justice, educational área, the obligation of Public Servants to give protection and reparation of human rights violations under the principles of: The National Human Rights Commission with powers of investigation, which previously belonged to the Supreme Court of Justice of the Nation.

Keywords: Human rights, Protection, Research.

Introducción

Es indudable que esta reforma en el tema de Derechos humanos, ha sido una evolución jurídica, y un despertar de carácter internacional, relativas a la tutela de los Derechos Humanos en el ámbito interno, teniendo desde luego una influencia importante en las relaciones del ordenamiento con las de carácter internacional, como se ha mencionado con antelación, en relación a ese control de convencionalidad, donde instituciones como las Naciones Unidas, pero en especial en relación al sistema Interamericano de los Derechos Humanos, de forma particular con la Comisión y Corte Interamericana en esta materia, son garantes de la vigilancia de estos Derechos Humanos, ahora planetarios.

La reforma en Materia de Derechos Humanos 10 de junio 2011

Para hablar y poder entender, lo que dio origen a la referida reforma Constitucional, de los derechos humanos, donde fueron modificados diversos artículos de nuestra carta magna, es importante resaltar la universalidad de estos, y la trascendencia de aquel iusnaturalismo, siendo atribuible, a esos postulados, que referían que esos valores inherentes al ser humano eran adquiridos al nacer, y que la norma solamente se limitaría a consagrarlos mediante un Derecho Positivo.

La Constitución Mexicana de 1857, reconoce un decálogo amplio de los Derechos del Hombre, un término que quizá se asemeje más a los derechos humanos que los derechos fundamentales, y que estos a su vez presagiaban una nueva era de reconocimiento de los derechos inherentes al ser humano, sin embargo el termino garantías en el texto fundamental comulgo con las posturas iuspositivistas, al darle a los Derechos Constitucionales un carácter eminentemente jurídico positivo.

La Constitución vigente promulgada el 5 de Febrero de 1917, tomo un espíritu dogmático de su texto fundamental, de 1857, pero equipara el termino garantías individuales a derechos fundamentales, provocando confusiones terminologías entre constitucionalistas y derechos humanos, inherentes al ser humano por el simple hecho de existir y reconocidos en

los instrumentos internacionales, se dieran en el estricto plano internacional sin fuerza coactiva por mucho tiempo.

El 10 de Junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, durante el sexenio del Presidente Felipe Calderón Hinojosa, el decreto por el que se modificó la denominación del capítulo I del título primero, y se reformaron diversos artículos del texto, fundamental mexicano, estas reformas y modificaciones exponen el reconocimiento de la progresividad de los Derechos Humanos, mediante la expresión clara del principio *pro persona*, “con el cual se pretende favorecer y brindar la protección más estricta a todas las personas” (Coello & Hernández, 2013, p.198.)

En la referida fecha de la publicación de la reforma, el Estado Mexicano había cumplido 12 años de haber aceptado una la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a su vez habían firmado y ratificado la mayor parte de tratados de derechos humanos, tanto en el sistema Interamericano de derechos humanos como del sistema universal de la Organización de las Naciones Unidas, en ese entonces en la Corte ya se habían ventilado los primeros 6 seis casos contenciosos, en los que el Estado mexicano, había sido declarado responsable internacionalmente de violaciones a Derechos Humanos.

Por lo que ante lo que estaba sucediendo en el sistema interamericano, en el estado mexicano, se llevaban procesos de apertura y de debate acerca de la necesidad de incorporar a la Constitución, los Derecho Humanos contenidos en los tratados internacionales, destacando la participación de académicos e instituciones de renombre.

En este sentido y siendo un país castrense, constantemente existieron y aún existen, violaciones de derechos Humanos, y desde luego la desaparición forzada, por ello la reforma constitucional considero, darle ciertas atribuciones a la Comisión de Derechos Humanos, teniendo las atribuciones de admitir reclamaciones de víctimas de violaciones de derechos Humanos, por parte de sus gobiernos, dado a que nuestro país como Estado miembro, ha permitido que la Comisión irrumpa y sea testigo del sin fin de violaciones que tras emitir, recomendaciones que terminan en indemnizaciones, que obviamente cuestan al Estado.

En los años 1971 – 1974, de la denominada *guerra sucia*, era inimaginable contar, con un pluralismo político, época caracterizada por la

desaparición forzada, de un sin número de normalistas indígenas, y demás líderes estudiantiles en el Estado de Guerrero, que simplemente no estaban de acuerdo, con el manejo de la política y la educación en México, tal es el caso del señor Lucio Cabañas campesino, líder y profesor, quien pugnaba por que los niños no usaran uniformes escolares, sino tenían con que pagarlos, puesto que los pantalones no iba a ir a aprender, un ciudadano con ideales de libertad y de Justicia que fue perseguido por un Gobierno, por no comulgar con el mismo.

Durante el periodo del presidente Lázaro Cárdenas, ocurre detención y desaparición forzada el 25 de Agosto de 1974, del Señor Rosendo Radilla, ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *caso de Radilla Pacheco vs México*, donde su desaparición fue a raíz, de la persecución de Lucio Cabañas, que el señor Radilla, también estaba inmerso en la vida política activa dentro del Municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero, muchos de esa localidad fueron torturados para que informaran el paradero del maestro normalista Cabañas.

La detención y posterior desaparición forzada del señor Radilla Pacheco fue denunciada públicamente por la familia en el momento de sucedidos los hechos y posteriormente fue denunciada legalmente ante las instancias de procuración de justicia nacionales. Fue parte de la investigación realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos la cual concluyó en un Informe especial publicado en el año 2001, ante la falta de respuesta por parte del Gobierno Mexicano en este mismo año fue presentado el caso ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, admitiéndose en el año 2004, después de diversas sesiones, y emitiendo diversas recomendaciones al Estado Mexicano en el año 2008.

Finalmente, el 6 de julio de 2009, se llevó a cabo la Audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 23 de noviembre de 2009 la Corte, emitió la sentencia sobre el caso, condenando al Estado mexicano por graves violaciones a los Derechos Humanos, actualmente los peticionarios del caso se encuentran en el período de cumplimiento de la sentencia referida.

Por otra parte, a raíz del caso Radilla se han originado varios cambios estructurales que fueron ordenados en la misma sentencia de la Corte IDH. En la misma resolución de julio de 2011, la Suprema Corte estableció que

los jueces militares no eran competentes para juzgar a militares acusados de violar derechos humanos, ordenando que dichos casos sean turnados a la justicia ordinaria federal.

En otra resolución de noviembre de 2011, la Suprema Corte estableció por primera vez la inaplicabilidad de la reserva de averiguaciones previas en casos de violaciones graves a derechos humanos, en cumplimiento a lo establecido en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, Por ello, la averiguación previa del caso Radilla es información pública a la que toda persona tiene derecho a tener acceso, dando parte aguas aun tema de actualidad como es la Transparencia a la que todos tenemos derecho como Ciudadanos.

El caso Radilla también resulta paradigmático en el derecho mexicano por establecer la obligación de adoptar estándares de derecho internacional en relación a la investigación y sanción de la desaparición forzada, Aunque la reforma respectiva en relación a dicho delito está también pendiente en el Congreso Federal, es de esperarse que las autoridades tomen en cuenta los criterios establecidos en la sentencia del caso Radilla para enjuiciar a los responsables de desaparición forzada, tema pendiente aún para nuestros Legisladores.

Así mismo y no menos importante resulta resaltar que como consecuencia de largas e intrincadas discusiones en el Gobierno Mexicano, a propósito de la sentencia del caso de Rosendo Radilla, y teniendo como marco la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia, reconoció la obligación de los jueces mexicanos de realizar este control de convencionalidad, además de realizar algunas precisiones importantes:

Señaló la integración del parámetro de análisis del control de convencionalidad, mismo que se integra con:

1. Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
2. Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

3. Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte. (Rangel, 2011).

El año pasado, el 17 de Noviembre del 2017, en San José de Costa Rica, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México reconoce su responsabilidad en el caso de que 11 mujeres fueron violadas y ultrajadas por policías en San Salvador Atenco en el año 2006, en el caso, Mujeres de Atenco vs México, esto desde luego, es un tema trascendental, vinculante de un país, que después de una reforma en el tema, sigue siendo condenado por una instancia de carácter internacional, y que decir del tema de actualidad caso de los 43 desaparecidos, donde la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, eligió 5 especialistas para investigar las cuestiones de investigación de las autoridades responsables, el último informe data del 04 de Mayo del 2018.

La interpretación de la ley suprema, claramente el hablar de los Derechos Humanos, (párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución), se aplicara en todo momento el principio *pro persona*, el cual se refiere a que en todo momento, que se apliquen las normas nacionales e internacionales, se aplicaran las más favorables a los derechos de las personas de acuerdo a cada caso concreto.

El nuevo texto constitucional, demanda la necesidad, de que el Congreso de la Unión, expida leyes reglamentarias para establecer los procedimientos necesarios para la reparación de los derechos Humanos por las autoridades nacionales, es decir de forma interna, acortando el tiempo para que la Justicia llegue, Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado:

Los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de Derechos Humanos, aceptadas por los entes públicos federales y por el Estado Mexicano en su caso, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones así como las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Comisión

Interamericana su caso, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones. (Legislativa, 2009)

México, y la interacción con la corte interamericana de derechos humanos.

Comenzaremos por destacar algunas aproximaciones de México en el sistema interamericano, que han sido a través de notables juristas mexicanos que formaron parte de la comisión, como lo fueron Gabino Fraga y César Sepúlveda, y recientemente José de Jesús Orozco Henríquez, e igualmente en la corte, Héctor Fix-Zamudio, así como Sergio García Ramírez, ambos se desempeñaron como juez y presidente de la misma, en su momento.

México tiene su primera aparición, en la Conferencia celebrada en Bogotá, Colombia, el 02 de Mayo de 1948, donde el tema vital y de importancia eran los Derechos Humanos, dicha reunión fue denominada, “Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre”, firmando en este acto la existencia y funcionamiento de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, establecida bajo criterios de modelos europeos.

México, ratifica la firma con la C americana el 24 de marzo de 1981, pero admite la competencia contenciosa de la corte hasta el 16 de diciembre de 1998. La experiencia de nuestro país ante la corte interamericana, afortunadamente, no ha sido muy amplia, pero va en aumento. Existen varios expedientes relativos a medidas provisionales, y se han pronunciado a solicitud de nuestro país dos importantes opiniones consultivas, relativas al derecho de información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, y a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, esto en adición a las sentencias condenatorias a que nos referiremos más adelante.

La Quinta reunión de consultado ministros de relaciones exteriores, se llevó a cabo en Santiago de Chile en 1959, iniciando su funcionamiento hasta el año de 1960, integrándose, por 7 miembros electos a título personal por la Asamblea General de la OEA (Organización de Estados Americanos), las características de los Estados miembros eran alta autoridad moral, y reconocida vocación en materia de Derechos humanos, actualmente la sede está en Washington D.C

México, ha tenido participaciones importantes en la participación destacada en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica los días 7-22 de Noviembre de 1969, en la que estuvo dignamente representada por la delegación encabezada por el doctor Antonio Martínez Báez, muy destacado catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, analizando que desde tiempos remotos, los estudiosos del Derecho, quizá no esperaron una reforma en este sentido.

La relación de México, con y el Sistema Interamericano se produjo de una manera formal en 1986, ya que a proposición del Gobierno de nuestro país, auspiciado por el distinguido secretario de Relaciones Exteriores el destacado jurista mexicano Fernando Sepúlveda quien fungió como Juez, dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobada por la mayoría de los representantes de los Estados Miembros, así mismo el Jurista Fix Zamudio fue designado como Juez de la Corte Penal Interamericana de Derechos Humanos, cargo que desempeñó por un periodo de doce años, debido a una reelección en un segundo término en 1999, sustituido por Sergio García Ramírez propuesto por el Gobierno Mexicano y aprobado por los Estados Miembros de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El 07 de Junio del año 2011, mediante la Secretaria de Gobernación, firmando tal considerando Jose Francisco Blake Mora, (2011) manifestó:

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo órgano jurisdiccional en materia de derechos humanos en la región, Es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados regionales concernientes al tema, México ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998. Desde esta última fecha, los fallos de ese Tribunal Internacional son jurídicamente vinculantes para el Estado Mexicano.

La vinculación del Gobierno Mexicano, con el sistema Interamericano, en relación a la representación de mexicanos en este Tribunal Internacional,

culminó en el año 1998, cuando se reconoció expresamente la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (García, S, 2011).

La Corte Interamericana ha dictado seis sentencias condenatorias para el Estado Mexicano, a) Caso Jorge Castañeda Gutman, sentencia del 6 de Agosto de 2008, b) Caso González y otras (Campos Algodonero), resuelto el 16 de Noviembre de 2009, c) Caso Radilla Pacheco, sentencia 23 de Noviembre del 2009, d) Cabrera García y Montiel Flores, el 26 de noviembre de 2010, e) el caso Rosendo Cantú y otra fallo, del 31 de Agosto 2010, resultando este último en espera de la indemnización a las víctimas.

La reforma ha producido efectos jurídicos en aspectos de carácter internacional, que van más allá de los que afecten al sistema interamericano de Derechos Humanos, ya que el Estado mexicano, se ha vinculado por medio de diferentes tratados con diversas instituciones de solución de conflictos, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas, además de las interamericanas, y si bien el Gobierno de nuestro país ha cumplido con algunas de las obligaciones con dichos organismos, en lo futuro debe regular de manera sistemática sus actividades para ajustarse a las nuevas disposiciones fundamentales internas, como lo mencionaba con antelación, maneras coercitivas de sanción.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal Constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso, así mismo no puede emitir ningún pronunciamiento con respecto a la validez de la misma, ya que dichas sentencias para el Estado Mexicano resultan ser cosa Juzgada, dado a la aceptación a sujetarse ante la Jurisdicción de la Corte, solo deberá cumplir con la sanción impuesta.

Las resoluciones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referidas son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio, son orientadores para todas las decisiones de los jueces

mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona bajo el principio *pro persona*, de conformidad con el artículo 1o. constitucional, y atendiendo a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger de acuerdo al *principio pro hominie*.

La finalidad de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, fue la de seguir la tendencia internacional de que los Estados busquen las condiciones propicias para la ampliación de los derechos humanos, que las autoridades generen la responsabilidad de que dentro de ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

La influencia de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también puede tener una recepción inadecuada en el orden jurídico interno, pues criterios como los que ahora se analizan, enarbolan sentencias dictadas por ese Tribunal Constitucional, con el pretexto de que al haberlo sustentado un órgano de esa naturaleza, ello tiene una fuerza definitiva en el régimen interno, lo que desde luego no puede ser así, porque sería tanto como desconocer que cada nación de acuerdo a su circunstancia social, económica, cultural e incluso ideológica, guarda particularidades frente a las otras.

La reforma en materia de Derechos Humanos, implicó que una reestructuración de un sistema en el cual constantemente se violaban Derechos Humanos, a diestra y siniestra, donde ante la existencia de una Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, como órgano de vigilancia y de protección, pero más no de acción, nos hace estar aun en el ojo del huracán con las múltiples desapariciones forzadas, las torturas por parte policías, y las diversas violaciones a los Derechos Humanos cada a día parece estar en declive, por ello ha resultado larga la espera, para que un caso llegue a conocimiento de la corte, pero efectivo en el tema de sanción pecuniaria, en caso de encontrarse responsable al Estado mexicano, que al final es en quien recae la inoperancia de las Instituciones.

Sin duda alguna, esta reforma ha logrado las fibras más sensibles de quienes integran nuestra honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación,

en máximo Órgano, nuestro Tribunal Constitucional, donde los señores ministros en sus ponencias, retoman en cada uno de los puntos la importancia de los Derechos Humanos.

El pasado 28 de Junio del 2018, el señor ministro Luis María Aguilar Morales, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura federal, emitió un discurso en la clausura de una Maestría en Derechos Humanos, dirigido a los Servidores públicos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió un discurso elocuente en tema de los derechos humanos, que es importante citar:

Estamos frente a una amenaza existencial para los derechos humanos y un peligro real para la humanidad. Por ello, tal como he sostenido en distintos foros, no puede haber, por ningún motivo y bajo ninguna circunstancia, marcha atrás en la protección de los derechos humanos. Tan es así, que la Suprema Corte, nuestro Tribunal Constitucional, ha reiterado que el principio de progresividad —previsto en el artículo 1º constitucional, y en diversos tratados—, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. (Aguilar, 2018)

Conclusiones

Las reformas en materia constitucional, y de forma muy especial la denominada como la reforma de los Derechos Humanos realizada en el año 2011, es la reforma de transformación que vincula a México, con un tema universal, en el plano de Justicia Internacional, dado al poder de atracción otorgada a Tribunales de Justicia Internacional, siendo un país de tratados y convenios, de apertura, que se sujeta a parámetros internacionales y atiende a sus recomendaciones, puntualizando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, y otros organismos tutelan en todo momento los Derechos Humanos, ahora respetados y reconocidos por el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este momento debemos analizar, que tenemos la oportunidad como ciudadanos y profesionales, hacer valer el acceso y respeto a los Derechos Humanos, por aquellos grupos vulnerables, que aun no tienen un acceso a la Justicia, y que como conocedores de la reforma, debemos promocionarla, como lo mencione con antelación, hoy, nuestro máximo órgano de Justicia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hoy en día emite criterios basados en el principio *pro persona*, respeto irrestricto a los derechos fundamentales de la persona.

Las reformas constitucionales en todo momento deben ir encaminadas a favorecer a cada uno de los ciudadanos que habitan nuestro territorio nacional, la evolución de una norma, nace cuando se analiza, se critica y se entiende, sobre todo se exige con los parámetros permitidos, siempre deberá prevalecer el bien común y la paz social en un Estado, nuestra constitución, data de muchos años de creación, pero las necesidades de la Nación, han dado paso a las reformas y así seguirá mutando por que el mundo, cambia minuto a minuto, y los que se encuentren en la tarea de emitir la norma deberán estar atentos a los cambios socio culturales. "En un mundo globalizado, quizá el respeto a los derechos Humanos podría ser la formula de una paz social".

Referencia

- Rangel Hernández, Laura. (2011). *Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional*. *Revista IUS*, 5(28), 160-186. Recuperado en 31 de julio de 2018, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200008&lng=es&tlng=es.
- García, Ramírez, Sergio, México (2011), *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Recuperado en 31 de Julio de 2018, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2607/4.pdf>.
- Fix- Zamudio, Hector, México (2011), *Reformas Constitucionales Mexicanas de junio 2011*, Recuperado en 31 de Julio de 2018, www.juridicas.unam.mx.
- Fix- Zamudio, Héctor, (2011). *México y la Corte Penal Interamericana de Derechos Humanos, en México Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, Sergio García Ramírez México (2011), "Administración

de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Conferencia especializada sobre Derechos Humanos. Actas y documentos, Washington D.C. Secretaría General – Organización de los Estados Americanos, reimpresión 1978. Conferencia en la que pronunció un discurso Gabino Fraga, entonces presidente de la Comisión Interamericana.

Aguilar Morales Luis, (2018), *Ceremonia de Final de Cursos de la Maestría en Derechos Humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado 01 de agosto de 2018,

www.scjn.gob.mx/sites/default/files/discurso_ministro_documento/2018-06/28JUN18-

Legislativa

Ley federal de responsabilidad patrimonial del estado cámara de diputados del H. Congreso de la unión. Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Última Reforma DOF 12-06-2009 2 de 10 de Derechos Humanos, aceptadas por los entes públicos federales y por el Estado Mexicano en su caso, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones.”

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ESTUDIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD Y EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN MÉXICO

José Roberto Espinoza Villegas¹

Resumen

En los últimos años la violencia ha incrementado considerablemente a nivel nacional, del mismo modo que la impunidad del castigo del delito; así lo revela el Índice de Paz en México 2017 que reporta que el nivel de paz tuvo un deterioro de 4 por ciento en 2016, (Aristegui, 2016). Particularmente en los municipios (en lo local) se vive una ola de violencia que se ha ido “naturalizando” y que va en aumento, donde la seguridad pública no es un derecho tangible. Lo anterior se reitera de acuerdo a lo que señala la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Seguridad Pública (ENVIPE) en donde el 73.2% de la población a nivel nacional posee una percepción de la inseguridad, a su vez Jalisco no es la excepción pues casi el 70% de su población se siente inseguro, (INEGI, 2015). Ello cobra relevancia pues de la existencia de un estudio de políticas públicas en materia de seguridad que determine cuáles son las bases para el desarrollo y planeación de políticas públicas en torno a la seguridad pública a pesar de los esbozos del Estado por garantizar un estado de derecho, que desde luego, defienda y promueva los derechos humanos, lo que incluye el derecho a la seguridad jurídica, a grandes rasgos se estima que por concepto de seguridad se destina 25 mil 130 pesos por cada mexicano, lo que en 2016 represento el 18 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB) (Aristegui, 2016).

Palabras clave: Delito, Seguridad pública, Planeación.

¹ Maestrante de Derecho con orientación en Derecho Constitucional de la Universidad de Guadalajara, Centro Universitario del Sur, CUSUR. Docente investigador del Centro Universitario del Sur. Email: BETIUSKY@hotmail.com

Abstract

Abstract In recent years violence has increased considerably at the national level, as has impunity for the punishment of crime; this is revealed by the Peace Index for Mexico 2017, which reports that the level of peace deteriorated by 4 percent in 2016 (Aristegui, 2016). Particularly in the municipalities (locally) there is a wave of violence that has been “naturalized” and is increasing, where public security is not a tangible right. This is reiterated according to the National Survey of Victimization and Perception of Public Security (ENVIPE) where 73.2% of the population at the national level has a perception of insecurity, in turn Jalisco is no exception because almost 70% of its population feels insecure, (INEGI, 2015). This becomes relevant because of the existence of a study of public policies on security that determines what are the bases for the development and planning of public policies around public security despite the outlines of the State to guarantee a rule of law, which of course, defends and promotes human rights, including the right to legal security, broadly it is estimated that the concept of security is 25,130 pesos per Mexican, which in 2016 represents 18 percent of Gross Domestic Product (GDP) (Aristegui, 2016).

Keywords: Crime, Public Safety, Planning.

Introducción

En el año 2017 de acuerdo al Presupuesto de egresos de la federación se destinó al Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal \$7,000,000,000.00 (PEF, 2017), por su parte el Estado de Jalisco en su Presupuesto de egresos donde señala que la Seguridad Pública es prioridad en el gasto público destino el 4.68% del total de su presupuesto (PEEJ, 2017). No obstante, a ello la incidencia delictiva a nivel nacional ha alcanzado de enero a agosto de 2017 los 160,144 presuntos delitos, lo que para el estado de Jalisco representa el 6.5% del total de incidencia delictiva, posicionándolo en el cuarto lugar a nivel Nacional, según cifras del Sistema Nacional de Seguridad Pública (Agosto, 2017).

Sin embargo, el aludido presupuesto de egresos federal y estatal no se ve reflejado en la seguridad de los habitantes, pues es claro que no se trata de una cuestión propiamente monetaria de presupuesto, si no que se involucran a las políticas públicas en materia de seguridad cuya finalidad es garantizar la protección de la ciudadanía.

Así pues, se pretende determinar la responsabilidad del estado frente esta constante violación a la seguridad jurídica y puntualizar los problemas dentro del municipio (en lo local) que propician esta situación y puntualizar las posibles mejoras, partiendo del análisis de lo que son las políticas públicas en materia de seguridad, porque y para que se implementan, y principalmente dando cuenta de las bases para la planeación, desarrollo e implementación de las políticas públicas, dicho de otro modo es dar cuenta de la inseguridad pública en el ámbito local.

Inseguridad Pública en México

Desde esta perspectiva se analiza la situación actual sobre la inseguridad pública en México y su incidencia en el tercer nivel de gobierno, partiendo del análisis del estudio en la implementación de las políticas públicas en materia de seguridad, y la importancia que juega un estudio previo que determine las causas que propician la inseguridad pública dentro del municipio para así atacarlas de raíz y combatir la problemática desde su origen. Es decir, como se concibe la violación constitucional al derecho

humano a la seguridad jurídica dentro del municipio según el estudio de las políticas públicas en materia de seguridad.

En este sentido, es que resultara necesario plantear algunos parámetros que sirvan de ejes conceptuales que ayuden a dirigir la lectura del presente artículo, para manejar a una misma mira de lo que es el objeto de estudio, por ello es importante acotar que se entiende por Derecho a la seguridad jurídica como derecho humano y siguiendo a Gregorio Peces-Barba (2003), dice que:

En su dimensión de justicia formal, la función de seguridad jurídica ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico. (p.8)

Pero sin olvidar la nueva conceptualización después de la reforma Constitucional de 2011, tal y como cita Burgoa (2011) en su libro “Las Garantías Individuales”. -

Los derechos de seguridad jurídica se entienden como el contenido de varios derechos humanos consagrados en la Ley fundamental (14 al 23 y 29 constitucional). Estos derechos son subjetivos individuales del gobernado opuesto y exigible al Estado. Los derechos de la seguridad jurídica pasan por el conjunto de elementos jurídicos (requisitos, condiciones y elementos) que debe acatar cualquier acto del Estado y sus órganos para legitimar la afectación de los derechos subjetivos del gobernado. (Cfr. Burgoa, I. 2011).

De este modo ambos criterios me permiten crear un concepto de lo que es el derecho humano a la seguridad jurídica delimitado al objeto de estudio que son las políticas públicas en materia de seguridad, pues para ello siguiendo esta luz deberá entenderse que los derechos de seguridad jurídica concurren en el orden jurídico y la función gubernamental real puesto que es inherente al principio de legalidad.

