

Conflicto & Sociedad

Vol. 3 - N° 1 / Sabaneta, Colombia / Enero - Junio de 2015 / ISSN 2322-6900

Facultad de Derecho

Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

FONDO EDITORIAL
Unisabaneta





La Revista Conflicto y Sociedad está registrada
en la base de datos ALAS. <http://alasrevistas.blogspot.com>

Revista Conflicto y Sociedad

Volumen 3, número 1, Enero-Junio de 2015
ISSN: 2322-6900

Publicación de la Facultad de Derecho
de la Corporación Universitaria de Sabaneta
Periodicidad semestral

Hernán Moreno Pérez

Presidente del Consejo Directivo

Juan Carlos Trujillo Barrera

Rector

Carlos Mario Ramírez Betancur

Coordinador (e) Editorial, Unisabaneta
vicerector.academico@unisabaneta.edu.co
Sabaneta-Colombia

Luz Elena Mira Olano

Decana de la Facultad de Derecho
Corporación Universitaria de Sabaneta
decanatura.derecho@unisabaneta.edu.co

Fotografías

Camilo Alberto Molina Martínez

Impresión, diagramación e ilustración:

Editorial Artes y Letras S.A.S.
Calle 76 # 45 A 38
Tel: (4)3727716
Itagüí-Colombia

Tarifa Postal Reducida Servicios Postales Nacionales S.A.
N° 2015-647 4-72, vence 31 de Dic. 2015.

Comité Editorial

- José Saúl Trujillo González -Editor-
jose.trujillo@unisabaneta.edu.co
Magíster en Derecho Público, doctorando en Derecho Público de la Universität Konstanz, Konstanz-Alemania. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.
- Andrés Botero Bernal, doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires-. Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga-Colombia
- Andrés González Serrano, magíster en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá-Colombia
- Isaac Martín Delgado, doctor en Derecho (especialidad Derecho Público) de la Universidad de Bolonia. Universidad de Castilla-La Mancha España
- Bernd Marquardt, doctor en Derecho de la Universität St. Gallen, docente de la Universidad Nacional de Colombia.
- J. Ignacio Criado, doctor en Ciencia Política y Administración Pública de la Universidad Complutense de Madrid. Universidad Autónoma de Madrid-España
- Loreto Corredoira y Alfonso, doctor en Ciencias de la Información (Derecho de la Información) de la Universidad de Navarra. Universidad Complutense de Madrid-España.
- Luz Elena Mira Olano, magíster en Derechos Humanos y Democracia, y Derecho Internacional, Universitat Oberta de Catalunya. Corporación Universitaria de Sabaneta, Sabaneta-Colombia
- Omar Huertas Díaz, magíster en Derechos Humanos de la Universidad Alcalá de Henares-, Universidad Nacional, Bogotá-Colombia
- Wilma Arellano Toledo, doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y la Comunicación Infotec. México D. F.-México.
- Miguel Carbonell Sánchez, doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Universidad Autónoma de México UNAM, México D. F.
- Rodolfo Arango Rivadeneira, doctor en Derecho por la Universität Kiel, Kiel-Repubblica Federal de Alemania. Universidad de los Andes, Bogotá D. C. - Colombia.

Comité Científico

- Claudio Jesús Santagati, Pontificia Universidad Católica de Argentina, doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. jsantagati@uca.edu.ar
- Guillermo Escobar Roca. Doctor en Derecho de la Universidad de Alcalá. Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares-España.
- José Rodolfo Hernández-Carrión. Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Valencia-España. Universidad de Valencia-España
- Lorenzo Cotino Hueso, Universität de Valencia, doctor en Derecho por la Universität de Valencia-España. Universidad de Valencia-España. cotino@uv.es
- Namiko Matzumoto Benítez, Universidad Veracruzana de México, doctora en Derecho del Instituto Universitario de Puebla. mmatzum2oto@uv.mx
- Carlos A. Flórez López, Universidad de Medellín, doctor en Historia de la Universidad Nacional de Colombia. historiando@yahoo.com

Fecha de impresión: junio de 2015

Tiraje: 1000 ejemplares

Canje: Biblioteca Corporación Universitaria de Sabaneta,

Teléfono: (574) 301 18 18 ext. 152

Correo electrónico: canje@unisabaneta.edu.co

Página web: <http://unisabaneta.edu.co/comunidad/vicerectorias/investigacion/editorial/>

Dirección: Calle 75 sur 34 – 120

Sabaneta, Colombia

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la revista con finalidades educativas, investigativas o académicas siempre y cuando sea citada la fuente. Para poder efectuar reproducciones con otros propósitos, es necesario contar con la autorización expresa del Fondo Editorial Unisabaneta.



Esta obra está bajo una licencia de
Creative Commons Reconocimiento – No Comercial –
Sin Obra Derivada 3.0 Unported.

Misión

La Corporación Universitaria de Sabaneta–UNISABANETA– es una institución emprendedora y de innovación, para la construcción y transferencia del conocimiento, desde lo local y regional, con perspectiva social de su extensión, y comprometida con la construcción de un país más pacífico, más justo, más solidario, y con conciencia social y ecológica.

Visión

La Corporación Universitaria de Sabaneta–UNISABANETA– se propone ser reconocida como una institución emprendedora, con programas de excelencia, para la construcción de un país caracterizado por la paz, la inclusión, la justicia y la conciencia social y ecológica.

Valores Institucionales

Verdad
Bien común
Justicia
Solidaridad
Honestidad
Dignidad Humana
Cooperación
Coexistencia pacífica
Utilidad

Mission

The University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, is an enterprising and innovative institution for building and transferring of knowledge from local and regional level, with social perspective of its extent and committed to building a more just, more peaceful, with more solidarity, social, and ecological consciousness.

Vision

The University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, aims to be recognized as an entrepreneurial institution with programs of excellence to build a country characterized by peace, inclusion, justice, social and environmental awareness.

Values

Truth
Common Good
Justice
Solidarity
Honesty
Human Dignity
Cooperation
Peaceful Coexistence
Utility

Contenido

Presentación	7
Evaluadores	9
Misión de la revista	11
Acciones y herramientas mínimas para hacer frente al contexto generalizado de desaparición forzada de personas en México (caso Ayotzinapa) <i>Omar Huertas Díaz</i> <i>Filiberto Eduardo R. Manrique Molina</i> <i>Cecilia Correa de Molina</i> <i>Denisse Herreño Castellanos</i>	15
Política pública constitucional para la sobredimensión de los derechos de las mujeres en la ciudad de Bogotá, en el período comprendido entre 1994 y 2015 <i>Nayibe Paola Jiménez Rodríguez</i>	39
L'Internationalité de l'arbitrage: Bref aperçu du panorama latino-américain et suisse <i>Alejandro Follonier-Ayala</i>	55
Hacia una criminología para la protección de los derechos humanos <i>Yenifer Yiseth Suárez Díaz</i>	67
Consecuencias sociales de ser etiquetado al ser arraigado y posteriormente liberado. Primera parte: fundamento legal del arraigo constitucional <i>Karina Flores Rodríguez</i>	81
Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano <i>Laura Victoria Cárdenas Rojas</i>	101

Políticas públicas en derechos humanos para la niñez en el conflicto armado colombiano: una revisión histórica <i>Marcela del Pilar Rodríguez Palacios</i>	113
Migración irregular. Aproximación: doctrina internacional y jurisprudencia penal colombiana a partir de la Constitución de 1991 <i>Óscar Eduardo Silva Gómez</i>	127
Índice temático	147
Guía para los autores	153

Presentación

La investigación como fuente sustantiva de la Institución ocupa un lugar muy importante dentro del desarrollo a nivel interno. Es un espacio concebido para la difusión del nuevo conocimiento y el análisis desde diferentes ópticas de los temas de interés a publicarse.