Ahora bien nos centraremos en como el estudio ante la implementación de políticas públicas en materia de seguridad repercute en la inseguridad pública que se vive, esto es, como los estudios antes de aplicar o formular

una política pública influyen en la inseguridad pública, por lo que es importante determinar que es son las políticas públicas, para ello me remitiré a la aproximación que hace Boneti (2017) que señala:

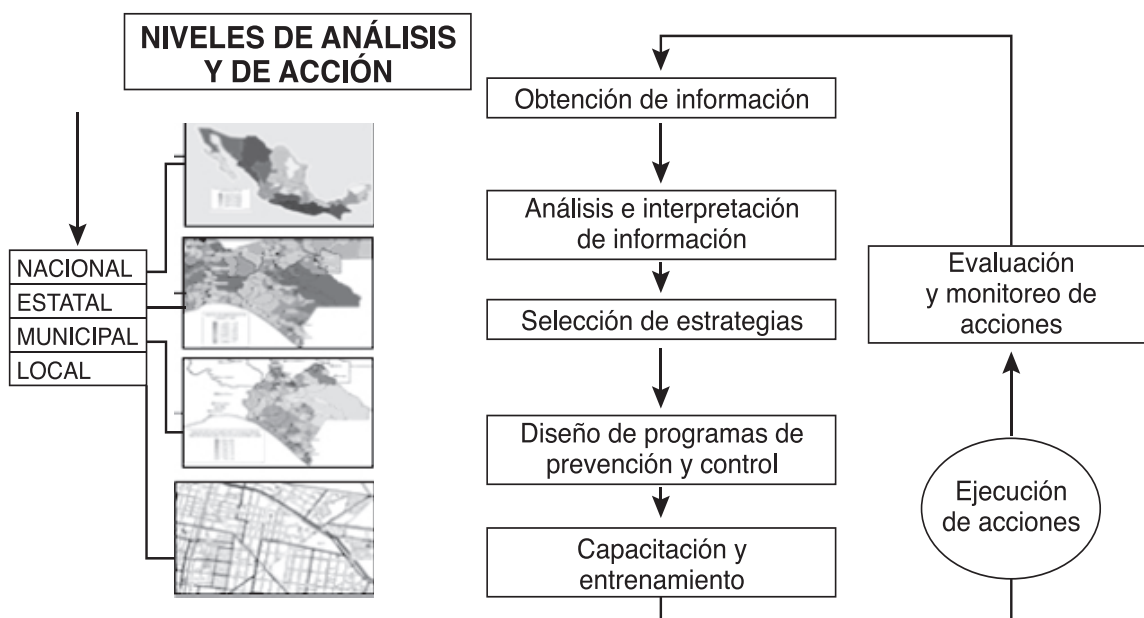
Es posible comprender como políticas públicas las acciones que nacen del contexto social, pero que pasan por la esfera estatal como una decisión de intervención pública en una realidad social, ya sea para hacer inversiones o para una mera regulación administrativa. Se entiende por políticas públicas el resultado de la dinámica del juego de fuerzas que se establece en el ámbito de las relaciones de poder, relaciones esas constituidas por los grupos económicos y políticos, clases sociales y demás organizaciones de la sociedad civil. Tales relaciones determinan un conjunto de acciones atribuidas a la institución estatal, que provocan la dirección (y/o la redirección) de los rumbos de acciones de intervención administrativa del Estado en la realidad social e/o de inversiones. (p.13).

En términos prácticos entenderemos a las políticas públicas como proyectos que el Estado elabora y gestiona (recursos patrimoniales, económicos y personales, etc.) a través del gobierno y de la administración pública con la finalidad de atender a las diversas necesidades de la población. Ahora, cuando hablo sobre políticas públicas en materia de seguridad me refiero a esta misma conceptualización de lo que son las políticas públicas, pero en caminadas a la seguridad pública, y en este sentido abordare lo comprende la seguridad pública.

La seguridad pública es, como explica Sergio García Ramírez (2002), “una cualidad de los espacios públicos y privados, que se caracteriza por la inexistencia de amenazas que socaven o supriman los bienes y derechos de las personas y en la que existen condiciones propicias para la convivencia pacífica y el desarrollo individual y colectivo de la sociedad”. (p. 81).

En este entendido es ver si desde la federación se visualiza como problemática atender a un estudio que permita contrarrestar la inseguridad pública dentro del tercer nivel de gobierno. Hacer la comparativa de estos esquemas de nivel nacional con la municipal con el objeto de identificar como se implementan las políticas públicas y como se realiza su estudio ante su implementación.

Por el momento se ha considerado a Mario Arrollo Chávez (2007) para realizar un análisis descriptivo, quien ha desarrollado un tema sobre el “Diseño, Aplicación y evaluación de políticas de seguridad”. Así pues, de las consideraciones conceptuales se tiene que la concepción de inseguridad y políticas públicas no resultan escindibles por tanto es importante conocer como influyen los estudios ante la implementación de políticas públicas en materia de seguridad atravesando originalmente por el razonamiento fenomenológico de Mario Arrollo Chávez (2007). Cuestionando los fundamentos medulares del pensamiento cartesiano, Mario Arrollo Chávez quien “insiste en no copiar modelos de seguridad, dar soluciones locales a problemas locales y retoma la sugerencia que para atacar este problema es necesario hacer investigación y desarrollarlos” (2007, p.46). En el marco de este trabajo, el estudio de Mario Arrollo (2007) sobre el “Diseño, Aplicación y evaluación de políticas de seguridad”, nos servirá para comprender la necesidad de hacer estudios específicos que atiendan a las necesidades locales para satisfacerlas, guiados por el Esquema para el diseño, implantación y evaluación de políticas en seguridad, que él mismo sugiere.



Gráfica 1. Esquema para el diseño, implantación y evaluación de políticas en seguridad. (Arellano, T. 2007, p. 50)

Fuente: Creación Propia de los autores.

Observar el presente esquema enfatizara sobre la importancia de hacer un estudio y con un adecuado seguimiento, partiendo de lo que es método inductivo y la aplicación de un análisis descriptivo en la intención de

dar una explicación al fenómeno de la inseguridad jurídica tomando como referencia desde el estudio de las políticas públicas en materia de seguridad.

La trascendencia e importancia de entrar a dicho estudio nace a raíz de que la inseguridad pública es un problema que surge en función de la seguridad pública y por su parte la seguridad pública indudablemente encierra una idea de “participación”, pues nuestro máximo ordenamiento la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21 contempla que los tres niveles de gobierno estén debidamente coordinados. De ahí la importancia de conocer cuáles son las necesidades en materia de inseguridad dentro del Municipio (conocer el entorno y necesidades locales) según los estudios de las políticas públicas en esta materia por parte del gobierno municipal, pues si el tercer nivel de gobierno que es el primer contacto con las condiciones de inseguridad pública no implementa óptimos estudios en las políticas públicas no tendrá control de la seguridad pública y mucho menos podrá lograr esa integración y cooperación que nos garantiza nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que en consecuencia se estaría violando este derecho a la seguridad pública que consta en lo siguiente.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución. **Artículo 21.**

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, [...]

Y dicho está de más que si el Gobierno municipal (local) es el primer contacto con la situación real social, es el primero que tiene que interactuar y conocer de antemano el contexto y las necesidades del surgimiento del fenómeno de inseguridad, para así implementar políticas públicas de acuerdo a las mismas que además prevea la necesidad de incorporar a las partes afectadas en procesos restaurativos (agresor, víctimas, comunidad) con la intención de reparar el daño causado y adicionalmente ir en busca de asumir la responsabilidad y lograr una reconciliación y armonización en la comunidad de tal forma que las políticas públicas en materia de seguridad ataquen el problema de raíz partiendo de un estudio y donde el municipio (comunidad) sea el ente más activo pues es quien resiente el daño en la vulneración a este derecho humano a la seguridad jurídica abordando además que será el estado quien propicia las bases y por ende el promotor de tal protección.

Por esto, es que la seguridad pública forma parte primordial de una sociedad y por ello la importancia de conocer la inseguridad pública según estudios de las políticas públicas en materia de seguridad. Pues de acuerdo a lo que señala el artículo 2o. de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, por seguridad pública se entiende la función a cargo de los tres niveles de gobierno que tiene como fin salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos entre otras cosas. Por su parte en el Estado de Jalisco existe legislación encaminada a “medios alternos y procesos restaurativos” la cual se conoce como Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco y en su artículo 3 fracción XV, nos da la definición de método alternativo que dice.

Método Alternativo: El Trámite Convencional y Voluntario, que permite prevenir conflictos o en su caso, lograr la solución de los mismos, sin necesidad de Intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para su cumplimiento forzoso;

Y es en este sentido que el Método Alternativo propicia preservar las libertades, el orden y la paz públicos, con la intención de buscar soluciones integrales pensadas desde la implementación de políticas públicas que necesitaran seguramente nutrirse de varias disciplinas e incorporando métodos alternativos.

Por lo que partiendo de este concepto, del precepto constitucional y de la ley general relativa a la materia la inseguridad pública es una violación constitucional a lo que es el derecho humano a la seguridad jurídica, pues salvaguardar los derechos de las personas incluye el reconocimiento de todos los derechos humanos elevados a la categoría de constitucionales; Por estas razones la inseguridad pública se ha convertido cada vez más en un tema de relevancia, y nos guste o no es una realidad que tenemos que enfrentar, ocultar un problema no lo va a desaparecer y mucho menos lo va a solucionar, de ahí su importancia y que tomemos cartas en el presente tema, día a día escuchamos noticias y problemas sociales encaminados a nuestra seguridad jurídica donde de forma inconsciente estas circunstancias las hemos ido “naturalizando”, pues al resultar tan común los problemas de inseguridad dentro de un núcleo social la noticia se vuelve poco impactante, al efecto Hernández y Finol señalan que esto se debe a que:

“en todo proceso social, la violencia mediatizada y la construcción de una imagen de la muerte adquieren en las audiencias un sentido y desde los lenguajes de los medios se impulsa su naturalización”. (2011, pp. 89-108).

Así pues, es determinante tomar acciones sobre la inseguridad pública que aqueje al municipio, que además constituye un derecho a la seguridad pública el cual deberá estar garantizado por el estado, ya que su inobservancia conlleva a puntualizar que no se está frente a un estado de derecho, lo que es por demás alarmante pues de acuerdo con el Sistema Nacional de Seguridad Pública, la Incidencia delictiva reportada en el año 2014 arrojó **1,622,747** posibles incidentes de delito (SEGOB, 2014). Mientras en lo que va del ejercicio pasado (octubre 2017) se ha reportado una incidencia delictiva de **1,352,304** (SEGOB, 2017), lo que auguro un incremento al cierre del año considerando que la incidencia aumente de forma proporcional en razón de los meses, esto cobra importancia pues en los últimos años las estrategias en materia de seguridad han sido eje transversal de políticas públicas para combatirlo y los resultados no son nada alentadores como se podría esperar, ello resalta la importancia de analizar el estudio de las políticas públicas en materia de seguridad e incluir en ellas los medios alternos y procesos restaurativos.

Sin embargo pese a estos indicadores el “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, particularmente en el eje rector “México en Paz”, La Política

Pública de Seguridad y Procuración de Justicia del gobierno del Presidente Enrique Peña Nieto tiene como propósitos fundamentales la reducción de la violencia; el combate a los delitos” (**Presidencia de la Republica, 2013-2018**), por lo que es claro las políticas públicas de seguridad y procuración de justicia a nivel nacional no están rindiendo los frutos esperados y ello repercute también en el tercer nivel de gobierno pues en materia de seguridad inmiscuye la integración de los tres niveles de gobierno como ya se ha dicho al inicio, por lo que resulta importante detenerse a observar la inseguridad pública dando cuenta de las bases para el desarrollo y planeación de políticas públicas de seguridad dentro del municipio.

En otras palabras, la seguridad pública es un factor de atención que ha establecido procesos de política pública, que requiere como necesario establecer puntos de análisis de este complejo fenómeno que no precisa soluciones fáciles ni inmediatas, sino procesos de largo alcance que observen las diferentes aristas del problema. (Tapia, P.J, 2013, p. 103). Que además incluya al ente social local como promotor viéndolo como un interesado en la solución al fenómeno de inseguridad dado.

Y es en este sentido a lo que se pretende llegar, de ahí la importancia de encaminar esfuerzos por analizar y dar cuenta de las bases para el desarrollo y planeación de las políticas públicas en esta materia ante la situación de inseguridad que nos rodea y ver a colación los factores que la hacen dable, en que se está fallando ante las luchas agonizantes por cambiar la realidad, por lo que una vez analizadas las bases del desarrollo y planeación de políticas públicas de seguridad en “lo local” el municipio, se podrá dar la pauta a encaminar todas las acciones emprendidas hacia un camino de resultados efectivos, pero para ello es indispensable entrar al estudio de la planeación, desarrollo e implementación de las políticas públicas en materia de seguridad y no perder de vista acogerse a los beneficios que puede traer aparejados los procesos restaurativos así como los medios alternativos por ello la importancia de incluirlos en una sana y total responsabilidad.

De acuerdo con Ángel Gurria Secretario General de la OCDE, Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico, comparte algunas de las conclusiones y recomendaciones del informe de la OCDE, “México: Fortaleciendo las políticas públicas de Seguridad y Justicia Fundadas en la Evidencia”, de lo cual señala entre otras cosas lo siguiente “El mejoramiento de la seguridad y de la justicia en México son dos de los desafíos más grandes

y más urgentes que enfrenta el país” (OCDE, 2012). Y también señala que “Según la encuesta anual de Latino barómetro, el delito y la seguridad son los temas que más preocupan a los ciudadanos mexicanos; incluso más que otras cuestiones socioeconómicas acuciantes, como el desempleo o la pobreza.” (OCDE, 2012).

Acorde con lo anterior la Política Pública de Seguridad y Procuración de Justicia del actual gobierno federal, tiene como propósitos fundamentales la reducción de la violencia; según lo ha establecido en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, eje rector “México por la Paz”. (Presidencia de la Republica, 2013-2018). Es importante señalar que en el informe de la OCDE, también señala los avances dados en este tema los cuales son:

México ha creado también uno de los sistemas más modernos y completos del mundo para el estudio de la victimización y las percepciones acerca de la seguridad pública, la ENVIPE, y coordina los esfuerzos encaminados a normalizar las estadísticas sobre delitos en América Latina y el Caribe. Estos son logros de gran trascendencia. Sin embargo, todavía queda mucho por hacer. (OCDE, 2012).

Sin embargo para efectos del presente estudio una de las recomendaciones de mayor relevancia a portadas en el informe: “México: Fortaleciendo las políticas públicas de Seguridad y Justicia Fundadas en la Evidencia” de la OCDE, es la relativa a las políticas de seguridad y justicia que dice que “deben concebirse de manera horizontal – para abordar las múltiples causas de los delitos - , pero también de manera “local” – para ajustarlas a los rasgos específicos de cada estado y municipio” y su aplicación en la ejecución de las mismas”. Ya que como ellos mismos señalan que “la coordinación entre los distintos niveles de gobierno resulta clave, porque los estados y municipios ejercen amplios poderes en cuanto al funcionamiento de los cuerpos de policía y los tribunales de justicia”. (OCDE, 2012).

Lo anterior cobra mayor trascendencia pues el propio informe “pone de manifiesto que en México las actividades delictivas tienen un marcado carácter territorial”; Donde según su estudio “México es el Estado Miembro que tiene la tasa más alta de asesinatos, pero también es el país donde existe la máxima disparidad regional en estos crímenes”. Lo que significa que de un estado a otro la incidencia de un tipo de delito es totalmente abismal y

que dichas disparidades regionales se reflejan entre el vínculo del delito y variables diversas, lo que apuntala que se debe atender a estudios locales ante implementación de políticas públicas de seguridad.

Sin embargo, el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en el denominado eje rector “México en Paz” incluye 10 estrategias que orientan la política pública las cuales son:

1. Prevención del delito y reconstrucción del tejido social.
2. Justicia penal eficaz.
3. Profesionalización y fortalecimiento de los cuerpos de Policía.
4. Transformación del sistema penitenciario.
5. Promoción y articulación de la participación ciudadana.
6. Cooperación internacional.
7. Información que sirva al ciudadano.
8. Coordinación entre autoridades.
9. Regionalización.
10. Fortalecimiento de la inteligencia. (Presidencia de la República, 2013-2018)

Por lo que las mismas se encuentran centralizadas y pierden por un lado la armonía entre la obligación constitucional de la coordinación de los tres niveles de gobierno y las observaciones dadas en 2011 por la OCDE al respecto de este tema.

Y ahora bien partiendo de esta concepción resulta necesario hablar de estudios que hablen sobre la eficacia de las políticas públicas en materia de seguridad en México, y para ello es importante analizar el artículo en sociología de: de la Rosa Rodríguez y José Javier (2004, p. 250), en el cual plantean de “¿Quién elabora las políticas sociales en México?, lo que nos permite contextualizar como es que se abordan las políticas públicas cual es el enfoque se le da o se les puede dar, al respecto señalan que:

De manera que las definiciones de las políticas públicas oscilan entre las que las sitúan como producto de las decisiones de un actor central, ya sea el aparato de administración del Estado o

algún grupo dominante en la escena política, y las que proponen la interacción de diversos actores involucrados en los asuntos públicos.

Por lo que es importante al analizar las políticas y su estudio como es que son concebidas. Por su parte también se considerara las recomendaciones aportadas por “La Serie “Mejores Políticas” de la OCDE, el cual “provee un análisis de los principales desafíos que se enfrentan en países individuales, así como recomendaciones de políticas para atender los retos”; pues con base en la experiencia de la OCDE en la comparación entre países y la identificación de mejores prácticas, la serie “Mejores Políticas” adapta la asesoría de políticas públicas a las prioridades específicas del momento de cada país, enfocándose en la manera en que los gobiernos pueden llevar a cabo las reformas”. (OCDE, 2012)

Conviene al respecto abordar el “El Estudio de las Políticas Públicas” de Luis F. Aguilar Villanueva y Harold D. Laswell (1992), quienes plantean una concepción emergente de las ciencias de políticas, esto es partir de la ciencia de políticas al análisis de políticas, que facilitara la guía para dar con ese estudio en materia de políticas públicas que se pretende desarrollar con la presente investigación. Pues tenemos que materia de presupuesto la federación en México (PEF, 2017), se destinan únicamente **\$3,300,736.00**, bajo el concepto de “implementar las políticas, programas y acciones tendientes a garantizar la seguridad pública de la Nación y sus habitantes” – Ramo 04 Gobernación. Mientras que para la “Coordinación con las instancias que integran el Sistema Nacional de Seguridad Pública” se destinaron **\$395,143,341.00**, respecto de “Subsidios en materia de seguridad pública” se presupuestaron **\$5,000,000,000.00**, luego en el Ramo. 07 Defensa Nacional se destinó para el “Programa de Seguridad Pública de la Secretaría de la Defensa Nacional” **\$3,145,413,312.00**, y para el “Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal” en el ramo 33. Aportaciones Federales para Entidades Federativas y Municipios se presupuestaron **\$7,000,000,000.00**, lo que agrandes rasgos muestra que en materia de presupuesto la federación destina cantidades muy superiores para infraestructura, coordinación, subsidios y programas, más aún que para la implementación de políticas, pues escasamente lo destinado para la denominación de “implementar las políticas, programas y acciones tendientes a garantizar la seguridad pública

de la Nación y sus habitantes” apenas representa el 4.27% del total de recurso destinado en materia de seguridad, de acuerdo al Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2017. (PEFEF, 2017). Evidenciando que siendo las políticas públicas en materia de seguridad las que dirigen el rumbo en dicho tema poco se aborda al respecto.

Un referente muy próximo es el “Manual para la implementación de políticas con enfoque basado en derechos humanos: Guía Metodológica y estudios de caso” publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dirección General de Derechos Humanos- Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH, 2013), donde se demuestra en primer plano la Metodología para implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos, la cual parte de 3 consideraciones previas, así como las Etapas para la elaboración de políticas públicas con enfoque basado en derechos humanos (en adelante EBDH), basado en la definición del problema utilizando el EBDH, luego la utilización de dicha información y la proyección de resultados todo basado en el EBDH. Por otro lado, alude al estudio de casos para diseñar e implementar políticas con enfoque basado en derechos humanos, lo que permitirá hacer un marco de referencia en lo que se pretende hacer en materia de inseguridad, partir del estudio del problema para adecuar las políticas públicas y satisfacer las garantías que el propio estado mexicano otorga como son el respeto y de los derechos humanos. Por su parte el referido manual arriba a la conclusión sobre qué.

—

La importancia clave que tiene el papel de la sociedad civil al momento de diseñar intervenciones públicas con Enfoque Basado en Derechos Humanos”. Y que el objetivo del mismo fue propiciar el diseño de intervenciones públicas para impulsar el mejor manejo de los recursos del erario y también contribuir a crear mayor legitimidad en las instituciones del Estado y por ende en todo el sistema político y democrático. (CorteIDH, 2013).

William Guillermo Jiménez B (junio 2008) analiza el enfoque de políticas públicas y los estudios sobre gobierno, con la intención de dar algunas propuestas de encuentro. Y parte por identificar el tratamiento que al

interior de políticas públicas y la relación entre política pública, gobernanza y gobernabilidad desde ambos enfoques.

A manera de conclusión se puede denotar que en México las políticas públicas en Materia de Seguridad como medio de gobernanza incluyen en una de sus esferas la tan anhelada “Seguridad Humana” en ese ímpetu de nuestro país de alcanzar los máximos estándares de seguridad y garantizar los derechos humanos, sin embargo para lograr la efectividad del derecho humano a la seguridad jurídica, es necesario que en esa coordinación de los tres niveles de gobierno se permita al gobierno local la correcta aplicación tanto de recursos como la implementación de políticas públicas que atiendan y resuelvan las necesidades de su entorno, ya que la racionalidad de las decisiones gubernamentales sobre esta gobernanza es consecuencia y requiere de tres importantes elementos para su estructuración, los cuales son:

- La pertinencia de la investigación en función de la toma de decisiones.
- La conveniencia de la formación de recursos humanos en la investigación para la correcta toma de decisiones.
- La profesionalización de las personas que laboran en el sector gubernamental.

Pues haciendo un estudio deductivo considere lo anteriormente señalado y que analice entornos pequeños y particulares podrá dar cuenta de cómo se está en lo general, es decir a nivel federal, por lo que si se tienen estudios previos para la implementación de políticas públicas y se ejecutan de acuerdo a las necesidades locales, están obtendrán resultados más positivos que en efecto logren su propósito en consecuencia un Estado compuesto por territorios municipales en progreso y alcanzando objetivos significa una gobernanza en materia de seguridad funcional y que además da al gobernado la satisfacción de en efecto cubrir sus derechos humanos, y aunque la inseguridad es un problema multi-causal y las políticas públicas no garantizan el éxito, si dan la pauta que empleadas partiendo de un correcto estudio y aplicadas a las necesidades poblacionales, pueden al menos permitir medir la eficacia de las mismas, saber el avance o retroceso, así como denotar las nuevas necesidades y estar en coordinación como lo marca la propia Constitución Mexicana, sin perder de vista la complejidad

de brindar la certeza de este derecho humano, de ahí su trascendental importancia para su estudio y aplicación.

Referencias

- Aguilar V (1992). *El estudio de las Políticas Públicas*. Miguel Ángel Porrúa (Ed). Consultado en <http://www.inap.mx/portal/images/RAP/el%20estudio%20de%20las%20politicass%20publicas.pdf>
- Arellano, T. (2007). Diseño, Aplicación y evaluación de políticas de seguridad. Arrollo, M. (Ed), *Políticas públicas eficaces en el combate a la delincuencia* (pp. 39-51).
- Aristegui. (2016). *Aristegui Noticias*. Recuperado el 03 de septiembre de 2017, de <http://aristeguinoicias.com/0404/mexico/3-billnes-de-pesos-el-costo-de-la-inseguridad-en-mexico-en-2016-iep/>
- Boneti, L. (2017). *Políticas Públicas por dentro*. Buenos Aires: CLASCO. Recuperado el 18 de octubre de 2017, de: http://biblioteca.clasco.edu.ar/clasco/se/20171002015938/Politicass_publicas_por_dentro.pdf
- Burgoa, I. (2011). *Las garantías individuales* (41ª ed.). México: Porrúa.
- Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. México: IJ-UNAM. Consultado el 03 de abril de 2013 de <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1408>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF, 2017). Título Primero, Capítulo I De los derechos Humanos y sus garantías, artículo 21, México. Consultado el 26 de octubre de 2017 de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf
- CorteIDH, (2013). Ministerios de Justicia y de derechos humanos. *Manual para la implementación de políticas con enfoque basado en derechos humanos: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Dirección General de Derechos Humanos 2013 Lima, Perú Guía metodológica y estudio de casos*. Recuperado el 24 de octubre de 2017 de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32373.pdf>
- De la Rosa Rodríguez, J. (2004). ¿Quién elabora las políticas sociales en México? *Sociológica*, 19 (54), 249-257. Recuperado el 24 de octubre de 2017. de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305026633010>

- Fernandez, J. A. (s.f.). *Seguridad Publica en Mexico*. Recuperado el 04 de 09 de 2017, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/419/12.pdf>
- Garcia, S. (2002). “En torno a la seguridad pública. Desarrollo penal y evolución del delito”, en Pedro José Peñaloza y Mario A. Garza Salinas (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México*, Universidad Iberoamericana, UNAM, PGR, México, p. 81.
- Gobierno del Estado de Jalisco. (2017). *Presupuesto de Egresos del Estado de Jalisco*, (Versión Ciudadana). Recuperado el 10 de octubre de 2017, de: https://www.jalisco.gob.mx/sites/default/files/imco/12-presupuesto_ciudadano_2017.pdf
- Gobierno Municipal Zapotlán el Grande. (2015-2018). *Plan de Desarrollo Municipal*. Recuperado el 09 de octubre de 2017, de http://www.ciudadguzman.gob.mx/Documentos/Paginas/PDM%202015-2018_CIUADAD%20SEGURA.pdf
- Gobierno Municipal Zapotlán el Grande. (2017). *Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2017*. Recuperado el 10 de octubre de 2017, de http://www.ciudadguzman.gob.mx/Documentos/Paginas/PEF_2017.pdf
- Hernández, J., & Finol, J. (2011). La naturalización de la violencia: una microsociología mediática frente al déficit del discurso político. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 16 (55), 89-108. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/279/27921728006/>
- INEGI. (2015). Recuperado el 03 de septiembre de 2017, de <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/percepcion/>.
- INEGI. (2015). *Informacion por entidad*. Recuperado el 03 de septiembre de 2017, de http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/jal/territorio/div_municipi
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (DOF, 2017). Título primero “Disposiciones preliminares”, artículo 2°. Recuperado el 26 de octubre de 2017, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP_260617.pdf
- OCDE. (2012). Mejores políticas para una vida mejor. *Presentación del Estudio de la OCDE “México: Fortaleciendo las Políticas Públicas de Seguridad y Justicia fundadas en la evidencia”*. Recuperado el 25

- de octubre de 2016 de: <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/presentaciondelestudiodelaocdemexicofortaleciendo-laspoliticaspUBLICASdeseguridadyjusticiafundadasenlaevidencia.htm>
- OCDE. (2012). Mejoras políticas para un desarrollo incluyente. “*La Serie “Mejoras Políticas”*”. Recuperado el 24 de octubre de 2017 de: <https://www.oecd.org/mexico/Mexico%202012%20FINALES%20SEP%20eBook.pdf>
- Peces Barbar, G. (Diciembre, 2003) . “La Constitución y la Seguridad Jurídica”. *Claves de Razón Práctica*, Madrid, Núm. 138, (P. 8).
- Presidencia de la Republica. (2013-2018). Acciones y programas. Política Pública de Seguridad y Procuración de Justicia. Recuperado el 24 de octubre de 2017 de: <https://www.gob.mx/presidencia/acciones-y-programas/politica-publica-de-seguridad-y-procuracion-de-justicia>
- Presupuesto de egresos de la federación del ejercicio fiscal 2017 (DOF 2017). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2017.pdf
- Secretaria de Gobernación. (Octubre, 2014). Secretariado Ejecutivo. *Incidencia delictiva del fuero común 2014*. Recuperado el 24 de octubre de 2017 de: http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/estadisticas%20del%20fuero%20comun/Cieisp2014_092017.pdf
- Secretaria de Gobernación. (Octubre, 2017). Secretariado Ejecutivo. *Incidencia delictiva del fuero común 2017*. Recuperado el 24 de octubre de 2017 de: http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/estadisticas%20del%20fuero%20comun/Cieisp2017_092017.pdf
- Secretariado Ejecutivo. (Agosto 2017). Del sistema Nacional de Seguridad Pública. *Incidencia Delictiva Nacional*. Recuperado el 17 de octubre de 2017, de: <http://secretariadoejecutivo.gob.mx/incidencia-delictiva/incidencia-delictiva-actual.php>
- Tapia, P. J. (julio-agosto de 2013). La Inseguridad Pública: causas y sus consecuencias. *El Cotidiano*. Recuperado el 04 de 09 de 2017, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32528338007>

William G. (Junio 2008). El enfoque de políticas públicas y los estudios sobre gobierno. Propuestas de encuentro. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Recuperado el 25 de octubre de 2017 de: <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/041-junio-2008/jimenez>

REFLEXIONES SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y DIH EN COLOMBIA: UN BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE SU IMPLEMENTACIÓN DESDE 2001 – 2010

Luis Milciades Pérez González¹

Resumen

Este artículo tiene como objetivo ilustrar cómo ha sido el proceso de implementación de la política pública de prevención de violaciones de derechos humanos durante el periodo 2001 al 2010. Para llevar a cabo el análisis de la implementación de ésta política, se utilizó un enfoque integrado propuesto por Soren Winter (1990) a partir del estudio de cuatro elementos: el proceso de formulación de la política, el comportamiento organizacional e interorganizacional, el papel de los burócratas “de primer nivel” y la reacción de los grupos destinatarios y los cambios en el contexto social. Se deduce como resultado del análisis, que en Colombia aún existen fuertes barreras para una eficaz implementación, donde los comportamientos organizacionales y de los funcionarios públicos (burócratas de primer nivel), determinan en gran manera el tipo de resultado de la política, y que por tanto explican el actual estado del riesgo de violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario –DIH–.