La revista Conflicto & Sociedad editada por la Corporación Universitaria de Sabaneta, con apoyo del Fondo Editorial Unisabaneta, es una publicación semestral y de tipo científico que propicia la discusión, reflexión y difusión de resultados de investigación, terminados o en curso, en el área de las ciencias sociales y jurídicas, actualmente se encuentra respaldada por el Grupo de Investigaciones Pólemos de la Facultad de Derecho.

Dichos resultados de investigación, fueron revisados y a probados por parte de los pares evaluadores elegidos por el Comité Editorial de la Revista, según la preselección y recomendaciones del Editor en relación al proceso de evaluación establecidos por Colciencias.

Es así como a continuación, se presenta en el Vol. 3 No. 1, los artículos de los autores: Laura Victoria Cárdenas Rojas, Denisse Herreño Castellanos, Cecilia Correa de Molina, Omar Huertas Díaz, Alejandro Follonier-Ayala, Nayibe Paola Jiménez Rodríguez, Filiberto Eduardo R. Manrique Molina, Karina Flórez Rodríguez, Marcela del Pilar Rodríguez Palacios, Óscar Eduardo Silva Gómez, Yenifer Yiseth Suárez Díaz.

Presentation

Research as a substantial source of the institution occupies a very important place within the internal development. It is a space designed for the dissemination of new knowledge and analysis from different perspectives on topics of interest to be published.

The Conflict & Society magazine published by the University Corporation for Sabaneta Society, with support from the Fund Unisabaneta Editorial, is a biannual publication, science-which encourages discussion, reflection and dissemination of research results, completed or ongoing in the area social and legal sciences, is currently supported by the Research Group Polemos of the Faculty of Law.

These research results were reviewed and tested by peer reviewers selected by the Editorial Committee of the Journal, according to the preselection and recommendations of the Editor regarding the evaluation process established by Colciencias.

Thus, then, it is presented in Volume 3 No. 1 Articles by authors. Laura Victoria Cardenas Rojas, Denisse Herreño Castellanos, Cecilia Correa de Molina, Omar Huertas Diaz, Alejandro Follonier-Ayala, Nayibe Paola Jimenez Rodriguez, Filiberto Eduardo R. Manrique Molina, Karina Florez Rodríguez, Marcela del Pilar Rodríguez Palacios, Oscar Eduardo Silva Gomez,,Yenifer Yiseth Suárez Díaz.

Evaluadores

ELÍAS CASTRO BLANCO, Filósofo. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría. Magíster en Filosofía del Derecho. Magíster en Historia. Doctor en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Libre, correo electrónico: ecastro_filosofia@unilibre.edu.co

EYDER BOLIVAR MOJICA, Abogado. Especialista en Derecho Penal. Magíster en Relaciones Internacionales. Magíster en Derechos Humanos. Candidato a Doctor. Universidad de Santo Tomás – Tunja, correo electrónico: bolivarabogados@yahoo.com.ar

VÍCTOR MANUEL CÁCERES TOVAR, Abogado. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Especialista en Pedagogía. Magíster en Derecho Penal. Magíster en Derechos Humanos. Candidato a Doctor. Universidad Nacional de Colombia, correo electrónico: vmcacerest@unal.edu.co

IVÁN RICARDO MORALES CHINOME, Abogado. Especialista en Instituciones Jurídico Penales. Magíster en Derecho. Universidad Nacional de Colombia, correo electrónico: irmorales@unal.edu.co

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO, Abogado. Magíster en Sistema de Universidades Estatales del Caribe colombiano. Candidato a doctor en Ciencias de la Educación. Corporación Universitaria Americana, Universidad Simón Bolívar, correo electrónico: genionet@hotmail.com

CECILIA CORREA DE MOLINA, Licenciada en Educación. Socióloga. Magíster en Administración y Supervisión Educativa. Doctora en Ciencias Pedagógicas. Universidad Simón Bolívar, correo electrónico: ccorrea@unisimonbolivar.edu.co

REINALDO MORA MORA, Licenciado en Ciencias de la Educación. Magíster en Administración y Supervisión Educativa. Doctor en Ciencias de la Educación. Candidato a Doctor en Derecho. Postdoctor en Gerencia de la Educación Superior. Postdoctor en Gestión de la Ciencia y la Tecnología. Universidad Simón Bolívar, correo electrónico: reymora1@hotmail.com

JESÚS DARÍO MORA CALVO, Historiador. Abogado. Especialista en Derecho. Magíster en Ciencias de la Educación. Universidad Autónoma de Colombia.