¹ Economista, Magister en Gobierno. Servidor Público, Delegado para la prevención de riesgos y Sistemas de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo. Email: luperez@defensoria.gov.co

Palabras clave: Políticas públicas, implementación de políticas públicas, derechos humanos, prevención, violaciones de derechos humanos.

Abstract

This article aims to illustrate the process of implementation of the public policy of prevention of human rights violations during the period 2001 to 2010. To carry out the analysis of the implementation of this policy, an integrated approach proposed by Soren Winter (1990) was used, based on the study of four elements: the process of policy formulation, organizational and interorganizational behavior, the role of “first level” bureaucrats, and the reaction of target groups and changes in the social context. As a result of the analysis, it can be deduced that in Colombia there are still strong barriers to an effective implementation, where the organizational behaviors and those of public officials (first level bureaucrats), determine to a great extent the type of result of the policy, and therefore explain the current state of risk of human rights violations and breaches of International Humanitarian Law (IHL).

Key words: Public policies, implementation of public policies, human rights, prevention, human rights violations.

Introducción

¿Cómo implementar una política pública de prevención en un país que se encuentra inmerso en un conflicto armado, donde la población civil es la más victimizada? Esta es una de las principales preguntas que surgió desde mediados de los años noventa en las autoridades colombianas que observaban con estupor y resignación el incremento de masacres, desplazamientos masivos, enfrentamientos con interposición civil y por tanto homicidios, desapariciones forzadas y accidentes.

Adicionalmente, ¿Cómo el diseño institucional, la formulación de la política, el rol de los actores responsables de la implementación, los grupos objetivos y el contexto territorial, afectan el cumplimiento de los objetivos de un programa de prevención y protección de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en el marco del conflicto armado interno en Colombia?

Este artículo centra su atención en el proceso de configuración de lo que puede denominarse como política pública de prevención de violaciones masivas de derechos humanos a comienzos del año 2001, cuyo objetivo principal buscaba prevenir las reiteradas masacres y desplazamientos masivos de población y demás infracciones al Derecho Internacional Humanitario –DIH– cometidos por los actores armados ilegales en el marco del conflicto armado interno, a través de la implementación del Sistema General de Alertas Tempranas (SGAT).

El SGAT para la prevención de violaciones masivas de derechos humanos, lo conforman el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) de la Defensoría del Pueblo y la Comisión Intersectorial de Alertas Tempranas (CIAT) del Ministerio del Interior y de Justicia. Ambas instancias configuran el eje de la prevención en el Estado colombiano; sin embargo, desde su creación, es muy poco lo que se sabe sobre el proceso de implementación de dicho Programa.

Para aproximarse a la comprensión de éste proceso, debemos preguntarnos ¿Cómo ha sido el proceso de implementación de la política pública de prevención de violaciones de derechos humanos durante el periodo 2001 – 2010? A partir de la respuesta de este interrogante se espera comprender. ¿Qué factores determinan la incidencia y eficacia de las acciones

en materia de prevención de violaciones de DDHH e infracciones al DIH?. Metodológicamente el estudio se orienta a partir del enfoque integrado de Soren Winter (1990).

El artículo se divide en tres secciones. La primera sección explica el marco teórico del análisis del proceso de implementación de las políticas **públicas**; se utiliza como metodología de análisis el modelo de Soren Winter; para ello describen los elementos del modelo y su respectiva definición en cada una de las fases del proceso de implementación de una política pública.

La segunda sección describe el proceso histórico de la implementación del SAT/CIAT, abordando sus vicisitudes políticas durante su surgimiento y creación. Se incluyen algunos resultados de dos evaluaciones hechas por MSI (2004) y Democracia Internacional (2009), ambas solicitadas por la USAID a su programa de Derechos Humanos en Colombia.

En la tercera sección se abordan algunos resultados del análisis, descritos según los cuatro elementos del enfoque integrado de Winter. Cada elemento de este modelo se desarrolla considerando la eficacia de la implementación y de los objetivos de la política de prevención de violaciones de derechos humanos.

Se espera que los resultados de esta investigación contribuyan a la reflexión sobre la política de derechos humanos y de prevención de violaciones de DDHH existente en el País y la manera como se diseñan e implementan. Para ello se ha considerado que un buen ejemplo para su análisis es el sistema SAT/CIAT que ha venido tomando resonancia política en Colombia.

Sección primera. El ciclo de las políticas públicas: la implementación

La implementación designa la fase de una política durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos o de discursos (Meny y Thoenig, 1992; pág. 158). “Todas las instituciones involucradas en un proceso de política pública –o administración, parlamento, ejecutivos, gremios, etc. – tienen características sociales y políticas e intereses que hacen de cada una de ellas un actor más del juego político administrativo”. Así mismo, “La implementación se

revela como un escenario en que intervienen actores que no permanecen neutros ni pasivos” (Meny y Thoenig, 1992; pág. 164). En síntesis, “los ejecutores adoptan posiciones frente al tema: distracción de los recursos, deformación de los objetivos, elusión de los controles exteriores, uso de la ley para aplicarla a otras políticas públicas”. (...) “La ambigüedad de los textos y la flexibilidad de las disposiciones extienden el juego político hasta el ejecutor” (Meny y Thoenig, 1992; pág. 166).

Al considerar estos criterios en el análisis dentro del proceso de construcción de la política pública de derechos humanos, se puede observar que son muchos los obstáculos e intereses que subyacen a la concreción de la misma, y que cobran mayor interés cuando la teoría causal está relacionada con la aplicación del enfoque de los DDHH en las políticas públicas de seguridad y prevención.

Lo anterior conlleva revisar el abordaje de los enfoques para el estudio de la implementación de políticas y programas públicos. De acuerdo con Ryan (1996), “La literatura sobre la gestión del sector público ha tendido a basarse en los modelos racionales de conjunto para interpretar los resultados del desarrollo en los procesos. Estos modelos de análisis de implementación de políticas y programas públicos, se han caracterizado por una tensión entre los enfoques de gestión pública del “*top-down*” Esta perspectiva, en la literatura anglosajona, “describe la puesta en práctica como una secuencia lineal que desciende del centro hacia la periferia. Lo alto gobierna por la definición del sentido y de los fines, y por el mantenimiento de la autoridad. La base aplica, por conformidad a la jerarquía y por apropiación instrumental. (...) El paso del centro a la periferia se traduce por la transformación de los objetivos en medios, por la sustitución de la política por la técnica, por la desaparición de los desafíos conflictivos en provecho de las racionalidades gestionarias.” Meny y Thoenig, 1992; pág. 159-160. y del “*bottom-up*” Según este enfoque:

Se trata de partir de los comportamientos concretos en el nivel donde existe el problema para construir la política pública poco a poco, con reglas, procedimientos y estructuras organizativas por medio de un proceso ascendente, o por retroceso, en vez de descendente.

El investigador Hjern, es el primero que basado en la teoría del public choice, propone un enfoque *bottom-up*, que vaya de abajo a arriba

(Hjern, Porter, 1980). Este modelo se ve enriquecido por los aportes de Elmore (1987) quien propone por su parte “un razonamiento de retroceso o *backward mapping*, que aplica a las políticas de empleo para la juventud. (Roth, 2007)... El primero de ellos corresponde a la concepción tradicional del trabajo administrativo que se desarrolla de arriba (top) hacia abajo (Down); tiene como postulados principales la primacía jerárquica de la autoridad, la distinción entre el universo político y el mundo administrativo y, por último, la búsqueda del principio de eficiencia (Meny, Thoenig; 1992, 159). El marco de análisis más utilizado ha sido el modelo de aplicación de Mazmanian & Sabatier (1989). Sin embargo, el enfoque *top-Down* aplicado al análisis de la implementación de la gestión pública, tiene una capacidad limitada para considerar problemas de *bottom-up* como la participación de los burócratas de “primer nivel o de calle” y los grupos del programa/objetivo (véase Sabatier 1986, citado por Ryan).

El modelo cíclico de la política pública tiene como marco de interpretación legalista de la acción pública (perspectiva *top-down*) centrarse en la acción del Estado, y no toma en cuenta la perspectiva según la cual el punto de partida son los actores sociales y su contexto (perspectiva *bottom-up*). En el siguiente Tabla 1 se sintetizan las diferencias entre los dos enfoques en la etapa de implementación de políticas públicas.

Goggin et al. (1990) muestra como desde hace más de veinte años se produjo una “tercera generación” de teorías que tratan de unificar el pluralismo teórico que se desarrolla desde principios de *top-down* y del *bottom-up*, en el análisis de la implementación. Un enfoque reciente en la consolidación de los elementos clave del “*top-down*” y la literatura del “*bottom-up*”, es el proporcionado por Soren C. Winter (1990), conocido como Enfoque Integrado, el cual muestra que en los modelos de uso racional aplicados al análisis de la implementación, como el marco de Mazmanian y Sabatier, se presentan algunas debilidades. Sin embargo, estas conceptualizaciones, *top-down* y *bottom-up*, proporcionan un medio conveniente para incorporar enfoques integrados dentro de la gama de teorías de la implementación de políticas públicas.

Tabla 1

Las visiones top-down y bottom-up en la implementación de una política pública

Enfoque de implementación	Visión Top-down (Sabatier & Mazmanian, 1979)	Visión Bottom-up (Hjern & Hull, 1982)
Punto de partida del análisis de la implementación de la política pública	Decisiones de las autoridades político-administrativas (PPA, Planes de Acción)	Actividades de la red de implementación a nivel local (APA, red de acción pública)
Proceso para la identificación de los principales actores de la política pública	Desde arriba, y a partir del sector público, hacia abajo, y hacia el sector privado	Desde abajo (street-level actors), hacia arriba, considerando de manera simultánea los actores públicos y privados
Criterios de evaluación de la calidad de la implementación de la política pública	Regularidad (conformidad legal) del proceso de implementación Eficacia: grado de realización de los objetivos formales del PPA	No tiene criterios claramente definidos a priori Evaluación del grado de participación de los actores involucrados
Interrogante fundamental (para la gestión de las políticas públicas)	¿Qué modalidades (estructuras y procedimientos) de implementación deben utilizarse a fin de garantizar el mayor grado de realización de los objetivos oficiales?	Evaluación del nivel de conflicto de implementación ¿Qué interacciones entre los actores públicos y privados de una red de acción pública debe tomarse en cuenta durante la implementación para que ésta sea aceptada?

Fuente: Tomada de SUBIRATS, Joan et al. (2008). Pp.190, a partir de Sabatier (1986).

Para Ryan (1996) también existe “una diferencia fundamental entre el modelo integrado de Winter y los marcos de análisis top-down (y algunos bottom-up) en la evaluación de los resultados de la implementación”. Mientras que en “el análisis top-down se comparan los resultados de la aplicación con los objetivos del programa y metas establecidas en la política pública”, el enfoque de Winter “se ocupa, además de los problemas abordados por el enfoque bottom-up, de los intereses de los actores en el proceso de

implementación y de los resultados del cambio social”. En este sentido, este enfoque evalúa “La implementación en términos de productos y resultados/ impacto”.

Los elementos del modelo de Winter

El marco analítico propuesto por Winter, aplicados al análisis de la implementación de una política pública, son los siguientes: (1) el carácter del proceso de formulación de la política, antes de la ley o de la decisión de implementarla; (2) el comportamiento organizacional e interorganizacional de la implementación; (3) el comportamiento burocrático de primer nivel, y (4) la respuesta de los grupos destinatarios y otros cambios en la sociedad.

Estos elementos del modelo de Winter (1990), orientan el análisis de interpretar cómo ha sido el funcionamiento de la política pública de prevención durante los últimos diez años. Durante su estudio y análisis se pudo encontrar tanto las ventajas de un enfoque de sistema integrado en la aplicación, como las formas en que el análisis de la aplicación puede ser adaptado para comprender las influencias geográficas, institucionales, políticas y económicas del País que tienen que ver con el desempeño del sector público en materia de prevención y protección de DDHH.

El carácter del proceso de formación de la política, antes de la ley o de la decisión de implementarla

Winter destaca cuatro componentes a tener en cuenta: a) Cuanto mayor sea el conflicto, es más probable que la implementación se afectará. b) La formulación de la política es crucial en el diseño de la teoría causal, la cual permite seleccionar los instrumentos de la política que se aplicarán para lograr el cambio deseado en el comportamiento. La implementación es poco probable que tenga éxito si no hay un c) verdadero intento por resolver el problema. Por último, d) la atención prestada a la formulación de políticas es un buen indicador de la eficacia de un programa durante su ejecución. Esta atención a menudo se refleja en las relaciones directas, la coherencia política interna, los objetivos de la política, el diseño y aplicación.

El comportamiento organizacional e interorganizacional durante la implementación de la política.

Este segundo elemento del modelo de Winter se refiere al comportamiento de las organizaciones o de las relaciones interinstitucionales con las directivas del programa. Esto incluye el grado de armonía entre los objetivos del programa y los intereses de la organización, y la cooperación entre los intereses institucionales. También es necesario considerar que el poder de organización y relaciones institucionales durante la fase de ejecución pueden haber cambiado desde la etapa de formulación, y la influencia de las coaliciones que también tenga que ser considerado. Para el caso colombiano, el comportamiento organizacional contiene la relación Nación – Territorio, es decir, las autoridades del orden nacional y las de orden departamental y municipal.

El comportamiento burocrático “de primer nivel”

En este elemento Winter centra su atención en el poder de los individuos y no tanto en la autoridad institucional y organizacional. Los burócratas “de primer nivel o de calle” tienen la capacidad de distorsionar sistemáticamente la implementación de los programas. Winter sostiene que el comportamiento “de primer nivel” para distorsionar los objetivos esperados, tiene que ver con la cultura de la organización. Por lo tanto, cambiar el comportamiento de estos burócratas requiere también un cambio en la cultura organizacional. En este contexto, incorporar la acción de los actores locales y regionales en el proceso de implementación de la política pública, determina un importante efecto de estos agentes en los resultados de la prevención.

La reacción de los grupos destinatarios y otros cambios en la sociedad

Este elemento del modelo de Winter se centra en el comportamiento específico de cada grupo y las condiciones socio-económicas; en este sentido, la respuesta de los destinatarios estará influenciada por la magnitud de cambio de la conducta requerida, y la validez de la teoría causal aplicada para llevar a cabo estos cambios. Los programas deben dar cuenta de la naturaleza de los grupos objetivo. Por ejemplo, diferentes niveles educativos o socioeconómicos puede implicar diversas estrategias de implementación. Los grupos destinatarios son más propensos a cooperar con los programas

cuando las prescripciones se ajustan a los comportamientos y normas existentes.

Nada más difícil cuando se considera la respuesta de los grupos destinatarios de un programa de prevención. Estos grupos generalmente corresponden a organizaciones sociales, sindicales y gremiales, colectivas de derechos humanos, organizaciones indígenas, de campesinos, de afrodescendientes, de líderes sociales, de defensores de derechos humanos y de organizaciones de mujeres, todas estas las principales víctimas de los actores armados. Determinar el grado de aceptación y cooperación a los mecanismos e instrumentos de prevención, constituye un indicador válido para considerar en el análisis y su efecto en la prevención de violaciones de derechos humanos.

En síntesis, el modelo de Winter integra las variables de análisis de implementación de políticas públicas que se destacan tanto en la literatura *top-down* como la de *bottom-up*. Y para efectos del análisis, los cuatro elementos de Winter se deben considerar de manera relacionada entre sí: Es así como el comportamiento de la organización y entre organizaciones se ve influenciado e influye en las acciones de los burócratas de primer nivel; estas relaciones también existen entre los grupos destinatarios y los burócratas de primer nivel. De este modo, en el examen de estos elementos hay cierta obligación de considerar el impacto de un conjunto de variables sobre las demás.

Sección segunda. Configuración y evolución de la política de derechos humanos y la prevención de violaciones de DDHH/DIH en Colombia.

La exhaustiva investigación de Soto (2006), muestra que durante la administración del Presidente Andrés Pastrana se formuló una política específica en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, “producto de un proceso que atravesó por varias etapas y que contó, en cada una de ellas, con participantes diversos”.

De acuerdo con Soto (2006):

Este proceso ilustra una perspectiva incremental de la formulación de una política, ya que constata que se nutrió, en buena medida, de la política de la administración Samper (1994-1998), cuyas orientaciones terminaron prevaleciendo. Sin embargo, debió

enfrentar puntos de discusión críticos en su momento, que aún hoy día no se han superado por completo e inciden de manera notable en el proceso de implementación de los programas de prevención y protección de derechos humanos.

Por primera vez el tema de los derechos humanos fue encargado a un Vicepresidente de la República, La política consagró los siguientes lineamientos: a) lucha contra los grupos armados al margen de la ley; b) la seguridad de los defensores de derechos humanos y de personas amenazadas; c) atención a la población desplazada por la violencia; d) medidas particulares de impulso al Derecho Internacional Humanitario; e) impulso a la administración de justicia; y, f) un Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y DIH. La política finalmente expedida se estructuró alrededor de una Presentación, unos Objetivos y unas Áreas prioritarias de trabajo.

La necesidad de diseñar y poner en marcha un sistema de alerta temprana para la prevención de la ocurrencia de masacres y desplazamientos forzados, apareció registrada dentro de las “Áreas prioritarias de trabajo”, y se pidió que estuviera de “conformidad con las recomendaciones de la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas”. Pese a que se conformaron, durante toda la administración Pastrana, varios grupos de trabajo integrados por las entidades gubernamentales y estatales con responsabilidades en la protección de los derechos humanos, no se logró diseñar el Sistema.

Uno de los aspectos que destaca Soto (2006), es que desde este momento de la discusión y formulación, estuvo presente la confusión o intención de entremezclar elementos “pertencientes a una política de seguridad o defensa” con los enfoques de políticas de derechos humanos. Al parecer, la razón que justificaba dicha apreciación respondía “a la necesidad de crear unas condiciones de seguridad propicias para el disfrute de derechos, producto de la concertación con el Ministerio de Defensa”.

Así, bajo el título de “Lucha contra los grupos armados al margen de la ley”, se consignaron materias tales como lucha contra la insurgencia armada, combate al secuestro, combate a los grupos de autodefensa y medidas comunes contra los grupos de autodefensa y los insurgentes” (Soto, 2006; pp. 212). Esta incorporación podría provenir del interés en poner de relieve que las acciones de los grupos armados al margen de la ley

eran la principal fuente de vulneración de los derechos fundamentales de los habitantes del país, situación a la cual no podía ser ajena una política de derechos humanos.

En esencia, lo que evidenció este primer conflicto de visiones (seguridad y defensa versus respeto de los derechos humanos) en esta primera etapa de la formulación de la política de derechos humanos, fue el impacto de considerar los derechos y el DIH en la cultura política y social de la acción del Estado, particularmente en los temas de seguridad, defensa y acceso a la justicia (Ministerio de la Defensa Nacional, la Cancillería, el Ministerio del Interior). En ese sentido, para enfrentar los desafíos del conflicto armado interno, los agentes estatales debían respetar los derechos humanos y el DIH y garantizar el cumplimiento en la ejecución de las medidas de prevención, control y mitigación de sus violaciones.

Desde entonces, la lucha contra la insurgencia se mantiene como el resorte de la política de seguridad y defensa adelantada por el Ejecutivo, y la política de derechos humanos se encarga de hacer seguimiento a los resultados operacionales del conflicto armado interno. La puesta en marcha del Plan Colombia fortaleció el componente de seguridad, el cual se institucionalizó con la Política de Seguridad Democrática durante los dos gobiernos del Presidente Uribe Vélez (2002-2006-2010); a partir de entonces, se impuso un cambio en la concepción de la política de derechos humanos, y muchos de los lineamientos definidos durante la administración Pastrana, quedaron relegados para darle paso a los enfoques de seguridad por encima de todo.

Durante la administración Uribe, el componente de prevención de violaciones de derechos humanos se fundamentó en la acción del sistema de alertas tempranas, del cual se esperaba que consolidara la información para la valoración oportuna del riesgo y la anticipación de eventos violentos contra la comunidad. Este Gobierno consideró al Sistema como la base de su política de prevención, y a la Seguridad Democrática como la política de derechos humanos y DIH.

Es decir, se pensó inicialmente que la puesta en práctica de la estrategia de consolidación territorial, era suficiente para lograr la prevención de violaciones de DDHH, y que bajo esa política se sometían los actores armados, logrando una reducción de las violaciones de DDHH.

En efecto, hubo una disminución de los principales índices de violencia durante el periodo 2003 - 2009, con una notoria reducción de las masacres y de los homicidios; se logró un copamiento territorial que facilitó mayor movilidad en las carreteras, avances en la protección de la infraestructura energética, y se dio todo el proceso de desmovilización paramilitar que también condujo, en su momento, a una reducción muy fuerte de las cifras de violaciones a los DDHH.

Con base en estos supuestos, el gobierno consideró la Política de Seguridad Democrática como suficiente para prevenir, y por tanto desestimó definir una política de Derechos Humanos y de Prevención, tras considerar que la una conducía a la otra; por el contrario, la continuó a través de la fase de Consolidación (2006-2010). Tan sólo desde el pronunciamiento de la Corte Constitucional (auto 008 a la sentencia T-025) se evidenció la necesidad de estructurar una política de prevención de DDHH/DIH, y puso en discusión el sobre-reconocimiento de la Seguridad Democrática, como política de prevención.

Fue a partir de entonces que mecanismos como el SAT, comenzaron a ser considerados en la definición de los programas de prevención y atención a la población desplazada, obligando así al gobierno nacional a formalizar el CIAT de manera normativa, lo que ocurrió en el 2007.

Mecanismos e instrumentos para la prevención: el Sistema General de Alertas Tempranas (SAT/CIAT)

Origen del SAT de la defensoría del pueblo y de la CIAT

Como se mencionó anteriormente, a partir de la política de derechos humanos diseñada durante el gobierno Pastrana, se dispuso el diseño y puesta en marcha del mecanismo de alerta temprana para la prevención de desplazamientos y masacres (Soto, 2006; pp. 243). Y esto se hizo porque los hechos de violencia y la violación de derechos humanos y DIH se consideraban un grave problema público.

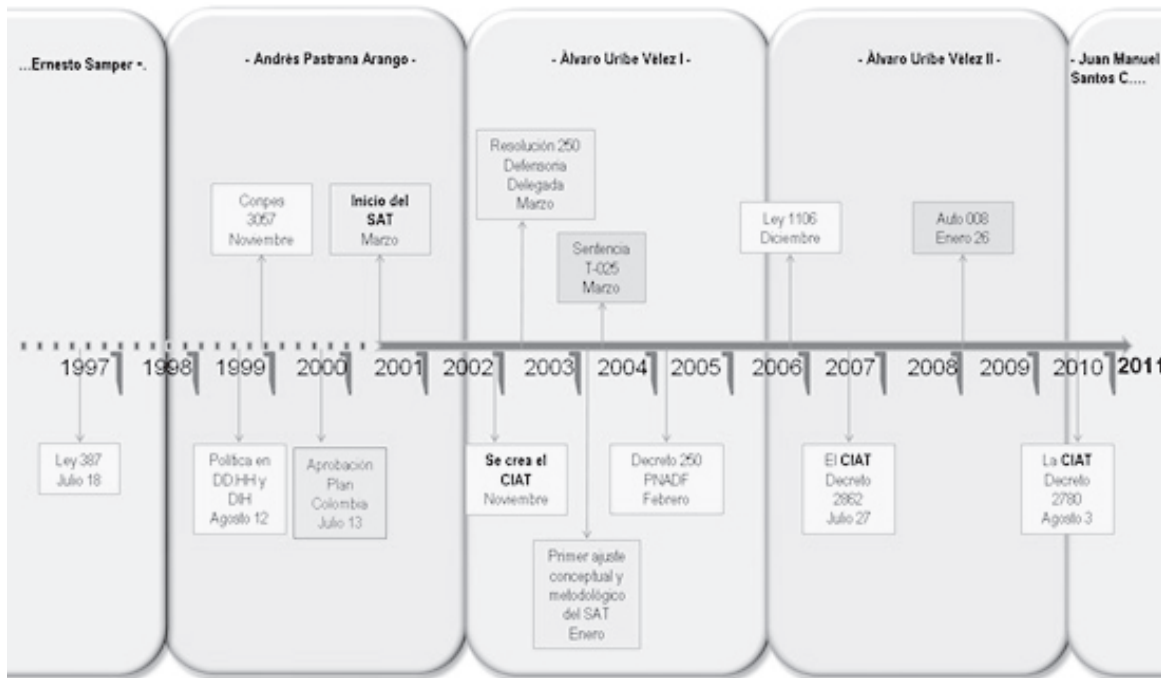


Figura 1. Proceso de institucionalización del SAT-CIAT en el contexto político nacional

Fuente: elaboración del autor con base en revisión documental y normativa.
PNADF: Plan Nacional de Atención al desplazamiento forzado

La figura 1 muestra un recuento cronológico de manera sucinta, de lo que ha sido el proceso de institucionalización e implementación del Sistema General de Alertas Tempranas (SAT– CIAT); se puede observar retrospectivamente, el resultado de un lento proceso evolutivo de lo que ha sido el interés del Estado en materia de derechos humanos (DDHH) e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Fue desde el año 1995, que las autoridades colombianas con el apoyo de agencias internacionales comenzaron a discutir la necesidad de definir programas y mecanismos para la prevención de las graves violaciones masivas de derechos humanos que afectaban a la población civil (desplazamientos masivos y masacres). En 1997 se aprueba la Ley 387 que le imprime un fundamento legal a la prevención. Sin embargo, desde comienzos del año 1998 la Defensoría del Pueblo ya venía adelantando acciones hacia la identificación de los factores de riesgo derivados de conflicto armado. En 1999 con la formulación de la política de derechos humanos del Gobierno Pastrana, en noviembre se elabora el CONPES 3057 que propone la creación de un sistema de alertas tempranas en el seno de la Defensoría del Pueblo.

Sin embargo, fue hasta marzo del año 2001 cuando se implementa el SAT cuya estrategia se basaba en la advertencia temprana y la coordinación de la respuesta en materia de protección civil y militar; a partir de este año comenzó a emitir documentos denominados Alertas Tempranas. En noviembre del año 2002, el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior y de Justicia, creó el Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas –CIAT– con la intención de concentrar y coordinar la respuesta estatal de las situaciones de riesgo advertidas por el SAT de la Defensoría del Pueblo. En conjunto, estas dos instancias configuraron lo que se podría denominar el eje de los programas de Prevención en Colombia.

El Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo fue diseñado para prevenir violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y defender el derecho internacional humanitario (DIH). MANAGEMENT SYSTEMS INTERNATIONAL –MSI– (2004), afirma que “es el único sistema de este tipo que opera en el mundo” dirigido como programa público de un Estado; inició actividades como un proyecto de cooperación internacional financiado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional –USAID–, en el seno de la Defensoría del Pueblo y denominado “Sistema de Alertas Tempranas en Derechos Humanos”, en el marco del Plan Colombia, para promover la implementación de un programa efectivo de derechos humanos. Su misión ha sido la de analizar el conflicto armado interno a nivel local y regional, para advertir amenazas que permitan a las autoridades concernidas implementar medidas protectoras de los derechos fundamentales de la población civil.

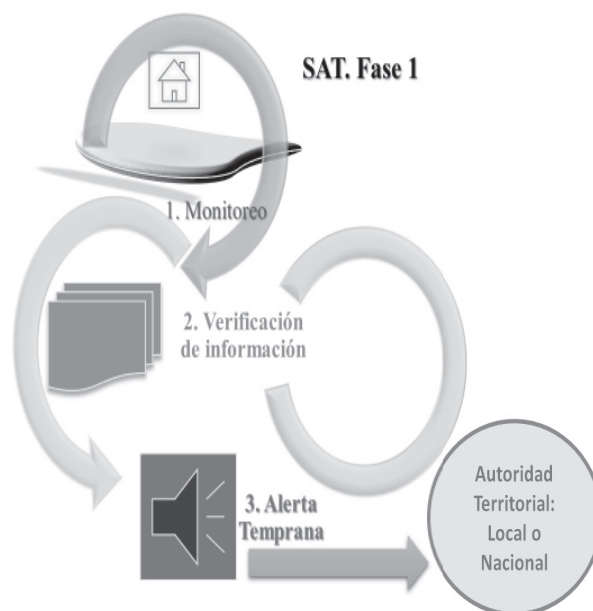


Figura 2. Sistema de Alerta Temprana Fase I (Marzo 2001- Noviembre de 2002)

Fuente: SAT/USAID/MSI, (2004)

Según las evaluaciones financiadas por USAID, el SAT pasó por dos grandes momentos: una primera fase (2001- Noviembre de 2002) antes de la existencia del CIAT (Ver figura 2). Y una segunda fase a partir de diciembre del año 2002 hasta 2010 (Ver figura 3). En la primera fase, según MSI, “El sistema constituido originalmente era relativamente rápido, ágil y transparente”. Las ventajas evidenciadas de este primer modelo fue que “el Delegado de la Defensoría podía verificar la información en fuentes locales y emitir alertas en un tiempo razonable. Las alertas tempranas eran públicas y concebidas en el marco nacional e internacional de los derechos humanos y el DIH”.

Las evaluaciones hechas por MSI (2004) y Democracia Internacional (2009), coinciden en señalar que la desventaja de este primer modelo fue la poca incidencia que podía tener la Defensoría del Pueblo en la formulación y ejecución de políticas públicas (función del gobierno nacional), en tal sentido, la primera fase del Sistema de Alertas Tempranas fue considerada “principalmente exhortatoria”. Actualmente, esta dificultad persiste.

Las contradicciones políticas sobre el surgimiento del SAT, emergieron con los hechos trágicos de Bojayá (Chocó), ya que posteriormente se supo que la Defensoría había emitido una alerta temprana anunciando a las autoridades de ataques y amenazas inminentes contra la población civil

(MSI, 2004). Esto conllevó a un cuestionamiento desde el nivel internacional y nacional sobre el papel de las autoridades frente a las Alertas Tempranas del SAT, lo que motivó al Gobierno nacional y a las fuerzas armadas mismas, a presionar para modificar el Sistema.

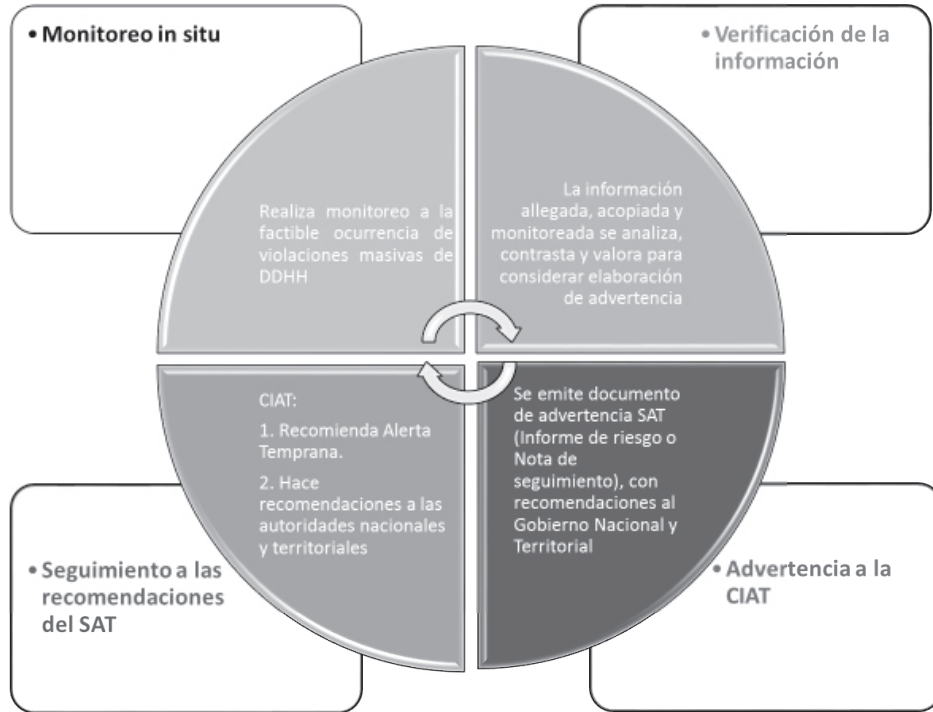


Figura 3. Sistema de Alerta Temprana Fase II (Noviembre de 2002 - 2010)

Fuente: SAT

En respuesta a las “debilidades y limitaciones del diseño” del SAT, a finales de 2002, el gobierno recién posesionado de Álvaro Uribe propuso la creación del Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas (CIAT) para “desarrollar una respuesta estatal más coherente a los informes generados por la Defensoría del Pueblo”.

En esta nueva fase del Sistema, la Defensoría no genera alertas tempranas (ver figura 3), en cambio produce Informes de riesgo. Estos Informes no son públicos ni circulan libremente, siendo enviados directamente al CIAT, cuyos miembros tienen la responsabilidad de verificar la información a través de sus representantes locales y demás contactos. Posterior a la verificación, el CIAT convoca una reunión de sus miembros y decide si es necesario emitir una alerta temprana. En los casos que la CIAT no decide emitir la alerta temprana, envía igualmente el informe de riesgo

a las autoridades locales competentes con una serie de recomendaciones sobre las medidas que se deben tomar.

Finalmente, MSI (2004) identificó que “el cambio de la Fase I a la Fase II, no significó una reducción apreciable en el número de violaciones sucedidas después de la emisión de una Alerta Temprana o Informe de Riesgo. Cada modelo muestra ciertas fortalezas y debilidades. Agrupadamente, los dos modelos parecen tener el mismo impacto en la prevención de violaciones masivas de derechos humanos”. También recomendaba que “los Informes de Riesgo se hicieran públicos y accesibles a todos los ciudadanos y actores nacionales e internacionales que estén interesados. Una mayor apertura del sistema lo hará más efectivo y receptivo”.

En lo que respecta a la consolidación de la estructura interna del SAT y del CIAT, han tenido un crecimiento exponencial durante estos 10 años; el SAT pasó de tener tres analistas, luego siete, llegando a una cobertura departamental; USAID financió progresivamente la estructura de personal toda vez que no estaba creado el Sistema dentro de la entidad. En una etapa más institucionalizada con la creación de la Delegada para la Evaluación de Riesgos de la Población Civil a consecuencia del conflicto armado, la Defensoría del Pueblo asume el financiamiento del Director, de una Secretaria y algunos costos a partir del 2004. En el 2005 se fijaron unas metas de institucionalización progresiva con el fin de que el SAT dejara de depender de la cooperación internacional, lográndose ya un 83% de institucionalización (financiado por el presupuesto nacional); la Cooperación se ha dirigido ahora a dar un apoyo más cualificado en el tema de asistencia técnica para los ajustes metodológicos. En el caso de la CIAT, cuenta con profesionales dentro de la unidad de asuntos territoriales dedicados al análisis de los Informes de Riesgo y Notas de Seguimiento del SAT y el seguimiento de las medidas implementadas por las autoridades concernidas.

En síntesis, y desde el punto de vista de incidencia en política pública, es lo que se ha logrado construir como programa público para la prevención de violaciones de DDHH e infracciones al DIH en Colombia. Se puede afirmar, que desde el punto de vista de la cooperación, se logró la institucionalización de las dos instancias, es decir tanto del SAT como de la CIAT. El principal logro de ello es que el Gobierno nacional cuenta con una herramienta de política pública, institucionalizado y con recursos propios.

A nivel internacional, también es considerado un modelo importante que muestra resultados y ha logrado un creciente reconocimiento, al punto que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo reconoce; la Corte Constitucional colombiana lo reconoce como el instrumento de prevención. A pesar de ello, desde 2002 y hasta el último Informe publicado a comienzos de 2011, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, insiste en pedir más apoyo para el SAT.

Resultados del análisis de la implementación del programa bajo el enfoque de Winter.

A partir del marco teórico de análisis de implementación de políticas públicas descrito y la metodología señalada, se parte de incorporar el enfoque integrado de Winter a partir de los elementos explicados en la sección anterior, para comprender las incidencias de **las condiciones socio-políticas que afectan los resultados de la implementación de la política de prevención.**

El proceso de formulación de la política

La figura 4 muestra una gráfica del proceso del SGAT como mecanismo de la política pública de prevención. Como se puede observar, el diseño fue pensado para que la Defensoría del Pueblo a través de su extensa red de oficinas regionales y de analistas en terreno, pudiese identificar y advertir las situaciones de riesgo a través de informes a la CIAT coordinado por el Ministerio del Interior. A partir de allí, la valoración de esta Comisión intergubernamental podría enriquecer el análisis del SAT y recomendaría al Ministerio del Interior emitir la Alerta Temprana correspondiente y ordenar la respuesta en tres tipos: Política (a cargo de las autoridades civiles como los Ministerios concernidos, Entidades Descentralizadas, Gobernaciones y Alcaldías), Policial (dirigido a la Policía Nacional) y Militar (responsables las FFMM). Se complementaba con el apoyo y seguimiento de las organizaciones internacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales nacionales, quienes contribuirían con su gestión de seguimiento, denuncia y fortalecimiento técnico a profundizar los enfoques de prevención y la implementación de políticas, programas y proyectos dirigidos a superar los factores de riesgo y las condiciones de vulnerabilidad social en tales territorios alertados.

Como se pudo describir, el inicio del proceso de diseño y formulación de la política se dio en medio de un contexto de gravísimas violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, a finales de la década de los noventa. Sin embargo, el cambio en las dinámicas del conflicto genera a su vez un proceso de ampliación de los escenarios de trabajo del SAT. Es así como se empieza a ampliar la mirada a otras conductas violatorias de DDHH que era necesario advertir a través de Alertas Tempranas: Minas Antipersonal, ataques armados, homicidios selectivos dirigidos a líderes, dirigentes sociales, representantes de organizaciones de población desplazada; desapariciones forzadas, reclutamiento forzado, violencia sexual, amenazas, extorsiones, toma de rehenes, entre otras.

La transformación del proceso, con la creación del CIAT, encontró diversos obstáculos que fueron percibidos por algunos actores como una forma de cooptar el trabajo que venía haciendo la Defensoría del Pueblo desde una visión de DDHH. Esta visión enfrentaba el enorme peso que tenía en ese momento la ejecución de la Política de Seguridad Democrática del Gobierno de Uribe y que incluso comprometía a muchos agentes del Estado vinculados a las FFMM, por sus acciones de connivencia con actores armados ilegales, omisión ante las amenazas y riesgos advertidos o violaciones directas de derechos humanos.

Asimismo, el grueso del poder militar y de gobierno, vieron amenazadas sus prioridades en materia de seguridad y estrategia militar contrainsurgente así como de la agenda política planeada, ante las contingencias de intervención que representaban las alertas tempranas provenientes de denuncias y quejas desde la sociedad civil y publicadas por la Defensoría del Pueblo (ente de control del Estado en materia de derechos humanos) sobre amenazas que acontecían en territorios de la periferia nacional (como los Montes de María), cuya intervención era considerada de altos costos ante la baja o casi mínima importancia económica y social en el contexto nacional.

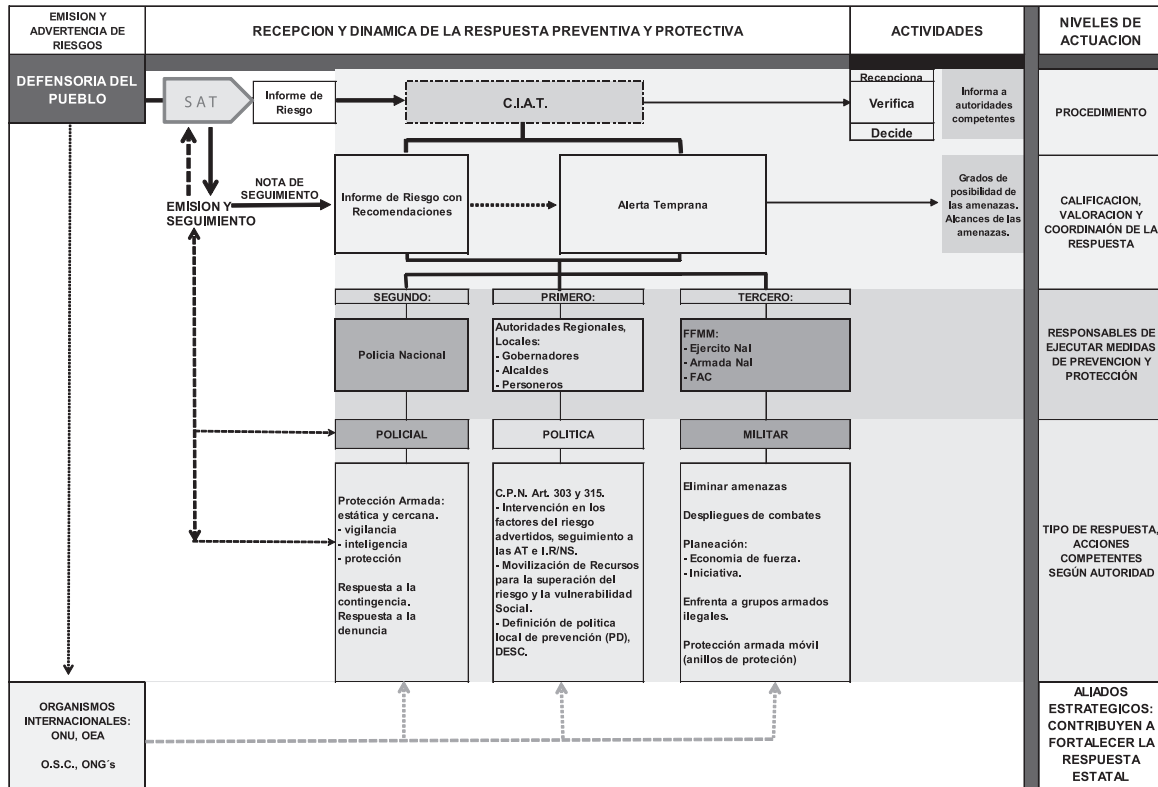


Figura 4. Esquema General del SGAT. Advertencia y Tipo de Respuesta.

Fuente: elaboración del autor, basado en documentos institucionales de DP-SAT, USAID-MSD, CIAT.

El resultado de lo anterior se expresó al interior del CIAT, dadas las dos concepciones que se encuentran frente al tema de la prevención; por un lado la DP presenta un enfoque de carácter humanitario basado en el respeto a los DDHH, en tanto que la visión gubernamental basa su mirada en un marco de seguridad y orden público orientada por la aplicación de la política de Seguridad Democrática en el territorio considerando aspectos de distancia, densidad poblacional y recursos económicos estratégicos.

Sumado a este escenario de incoherencia interna, el funcionamiento del sistema encontró grandes resistencias entre autoridades locales y fuerza militares al no realizarse un proceso previo pedagógico de información y sensibilización con los actores implicados respecto a las responsabilidades del Estado en materia de prevención y de cómo las Alertas Tempranas e Informes de Riesgo contribuían en este propósito. Este vacío generó una estigmatización de los instrumentos de prevención que desde entonces han sido vistos como denuncias, quejas o cuestionamientos a la labor de los actores locales (Autoridades regionales y locales y fuerza pública), afectando

notoriamente la implementación del programa público de prevención, tal como se analizará más adelante.

Otro vacío en este momento de transformación de la implementación del programa lo constituyó la ausencia al interior del CIAT de reglamentaciones internas y metodologías de valoración de los Informes de Riesgo que permitieran la evaluación objetiva de los mismos para determinar si se convertían o no en AT, dejando así la posibilidad de que múltiples intereses cruzaran la definición de este proceso. El peso de las orientaciones del gobierno de Uribe y su política central de Seguridad Democrática contribuyeron a generar una “Macrocefalia” de las fuerzas militares sobre el poder civil en los procesos de aplicación de la política pública de prevención en las zonas de mayor intensidad del conflicto armado, dado que el análisis de las AT que se emitieron, privilegiaron la visión de orden público (Zona de Rehabilitación y Consolidación) sobre los DDHH y las respuestas militares primaron sobre las acciones de las autoridades civiles, las cuales delegan su responsabilidad y capacidad de respuesta en el poder militar. Respuesta además que está mediada por la capacidad de los recursos con que cuentan las fuerzas militares para mantener la seguridad en las carreteras, proteger los oleoductos, las torres de energía, entre otra infraestructura.

Esta respuesta inmediata que privilegia la visión militar, en muchos territorios provocó un cambio en los efectos esperados con la emisión de las AT, puesto que se deja de lado la concepción de la prevención como una responsabilidad del Estado en su conjunto que amerita un proceso integral de respuesta, en donde además de la fuerza pública deben concurrir los esfuerzos de las instituciones civiles con el fin de disminuir los factores de riesgo de carácter estructural o vulnerabilidades que afectan a la población civil afectada por el conflicto armado. Desde esta perspectiva se privilegian entonces las respuestas de carácter reactivo frente a las acciones de prevención, dirigidas a garantizar la explotación de los recursos energéticos, en tanto que las condiciones generadoras de conflicto no se desactivan y los factores del riesgo para la población civil permanecen.

Otro de los problemas que se derivan de la etapa de formulación, es que el SAT fue diseñado principalmente para advertir sobre las violaciones cometidas por los grupos armados ilegales y sólo pueden señalar indirectamente aquellas violaciones potencialmente cometidas por actores del estado. Como tal, “ni el SAT ni el CIAT fueron diseñados para abordar adecuadamente

las violaciones por parte de actores del estado”. Este aspecto fue evaluado por Democracia Internacional (2009), y consideró que “representa una falla muy seria cuando se compara con otros tipos de metodologías de alerta temprana en otras situaciones de conflicto en diferentes países, en donde todos los actores – estatales y no estatales – son monitoreados, y todas las violaciones potenciales y actuales son tomadas en cuenta”.

En algunos departamentos éste aspecto representa una falla muy seria, si se consideran los efectos de las actuaciones de miembros de la Fuerza Pública en la población civil, que se ha visto reflejada en las múltiples denuncias por procesos de ejecuciones extrajudiciales (conocidos por la opinión pública como “falsos positivos”) durante la aplicación de la política de Seguridad Democrática, las capturas masivas de presuntas personas vinculadas con los grupos guerrilleros y que posteriormente los fiscales y jueces deben dejar en libertad por falta de pruebas.

Tabla 2

Problemas frente a la Formulación de la política y niveles de afectación

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
Formulación de la política	La tensión suscitada por las deliberaciones entre seguridad y derechos humanos, con la creación del CIAT derivó en una concepción sesgada de la prevención que se ha traducido en resistencias para actuar preventivamente.			
	No hubo procesos pedagógicos de información y sensibilización sobre las responsabilidades del Estado en materia de prevención y como las AT e Informes de Riesgo contribuían a este propósito, lo cual se tradujo en confusión e indiferencia hacia la toma de decisiones para prevenir.			
	Contexto mediado por principios de Seguridad Democrática que se confunde y se interpreta desde el gobierno nacional con la política de prevención y de DDHH, lo cual le imprime un mayor peso en las decisiones de las Fuerzas Militares.			

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
Formulación de la política	Ausencia de reglamentos al interior del CIAT que permitiesen la evaluación objetiva de los Informes de Riesgo para la emisión o no de AT.			
	No se consideró los riesgos que las actuaciones de agentes del Estado podían tener en la población civil, generando confusión y omisión frente a este tipo de riesgos.			
	El SGAT, no se ha articulado a una lógica de sistema enmarcado en una política pública de prevención y de derechos humanos, lo cual propicia la desarticulación y descoordinación en los demás ámbitos del Estado.			

Fuente: Creación del autor.

Otro de los aspectos del proceso de formulación del SGAT, fue que en su diseño no se contó con un mecanismo de evaluación y seguimiento, incluso de control ciudadano. Este aspecto se consideró como dado dentro de la estructura del Estado (FGN, PGN, CGR). Quizás también porque se trataba de un programa novedoso cuyo financiamiento se correspondía a la cooperación internacional. La inclusión de la PGN fue una decisión posterior y aún presenta reticencias para participar en una instancia de gobierno, como es la CIAT. Esto refleja un vacío frente a lo idealizado (modelo de la figura 4) en el funcionamiento del SGAT. En muchos territorios la gestión institucional de la PGN, es muy distante al seguimiento y control de las medidas en el tema de la prevención, tomadas por el Estado en este contexto.

El comportamiento organizacional e interorganizacional de la implementación.

Como ya se dijo, el contexto nacional en el que se comenzó a concebirse la política pública de prevención de violaciones de DDHH estaba mediado por una fuerte discusión entre los enfoques de DDHH y Seguridad. Si bien el SAT durante el año 2001 había avanzado en la propuesta de construcción de una política pública de prevención que contemplaba la creación de un Sistema Nacional de Prevención, esta propuesta se frustró con la llegada del nuevo Gobierno en agosto de 2002, y el proyecto de decreto que buscaba reglamentar un Sistema Nacional de Prevención, no alcanzó a ser firmado por el saliente presidente Pastrana. Esta tendencia política sumada a la forma y composición del CIAT, influyó fuertemente durante los primeros años en las decisiones del CIAT al momento de emitir o no una AT dado que las decisiones tendían a tomarse con fundamento en el orden público y no en la protección humanitaria. Situación que se veía potenciada porque en el marco de una política nacional basada en el concepto de seguridad, el papel de las fuerzas armadas era central y la emisión de AT, se interpretaba como un cuestionamiento a su efectividad en el control territorial o como un insumo más para la inteligencia militar o de conocer las intenciones del enemigo. Las decisiones entonces se centraron en evaluar la veracidad de los Informes de Riesgo emitidos por el SAT, perdiendo el objetivo central para el que fue creado la CIAT el cual era impulsar la respuesta coordinada y efectiva del Estado en materia de prevención y hacer un seguimiento a los efectos o impactos de la misma.

Se reconocen sin embargo algunos avances, durante estos nueve años de estudio de la política pública de prevención, producto de las recomendaciones de organismos de cooperación internacional como OACNUDH y USAID, el Auto 008 de 2009 a la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, entre otras disposiciones legales, que han contribuido a que se definan protocolos, procedimientos y metodologías para el análisis objetivo de los informes de riesgo y la activación del CIAT frente a la llegada de un Informe de Riesgo del SAT. Se efectuaron reuniones periódicas con tiempos más cortos de convocatoria en relación a la emisión del informe de riesgo, se propició la interlocución de las autoridades locales y regionales a través de video conferencias; se amplió la participación a otras dependencias del Estado que deben atender recomendaciones de tipo integral, por ejemplo: ICBF, Fiscalía General de la Nación, INCODER, Programa Presidencial contra MAP (PAICMA), Programa Presidencial para la Prevención del reclutamiento

forzado y demás programas; y también, en ocasiones, se extendió invitación a algunas agencias internacionales. También se amplió el campo de proposición en cuanto a las recomendaciones del SAT para ser acogidas por las autoridades. Y se realizó la descentralización en el seguimiento a las recomendaciones del informe de riesgo y de la CIAT, a través de reuniones que se efectuaban en las zonas donde el SAT advirtió riesgos y donde las autoridades presentaron sus informes de las acciones, de las medidas y de los impactos de esas acciones en materia de prevención y mitigación del riesgo de manera pública.