CAVIEDES ESTANISLAO ESCALANTE BARRETO, Abogado. Especialista en Instituciones Jurídico Penales. Magíster en Pedagogía. Magíster en Corrupción y Estado de Derecho. Magister en Derecho. Universidad Simón Bolívar, correo electrónico: ceescalanteb@unal.edu.co

BORIS ALBERTO PINZÓN FRANCO, Abogado. Especialista en Derecho Público. Magíster en Educación. Universidad Incca de Colombia, UNINCCA, correo electrónico: b.pinzon@fuac.edu.co

Misión de la revista

La revista Conflicto & Sociedad, con ISSN 2322-6900, editada por la Corporación Universitaria con ayuda del fondo editorial Unisabaneta, tiene como propósito ser un espacio para la divulgación de resultados de investigación científica, de investigaciones terminadas de Grupos de Investigaciones, con la finalidad de convertirse en un referente académico y científico en torno a la investigación.



Mission of the magazine

The magazine Conflict & Society, with ISSN 2322-6900, published by the University Corporation supported by the Unisabaneta editorial fund, is meant to be a space for the dissemination of results of scientific research, research completed by Research Groups, in order to become an academic and scientific leader reference around Research.



Tema: Contraste social
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Desde arriba
País: Colombia, ciudad de Medellín

Acciones y herramientas mínimas para hacer frente al contexto generalizado de desaparición forzada de personas en México (Caso Ayotzinapa)¹

■ Por: *Omar Huertas Díaz**
*Filiberto Eduardo R. Manrique Molina***
*Cecilia Correa de Molina****
*Denisse Herreño Castellanos******

Recibido: marzo 16 de 2015

Aprobado: abril 21 de 2015

Resumen

El presente artículo muestra los resultados de la investigación llevada a cabo en México por el grupo de Doctorado en Investigación en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar 2014-2015, en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, en razón de la repercusión que ha tenido el caso Ayotzinapa y su impacto en los derechos humanos, por cuanto es evidente que la desaparición forzada se ha convertido en uno de los principales problemas del país, dado el incremento considerable que la comisión de este delito ha tenido en los últimos años y que ha dejado miles de víctimas.

Para poder entender esta problemática tomaremos en cuenta el caso Ayotzinapa, pues es necesario atender al contexto en el cual se desarrolla y cuáles son los principales factores que la generan, para buscar dentro del contexto internacional soluciones viables que permitan a las autoridades mexicanas obtener una guía rectora para hacerle frente al flagelo de la desaparición forzada de personas.

Palabras clave: Desaparición forzada, autoridad, derechos humanos, Constitución, derecho internacional, dignidad humana.

1. Artículo de investigación resultado de la estancia de investigación del Doctorado en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar 2014-2015 en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México, en colaboración con el Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN” de la Universidad Nacional de Colombia, Código COL0078909, reconocido y clasificado en categoría D COLCIENCIAS, Grupo de Investigación RELIGACIÓN EDUCATIVA COMPLEJA ¿RELEDUC?, registro COLCIENCIAS COL0137547 reconocido y clasificado en C de la Universidad Simón Bolívar; Grupo de Investigación PÓLEMOS de la Corporación Universitaria de Sabaneta COL0111291 –UNISABANETA–. Grupo de Investigación Derecho Público –USTABGA–Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, COL0084274 reconocido y clasificado en Categoría C –COLCIENCIAS y el doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Morelos México.