Sin embargo, se identificó que le faltó mucha más capacidad a la Secretaría Técnica de la CIAT para asumir el liderazgo en la coordinación de respuestas integrales frente a las situaciones de riesgo, lo cual aunado a la ausencia de un marco normativo en materia de política pública de prevención hace que aún hoy la respuesta del Estado sea tardía, reactiva, desarticulada e insuficiente. Tardía, porque el proceso de análisis del informe de riesgo no tiene una respuesta inmediata, tampoco se conocen los tiempos que se toman las autoridades para emprender acciones frente a los mismos y no se hizo seguimiento a esas actuaciones. Es reactiva, porque aún se impone la respuesta militar y de policía para enfrentar la situación de riesgo, pero no hubo una respuesta integral y sostenida del Estado para atender aspectos estructurales de las condiciones de vulnerabilidad de las poblaciones afectadas, por lo tanto la respuesta se quedó en el nivel asistencial siendo por tanto insuficiente. Y finalmente fue desarticulada, porque al no existir una política de derechos humanos, la prevención adolecía de una estructura de sistema nacional que integrara todos los esfuerzos y programas de prevención y protección del Estado que en ese momento se llevaban de manera independiente. Tampoco se realizó un seguimiento efectivo a las acciones propuestas por el nivel nacional y subnacional.

Se debe destacar que a nivel intra organizacional, Acción Social emprendió transformaciones en sus diferentes niveles para asumir el tema de prevención; a la luz del Decreto 250 del 2005 crea el Grupo de Prevención y Emergencias en respuesta a la necesidad de integrar el Consejo Nacional de Atención a la Población Desplazada. Este grupo desarrolló internamente una labor de difusión de la importancia de la prevención al interior de la entidad, diseñó protocolos de actuación frente a los informes de riesgo, creó una mesa interna de prevención, tenía en cuenta los Informes de riesgo y las Alertas

Tempranas en el proceso de focalización de sus programas y creó indicadores para la evaluación de sus actuaciones. Este grupo se ubicaba a nivel nacional y en algunas oficinas territoriales de Acción Social. Sin embargo, fue una iniciativa interna de Acción Social, que no estaba integrada a una acción articulada y coordinada con el resto de instancias de prevención del Estado.

Si bien, en el nivel nacional el tema de la prevención comenzó a posicionarse un poco más, con la ayuda del nivel técnico que conmina al nivel político para que le de la importancia y la preponderancia que tiene, a nivel local aún faltaba bastante para que esto se realizara, tal como el análisis del comportamiento de los “burócratas de primer nivel”, demostrará. Sin embargo, este aspecto evidencia el bajo o nulo rol de la sociedad civil en la corresponsabilidad de la prevención; no se ha logrado construir o formalizar un marco de participación local que tenga injerencia en los análisis y decisiones en la gestión de riesgos y amenazas. La polarización ha hecho casi que imposible la participación en estos escenarios ante la desconfianza, temor y miedo de lo que se diga frente a los hechos reales.

Uno de los mayores vacíos que presenta en el relacionamiento interorganizacional es la débil y casi ausente presencia de la Procuraduría General de la Nación –PGN-; ésta institución de control disciplinario del Estado no está bien integrada a las acciones del SAT/CIAT y no participa en las deliberaciones de la CIAT, a pesar que en el Decreto 2780 de 2010 aparece como invitado permanente.

La mayor incidencia de la PGN está relacionado con los casos que involucran a agentes del Estado; el curso de acción correcto es informar directamente a la Procuraduría General de la Nación, quien debe investigar y tomar las acciones disciplinarias necesarias; este conducto, sin embargo, no se encuentra vinculado al sistema SAT/CIAT, ya que las infracciones y violaciones por parte de actores del estado no son consideradas asuntos a nivel de la CIAT, y en caso de serlo, se convertiría en un escenario muy problemático ya que sus miembros vienen del gobierno y de la fuerza pública del estado. El Tabla 3 sintetiza los problemas planteados.

Tabla 3

Problemas frente al Comportamiento organizacional e interorganizacional

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
Comportamiento organizacional	La falta de voluntad política evidencia que organizacionalmente la Dirección Nacional (MIJ-CIAT), Departamental y Municipal, tienen capacidad discrecional para ejecutar o no las medidas de prevención y/o mitigación del riesgo. Esto no permite una actuación objetiva para prevenir.			
	No se ha institucionalizado un mecanismo de respuesta, independiente de la decisión política de alguna de las autoridades, lo que lleva a la prevención a depender de decisiones y criterios políticos y personales.			

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
Comportamiento organizacional	Confusión en el objetivo último del CIAT (impulso de la respuesta coordinada y efectiva en materia de prevención y seguimiento) que hace que su actuación se quede en la evaluación de los Informes de Riesgo y no en la trascendencia de las acciones de prevención.			
	La “Macrocefalia” de las fuerzas militares en la aplicación de medidas de prevención derivadas del enfoque de seguridad y orden público, que lleva a que las Autoridades civiles deleguen su responsabilidad de actuación a favor de la fuerza pública, limitando el tipo de intervención y prevención.			
	La respuesta no es integral, mediada por enfoque de seguridad, no se atacan las vulnerabilidades, y por tanto persisten los factores de riesgo.			

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
Comportamiento organizacional	Fuerzas Militares y Civiles perciben las AT y los Informes de Riesgo como cuestionamiento a su labor, lo que conlleva a actuaciones desinteresadas y parcializadas, según conveniencia institucional.			
	Existe una debilidad en la Secretaria Técnica para asumir el liderazgo en la coordinación de la respuesta, la cual ante el marco de una política pública de prevención, genera una respuesta de Estado tardía, reactiva, desarticulada e insuficiente.			
	Problemas de interacción entre Acción Social y las demás entidades del Gobierno nacional y territorial, lo cual no garantiza el cumplimiento de la prevención in situ. Limitaciones de su actuación en el ámbito territorial.			

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
Comportamiento organizacional	Existe mucha descoordinación de las acciones para afrontar la problemática, que en el ámbito local se refleja muy grave y débil acción de prevención.			
	A pesar que los Departamentos y Municipios reciben los informes de riesgo y Alertas Tempranas, como insumos para la gestión de prevención, los asumen como documentos de estigmatización que conduce a la no generación de acciones para la prevención y protección inmediata y temprana.			
	Debilidades a nivel de formación y capacidades en conocimientos técnicos, de gestión, programáticos, para implementación de las políticas sociales, con enfoque de DDHH, no permite intervención integral para atender los riesgos y amenazas.			

Fuente: Creación del autor.

Los burócratas “de primer nivel” o de primera línea de atención

Siguiendo a Winter (1990), es necesario centrar la atención en el poder de los individuos (poder saber, analizar, decidir, hacer) para llevar a cabo la implementación de las acciones requeridas, en este caso, prevención de violaciones de DDHH/DIH. Ahora bien, al analizar a los funcionarios como actores de primera línea, hay que considerar que en departamentos y municipios existen muchas carencias a nivel de la formación y capacidades en conocimientos técnicos, de gestión, programáticos; para la generación e implementación de políticas que, adecuadas al contexto, incorporen enfoques de derechos humanos, diferenciales (ciclo de vida, género, diversidad cultural, entre otros), y que consideren seriamente la responsabilidad del Estado en materia de prevención y protección. Asimismo, que se promueva y construya un desarrollo con perspectiva local y de frente a los retos del proceso globalizador, en especial en territorios marginales (¿Qué tipo de desarrollo? ¿Social, económico?, ¿Para quién?). Sumado a esto se encuentran las restricciones en términos de acceso a recursos, conocimientos, conectividad vial, peso político de la región a nivel nacional y las profundas repercusiones en materia política, social, cultural y económica que el conflicto armado en su larga duración ha dejado entre la población y en el territorio.

Con estos condicionantes y en este contexto, no es de extrañar que si bien la autoridad local (alcalde o gobernador) se constituye en el máximo responsable del orden público a nivel territorial, la realidad demuestra que no han asumido esta responsabilidad, dado que en este campo el liderazgo es del Ejército y la Policía Nacional. De esta manera, los Informes de Riesgo o las AT son discutidos en los Consejos de Seguridad que, derivados de la política de Seguridad Democrática, generalmente se realizaban a nivel territorial cada semana; es decir, los instrumentos de prevención no movilizan la respuesta coordinada de las autoridades frente a los riesgos sobre la población civil, sino que la conveniencia o no de dichos documentos, se constituyen en uno de los puntos a tratar en dichos escenarios.

Ahora bien, la implementación de la respuesta en el nivel regional y municipal, estaba mediada tal como se ha reseñado, por el énfasis que se hace en la concepción de seguridad y orden público frente al enfoque de DDHH; en este sentido el papel de las fuerzas militares es determinante en la actitud que se asume frente a los Informes de riesgo y las Alertas Tempranas,

así como en las acciones que de ellas se derivaban dado que se interpretaba erróneamente que estos informes “evalúan” la gestión de la fuerza pública o las autoridades locales generando frente a los mismos conductas de negación o resistencia frente a lo que allí se plantea o recomienda. En este aspecto, el modelo ideal que propone el SGAT (figura 4), de responder en tres frentes: primero, Político; segundo, Policial; y tercero, Militar; aquí no encuentra expresión, sino que por el contrario se sobredimensionan el segundo y tercer tipo de respuesta (policial y militar) sobre la dimensión de política pública en áreas relacionadas con los DESC, que realmente contribuyen a superar los factores de riesgo y las condiciones de vulnerabilidad.

Las perspectivas de estos actores han contribuido a hacer que las AT o Informes de Riesgo sean vistos como instrumentos de “estigmatización del territorio”, dado que los intereses de las autoridades locales se centran en promover una imagen de tranquilidad y paz como condición del desarrollo territorial. Si bien las condiciones de seguridad mejoraron respecto a los años anteriores, la situación distaba mucho de ser “el paraíso” que muchos promulgaban. Ahora bien, la negación de las autoridades del orden local y departamental frente a las situaciones de riesgo detectadas, la actitud de displicencia, de decir “aquí no pasa nada”, de tranquilidad frente a las situaciones que se presentan, hace que las recomendaciones promovidas desde la CIAT no sean asumidas, como se había dicho desde una manera integral, coordinada y sostenida en el tiempo.

Es interesante observar cómo desde la percepción de los actores del nivel nacional, departamental y local, uno de los principales factores que interfiere en la respuesta frente a las situaciones de riesgo detectadas lo constituye la “falta de voluntad política”, concepto que sin embargo, es interpretado de manera diferente por cada uno de ellos. Desde el nivel nacional se percibe que a nivel territorial, las autoridades del orden municipal y departamental no tienen la “voluntad política” para reconocer las situaciones de riesgo y actuar en consecuencia frente a las mismas.

Y desde el nivel local, se percibe que los niveles departamental y nacional no tienen la “voluntad política” para acompañar, prestar asesoría técnica, apoyar con recursos, al municipio a enfrentar las situaciones de riesgo que al fin y al cabo ocurren es en su jurisdicción, por lo tanto “se reacciona con lo que se tiene”. De esta manera, las acciones se han venido

realizando de manera descoordinada entre los diferentes niveles, afectando con ello la eficacia de las medidas tomadas a nivel territorial.

La negación de la realidad, la falta de voluntad política, la descoordinación entre las acciones institucionales emprendidas por los diferentes niveles sumado a la ausencia de una política nacional en materia de prevención han contribuido a que el tema no haga parte de la Agenda local, la prevención fue considerada “el patito feo de la casa”, por tanto no es considerada ni asumida como un componente de la política pública local y se encuentra ausente en los programas de gobierno y los planes de desarrollo de los mandatarios locales, siendo de esta manera su efectividad casi nula tal como lo demuestran, tanto la continuidad de las situaciones de violación de derechos para los habitantes del departamento, así como las evaluaciones que de este proceso hacen las OSC.

Valoración de las acciones de las autoridades territoriales

La caracterización de las respuestas y acciones de las autoridades del orden nacional, departamental y municipal a los Informes de Riesgos y Alertas Tempranas emitidas, se analizan a partir de los registros de la CIAT en una Matriz de seguimiento. Se puede decir que en la mayoría de las Recomendaciones emitidas desde la CIAT, hicieron énfasis en la Coordinación, tanto entre Autoridades Civiles y Militares, como entre Entidades Territoriales (Alcaldías y Gobernaciones) con instituciones descentralizadas y programas del MIJ, Vicepresidencia, etc.

Un aspecto que se puede deducir de estos reportes es que existe una multiplicidad de escenarios de reunión o convocatoria: comités, mesas, programas, etc., que no cuentan de una instancia de análisis y coordinación que permita la articulación como sistema. En la realidad local de estos escenarios, la mayoría de veces van las mismas personas que repiten los mismos procesos y percepciones del problema.

Los informes dan cuenta de datos cuantitativos en términos de inversión de número de talleres o beneficiarios, pero no de procesos sociales o de continuidades en las acciones. Primero, la información se limita a las acciones, no a los impactos de las acciones; y segundo, no hay retroalimentación de arriba abajo.

Tabla 4
Problemas sobre el comportamiento de burócratas de primer nivel

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
Burócratas a nivel de calle	Existen graves problemas en la cadena de mando para responder a las Alertas Tempranas; una cosa es el comportamiento de los funcionarios del orden Departamental y otra en el municipal, mediado por intereses políticos.			
	Los burócratas a nivel de calle no tienen una buena formación en derechos humanos y DIH que les permita distinguir de mejor manera las violaciones e infracciones respectivas y a sí mismo la importancia de su actuación frente a la prevención.			
	Dualidad en funcionarios de atención de la prevención: orden público y prevención humanitaria, lo cual conlleva a acciones sin mucha responsabilidad frente al reto de la prevención y protección.			
	Los burócratas de calle tienen una margen de actuación muy limitado frente a los riesgos que encarna su labor en medio de actores armados y conflicto: misión médica, educación, atención niñez, étnicos, saneamiento básico, entre otras. Bajo y limitado impacto de la prevención por temor y miedo de los funcionarios.			

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
	Los burócratas de calle también tienen desconfianza y temor en gobernantes y fuerza pública, lo cual conlleva a una discrecionalidad con bajo impacto preventivo.			
	Existe desobediencia por no considerar importante cumplir las órdenes y medidas diseñadas que afecta el cumplimiento de la prevención y atención.			
	Están sujetos a limitantes logísticas respecto al suministro de bienes y servicios, dotación, vehículos, pagos salarios y honorarios, entre otros, que no permiten llevar a cabo las acciones para prevenir y proteger.			
	Muchos burócratas de calle ignoran la existencia del SAT/CIAT y por tanto desconocen la importancia de los IR y AT. No las consideran una herramienta importante para prevenir.			
	Consideran que los temas de DDHH/DIH son asuntos ajenos a sus funciones, propias tan sólo de la DP, PGN, Personerías, más no del ámbito de la alcaldía o la gobernación, incidiendo de manera importante en la descoordinación, desarticulación y falta de integralidad en la intervención del problema. “No es conmigo”.			

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
	Negación frente a la realidad expuesta en Informes de riesgo y Alertas Tempranas, temor a la estigmatización del territorio y abandono de la inversión como condición para el desarrollo.			
	El tema de la prevención no hace parte de la agenda pública local y por tanto los funcionarios no lo consideran en la discusión y formulación de los planes de desarrollo.			

Fuente: Creación del Autor.

Como aspecto notorio y grave para el Programa, es que no se reportan acciones de seguimiento por parte del Ministerio Público (PGN, Personerías municipales) a pesar que se le adjudican acciones de control de las acciones según organismos competentes en prevención y vigilancia en el cumplimiento de las recomendaciones dadas por la CIAT.

El Tabla 4 sintetiza los hallazgos para este elemento de Winter aplicado.

La reacción de los grupos destinatarios y otros cambios en la sociedad

A nivel normativo es claro que no se puede hablar de Seguridad sin Derechos Humanos, pero en el caso colombiano, durante los dos períodos del gobierno de Uribe se asumió que la política de Seguridad Democrática era una política preventiva y de Derechos Humanos. Y la confusión de esta perspectiva, que privilegió las razones de seguridad nacional sobre otras consideraciones, propició de parte del gobierno nacional la negación de la existencia de un conflicto armado interno en el país para desarrollar la teoría de la “amenaza terrorista” desdibujando totalmente la grave crisis social y humanitaria que en diversos momentos fue advertida por la Corte Constitucional y otras instancias de control como la PGN. Esta perspectiva contribuyó a la estigmatización de los defensores de derechos humanos a quienes en varias ocasiones y de manera pública se les tildó de “terroristas”

o auxiliares de los grupos armados, generando enormes riesgos en sus derechos a la vida, la libertad e integridad personal y al libre ejercicio de su profesión, en especial en departamentos donde son señalados de ser colaboradores de los grupos armados, tanto por las organizaciones ilegales como por las mismas autoridades civiles y militares.

La polarización social derivada de estas posturas afectó considerablemente la generación de políticas en materia de prevención y DDHH tanto a nivel nacional y territorial ya que era imposible reconciliar visiones frente al conflicto armado radicalmente opuestas. Es así como frente a los efectos del conflicto armado, las organizaciones sociales, demandan respuestas que trasciendan el carácter policivo-militar que se aplica en el territorio, para generar propuestas de carácter integral que se orienten a desactivar las causas estructurales del conflicto armado.

Desde esta perspectiva, la implementación de una política de prevención debería incorporar otros componentes que, además de superar las condiciones de vulnerabilidad de la población, permitiesen hacer efectivos los derechos a la verdad, justicia y garantías de no repetición dados los altos niveles de impunidad que se viven en el territorio. Sin embargo estas reflexiones no son planteadas por las autoridades del orden departamental y local, dada su negativa a reconocer las situaciones de riesgo para la población.

Es así como se configuró una relación mediada por la desconfianza entre las autoridades y las organizaciones sociales y los bajos impactos que las medidas implementadas frente al conflicto armado durante estos diez años. Esta fue una barrera muy grande para que se pueda implementar adecuadamente un programa de prevención que convoque y vincule a todos los actores responsables del departamento, particularmente las OSC como sindicatos, ONG's, Organizaciones comunales, gremios de la producción regional y local, para que conjuntamente con autoridades se promoviera la participación y corresponsabilidad en la prevención y protección, como por ejemplo a través de Comités Locales de Prevención.

Tabla 5

Problemas en la Reacción de grupos destinatarios a nivel territorial

ELEMENTOS DE WINTER	PROBLEMAS	NIVELES DE AFECTACIÓN		
		NAL	DPTAL	LOCAL
Reacción grupos Destinatarios	Estigmatización de los grupos Defensores de DDHH, organizaciones sociales y ONG's			
	Polarización social interfiere en la generación de políticas en materia de prevención y DDHH			
	Demanda respuestas integrales para desactivar las causas estructurales del conflicto armado, las cuales relacionan con la riqueza del territorio Araucano.			
	Aportes de insumos a la política de prevención para superar no sólo las condiciones de vulnerabilidad sino para hacer realidad los derechos ala verdad, justicia y garantías de no repetición.			
	Desconfianza entre autoridades y organizaciones sociales.			

Fuente: Creación Propia del autor.

En el Tabla 5, se puede sintetizar los hallazgos descritos anteriormente.

Conclusiones y recomendaciones

Dentro del ámbito de la formulación de la política:

- Los problemas que se presentaron en la etapa de formulación no permiten generar una serie de programas articulados, coordinados y en corresponsabilidad con las diferentes autoridades civiles, militares y OSC.
- Como se observó en los resultados, la preponderancia del paradigma de la seguridad, en desmedro de la prevención humanitaria, está sujeta e incide en que no haya un verdadero intento de resolver el problema de violaciones de derechos e infracciones al DIH para el departamento.
- El comportamiento interorganizacional:
- La macrocefalia militar, la falta de acciones integrales, la falta de coordinación, la falta de apropiación de las distintas autoridades en los diferentes niveles y la falta de voluntad política, hace que desde que se emite una alerta temprana o informe de riesgo, el impacto de las acciones se diluya a medida que la implementación se aproxima al ámbito local, que es donde existe el riesgo y la

amenaza de violaciones de DDHH-DIH, y por tanto es muy débil lo que en materia de prevención se implementa.

Burócratas de primer nivel de atención:

- En los burócratas de primer nivel se observa falta de perfiles adecuados en los funcionarios públicos que hace que no se identifique correctamente cuándo ocurre una violación e infracción al DIH.
- Pero además, los funcionarios también tienen miedo a actuar ante las probables represalias que los actores armados puedan dirigir hacia ellos.
- La mayoría no están de acuerdo con los diagnósticos de los IR/AT y sienten que los problemas son mucho menores que los que advierten dichos documentos.
- Todos estos factores hacen que los burócratas de primer nivel tengan mayor discrecionalidad sobre la acción que ejecutan (u omitir su acción) y la utilicen para reducir el efecto de la prevención en el ámbito de su competencia y actividad.

Reacción de los Grupos destinatarios:

- La relación de los grupos sociales, las comunidades y personas en el contexto territorial, con el Estado y el gobierno (nacional, departamental y municipal), está mediada por el miedo, la desconfianza y por la precariedad de su condición (vulnerabilidad). Todo esto hace que sientan que todavía no hay una acción de gobierno eficaz y real que tenga como centro la protección de las personas como sujetos de derechos frente al riesgo derivado del conflicto armado.
- Consideran que todas las acciones de seguridad están dirigidas a garantizar la explotación de las riquezas del territorio.

Referencias

- ABRAMOVICH, Víctor. Una aproximación al enfoque de derechos humanos en las estrategias y políticas de desarrollo. En, Revista de la CEPAL No. 88, abril de 2006.
- AGUILERA PEÑA, Mario. *ELN: entre las armas y la política*. En, Universidad Nacional – IEPRI. Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2005. Pp. 209-266.
- AUSTIN Alexander. *Early Warning and the field: A cargo cult science?* En: <http://www.berghof-handbook.net>.
- BARRERA, Cristina. *Flujos decisionales en escenarios de tensión especial*. En, Cristina Barrera (Comp.). Crisis y Fronteras. Relaciones fronterizas binacionales de Colombia con Venezuela y Ecuador. CEREC, CIDER, Ediciones Uniandes. Bogotá, 1989.
- BARRS, Caey. *Conflict Early Warning: Warning who?* En: <http://www.jha.ac/articles/a184.pdf>
- Consultado por última vez el 21 de Mayo de 2009.
- BRECKE Peter. *Risk Assessment Models and Early Warning Systems*. En: <http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2000/p00-302.pdf>
- DENSCOMBE, Martyn. Good Research Guide. Buckingham, GBR: Open University Press, 2007. p127. Consultado en: <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandes/Doc?id=10197064&ppg=136>
- EISENHARDT, K.M., 1989. “Building theory from case study research” in Academy of Management Review, Volume 14, Number 4.
- GAITAN GARCIA, Olga Lucía y Luis Eduardo Pérez Murcia. Prevención de violaciones de los derechos de las personas en situación de riesgo extraordinario o extremo. Obligaciones y retos del Estado colombiano. Programa de Derechos Humanos de USAID. Bogotá, 2008.
- GALVIS ORTIZ, Ligia. Comprensión de los Derechos Humanos. Una visión para el siglo XXI. Ediciones Aurora, Cuarta Edición, Bogotá, Abril de 2008.
- GARFIELD, Elsie, Jairo Arboleda y Alberto Chueca. *Violencia, paz sostenible y desarrollo*. En, GIUGALE, Marcelo M., Olivier Lafourcade y

- Connie Luff (Editores). Colombia. Fundamentos Económicos de la Paz. Banco Mundial – Alfaomega. Bogotá, 2003. pp. 3-24.
- GIRALDO CASTAÑO, Germán G. La Colonización en la Orinoquia Colombiana, Arauca 1900 – 1980. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá D.C., Primera edición, Abril de 2006.
- GUTIERREZ LEMUS, Omar Jaime. *Arauca: un territorio de contrastes*. En, CONTROVERSIA No. 192. Centro de Investigación y Educación Popular –CINEP-. Tercera Etapa. Junio de 2009. Pp. 41-79.
- MARTINEZ CARAZO, Piedad Cristina. *El Método de Estudio de Caso. Estrategia metodológica de la investigación científica*. En, PENSAMIENTO Y GESTIÓN, No. 20. Universidad del Norte, pp. 165-193. 2006.
- MENY, Ives y Jean Claude Thoenig. Las políticas públicas. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1992.
- PEÑATE, Andrés. *El sendero estratégico del ELN: del idealismo guevarista al clientelismo armado*. En, DEAS, Malcom y Llorente, María Victoria. Reconocer la guerra para construir la paz. Bogotá, Uniandes – CEREC – Norma. Pp. 53-98.
- PETERS, B. Guy & Jon Pierre. *Handbook of Public Administration*. SAGE Publications. Reprinted 2005.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *El conflicto, callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia – 2003*. Bogotá, Colombia, septiembre de 2003. Páginas 79 a 95.
- ROTH D., André-Noël. Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación. Ediciones Aurora, Bogotá, Sexta edición, 2007.
- ROTH D., André-Noël. Discurso sin compromiso. La política pública de los derechos humanos en Colombia. Ediciones Aurora, Bogotá, marzo de 2006.
- RYAN, Neal. *Some advantages of an integrated approach to implementation analysis: a study of Australian industry policy*. En, Public Administration Vol. 74 Winter 1996 (737-753). Blackwell Publishers Ltd. 1996, Cambridge, USA.
- SCOTT, W. Richard. Institutions and organizations. Foundations for organizational science. SAGE Publications, California, 1995

- SISTEMA DE ALERTAS TEMPRANAS. *Luz para la Vida. Masacres ocurridas en Colombia 1999*. Defensoría del Pueblo, ACNUR. Bogotá.
- SOTO RESTREPO, Carmen Elisa. Generación de políticas gubernamentales de derechos humanos a partir de la Constitución de 1991. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2006.
- WEIMER, David L. y Aidan R. Vining. Policy analysis. Concepts and practice. New Jersey, Pearson – Prentice Hall. Fourth edition, 2005.
- WIESNER DURAN, Eduardo. La efectividad de las políticas públicas en Colombia. Un análisis neo institucional. DNP – Tercer Mundo Editores. Bogotá, septiembre de 1998.
- WINTER, Soren C. *Implementation. Introducción*. En, PETERS, B. Guy & Jon Pierre. Handbook of Public Administration. SAGE Publications. 2005. pp. 205-211.
- WINTER, Soren C. *Implementation Perspectives: Status and Reconsideration*. En, PETERS, B. Guy & Jon Pierre. Handbook of Public Administration. SAGE Publications. 2005. pp. 212-222.
- YIN, Robert. K. Case Study Research: Design and Methods. Third Edition. Applied Social Research Methods Series. Volume 5. Sage Publications. 2003.

DOCUMENTOS NORMATIVOS Y DE POLÍTICA PÚBLICA

Documento CONPES 2804 de 1995

Documento CONPES N° 3057 de 1999.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 1.969 de 2009. Referencia: “*Rama Ejecutiva del Poder Público. Nivel Nacional, Sector Central. Consejos superiores, Organismos consultivos o coordinadores, Comisiones Intersectoriales. La Defensoría del Pueblo y el Sistema Nacional de Alertas Tempranas. El comité Interinstitucional de Alertas Tempranas, CIAT*”.

Resolución 250 de 2003 emitida por la Defensoría del Pueblo establece como función específica de la Defensoría Delegada para la Evaluación de Riesgos de la Población Civil como consecuencia del Conflicto Armado,

Decreto 250 de 2005, por el cual se expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y se dictan otras disposiciones.

Decreto 2111 de 1987

Decreto 1680 de 1991

Ley 387 de 1997

Ley 1106 de diciembre 22 de 2006 por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones.

Sentencia T-025 de 2004

Auto 08 de 2009, de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 de la Honorable Corte Constitucional.

Decreto 2780 de octubre de 2010, el cual también modificó la denominación, composición y estructura de la CIAT.

REPUBLICA DE COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Plan Nacional de Desarrollo 1998 – 2002, Cambio para construir la paz. Tomos I y II.

REPUBLICA DE COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Plan Nacional de Desarrollo 2002 – 2006, Hacia un Estado comunitario.

REPUBLICA DE COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010, Estado Comunitario: Desarrollo para Todos.

REPUBLICA DE COLOMBIA. VICEPRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. PROGRAMA PRESIDENCIAL DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Política de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario.

REPUBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Informe del Presidente Uribe al Congreso de la República 2010.

VICEPRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. *Política de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, 2006.

Documentos institucionales internos de trabajo

usaid/msd

ESTRATEGIA DE PREVENCION DEL PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS DE USAID, Operado por MSD. 2009. Documento interno de discusión.

OFICINA DEL PROCURADOR GENERAL –RIG–. Auditoría del Programa de Derechos Humanos de USAID/Colombia. Informe de Auditoría No. 1-514-09-007-P. Marzo 06 de 2009. San Salvador, El Salvador. Documento Interno de USAID.

MANAGEMENTSYSTEMSINTERNATIONAL–MSI–. *Evaluación del Sistema de Alertas Tempranas en Colombia*. Washington, Noviembre 3 de 2004.

DEMOCRACYINTERNATIONALINC. *Evaluación del programa de derechos humanos de USAID en Colombia*. Informe final, enero 2009.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Información General Sistema de Alertas Tempranas*. Delegada para la valoración de riesgos de la población civil como consecuencia del conflicto armado. Bogotá, 2004

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Delegada para la Prevención de Riesgos de la Población Civil como consecuencia del Conflicto Armado, SAT. *Lineamientos de política pública para la prevención de violaciones masivas de derechos humanos en el conflicto armado*. Bogotá D.C., Noviembre de 2003.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Información General Sistema de Alertas Tempranas*. Delegada para la Evaluación de riesgos de la población civil como consecuencia del conflicto armado. Bogotá, 2004.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Entronque del Sistema de Alertas Tempranas en la Defensoría del Pueblo*. Bogotá D.C., Febrero de 2002. Documento de trabajo interno del SAT.

SITIOS WEB CONSULTADOS

PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS DE USAID. <http://www.programadhhcolombia.org/>

<http://www.disaster-info.net/desplazados/legislacion/06-02-04SENTENCIAT-025-041.pdf>

http://www.pnud.org.co/img_upload/9056f18133669868e1cc381983d50faa/capitulo_3.pdf

<http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/EstadisticasxDep-to/2009-2010/01-09/arauca.pdf>

LOS DERECHOS PLANETARIOS

José Covarrubias
Blanca Paredes

Resumen

Los Derechos Planetarios son una categoría jurídica que debemos desarrollar en beneficio de las personas, los seres vivos, el planeta y el cosmos. Dicha problemática la encontramos en nuestro continente y en todo el planeta; por ello, debemos iniciar el proceso de concientización de crear la Norma Planetaria o la forma de preservar y armonizar los valores, principios e intereses planetarios, a través de la Nomología.

Palabras clave: Normas Planetarias, Valores, principios e intereses planetarios, nomología.

Abstract

The Planetary Right is a category law, we ought development for help to persons, life, planet and the cosmos. This problem is in our continent and the planet; for this reason, we should to begin the idea for do it, to be creation process of planetaries values, principles by Nomology.

Keywords: Planetary Norms, Values, Planetary Principles and Interests, Nomology

Introducción

Los Derechos Planetarios parten de la necesidad de revolucionar la cultura, la ciencia, la tecnología y en general, lo que hemos venido actuando en el planeta, sobre todo, a partir de los esquemas denominados como cultura occidental o mediterránea, así como el capitalismo y globalización, procesos que parten del narcisismo y son depredadores, inhumanos, contrarios a la naturaleza y a la esencia de los seres vivos, del planeta y del cosmos.

Por lo anterior, nuestras normas deben ser armonizadas a los seres humanos, a los entes vivos, al planeta y al cosmos, tal como lo han previsto las grandes culturas de la antigüedad como en el Código de Hammurabi, Código de Manú, Kumak Kawsay, Popol Vuh, Chilam Balam y en general, la gran sabiduría de nuestros ancestros, de los pueblos autóctonos o comunidades continentales originarias y en ocasiones, señaladas como las campesinas.

Estas grandes culturas vián en armonía a la naturaleza, a Tonatzin, al planeta Pacha Mama, al cosmos en el Kumak Kawsay y a la sabiduría que se ha tratado de enterrar y olvidar en forma inútil; por ello, los derechos planetarios, a partir de la Nomología, nos muestran una metodología científica transdisciplinar, a través de la cual, debemos estudiar en forma multidisciplinaria, interdisciplinaria y transdisciplinaria, la evolución de los sagrados, inalienables, imprescriptibles e indivisibles derechos de las personas, en armonía a los valores, principios e intereses de los seres vivos, del planeta y de la naturaleza.

Por ello, debemos de tener un espacio en el planeta para deliberar acerca de la sagrada protección de los valores, principios e intereses armónicos de los seres vivos, del planeta y del cosmos; definir la *Norma Planetaria* y establecer el orden, la paz, la armonía, la igualdad, la libertad, la justicia, el bienestar social y la justicia social en el planeta, para encaminarnos hacia la justicia y la felicidad de los seres planetarios.

Los derechos de las personas son las constantes luchas en contra de quienes han detentado el poder, los opresores, manipuladores y demás poderes de facto que han impedido el desarrollo de la libertad y de la igualdad, dos caras de una misma moneda que se mueven en una dialéctica

interminable y en la cual, siempre, el hombre emerge *avanti*, adelante, a pesar de quienes han aplastado por momentos funestos el grito libertario de la gleba.

Los privilegios o conquistas que se consagran en las actuales constituciones de los diversos países del planeta, que suman cerca de doscientas, las cuales han sido revisadas para el propósito del presente trabajo; nos reflejan que sólo se establecen las garantías, derechos fundamentales, derechos de las personas y de los ciudadanos, por señalar las expresiones más utilizadas en las diversas Normas Rectoras de las diversas naciones que se encuentran dentro de nuestro planeta y se conforma como el Estado de Derecho, cuya acta de nacimiento es la Constitución.

Así, debemos considerar que cada derecho, conquista o prerrogativa de las personas o de los ciudadanos, elevados a la máxima potencia o a rango constitucional, son espectros que cuentan con contenidos complejos, amplios y que no siempre se han analizado en sus máximas expresiones.

Por tanto, cada derecho implica diversas garantías de las denominadas de diversas generaciones, pero es sólo por el punto de vista que se le quiere otorgar; por ejemplo, la libertad de expresión, garantía concebida en el estado liberal, por tanto, individualista, lo es para todos y cada uno de quienes integran la agrupación que es regulada por una determinada Norma Rectora, así, lo es tanto para una persona, un grupo, una asociación, una clase social y para todos, en general, de los que conforman una sociedad, país o Estado.

Lo anterior es así, porque las normas, en especial, las Normas Rectoras, deben ser generales, abstractas, impersonales, obligatorias y por ende, coercitivas para todos los que integran dicha agrupación, contratantes o pactantes de dicho Estado; por tanto, las normas, por antonomasia son conquistas, derechos o prerrogativas para que todos dispongan de ellas, así, son derechos de individuos, de personas, de grupos y de todos.

Además de lo anterior, se debe considerar que cada norma, entraña una rapsodia de contenidos sociales, como lo son políticos, económicos, culturales, religiosos, y, en general, sociales, según las circunstancias de cada espacio y época, cuestiones que debemos estudiar por medio de la *Nomología*.

De esta manera, tenemos que si se prohíben la esclavitud o la discriminación, es porque la esclavitud, por ejemplo, es una disposición

clasista, de quienes detentan el poder; imposición política para que una persona pueda ser objeto o mercancía de compra y venta, de ahí su aspecto económico, pero también dentro de una cultura, según su religión, el esclavizar y la servidumbre, es un derecho que por gracia divina, lo pueden ejercer los poderosos o quienes tengan la capacidad económica para imponerlo, de igual forma, la esclavitud es una condición social, de castas, clases, linajes, razas y demás estereotipos, prejuicios o cuestiones sociales dentro de un contexto histórico y social determinados.

Dicho lo anterior, quienes han detentado el poder y por tanto, la facultad de expedir las Normas Rectoras de su momento, se han considerado dioses, superhombres o semidioses y después, sólo personas; pero ahora los que tienen el poder, sabedores que están limitados en el tiempo y en el espacio, tratan de apropiarse de medios, instrumentos, de los requerimientos básicos de existencia, lo que es una perversidad y degrada al ser humanos, son indignos; al controlar dichos elementos, se creen seres superiores, lo que no son; de ahí su egoísmo, enfermedad mental y ansias de obtener el máximo poder en el menor tiempo y con el menor esfuerzo, pero a costa de lo que sea, así sea acabar con el planeta, proceso en el cual nos encontramos, pero sucede que el planeta no le pertenece a nadie en particular, no está a la venta ni nadie puede arrogarse la propiedad u ostentarse como dueño, así lo contamine, lo depreda o aniquile a la humanidad lo cual implicaría su autodestrucción.

Así, los grandes pueblos de la humanidad, vivían en armonía con la naturaleza, lo cual se rompió con las agrupaciones de la antigüedad, quienes han luchado por sus derechos, por lo que les pertenece, que es su vida, sus padres, sus territorios o espacios vitales, de los cuales sólo somos usufructuarios y temporales, para satisfacer nuestras necesidades básicas no superfluas que abundan en este contexto global, pero que sí dañan la vida del planeta.

Por tanto, los pueblos cultos, como los mayas y los atenienses o los guerreros, como los espartanos o los aztecas; los libertos o la plebe en Roma; los fueros españoles, la Magna Charta y demás documentos ingleses, la *Déclaration de droit de l' Homme et du citoyen*, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, La Constitución Política de México de 1917 y demás documentos internacionales y locales, nos reflejan estas luchas constantes, interminables de las personas por su liberación,

procesos dialécticos en los cuales existen avances notables, pero también, en algunos casos, existen retrocesos, como son los avances científicos y tecnológicos para dominar a las personas y depredar al planeta, los cuales se costean con guerras y otras formas de explotación inhumana de millones de personas.

Es por ello, que la evolución de los derechos de las personas, a través de las luchas efectuadas por obtenerlos, se han movido en fuerzas centrífugas y centrípetas, dentro de un proceso dialéctico permanente con miras al perfeccionamiento de la raza humana, lo cual falta mucho por los desniveles en que nos encontramos, las diversas formas de racionalización de las normas, las culturas diferentes que crean conceptos, categorías y expresiones complejas para otras formas de racionalidad aunque se protejan los mismos valores, principios e intereses que son los de la humanidad, los mezquinos intereses de algunas personas que se consideran superiores, son entre otros, factores que han impedido al ser humano integrarse como tal.

De aquí la necesidad de analizar de manera diacrónica y sincrónica las diversas Normas Rectoras que ha recorrido la raza humana, desde la antigüedad la *πολις* (polis), el *calpulli*, la *civitas*, la *Respubliche*, *il Municipium*, *dello stato*, el Estado, el Estado de Derecho o *Staatsrech*, las superestructuras estatales o las organizaciones internacionales o la Unión Europea como paradigmas de procesos donde se pudiesen crear constituciones y Estados supranacionales.

En este devenir, se han ido creando los derechos, los libertos, los siervos, el *citizen*, *citoyen*, *städtisch* o ciudadano, en un complejo normativo cuyos paradigmas se han creado a partir de la cultura mediterránea o eurocéntrica; pero que en el contexto de lo global, nos damos cuenta de que existen más expresiones y muchas más perfectas, pero desconocidas para todos o que se han venido a olvidar, enterrar o exterminar, lo cual es reparable en ciertas cuestiones, como son la preservación de costumbres de las culturas autóctonas en el planeta, cuya finalidad es la de conservarlo para sobrevivir también nosotros.

Así, una vez revisados los conceptos, las categorías jurídicas y el devenir de las luchas de las personas por lograr la libertad e igualdad de toda la raza humana, es claro que somos una misma raza, la raza humana, nuestro código genético es el mismo (ADN – DNA); de igual forma, el

planeta es nuestro espacio vital, es el suelo donde nacimos y no tenemos otro u otros, dado que se encuentra en su búsqueda. De aquí que toda la raza humana tengamos el mismo *ius soli et ius sanguini* respecto del planeta, somos nacionales y nos asisten por igual el derecho de parentesco y del sol o del suelo por igual a todos los que habitamos este maravilloso ente o planeta.

Lo anterior, se ha venido reconociendo en procesos de fuerzas centrífugas y centrípetas, por acuerdos y desacuerdos en tratados internacionales que no han sido aceptados por todos los Estados o por Estado de Derecho de manera particular; pero la nacionalidad y ciudadanía planetarias, no requieren del reconocimiento, autorización, permiso, gracia o concesión de ninguna, persona, ente, Nación, Estado, supranación, organismo internacional o quien sea.

Así como los animales, los pájaros vuelan por todo el planeta, las ballenas y los delfines se mueven por todos los mares, y diversas especies se trasladan en el planeta, sin restricción alguna, lo mismo debe ser con nosotros, pues el planeta es nuestro espacio vital, somos hermanos de sangre todos los que integramos la raza humana, por tanto, ha iniciado el proceso de desaparecer las fronteras, las desigualdades y cualquier diferencia entre los que conformamos la fraterna raza planetaria, somos libres e iguales, en los mismos términos.

De esta manera, iniciamos el proceso planetario de reconocernos como raza y cobrar conciencia de nuestro hogar común: el planeta. Por ello, para todo ser humano ha sido creada la presente obra, felicidades por ser un ganador de su vida y de su espacio vital, el cual podemos compartir, basta querer para poderlo hacer.

En conclusión, hemos desarrollado, en la ciencia, la tecnología, la cultura y demás elementos “racionales” a través de la conmensura, la teleología y la axiología han tenido como epicentro al hombre, al ser humano, a las personas y hemos descuidado a los demás seres vivos, al planeta y al cosmos, con quienes debemos vivir en armonía, estamos rompiendo los equilibrios de la madre naturaleza, de *Tonatzin, Pacha Mama*.

Declaración de los derechos planetarios

El hombre nace libre y se le ata de diversas formas, el derecho y las normas deben ser instrumentos al servicio y para la perfección de los sagrados, inalienables e imprescriptibles derechos del hombre.

Las instituciones, son la base y el objeto de los derechos de las personas y no a la inversa.

Los derechos de las personas, son rapsodias de procesos históricos determinados, portanto, sus contenidos son políticos, de bienestar, culturales y demás factores.

Los derechos de las personas no son dádivas de la providencia, son conquistas de los pueblos, como lo son las del pueblo de México, por tanto, son irrenunciables y deben perfeccionarse en forma constante, permanente, en beneficio de nuestra raza.

Los derechos de las personas son los mismos a los derechos políticos, no existe ninguna diferencia en cuanto a que son valores fundamentales de cualquier ser humano, mismos que se protegen por igual en la Unión Europea o en la OEA o en la ONU.

No obstante que dichos valores están reconocidos en el planeta, por el momento, no ha sido posible su eficacia, debido a que no existe un poder coactivo que los haga exigibles, materiales y efectivos.

Los derechos de las personas y los derechos ciudadanos, al ser garantías constitucionales, deben ser protegidos por las mismas vías y no a través de mecanismos diversos.

Los derechos del hombre y del ciudadano son sagrados y deben estar por encima de cualquier autoridad, ente o persona que quiera menoscabarlos, por ello, su protección es de primera importancia.

Se requieren en México mecanismos armónicos de control y protección de todos los derechos políticos y electorales del ciudadano, para garantizar una tutela judicial efectiva.

Es necesario reordenar el título primero y sus respectivos capítulos en la Constitución de México, en lo posible, realizar un catálogo de derechos del hombre y de derechos del ciudadano, donde serían incluidos los políticos y los electorales, así como sus mecanismos de protección.

Para ello, se requiere un análisis de la situación política, social y jurídica de nuestro país, en conjunto a la cultura jurídica y a sus operadores, sólo por mencionar los aspectos fundamentales de estudio.

En la actualidad, existen diversas estructuras paralelas que se supone deben defender las garantías individuales y los derechos políticos, en lo cual, se gastan muchos recursos diversas instituciones, con resultados raquíticos, por tanto, deben unificarse dichas instancias en la tutela judicial efectiva de los valores fundamentales del pueblo de México.

Por lo anterior, sería recomendable, entre otras propuestas, las siguientes:

Se requiere de un nuevo pacto, contra social, Norma Rectora o Constitución, a través de la cual, se pudiese reestructurar el título primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a diseñar un catálogo de derechos de las personas, derechos del ciudadano, derechos políticos y electorales, en armonía a los tratados internacionales.

Sobre dicho catálogo, establecer los controles constitucionales y legales armónicos de dichos sagrados derechos, así como tribunales constitucionales locales y a nivel de la federación.

Armonizar las legislaciones normativas supremas con las leyes reglamentarias, y, en su caso, con las disposiciones suscritas por México en el ámbito internacional, como el Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Fomentar en la familia, escuela y medios electrónicos de comunicación, una cultura de respeto a dichas prerrogativas básicas.

Que el Estado cumpla con el mandato establecido en el artículo 17 de la Constitución de México y garantice una tutela judicial efectiva en los derechos fundamentales y políticos en México.

México es parte integrante del planeta; por tanto, si todas las personas deben ser libres e iguales entre sí, también lo deben ser en su hogar común que es el planeta que habitamos,

Para garantizar esos valores humanos, las personas, los poderes formales, las instituciones y todos los entes que por circunstancias de hecho

o derecho ejercen la autoridad deben respetar el orden jurídico universal que tiene como base los derechos planetarios.

Cada ser humano es la síntesis dialéctica y biológica de componentes de Carbono, Hidrógeno, Oxígeno y Nitrógeno (CHON); de diversas especies vegetales, animales y de toda una cadena interminable de seres interrelacionados mediante ácidos desoxirribonucléicos que los hacen miembros de un mismo género de vida con diversas especies.

- La especie humana es una misma, los recientes descubrimientos científicos, nos han demostrado que: Nuestra carga genética se diferencia en el 0.01%, lo cual significa que somos una misma raza. Nuestras diferencias, son mínimas y derivan de condiciones geográficas y climáticas que impactan a nuestros fenotipos.
- La naturaleza nos dotó con los mismos elementos y características, somos iguales y libres dentro del planeta; la fraternidad genética es interna y no la hemos podido objetivar hacia el exterior.
- Los mitos de los superhombres o Dioses hombres y hombres Dioses se han derribado: no somos ni Dioses ni bestias, sólo personas humanas iguales. Tampoco existen las superrazas o grupos humanos que deban someter a otros, ya que todo ser humano vale exactamente lo mismo que cualquier otro congénere.
- Si en ocasiones la naturaleza ha dotado a ciertos seres diferentes, es por excepción, cada ser es diferente, pero somos fraternalmente una misma especie, que merece un mismo trato por sus iguales.

Lo anterior significa que las personas, al tener necesidades comunes: agua, aire, comida, vestido, vivienda, empleo y demás; nos hemos convertido, de manera irracional, en forma indebida, en un animal depredador y respecto de nuestra especie en el peor enemigo, pensando, en forma falaz, que quien somete al prójimo, abusa de las personas o explota más recursos naturales y a más gente, es más inteligente.

La necesidad ha movido, en gran medida, el desarrollo de la inteligencia, de la ciencia, la tecnología y la cultura; sin embargo, en la actualidad, abundan “necesidades superfluas”, hemos creado, a través del mensaje subliminal o propaganda comercial, sensaciones antinaturales en las personas, lo cual ha propiciado un consumismo depredador que está

acabando con el planeta: aparatos electro mecánicos, teléfonos y hornos radiactivos, coches, computadoras, acetatos, armas, drogas y demás industrias contaminantes que reditúan enormes ingresos a unos cuantos y depredan nuestro entorno natural, sin ninguna necesidad de nuestra raza planetaria.

Dentro de las necesidades superfluas y antinaturales, destaca la de tener poder, en cualquiera de sus formas, para ello, quienes se encuentran enfermos por obtener el dominio, lo han justificado en diversos mitos: se han erigido como Dioses, superhombres (César, Faraón, Rey, Rajá, Emperador, *Huehuetlatoani*, Presidente); se han llamado y han denominado a su pueblo como “los elegidos” (el pueblo de Yahvé, del Sol, el predestinado, el favorito de Dios o de los dioses); otros, han adorado al Dragón, *Huitzilopochtli*, Alá, Cristo o a Marte y creado monumentos al arte de matar a otros hombres; además, se han utilizado las ideologías políticas y las religiones para, someter en lo material y en lo ideológico a las razas humanas.

Dichos controles se han ido perfeccionando y mezclando con los avances de la ciencia y la tecnología; el pan y circo abunda en sus formas, para todo tipo de personas, lo cual ha sofisticado las formas del arte de la manipulación, así, el día de hoy, se tiene el control de la mente a través de la basura electrónica, la cual no aporta nada al desarrollo espiritual y humano; el del instinto y las necesidades del cuerpo con la “comida chatarra” o “comida rápida”, que junto a las “aguas de cola”, ocasionan cáncer, gastritis, infartos, diabetes y demás enfermedades “modernas”; otra forma de dominio del instinto, es la proliferación del “libertinaje sexual” y la aparición de diversos géneros sexuales, los cuales no son armónicos a la procreación y perfeccionamiento de la raza humana.

Así, quienes controlan el poder en el planeta, están equivocados, están destruyendo el planeta, depredando el entorno, especies vivas, al mismo hombre y a sí mismos.

Por tanto, en la apertura de un nuevo siglo y milenio, convendría hacer un balance de lo hasta aquí actuado.

Uno de los temas fundamentales es que los seres vivos tenemos necesidades vitales y cuya satisfacción, requiere de una organización social; de aquí, ¿Quién debe dirigir las agrupaciones humanas y a la raza en general?

Entre los individuos, como entre los países o superestructuras estatales, bloques económicos o políticos de naciones, no ha existido una democracia entendida como la construcción de acuerdos, pactos, convenios o contratos sociales en los que participen todas las personas, grupos o clases sociales que integran una *Polis*, Comunidad, República, Municipio o Estado.

Así, en la *polis* y la *civitas*, había esclavos; que después se convirtieron en siervos y ahora el hombre es un objeto de consumo: esclavo del placer y de sus instintos, que vive en un proceso de degradación y depredación planetaria.

En la actualidad, élites económicas son las que detentan el poder y manipulan a los gobiernos, conducen la explotación de los recursos humanos y naturales del planeta hacia sus intereses, lo cual es contra la propia naturaleza humana y del planeta.

Por lo anterior, la raza planetaria no debe seguir permitiendo que unos cuantos deterioren nuestra gran nave espacial; basta de manipulaciones, ya que no tienen la preparación para ello ni han demostrado ser justos, por tanto, esa es una decisión de la raza humana.

En ese sentido, la mayor parte de la raza planetaria, hoy marginada, es la que debe tomar las riendas para nulificar a cualquier persona, grupo o ente social que dañe a cualquier otro ser planetario.

Las armas, guerras, contaminación y demás acciones y entes que han venido dañando a nuestros seres y planeta, deben ser eliminados, lo cual no quiere decir que debemos crear un mal para evitar el daño que hacen. Sino que, debemos prohibir e impedir que nuestras conductas no los sigan haciendo fuertes y poderosos, como lo son las acciones de resistencia civil y desobediencia.

De esta manera, debemos corregir nuestros círculos viciosos en virtuosos y evitar que las personas maten a sus congéneres, a especies que están en proceso de extinción, fabricar armas y en general, prohibir y evitar acciones de personas o el uso de todo artículo, agente u objeto que afecte, en cualquier forma la vida planetaria en su armonía con el cosmos.

En caso de que así sucediese, la raza planetaria deberá de evitar dichas acciones, o usos de objetos indebidos; lo cual no implica la eliminación de personas, grupos o estructuras políticas, sino su anulación, inhibición o cualquier forma en que se impidan dichas acciones u omisiones en perjuicio de la raza planetaria y el cosmos; dicha anulación puede darse en múltiples maneras, como pudiese ser el encierro, la observación, el tratamiento psiquiátrico y todo tratamiento humano y digno para cualquier persona.

Los círculos virtuosos que debe emprender la raza planetaria, son todos aquellos que desarrollen de manera armónica e integral sus facultades en armonía a la naturaleza del planeta y del cosmos: comida natural, sin que altere su estructura molecular; el fomento de los deportes y ejercicios diversos: mente sana en cuerpo sano; la proliferación de las artes, como son la música, pintura, escultura, canto y todo aquello que eleve el espíritu de nuestra raza; la ciencia y la tecnología en el uso, goce y disfrute armónico de nuestros recursos naturales con los humanos, sin rivalidades irracionales o explotación y abuso de los recursos humanos y naturales del planeta. Así, los usos de la ciencia y de la tecnología deben ser en beneficio del interés general planetario y sus inversiones y resultados, deben ser utilizados en el mismo fin.