* Abogado, profesor asociado, especialista en Derecho Penal, líder Grupo Investigador y candidato a doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Ph. D © en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Magíster en

Tools and minimum actions to face the general context of forced disappearances in Mexico (Case Ayotzinapa)

Abstract

This article shows the results of the research stay in Mexico, conducted by the research group of Ph.D. in science education of the Universidad Simón Bolívar 2014-2015 in the Universidad Autónoma del Estado de Morelos, by reason of the impact it has had the case Ayotzinapa and their impact on human rights, since it is clear that enforced disappearance has become one of the main problems of the country, since the commission of this crime in recent years has increased significantly, bringing with it thousands of victims.

To understand this problem, we will consider the case Ayotzinapa, because it is necessary to look at the context in which this problem is generated, which are the main factors that generate it, and seek workable solutions In the international context, To enable Mexican Authorities Getting a rector guide to confront the general context of Forced Disappearance of Persons.

Key words: forced disappearance, authority, Human Rights, Constitution, international right, Dignity.

Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Investigador Grupo de investigación DERECHO PENAL Y DERECHOS HUMANOS de la Corporación Universitaria UNISABANETA. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de victimología. Miembro honorario Asociación Colombiana de Criminología. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co

** Licenciado y Maestro en Derecho. Actualmente lleva a cabo estudios de doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México. Ha realizado estancias de investigación en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-sede Bogotá. Ha participado en seminarios e impartido conferencias en México, Perú y Colombia. E- mail: filiberto.manriqueamol@uaem.edu.mx

*** Postdoctora en Currículo, Ciudadanía y Gobernabilidad Social, Centro de Investigación Postdoctoral CIPOST Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias Pedagógicas. Instituto Nacional de Pedagogía "Enrique José Varona", La Habana-Cuba. Magíster en Administración Educativa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D. C. Especialista en Investigación social y educativa, Convenio PIIE-ICFES. Socióloga, Universidad Autónoma del Caribe. Licenciada en Psicopedagogía, Corporación Universitaria de la Costa y Diplomada en Ciencias de la Complejidad, Multiversidad, doctor Edgar Morín. Directora Programa Doctoral en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Líder Grupo de Investigación RELIGACIÓN EDUCATIVA COMPLEJA ¿RELEDOC?, registro COLCIENCIAS COL0137547 reconocido y clasificado en C. E-mail: ccorrea@unisimonbolivar.edu.co

**** Abogada, especialista en Ciencia Política, Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB; Máster en Estudios Políticos Aplicados, Instituto Nacional de Administración Pública INAP-FIIAPP, Madrid-España; Doctorado (en curso) en Estudios Políticos, Universidad Externado de Colombia. Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, E-mail: coordinvder-ustabuca@hotmail.com

Introducción

Es importante señalar que la presente investigación se circunscribe dentro del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos Mexicanos, y se desarrollará principalmente en la categoría del derecho público; abarcará materias de derecho constitucional y de derechos humanos, así como otras con carácter supranacional como el derecho internacional público. Estas líneas de investigación resultan vitales para poder desarrollar el presente trabajo y ayudan a entender la problemática que en México, país en donde desde hace décadas se vive un clima de constante práctica de desaparición forzada de personas. Muchos estudiosos del tema hacen referencia a que históricamente dicha actividad data desde el fenómeno denominado la Guerra Sucia, que tuvo su origen en los años 60 del siglo XX (García, 2011), la cual tenía como fin reprimir, disolver y desaparecer los movimientos y las personas que se oponían al gobierno en turno, empleando para la ejecución de este delito a integrantes de instituciones como la milicia y los cuerpos encargados de brindar seguridad y perseguir los delitos. A partir de entonces, esta práctica se volvió una constante y, lamentablemente, ha dejado una gran cantidad de víctimas que, hasta la fecha, no se ha podido cuantificar.

La Guerra Sucia ha marcado al país no solo política sino jurídicamente, pues, a raíz de estos dolorosos acontecimientos, el Estado mexicano (en tan solo uno de decenas de casos) fue condenado en sentencia de 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH); nos referimos al caso Radilla Pacheco, donde se comprobó y sentenció que el Estado era responsable de la violación de los derechos a la libertad, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida del señor Radilla Pacheco; además, se reconoció internacionalmente que el Estado violó los derechos a las

garantías judiciales y a la protección judicial de esta persona (caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos, 2009, p. 103).