La competencia, rivalidad y lucha deberán ser deportivas; en el mejoramiento de la cantidad y calidad de vida; en crear las mejores artes y, en general, el desarrollo de la excelencia en la ciencia, la tecnología y la cultura de la raza humana.

Por lo anterior, todo acaparamiento o monopolio que atente contra la dignidad de las personas planetarias, sus recursos humanos, naturales, el planeta y el cosmos; deberá ser evitado o eliminado en las condiciones ya señaladas. Prevalecerá el interés general, en armonía a la naturaleza humana y planetaria, sobre cualquier otro.

Declaración de los derechos planetarios

- Todo ser humano es igual, es parte de la raza planetaria y cualquier tipo de barrera, obstáculo, norma u objeto cultural que atente su dignidad de persona planetaria será eliminada y desconocida por todo ente dotado de razón en igualdad de circunstancias.
- Toda persona planetaria debe vivir en armonía con los demás seres vivos, su planeta y el cosmos; cualquier conducta, acción u omisión en contra de dicha naturaleza, será contraria a la raza planetaria y se considerará como un acto hostil a dicha raza planetaria, la cual, en conjunto se coordinará para evitar dichos males.
- El planeta y sus partes, no son propiedad de nadie, el planeta es nuestro espacio natural, ya que hemos sido creados para habitarlo; por tanto, las personas y agrupaciones se organizarán mirando siempre por los valores, principios e intereses planetarios. Cualquier persona o agrupación humana que atente contra dichos valores de la raza planetaria, será sometido a los intereses generales, en armonía al planeta y al cosmos.
- Toda persona planetaria, tiene la obligación de proteger a sus congéneres, a las especies vivas del planeta y a evitar cualquier daño al planeta y a su armonía dentro de nuestro cosmos, así, se deben crear los círculos virtuosos y cultura adecuada al desarrollo armónico e integral de la raza planetaria.
- Las organizaciones políticas y sociales deben tener como finalidad la protección de la raza planetaria, sus especies y entorno; el planeta mismo y de todo lo señalado, que guarde armonía en su cosmos. No será considerada legítima en su actuar, cualquier persona física, jurídica u organización política o social que atente contra las personas planetarias, sus especies vivas y al planeta en relación al cosmos.

Conclusiones

Primera. Se deben determinar los valores, principios e intereses de los seres vivos, del planeta y del cosmos.

Segunda. A través de la Nomología, se deben estudiar y armonizar los valores, principios e intereses de las diversas agrupaciones humanas en el planeta.

Tercera. Se deben armonizar dichas categorías con las de los seres vivos, el planeta y el cosmos.

Cuarta. Se debe deliberar, discutir y diseñar los mecanismos para el establecimiento de la Norma Oficial Planetaria (NOP).

Quinta. Debemos educar a la raza planetaria en torno a los valores, principios e intereses de los seres vivos, del planeta y del cosmos.

Referencias

- ARISTÓTELES: *La Política. Anuario Estadístico*, Editado por SEIJAL, INEGI y el Gobierno del Estado de Jalisco, II tomos, edición 2003.
- BERMAN, Harold: *La formación de la tradición jurídica de occidente*, FCE, reimpresión, México, 2001.
- BERNAL, Beatriz – LEDESMA, José: *Historia del Derecho Romano y de los neorromanistas*, Porrúa, México, 2001.
- BOBBIO, Norberto: *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987; *El problema del positivismo jurídico*, Depalma, México, 1992.
- BORÓN, Atilio: *Tras el Búho de Minerva. Mercado contra democracia en el capitalismo de fin de siglo*, CLACSO = Congreso Latinoamericano de las Ciencias Sociales, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2000; *Imperio e Imperialismo*, CLACSO, Argentina, 2002.
- BRZEZINSKI, Zbigniew: *El gran tablero mundial*, Paidós, Barcelona, España, 1998.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio: *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, Porrúa, sexta edición, México, 2000; *Las Garantías Individuales*, Porrúa, 34 edición, México, 2002.

- CALSAMIGLIA, Albert: *Racionalidad y eficiencia del derecho*, Depalma, segunda edición, México, 1997.
- CARRÉ DE MALBERG: *Teoría General del Estado*, FCE – UNAM, segunda edición, México, 1998.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino Víctor: *Garantías y Amparo*, Porrúa, México, 1991; *El sistema del Derecho de Amparo*, Porrúa, México, 1992; *La Procuración de la Justicia*, Porrúa, México, 1994.
- CORONADO, Mariano: *Elementos de derecho constitucional mexicano (1899)*, Oxford, II tomos, México, 2001.
- CASTELLS, Manuel: *La era de la información, La sociedad red*, III volúmenes, Siglo XXI, México, 1999.
- CEBRIÁN, Juan: *La red*, Taurus, Madrid, España, 1998.
- Conferencia trilateral Canadá – Estados Unidos – México, sobre el Voto en el extranjero*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral y otras instituciones, México, 1998.
- CONSTANTINEAU, Albert: *Tratado de la doctrina de Ipsa*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1945.
- COTTERELL: *La Sociología del Derecho*, Butterworths, London, Kingdom, 1992.
- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús: *La elegibilidad en México*, en la Revista Jurídica Jalisciense de la Universidad de Guadalajara, año 10, número 2, julio a diciembre del 2000; *Pacto Constitucional y normas electorales: simbiosis imprescindible*, Revista Sufragio del Tribunal Electoral del Poder Judicial en el Estado de Jalisco, número 3, marzo del 2003; *Derecho Constitucional Electoral*, Porrúa, sexta edición, México, 2010; *Dos Siglos de Constitucionalismo en México*, Porrúa, 2009; *Enciclopedia Jurídico Electoral de México*, Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco y Universidad de Guadalajara, México, 2003, tomo II; *Enciclopedia Política de México*, Senado de la República, X Tomos, México, 2010; *La Autonomía Municipal en México*, Porrúa, tercera edición, México, 2008; *Ensayo Mexihcco Xalisco*, Universidad de Guadalajara, sexta edición, México, 2004; *El paradigma de la Constitución*, Porrúa, segunda edición, México, 2008; *Enciclopedia Jurídico Electoral de Jalisco*, Poderes de Jalisco; *La Sociología Jurídica en México*, Se-

- gunda Aproximación*, Porrúa, México, 2008; *La Nomología de las Comunidades Precuauhtemicas (prehibéricas) en México: Siglos XV – XXI*, Comisión Especial para la Reforma del Estado de Oaxaca, Oaxaca, México, 2008; *Dos Siglos de Constitucionalismo en México*, Porrúa, segunda edición, México, 2014; *Los derechos planetarios*, Porrúa, México, 2011; *Planetología. Normplanet*, Porrúa, México, 2015. *El Paradigma de la Constitución, México 1917 a 2017*, obra conmemorativa de los centenarios constitucionales de México y de Jalisco, Porrúa, cuarta edición, México, 2017.
- COVARRUBIAS FLORES, Rafael y COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús: *La Sociología Jurídica en México, una aproximación*, segunda edición, Universidad de Guadalajara, México, 1998; *Valores y principios del pueblo mexicano, propuesta para una Constitución de México*, Universidad de Guadalajara, séptima edición, México, 2003.
- CUEVAS CONTRERAS, Marco: *Reivindicación de Don Prisciliano Sánchez, precursor del federalismo mexicano y fundador del Estado de Jalisco*, Gobierno de Jalisco y H. Ayuntamiento de Guadalajara, Guadalajara, Jalisco, México, 2003.
- CHÁTELET, Francois: *Historia de las ideologías*, Premia, tercera edición, Tlahuapán, Puebla, México, 1990.
- CHOMSKY, Noam: *Pocos prósperos, muchos descontentos*, Siglo XXI, México, 1997.
- CHOMSKY Noam y DIETERICH, Heinz: *La sociedad global, educación, mercado y democracia*, Joaquín Mortiz, octava reimpresión, México, 1999.
- DALLA VIA, Ricardo: *El Régimen Electoral y los Partidos Políticos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- DARANAS PELÁEZ, Mariano: *Las Constituciones Europeas*, Editorial Nacional, Madrid, España, 1979.
- DE AQUINO, Santo Tomás: *Suma de Teología*, IV tomos, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, España, 1994.
- DE OCKHAM, Guillermo: *Sobre el gobierno tiránico del Papa*, Tecnos, Madrid, España, 1992.
- DE VALLS, Pedicone: *Derecho Electoral*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2001.

- Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, 22 edición, Madrid, España, 2001, tomo “h – z”, p. 2075.
- El voto de los mexicanos en el extranjero*, Tesis de grado de Licenciado en Estudios Políticos y Gobierno de Susana Acoltzi Ángeles, Guadalajara, Jalisco, 2000.
- ELLWOOD, Charles: *Historia de la Filosofía Social*, Editorial Letras, Santiago de Chile, 1939.
- Enciclopedia de México*, SEP, México, 1988.
- FIX ZAMUDIO, Héctor – VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999; y tercera edición, 2003.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: *El origen del municipio constitucional: autonomía y centralización en Francia y en España*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España, 1983.
- GARCÍA PELAYO, Manuel: *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, España, 1968.
- GARCÍA SILBERMAN, Sarah y RAMOS LIRA, Luciana: *Medios de comunicación y violencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, España, 1999.
- GEIGER, Theodor: *Estudio de sociología del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: *Ius Gogens*, UNAM, México, 2003.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús: *El Estado contra sí mismo*, Noriega, reimpresión, México, 1998.
- GURVITCH, Georges: *Sociología Jurídica*, Cajica, Puebla, México, 1974.
- HAMILTON, MADISON y JAY: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, segunda edición castellana, México, 2001.
- HARIOU, André – GICQUERD, Jean – GELARD, Patrice: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ariel, Barcelona, España, 1980.
- HELD, Maurice: *Modelos de Democracia*, Alianza, México, 1992.
- HELLER, Hermann: *La Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, onceava reimpresión, México, 1985.
- HEYWOOD, Andrew: *Political Ideologies*, McMillan, Hong Kong, 1992.

- HICKS, John: *A short History of American Democracy*, Cambridge, Massachusetts, EUA, 1949.
- Historia documental de los EUA*, SEP – Instituto Mora, México, 1987, XII tomos.
- Historia de la Revolución Mexicana: 1911 – 1960*, varios tomos y autores, Colegio de México, 1980.
- HOBBS, Thomas: *Leviathan*, Editora Nacional, Madrid, España, 1983.
- HÖFFE, Otfried: *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Depalma, segunda edición, México, 1997.
- HUNTINGTON, Samuel: *La tercera ola*, Paidós, Barcelona, España, 1992.
- IANNI, Octavio: *Imperialismo y cultura de la violencia en América Latina*, Siglo XXI, México, 1981.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel: *La ilusión política*, Alianza Editorial, Madrid, España, 1993.
- KRIEGER, Emilio: *El nuevo Derecho Constitucional*, Grijalbo, México, 1996.
- La doble nacionalidad*, Memoria del Coloquio, LVI Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, 1995.
- LAMADRID SOUZA, José Luis: *La larga marcha a la modernidad en materia religiosa*, FCE, México, 1994.
- LOCKE, John: *Sobre la tolerancia*, Gernika, México, 1997.
- LÓPEZ, Mario: *Manual de Derecho Político*, Porrúa, México, 1994.
- Los derechos sociales del pueblo mexicano*, Congreso de la Unión y Porrúa, México, 1979.
- Los derechos sociales del pueblo mexicano*, XII tomos, Congreso de la Unión, cuarta edición, México, 1994.
- Los Derechos del Pueblo Mexicano*, XLVII Legislatura del Congreso de la Unión, Tomo I, México, 1994.
- LUHMANN, Niklas – DE GEORGE, Raféale: *Teoría de la Sociedad*, Universidad de Guadalajara – ITESO y Universidad Iberoamericana, Guadalajara, Jalisco, México, 1993.
- MAQUIAVELO, Nicolás: *Tutte le opere di Niccolò Machiaveli*, IV volúmenes, *Grandi Tabascali Economici*, Roma, Talia, 1998.
- México a través de los siglos*, tomo I, Compañía General de Editores, México, México, 1964.

- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Paulina: *Cultura política, emociones y democracia, el movimiento por el 28 de Mayo en Guadalajara*, Universidad de Guadalajara, primera edición, México, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat: *Del Espíritu de las leyes*.
- MORA, José María Luis: *Obras completas*, VII tomos, SEP – Instituto Mora, México, 1987.
- MOROVIC, Jan: *Political and economic factors in the democratic transformation of Slovakia, Achievements and problems*, City University Press, Estocolmo, Suecia, 2000.
- MYRDAL, Gunnar: *El Estado benefactor*, FCE, México, 1961.
- NAVARRETE, Tarcisio – ABASCAL, Salvador: *Los Derechos Humanos*, Diana, México, 1992.
- NAVARRO GONZÁLEZ, Luis Ignacio: *Apuntes de Derecho Romano*, Universidad de Guadalajara, México, 2002.
- NEVILLE FIGGIS, John: *El derecho divino de los reyes*, FCE, primera reimpresión, México, 1982.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI, México, 1991.
- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo A - C, Porrúa, México, 1998.
- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, “D – H”, UNAM – Porrúa, México, 2000.
- OLIVECROMA, Kart: *Lenguaje jurídico y realidad*, Fontamara, México, 1998.
- ORESTES AGUILAR, Héctor: *Carlos Scmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- ORIOLCOSTA, PÉRES TORNERO y TROPEA, Fabio: *Tribus urbanas*, Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- ORTEGA Y GASSET, José: *La rebelión de las masas*, Austral, México, 1994.
- ORTEGA LOMELÍN, Roberto: *El nuevo federalismo, la descentralización*, Porrúa, México, 1988.
- OTERO MESTAS, Mariano: *Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República Mexicana*, Universidad de Guadalajara, Jalisco, México, 1976.
- PECES BARBA, Gregorio: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, España, 1986.

- PIAGET, Jean: *Estudios Sociológicos*, Ariel, Barcelona, España, 1977.
- PLATÓN: *La República o de lo Justo; Diálogos*.
- PLANES DE LA NACIÓN MEXICANA, Congreso de la Unión, X tomos, México, 1967.
- RABASA, Emilio: *La Constitución y la dictadura*, Porrúa, México, octava edición, México, 1998; *El artículo 14 y el juicio constitucional*, Porrúa, México, 1984.
- RABOTNIKOF, Nora: *El espacio público y la democracia moderna*, Instituto Federal Electoral, México, 1997.
- RAMÍREZ FLORES, José: *Lenguas indígenas de Jalisco*, UNED, Guadalajara, Jalisco, México, 1980.
- RECASÉNS SICHES, Luis: *Tratado General de Sociología*, Porrúa, vigésima edición, México, 1986.
- Recopilación de las Indias*, UNAM – Porrúa, México, 1992.
- RENÁN, Ernest: *¿Qué es una Nación?*, París, Francia, 1882.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Porrúa, México, 1971; *El contrato social o principios de derecho político*, Libro I.
- SABINE, George: *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón: *La nueva legislación sobre libertad religiosa*, Porrúa, segunda edición, México, 1997.
- SANDOVAL ÁVILA, Antonio: *De la familia a la calle: la expulsión de los hijos*, Universidad de Guadalajara, primera edición, México, 2007.
- SANTORO, Emilio: *Estado de derecho, interpretación y jurisprudencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera edición, México, 2010.
- SAYEG HELÚ, Jorge: *El constitucionalismo social mexicano, la integración constitucional de México: 1808 – 1988*, FCE, México, 1991.
- SCHMITT, Carl: *Sobre el Parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, España, 1990.
- SERRA ROJAS, Andrés: *Historia de las Ideas e Instituciones Políticas*, Porrúa, segunda edición, México, 1992; *Ciencia Política*, Porrúa, décimo sexta edición, México, 1999.

The journal of the Federal Convention of 1787 analized by Hamilton, Richardson, Tothman & Co. Wisconsin Bar, EUA, 1985.

Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Los Derechos Humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, primera edición, México, 2010; *Los caminos de la justicia en los documentos de Ignacio L. Vallarta Ogazón*, primera edición, México, 2010; *Las resoluciones judiciales que han forjado a México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Siglo XIX vigencia de la Constitución de 1857, 1857-1917*, primera edición, México, 2010.

TRUEBA URBINA, Alberto: *La Primera Constitución Político – Social del Mundo, teoría y proyección*, Porrúa, México, 1971.

VIVERO ÁVILA, Igor: *Democracia y reformas políticas en México y América Latina*, Universidad Autónoma del Estado de México, primera edición, México, 2010.

VON IHERING, Rudolf: *La lucha por el derecho*, Porrúa, México, 1989; *El fin en el Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1978.

WEBER, Maximiliano: *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1987.

ZEMELMAN, Hugo: *Conocimientos y sujetos sociales*, Colegio de México, primera reimpresión, México, 1997.

LEGISLACIÓN

Acta Constitutiva de 1824.

Acta de Jalisco, 1823.

Acta de la Independencia Mexicana.

Acta de Reformas de 1847.

Apuntes para el Plan de Independencia del Padre Mercedario Convocatoria a Cortes.

Código Civil Federal.

Código de Justicia Militar.

Código Fiscal de la Federación.

Constitución Política del Estado de Jalisco.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado de Aguascalientes.

Constitución Política del Estado libre y soberano de Baja California Norte.

Constitución Política del Estado de Baja California Sur.
Constitución Política del Estado de Campeche.
Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Colima.
Constitución Política del Estado de Chiapas.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Chihuahua.
Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Durango.
Constitución Política para el Estado de Guanajuato.
Constitución Política del Estado de Guerrero.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Hidalgo.
Constitución Política del Estado de Jalisco.
Constitución Política del Estado de México.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Michoacán de Ocampo.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Morelos.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Nayarit.
Constitución Política del Estado de Nuevo León.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Oaxaca.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Puebla.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Querétaro de Arteaga.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Quintana Roo.
Constitución Política del Estado libre y soberano de San Luis Potosí.
Constitución Política del Estado de Sinaloa.
Constitución Política del Estado de Sonora.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Tabasco.
Constitución Política del Estado de Tamaulipas.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Tlaxcala.
Constitución Política del Estado de Veracruz.
Constitución Política del Estado de Yucatán.
Constitución Política del Estado libre y soberano de Zacatecas.
Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Diario Oficial de la Federación.
Elementos Constitucionales de Rayón (1813).
Estatuto de Gobierno del Distrito Federal
Tesis Jurisprudenciales.
Ley Agraria.
Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
Ley de Aguas Nacionales.
Ley de Ahorro y Crédito Popular.
Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley de Ciencia y Tecnología.
Ley de Comercio Exterior.
Ley de Coordinación Fiscal.
Ley de Expropiación.
Ley de Extradición Internacional.
Ley de Fiscalización Superior de la Federación.
Ley de Fomento para la Lectura y el Libro.
Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2004.
Ley de Inversión Extranjera.
Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
Ley de Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
Ley de la Propiedad Industrial.
Ley de Nacionalidad.
Ley de Navegación.
Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
Ley de Protección al Ahorro Bancario.
Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.
Ley del Banco de México.
Ley del Instituto de Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.
Ley del Servicio Militar.

Ley Estatal de Salud.
Ley Federal contra la Delincuencia.
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.
Ley Federal de Cinematografía.
Ley Federal de Competencia Económica.
Ley Federal de Derechos.
Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
Ley Federal de Juegos y Sorteos.
Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado B) del artículo 124 Constitucional.
Ley Federal de Protección al Consumidor.
Ley Federal de Radio y Televisión.
Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.
Ley Federal de Telecomunicaciones.
Ley Federal del Derecho de Autor.
Ley Federal del Mar.
Ley Federal Trabajo.
Ley General de Asentamiento Humanos.
Ley General de Bienes Nacionales.
Ley General de Cultura Física y Deporte.
Ley General de Deuda Pública.
Ley General de Educación.
Ley General de Población.
Ley General de Salud.
Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.
Ley General que establece las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.
Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.
Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

- Ley Orgánica del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.*
- Ley para la protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.*
- Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Jalisco.*
- Ley para los Servidores Públicos del Estado de Jalisco y sus Municipios.*
- Ley que declara reservas mineras nacionales los yacimientos de uranio, torio y las demás substancias de las cuales se obtengan isótopos hendibles que puedan producir energía nuclear.*
- Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados.*
- Ley Reglamentaria de la fracción XVIII del artículo 73 constitucional, en lo que se refiere a la facultad del Congreso para dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera.*
- Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo.*
- Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia nuclear.*
- Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario.*
- Ley sobre Delitos de Imprenta.*
- Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social.*
- Ley sobre la Celebración de Tratados.*
- Plan de Iguala, 1821.*
- Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2004.*
- Proyecto del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.*
- Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.*

ANÁLISIS DEL SISTEMA PENITENCIARIO FRENTE A LA REINSERCIÓN SOCIAL EN MÉXICO

Lorena Martínez Martínez¹
José Cruz Guzmán Díaz²

Resumen

El Sistema Penitenciario es un apartado sumamente importante dentro de la Seguridad Pública, puesto que es la última etapa donde una persona después de haber cometido un delito y sujeta a un proceso penal es condenado a cumplir una sentencia por encontrarse como responsable de la comisión de un ilícito, se somete a la pena de prisión misma que tiene como principal objetivo la Reinserción Social, la cual está a cargo de instituciones, funcionarios que tienen como fin cumplir con este proceso. Ahora bien derivado de algunas situaciones nuestro Sistema Penal en junio de dos mil ocho se reforma de ser Mixto a Acusatorio Adversarial, sufre esta modificación en virtud de que como venía operando el Sistema no se alcanzaban a cubrir los resultados óptimos, es decir, estaban perdiendo credibilidad las instituciones encargadas de impartir y administrar justicia, el rezago judicial que imperaba en México ya era demasiado, la corrupción, y con ello algunas violaciones a los derechos humanos tanto de las personas en prisión preventiva como de las personas que cumplían propiamente una pena de prisión, por tanto nos planteamos el objetivo de analizar el sistema penitenciario frente a la reinserción social en México, a través de una investigación jurídica, dogmática, con un enfoque cualitativo y descriptiva, que arrojo como conclusión que si

1 Lorena Martínez Martínez, Doctora en Derecho, Profesor de Tiempo Completo del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, Jalisco. México. Investigador del Observatorio Ciudadano de Cultura de la Legalidad y Sistema de Justicia en la misma institución educativa. Email: lorenamm@cusur.udg.mx

2 José Cruz Guzmán Díaz, Doctor en Derecho, Coordinador de la Maestría en Derecho y Profesor de Tiempo Completo del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, Jalisco. México. Investigador del Observatorio Ciudadano de Cultura de la Legalidad y Sistema de Justicia en la misma institución educativa. Email: joseg@cusur.udg.mx

bien es todo un reto, se tendrá éxito si cada uno de las instituciones, operadores del sistema y personal penitenciario trabajan en conjunto se logrará la Reinserción Social anhelada.

Palabras clave: Derecho penal, sistema acusatorio y reinserción social.

Abstract

The prison system is an extremely important part of the public security system, since it is the last stage where a person, after committing a crime and being subject to criminal proceedings, is sentenced to serve a sentence for being found responsible for the commission of an illicit act. However, as a result of some situations, our Criminal System was reformed from being a Mixed to an Adversarial Accusatory in June 2008. This change was made because the system had been operating but had not achieved optimum results, i.e. the institutions in charge of imparting and administering justice were losing credibility, the judicial backlog that prevailed in our country was already too great, corruption, and with it some violations of the human rights of both persons in preventive detention and persons serving a prison sentence, therefore, we set ourselves the goal of analyzing the prison system in relation to social reinsertion in Mexico, through legal and dogmatic research, with a qualitative and descriptive focus, which concluded that although it is a challenge, it will be successful if each of the institutions, system operators and prison staff work together to achieve the desired social reinsertion.

Keywords: Criminal law, accusatory system and social reintegration.

Introducción

El problema de la sobrepoblación en centros penitenciarios, los motines en centros carcelarios, entre otras; viendo la problemática que se ve la necesidad de hacer adecuaciones al Sistema Penal, se realiza esta modificación con fecha 18 de junio de 2008; se establece una prórroga para que en término de ocho años posteriores a esta, todos los Estados de la República Mexicana implementaran el nuevo Sistema Penal Acusatorio, ahora bien en este caso cada uno de ellos se vio en la necesidad en primer lugar de capacitar a los operadores del sistema y realizar las modificaciones en las instalaciones, ya que no se contaba con los espacios ni con las Salas para la realización de las audiencias; en esta reforma penal se modificaron los artículos 15,16,17,18,19,20 y 21 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio de 2008, se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que en este presente trabajo nos enfocaremos en especial a los artículos 18 y 21 constitucional en donde se establece cuáles son las bases del Sistema Penitenciario en nuestro País, así como algunas especificaciones de cómo debe ser su funcionamiento para lograr el objetivo en específico como lo es la Reinserción Social y sobre todo la nueva figura del Juez de Ejecución de Penas en donde la finalidad es de que esta autoridad judicial, sea la responsable de la Ejecución Penal, caso en particular que en nuestro país no existía sino que la vigilancia y seguimiento de la Ejecución Penal estaba a cargo del Poder Ejecutivo, así como el surgimiento de la Ley Nacional de Ejecución de Penas.

Se toman en cuenta estos aspectos de reforma pues de ellos puedo hacer un análisis en que momento nos encontramos después de estas reformas en relación a si la Reinserción Social con este enfoque que se da, ha permitido que se cumpla o que factores no han permitido que se cumpla el objetivo del Sistema Penitenciario en México.

Legislación mexicana aplicable al sistema penitenciario actual - La Reforma Constitucional de los Artículos 18 y 21

Dentro de la exposición de motivos para la reforma constitucional en la que cada uno de los Grupos Parlamentarios presentaron las propuestas de reforma a fin de que fueran consideradas y aprobadas, que se presentó mismos que se tomaron en cuenta para la realización de la reforma fueron los siguientes puntos, partiendo de que las prisiones en México se han visto como un gasto indeseable, y no se les ha tomado la importancia que estas debieran tener, motivo por el cual se ha provocado que en las prisiones se conviertan en lugares donde se violan los derechos humanos de los reclusos. A pesar de que por mandato constitucional se establece que estas personas que se encuentran privadas de su libertad tengan acceso a la educación al trabajo y por lo tanto no existan las condiciones necesarias para que los reclusos ejerzan estos derechos.