Es importante señalar que estas sentencias son fundamentales para la protección y la preservación de los derechos humanos en el país, pues en ellas se contienen obligaciones específicas tendentes a evitar que se repita este tipo de actos. Lamentablemente la historia nos dice que estas resoluciones no son observadas, y que los esfuerzos por erradicar esa actividad tan lacerante para la sociedad y la vida democrática han sido, por demás, insuficientes y débiles.

Estos actos se han ido replicando e incrementando en el país; el ejemplo más reciente y trágico es el de la desaparición forzada de los 43 estudiantes normalistas de Ayotzinapa, acontecida la noche del 26 y la madrugada del 27 de septiembre de 2014 en la ciudad de Iguala, municipio del Estado de Guerrero, el cual nos muestra claramente la gravedad de la situación, pero, sobre todo, las deficiencias y el gran desafío que enfrentan las autoridades mexicanas en materia de prevención, investigación y sanción, para que estos casos no se repliquen en el país.

El caso Ayotzinapa confirmó que las investigaciones y sanciones de las desapariciones forzadas prácticamente no se llevan cabo, con lo que se genera la impunidad definida por la Corte IDH como

[...] la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana (caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, 2006).

Además, se ha evidenciado que no se cuenta con las medidas y mecanismos adecuados para la búsqueda de las personas desaparecidas, pues en el caso de los 43 estudiantes no se cumplió con la utilización de protocolos como el de Estambul, el cual, no obstante haber sido incorporado al derecho interno, a la hora de realizar

las investigaciones no se observa, y por ello se vuelve de suma importancia la implementación de los estándares internacionales para fortalecer y dar mayor eficacia a las investigaciones tendientes a ubicar las personas víctimas de desaparición.

La preocupación sobre la desaparición forzada en México ha trascendido el nivel internacional; diversos organismos como Amnistía Internacional, en su informe 2014/2015, han denunciado que en el país hay más de 22 mil desaparecidos en el marco de la guerra contra el narcotráfico desde 2006 (International, 2015), y cuyo paradero es desconocido; además, consideran que lo ocurrido en Ayotzinapa agrava esta problemática, pues es un hecho que las desapariciones forzadas de personas van en aumento.

La participación del Estado mexicano en la desaparición de las más de 22 mil personas no se puede poner en duda, pues Human Rights Watch ha encontrado y documentado que actores estatales como la Marina, el Ejército, y la Policía federal y local han participado en la desaparición de personas, ya sea por sí solos o en colaboración con organizaciones delictivas (Watch, 2013). Ello evidencia que la mayoría de los casos de desaparición forzada responde a un patrón en el cual miembros de las fuerzas de seguridad detienen arbitrariamente a personas, sin contar con la correspondiente orden para justificar esta medida.

No podemos dejar de señalar que desde hace años, y mucho antes de que se perpetrara la desaparición de los 43 estudiantes normalistas en Iguala-Guerrero, esta crisis se venía denunciando e, incluso, se venía acusando directamente a quienes perpetraban tales delitos. Lamentablemente las sentencias emitidas por la Corte IDH en contra de México, y los informes y declaraciones hechos por organismos internacionales y no gubernamentales fueron ignorados por el Gobierno mexicano o, al menos, no atendidas en su cabalidad. Y es que, sin

lugar a dudas, el menosprecio por los derechos humanos por parte de algunas de las autoridades de ese país ha favorecido actos de barbarie como la pluricitada desaparición de los 43 normalistas de Ayotzinapa, y de más de 22 mil personas. En ese sentido hay que recordar que el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha dejado en claro que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Frente a la crisis descrita, el país se encuentra por primera vez en examen ante el Comité contra la Desaparición Forzada, el cual es el encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, y cuyas observaciones finales se dieron a conocer en la sesión celebrada el 11 de febrero de 2015. De las conclusiones de esta revisión, el Comité confirma que existe un contexto de desapariciones generalizado en gran parte del territorio del Estado mexicano, muchas de las cuales podrían calificarse como desapariciones forzadas, incluso iniciadas a partir de la entrada en vigor de la Convención (Forzada, 2015).