- Una de las cuestiones que ha causado alarma es que dentro de los centros penitenciarios no se cuentan con un servicio de salud digno que se les pueda ofrecer a las personas privadas de la libertad, en muchos de ellos no se cuenta ni siquiera con el personal indispensable para atender alguna emergencia que se pudiera suscitar dentro de estos establecimientos, cuanto menos de los instrumentos necesarios para dar una consulta, el medicamento para dar un tratamiento o instalaciones adecuadas para dar una consulta médica.
- La alimentación por otra parte es precaria y no es la adecuada para la población penitenciaria, en muchos de los establecimientos no son reguladas las porciones y en muchas de ellas no cuenta con la vigilancia de sanidad en cuanto a la preparación de los alimentos.
- Por otra parte, las instalaciones en su mayoría son viejas e insalubres y deterioradas, sin dejar de largo la sobrepoblación que existe en la mayoría de las instituciones penitenciarias en el País.
- El hacinamiento obstaculiza realizar las funciones esenciales del sistema penitenciario como la salud, la seguridad, el régimen de visitas, entre otras, limitado con ello se realicen las funciones adecuadamente tales como atender las adicciones que padecen

los reclusos, la recreación, así como la visita íntima. Por tal motivo se violan los derechos fundamentales tanto de las personas privadas de la libertad como de los empleados quienes trabajan en situaciones riesgosas y evitan la actuación de las funciones propias de cada uno de ellos.

Dicha reforma tenía como finalidad el dar un giro al funcionamiento del sistema penitenciario, de tal forma que la ejecución de penas no estuviera bajo el control absoluto del Poder Ejecutivo, sino que solo la administración de las prisiones sea de este, y se facultara al Poder Judicial mediante el nacimiento de la figura de los Jueces de Ejecución de Penas, siendo esta la autoridad judicial especializada competente para resolver controversias en materia de ejecución penal, así como garantizar la aplicación del debido proceso penitenciario, descartando las facultades de las autoridades penitenciarias y por ende judicializando con ella la etapa de ejecución.

Con esta división se dará a cada ámbito de poder lo que le corresponde: al Poder Ejecutivo, la administración de las prisiones y al Judicial la de ejecutar sentencias. Con esto la autoridad Judicial es decir los Jueces de Ejecución de Penas serán los encargados de vigilar el cumplimiento de las sentencias, que no solo implica la prisión como tal, sino que en el transcurso de estas es necesario la supervisión de una autoridad que pueda resolver respecto a situaciones tales como la aplicación de penas alternativas de prisión, la concesión de beneficios o el lugar donde se deba extinguir la pena.

Por otra parte, otro punto importante a resolver era la falta de capacitación del personal respecto a las áreas de psicología criminal, psiquiatría, penitenciarismo, victimología, estudio sistematizado de los documentos internacionales suscritos por México en materia de los derechos humanos de los sentenciados y su forma de trato y tratamiento, estadística y ejecución penal. El cambio de la denominación de reo por sentenciado por considerarse infame y denigrante, uno de los puntos de esta reforma penal es que su finalidad de que sea garantista cuidando y salvaguardando los derechos humanos de todas las personas independientemente que se encuentren privadas de la libertad por la comisión de un delito.

Otro concepto que se sugiere cambiar es el de readaptación por reinserción, puesto que se considera que la readaptación social es inadecuada para nombrar al momento en que los sentenciados dan cumplimiento a sus

condenas y se insertan nuevamente a su entorno social en que vivían. Si se toma como referencia que la esencia de la prisión, como una institución total y excluyente, en donde se mantiene con una visión segregativa de la persona privada de la libertad, más que una intención de inclusión en la sociedad de dónde provenía. Considerando de esta forma se cambie por el término de Reinserción teniendo como objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir y brindarle ayuda para que se transforme en un ser humano que sea de utilidad a la sociedad al momento de dejarlo en libertad, es decir regresar a la persona que desprendimos de la sociedad por cometer un delito y reinsertarlo porque son parte de una sociedad procurando con ello no reincidan aplicando los sistemas de tratamiento basados en el trabajo, la educación el deporte y la salud.

Respecto a las personas que cometan delitos de delincuencia organizada se juzga conveniente prohibir que puedan compurgar sus penas en los centros penitenciarios cercanos a su domicilio y por consecuencia sean internados en centros de reclusión especiales para estos internos. Se establece además la restricción a las comunicaciones de estas personas privadas de la libertad con terceros, salvo con su defensor e imponer medidas de seguridad especial dada su alta peligrosidad. De esta forma se plantea un fin u objetivo central que es “lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir”.

Como medios para obtener este propósito central se plantean cinco ejes o bases para el logro de la reinserción social del sentenciado. Estos cinco ejes se desprenden del artículo 18 Constitucional en el segundo párrafo donde se establece el Sistema Penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud, y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

1. El respeto a los derechos humanos
2. El trabajo y capacitación para el trabajo
3. La educación
4. La Salud
5. El deporte

Por otra parte, hay diversas disposiciones constitucionales que consagran Derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad y que constituyen mandatos y directrices para el sistema penitenciario. Las directrices a las que se hace referencia son:

- Control judicial sobre la ejecución de las penas (artículo 21, pfo 3º)
- Separación entre internos procesados y sentenciados, siendo reclusos en sitios distintos (artículo 18, pfo. 1º)
- Posibilidad de que mexicanos que cumplan sus sanciones en otros países, sean trasladados a México para compurgar su condena con base en los sistemas de reinserción social (artículo 18, pfo. 7º)
- Posibilidad (con las restricciones que establezca la ley) de cumplir la condena “en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social” (artículo 18 pfo. 8|).
- La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho defensa del imputado... (artículo 20, B Fr. IX, pfo. 2)
- En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención (art. 20, B, Fr. IX, pfo 3º).

Con algunas adecuaciones instrumentales, hoy se aplica el modelo técnico-progresivo en el sistema penitenciario mexicano. Asociado a factores de valoración objetiva para el mejoramiento de perfil y la conducta de los internos sentenciados (Patiño, 2010:19)

Ley Nacional de Ejecución de Penas

Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016, la cual en su artículo 1ª hace referencia el objeto es establecer las normas que deben de observarse durante el internamiento por prisión preventiva, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una resolución judicial, así como el establecer los procedimientos para resolver las controversias que surjan con motivo de

la ejecución penal y regular los medios para lograr la reinserción social. Se hace referencia de esta Ley en virtud de que anteriormente cada entidad federativa en nuestro País tenía su propia Ley que regulaba y establecía todas las facultades tanto de las autoridades involucradas en la reinserción social de los internos como los mecanismos para lograr la reinserción social en cada uno de los diferentes Estados de la República Mexicana.

Las controversias es un término nuevo que aparece en esta Ley en el Capítulo IV referente a las controversias mismas que se presentarán ante el Juez de Ejecución, y se habla de las situaciones en las cuales una persona privada de la libertad podrá poner a consideración del Juez de Ejecución y resuelva a su favor, en relación a las condiciones de internamiento, la modificación, extinción de las penas, derechos que tiene la persona privada de la libertad en relación a sus visitas, permisos, traslados, así como de las medidas de seguridad, mismas que se resolverán mediante un procedimiento ante la autoridad judicial. Anteriormente estas peticiones se realizaban ante la autoridad penitenciaria representada en el Comité Técnico Interdisciplinario y era esta autoridad quien atendía a las peticiones del interno.

En cuanto a los principios lo que se establece es que el desarrollo de los procedimientos en el Sistema Penitenciario se busque respetar estos principios para no violentar los derechos de todas las personas privadas de la libertad, en donde reciban un trato digno sin discriminación ya que es responsabilidad de las autoridades velar por que se respeten los derechos de las personas sujetas a esta ley y lograr la reinserción social del interno.

Autoridades corresponsables serán, las Secretarías de Gobernación, de Desarrollo Social, de Economía, de Educación Pública, de Cultura, de Salud, del Trabajo y Previsión Social y la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte, el Sistema Nacional para el Desarrollo integral de la Familia y la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes o sus equivalentes en las entidades federativas.

Anteriormente no existía esta figura de Policía Procesal propiamente ya que solo existía el personal que se encargaba de la seguridad de los centros como tal, mas sin embargo de momento para subsanar y dar cumplimiento con la seguridad de las personas privadas de la libertad en las Salas de Juicio Oral, fue de que del personal existente en los establecimientos penitenciarios los habilitaron como Policías Procesales, que esto ha tomado un reto porque

las facultades que tienen los servidores públicos son muy diferentes a las tareas desempeñadas como Custodios en los Centros Penitenciarios.

La conferencia Nacional dictará los protocolos que serán observados en los Centros Penitenciarios., los cuales pretenden unificar los trabajos que se desarrollen en las 32 entidades federativas de nuestro País.

Cabe señalar que esta Ley consta de 207 artículos en donde principalmente se busca el mejoramiento de las condiciones de las cárceles en el País, ya que se quiere restablecer el funcionamiento y unificar criterios, se resaltan los siguientes aspectos que se muestran a continuación:

- Establecer normas que se deben observar durante el internamiento por prisión preventiva.
- Procedimientos para resolver controversias que surjan con motivos de la ejecución penal.
- Principios del Sistema Penitenciario: Igualdad, legalidad, debido proceso, transparencia, confidencialidad, reinserción social, dignidad.
- La autoridad penitenciaria promoverá que los Centros Penitenciarios sean sustentables.
- Deberá existir coordinación institucional, es importante señalar que se faculta para que autoridades denominadas corresponsables coadyuven con el cumplimiento de esta Ley, Figura nueva que aparece en este ordenamiento.
- Derechos de las personas privadas de la libertad trato digno, asistencia médica, alimentación nutritiva, permanecer en estancias dignas, ser informado de derechos y obligaciones, suministro de agua potable, artículos de aseo, visitas, efectuar peticiones o quejas por escrito, plan de actividades, integridad física moral, sexual y psicológica, beneficiando a hombres, mujeres, indígenas, personas de la tercera edad, discapacitadas, con excepción de quienes hayan cometido delitos de delincuencia organizada, personas sujetas a medidas especiales.
- Se establecen los derechos y obligaciones a que quedan sujetas las personas privadas de la libertad.

- Las autoridades del procedimiento de ejecución penal son: Autoridad penitenciaria, Custodia Penitenciaria, Titular de los centros penitenciarios.
- Comité Técnico integrado por: Administrativo, Jurídico, Técnico y de Custodia Penitenciaria.
- Policía Procesal, realiza traslados y da seguridad y custodia a la persona privada de la libertad.
- La actividad que se realice dentro de los centros penitenciarios será reglada por Protocolos de Actuación que deberán de acatar todas las autoridades responsables de los procedimientos de la ejecución penal, para efecto de garantizar las condiciones de internamiento dignas y seguras para la población privada de la libertad y la seguridad y bienestar del personal y otras que ingresan a los Centros, estos lineamientos se establecen en el artículo 34 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.
- Respecto a las medidas de vigilancia especial, para las personas privadas de la libertad por delincuencia organizada o por medidas especiales se establece compurgarán sus penas en espacios especiales. Estas personas quedarán sujetas a cambio de dormitorio, módulo, estancia, vigilancia permanente, visitas periódicas, restricción de visitas familiares e íntimas
- En cuanto a las faltas y sanciones serán establecidas por el comité técnico y estas deberán debidamente justificadas salvaguardando los derechos de las personas privadas de la libertad aislamiento temporal no deberá ser mayor a quince días continuos
- El procedimiento administrativo deberá presentarse ante la Autoridad Penitenciaria y el Procedimiento de ante el Juez de Ejecución
- Beneficios preliberacionales, y sanciones no privativas de la libertad: Beneficios de libertad anticipada, Libertad Condicional, Medidas penales no privativas de la libertad, Justicia Terapéutica, Justicia restaurativa, Mediación Penitenciaria.

Con la implementación de esta Ley de Ejecución Penal se pretende que a las personas privadas de la libertad se les respeten sus derechos humanos,

pero además que las autoridades encargadas de la reinserción social se conduzcan bajo rubros de respeto y trato digno hacia las personas privadas de la libertad, que el actuar sea bajo lineamientos legales previamente establecidos en donde se marque la pauta de su actuar pero sobre todo que estos lineamientos sean unificados en las 32 entidades federativas de nuestro País y por ende implementados en los centros penitenciarios existentes.

Esta Ley busca subsanar todas las deficiencias que hasta la fecha se han venido dando dentro del Sistema Penitenciario y que de alguno u otra forma no ha cumplido su objetivo el que realmente se pueda dar una reinserción social en las personas privadas de la libertad. Ahora bien es de reciente creación por lo que a la fecha las autoridades encargadas de ejecutar no ha sido posible totalmente la implementación de esta ley, tal es el caso que dentro del mismo ordenamiento legal una vez entrado en vigencia se establecieron dentro de sus artículos transitorios prórrogas para el cumplimiento de lo que de la misma se deriva, estos plazos van desde un año o dos años después de la publicación para efecto de dar cumplimiento, sobre todo lo relacionado con infraestructura penitenciaria, y es razonable puesto que se tendrían que otorgar los presupuestos económicos necesarios para hacer los ajustes y otorgar los servicios que se establecen a las personas privadas de la libertad, por otra parte se establecen plazos de cuatro años a fin de que la autoridad penitenciaria capacite y adecue los establecimientos penitenciarios y su capacidad instalada, equipar desarrollar tecnologías de la información y comunicaciones, así como adecuar su estructura organizacional.

Cabe mencionar que a la fecha se siguen implementando estrategias para que cada Centro Penitenciario en relación a su personal se capacite y conozca los lineamientos que para su trabajo a desarrollar sea apegado de acuerdo a las normas aplicables para este caso en particular.

Tratados Internacionales aplicables al funcionamiento y regulación del Sistema Penitenciario

Ahora bien, como se señala en el artículo primero de la Constitución en donde se establece que la interpretación de las normas relativas a los Derechos Humanos se hará con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la

protección más amplia”. De esta forma las personas privadas de su libertad, que son los grupos más vulnerables frente al abuso de poder y la violación de Derechos Humanos, podrán disponer de una esfera más amplia de derechos y garantías.

Se puede referir, entre los instrumentos internacionales en los que se enuncian o desarrollan los derechos de las personas privadas de su libertad los siguientes: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las personas privadas de la libertad, Reglas de Mandela, así como las resoluciones de multilaterales de protección a los Derechos Humanos.

La reforma a nuestro Sistema Penal trajo consigo grandes cambios los cuales hoy en día se siguen capacitando y subsanando errores que se han cometido en el transcurso de la implementación de este nuevo ordenamiento legal aplicable al Sistema Penitenciario.

Población interna de los centros penitenciarios en México

La población interna en los Ceresos, Ceferesos, Prisiones Militares y cárceles municipales que conforman la muestra asciende a 186,829 personas, lo que representa al 86.16% del total de la población penitenciaria nacional, población total penitenciaria a enero de 2017: 216,831, dato obtenido del Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, publicado por la Secretaría de Gobernación, correspondiente a enero de 2017.

Tomando en referencia que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como parte de sus atribuciones, realiza el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP) con el objetivo de observar el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad de forma anual y publica los resultados obtenidos con la finalidad de que las observaciones realizadas por esta autoridad se tomen en cuenta para las mejoras del propio sistema penitenciario.

El personal de la CNDH visita a cada uno de los centros penitenciarios con la finalidad de supervisar, entrevistar y realizar su reporte en base a los siguientes puntos:

1. Aspectos que garantizan la integridad física y moral de las personas privadas de la libertad;
2. Aspectos que garantizan una estancia digna;
3. Condiciones de gobernabilidad;
4. Reinserción social del interno; y
5. Grupos de internos con requerimientos específicos.

Dentro de estos cinco rubros permiten revisar los indicadores mismos que se califican en una escala del 0 al 10, de acuerdo con las condiciones mínimas que debe de existir en un centro penitenciario, estas visitas se hacen de forma anual a todos los centros penitenciarios del País. La calificación nacional de Ceresos en 2017 es de 6.30, con lo cual se tiene una calificación a nivel general mayor que en los últimos tres periodos evaluados.

El levantamiento del DNSP 2017, se realizó sobre una muestra total de 198 instituciones penitenciarias de las 378 que se encontraban en funcionamiento al inicio de 2017, el dato de 378 instituciones penitenciarias se conforma de los 375 centros registrados en el Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, correspondiente a enero de 2017, más las 3 Prisiones Militares que existen en el país con lo cual se abarcó más de la mitad de los centros de reclusión del país. La muestra considerada para centros penitenciarios dependientes de gobiernos locales (varoniles, mixtos y femeniles) fue de 131, es decir el 47.81% de un total de 2744 existentes en el territorio nacional, la población privada de la libertad en esos establecimientos fue de 161,855 personas, lo que corresponde al 84.75% del total de la población reclusa en centros estatales, cuyo texto íntegro del Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017 puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc//sistemas/DNSP/DNSP_2017.pdf.

La muestra considerada para centros penitenciarios dependientes de gobiernos locales (varoniles, mixtos y femeniles) fue de 131, es decir el 47.81% de un total de 2744 existentes en el territorio nacional, la población privada de la libertad en esos establecimientos fue de 161,855 personas, lo que corresponde al 84.75% del total de la población reclusa en centros estatales. Con relación a las cárceles que dependen de autoridades municipales, se consideró una muestra de 44 (52.38%) establecimientos de un total de 84

(67 municipales y 17 distritales) que había en enero de 2017, la población que se encontraba interna en los centros supervisados era de 2,529 internos, lo que representó un 75.08% del total de la población recluida en ese tipo de instituciones. Se visitaron los 20 centros federales en funcionamiento, al considerar el Cefereso CPS N° 17, en Michoacán que inicio actividades en 2017, el Centro Federal de Rehabilitación Psicosocial (CEFEREPSI) y los 4 establecimientos que conforman el Complejo Penitenciario de Islas Marías, con una población total de 21,906 personas privadas de la libertad al momento de las visitas. También se incluyen las tres Prisiones Militares, mismas que albergaban durante la supervisión a 539 internos.

El DNSP 2017 contó con la participación de 21 servidores públicos adscritos a este Organismo Nacional y el apoyo de personal de las Comisiones locales de Derechos Humanos de todas las Entidades, quienes aplicaron las “Guías de Supervisión” que sirvieron de base para la evaluación de los cinco rubros que reflejan las condiciones que existen en las prisiones supervisadas, entre las que destacan las siguientes:

Centros Estatales en México en 2018

- Las deficiencias detectadas con mayor incidencia se refieren a la separación entre procesados y sentenciados, deficientes condiciones materiales, equipamiento e higiene de las áreas de dormitorios, sancionados, sujetos a protección, cocina y comedores, insuficiente personal de seguridad y custodia, hacinamiento, falta de actividades laborales y de capacitación para el trabajo. También se identificaron como deficiencias importantes con 71 y 69 respectivamente, la falta de prevención y atención de incidentes violentos, así como las condiciones de autogobierno/cogobierno.
- En la mayoría de los centros visitados no se cuenta con algún programa para la prevención de adicciones y de desintoxicación voluntaria eficiente, prevaleciendo deficiencias como la inexistencia o insuficiencia de instalaciones necesarias para el funcionamiento del Centro.
- En 69 centros visitados se pudo observar un bajo control en el ejercicio de las funciones de autoridad por parte de los servidores

públicos, en actividades productivas, educativas y deportivas, de alimentación, mantenimiento y limpieza, así como el control del ingreso de visitas tanto familiar como íntima, uso de los teléfonos y de la seguridad, dando paso al autogobierno/cogobierno, situación que vulnera el control que debe tener la autoridad sobre el Centro, favoreciendo la violencia dentro del mismo.

- En 46 de los centros estatales persiste la sobrepoblación, lo que genera otro tipo de problemáticas que afectan su funcionamiento. En 64 de los establecimientos locales supervisados existe hacinamiento, con áreas que rebasan de manera importante su capacidad.
- En la mitad de los centros verificados, se observaron áreas de privilegios, así como la presencia de objetos y sustancias prohibidas.

En el documento del Diagnóstico la calificación más alta la obtuvieron los Estados de Guanajuato y Querétaro con una puntuación de 8.19 y 8.13 respectivamente, siendo que la calificación más baja la obtuvieron Guerrero con 4.22 y Nayarit 4.15.

Centros Federales

- En 16 establecimientos hay insuficiencia de personal, en 14 concurre la carencia de actividades laborales y de capacitación; así como de actividades educativas en 6 de los establecimientos.
- El derecho de protección de la salud es un problema generalizado en los centros federales dada la falta de personal médico, así como por la deficiencia en su atención.
- En 11 centros se observaron deficiencias en la atención a personas adultas mayores y en 13 en los programas para la prevención de adicciones y desintoxicación voluntaria.
- En 6 de los centros federales se detectó falta de acceso de las personas privadas de la libertad en actividades deportivas.
- En 11 de los establecimientos federales se observaron deficiencias respecto de la vinculación de las personas privadas de la libertad con la familia y sociedad, así como en 6 centros se observaron deficiencias en la prevención de incidentes violentos.

- Se detectó en 8 centros deficiente clasificación entre procesados y sentenciados. Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017
- Centros Municipales
- En lo que respecta a centros municipales, las deficiencias detectadas con mayor incidencia se refieren a insuficientes actividades laborales y de capacitación para el trabajo, así como una deficiente clasificación, falta de reglamentos y manuales, así como escasa o a veces nula difusión de la normatividad que rige al Centro hacia las personas privadas de la libertad y no se cuenta con algún programa para la prevención de adicciones y de desintoxicación voluntaria.
- Por lo que se refiere a los servicios para mantener la salud de las personas privadas de la libertad, la mayoría de los centros carecen de instrumental médico, medicamentos y de personal suficiente para atender a las personas. También se observó insuficiencia o inexistencia de instalaciones necesarias para el funcionamiento del Centro, así como de acciones para prevenir y atender incidentes violentos.
- Parte importante son las malas condiciones materiales e higiene de las instalaciones para alojar a las personas privadas de la libertad, deficiente integración de los expedientes técnico-jurídicos, así como deficiencia en agua y alimentos además de su pésima elaboración y distribución.

De las reformas que se hacen a nuestro sistema penal en cual va incluido el Sistema Penitenciario, se busca establecer los lineamientos para que se retome la finalidad de la prisión que es la reinserción social de las personas privadas de la libertad, considero que es un gran paso con la reforma debido a que era urgente se alineara el rumbo de nuestros Sistema Penitenciario, porque realmente no se había dado cumplimiento a su encomienda. Y sin duda alguna dentro de los aspectos a considerar en esta reforma son precisamente para dar solución a todos los problemas que hoy en día se viven en los centros penitenciarios.

Si es necesario recalcar que solo son dos años de la reforma y de que entraron en vigor las leyes aplicables y que aún a la fecha no se han visto resultados al cien por ciento porque en la mayoría de los casos se

ha detenido, puesto que no se ha destinado el recurso económico para que en algunos de las instituciones penitenciarias se modifique la estructura para que se construyan los espacios de acuerdo a la LNEP, como lo es las estancias infantiles que deben tener los centros que albergan mujeres que cuenten con hijos, puesto que tiene derecho a tenerlos con ellas hasta la edad de cinco años, así como la contratación de todo el personal necesario para dar la atención que requiere un menor de edad cuidando desde su salud y su educación, esparcimiento y áreas de recreación dentro del establecimiento penal.

Por otra parte, el personal penitenciario en cada uno de los establecimientos es mínimo al que debiera de estar para brindar los servicios adecuados, así como lo marca la LNEP, no se había dado la importancia porque no se profesionaliza ni se actualizaba al personal, además de que las condiciones de trabajo dejan mucho que desear, con la reforma se ha dado un poco de capacitación y las autoridades se han dado cuenta de la importancia de la actualización en su personal. Hay desconocimiento sobre todo en los instrumentos internacionales, su forma de aplicación y que son fundamentales para el trabajo diario que realizan.

Conclusiones

Si se logra respetar la capacidad instalada para cada uno de los establecimientos se lograría proporcionar todos los servicios a las personas privadas de la libertad como lo es un trato digno, la alimentación, la salud, la educación, capacitación para el trabajo y respeto a los derechos humanos que son los cinco ejes en el cual el Sistema Penitenciario se basa, además se evitaría el hacinamiento y por ende se impedirían disturbios tales como el autogobierno y finalmente se lograría la reinserción social de las persona privadas de la libertad.

Un problema que se ha presentado es que a la fecha no se tienen la totalidad de Protocolos de actuación de los Macro procesos que rigen el Sistema Penitenciario y que son vitales para cada una de las actividades que desarrolla el personal penitenciario teniendo como finalidad salvaguardar los derechos humanos de todas las personas privadas de la libertad, no se han puesto de acuerdo ya que esos protocolos al igual que la LNEP deberán e ser de observancia general para todos los Centros Penitenciarios del país, siendo de conocimiento propio de los autores que, a la fecha se siguen trabajando con la construcción de los protocolos de actuación porque entre las mismas autoridades se ha dificultado ponerse de acuerdo en cómo realizan sus funciones y que además deben de cuidar que estos sean claros, se han hecho varias revisiones y se han hecho modificaciones, pero no se han definido en un cien por ciento, esta tarea es propia además de la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario.

El Diagnóstico que presenta la Comisión Nacional de Derechos Humanos es un documento que permite hacer las observaciones a las autoridades competentes para que traten de atender las necesidades que se presentan en cada uno de los establecimientos penitenciarios, es una tarea que apenas comienza aunado a la reforma constitucional, considerando que es un reto, pero sin duda alguna se tendrá éxito si cada uno de las instituciones, operadores del sistema y personal penitenciario trabajan en conjunto se logrará la Reinserción Social.

Referencias

- Arias, J. P. (2010). Nuevo modelo de Administración penitenciaria. México: Porrúa.
- Bremauntz, E. M. (2004). Derechos Penitenciario. México: Mc Grw Hill.
- Documenta. (01 de Agosto de 2018). Observatorio de prisiones. Obtenido de Observatorio de prisiones: <http://observatorio-de-prisiones.documenta.org.mx/archivos/1475>
- INEGI. (01 de Agosto de 2018). Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2017. Obtenido de Cen-

so Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2017: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/biblioteca/ficha.html?upc=702825095413>

Leucona, G. Z. (01 de agosto de 2018). México Evalúa. Obtenido de México Evalúa.

Martínez, G. M. (2007). Derecho Penitenciario Prisión y Control Social. México: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.

México, C. N. (01 de Agosto de 2018). Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017. Obtenido de Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2017.pdf

Paz, M. (2008). Derecho Penitenciario. México: Oxford.



Edición impresa
Empresa, Construcción de Paz y Sostenibilidad (Agenda 2030): desafíos desde la óptica
del derecho
Junio de 2020
Sincelejo, Sucre, Colombia

Empresa, Construcción de Paz y Sostenibilidad (Agenda 2030): desafíos desde la óptica del derecho

A partir del proyecto de investigación “Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre”, desarrollado por investigadores de la línea de derecho privado del Grupo de Investigación Sociojurídica de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR en construcción con investigadores grupos de investigación e instituciones aliadas, se presentan los resultados en la presente publicación, en la cual desde la problematización en la que se cimiento la indagación sobre la articulación de actores interdisciplinarios, se identifican los fundamentos del escenario construcción de paz y sostenibilidad desde la óptica del derecho.



Colección
Investigación