Es por lo anterior que resulta importante tomar en cuenta los informes, las recomendaciones, las observaciones y las sentencias que han emitido importantes organismos y tribunales supranacionales defensores de los derechos humanos, pues en ellos se contienen las acciones y herramientas mínimas para hacer frente a la desaparición forzada de personas, en tanto que el principal objetivo que buscamos es el de homogeneizar la información, para efectos de determinar el rumbo que México debe tomar para erradicar esta práctica tan lacerante y degradante de la dignidad humana.

En este artículo se utilizan dos perspectivas metodológicas: la analítica y la comparativa. La perspectiva analítica permite buscar, analizar y

descomponer todos los conceptos y definiciones de los temas que se pretende abarcar, y aclarar los conceptos, sus alcances y límites desde un punto de vista crítico y propositivo. Con la perspectiva comparativa se buscará la comparación sistemática de casos de análisis, con la finalidad de la verificación de hipótesis.

1. Contexto general de violencia, inseguridad y desaparición forzada de personas en México

Ya lo señaló de manera contundente Herman Héller en su obra *Teoría del Estado*, que para analizar un fenómeno es indispensable atender al contexto actual; en ese sentido, para entender los retos que tiene México es necesario conocer ese contexto, y entender cuáles son las características específicas que imperan en el país, cuáles los indicadores, y cuál el panorama actual.

Esta tarea es, sin lugar a dudas, complicada, pues tal y como lo señala Escalante Gonzalbo, uno de los rasgos fundamentales del período de la guerra contra el narcotráfico es que no hay información, y que quizá no va a haber información suficiente para entender lo que sucede (Gonzalbo, 2012) y, por tal motivo, acudiremos no solo a las fuentes nacionales sino también a las internacionales, para estar en la posibilidad analizar a fondo esta crisis, la cual expondremos de manera breve.

Partiremos afirmando que una de las principales problemáticas que aquejan al país es la relacionada con la violencia y la inseguridad, las cuales parece que no tienen límites, no respetan poderes, clases, ni condiciones sociales, y que evidentemente deterioran la calidad de vida y los derechos humanos de millones de personas que habitan y transitan en este territorio.

Es indudable que la sombra de la inseguridad y la violencia ha estado presente en nuestro país desde hace varias décadas; pero es desde hace poco más de ocho años cuando esta

ha mostrado su cara más cruel; nos referimos a la violencia asociada con las organizaciones criminales, las cuales han propiciado que México se sitúe como uno de los países más violentos de Latinoamérica y del mundo (Frank Holder, 2014).

Desde que comenzó la lucha contra las organizaciones delincuenciales, cuya principal actividad es la producción, el trasiego y la distribución de droga en el país, se han registrado y documentado innumerables violaciones a los derechos humanos, tales como los casos de tortura, privación de la libertad, desapariciones forzadas de personas, desplazados, así como la ejecución de miles de individuos, hechos todos que son, sin duda, degradantes de la dignidad humana.

Es claro que esta lucha y la disputa entre los principales carteles han dejado en México miles de víctimas, que de manera directa e indirecta han sufrido los estragos de este fenómeno, y que, sin temor a dudarlo, no han recibido un tratamiento adecuado ni una reparación integral.

Toda esta problemática y sus consecuencias son síntomas de que el Estado ha sido omiso en la tutela de los bienes, las libertades y los derechos de la población y de las víctimas. En regiones como Iguala-Guerrero se ha perdido el Estado de derecho, ya que es muy débil su estructura constitucional, en tanto que no existe un conjunto de procedimientos tendentes a asegurar el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Desde hace varios años el Gobierno de México se ha presentado ante la comunidad internacional con una imagen renovada y de nuevos aires en materia de derechos humanos, y ha presumido de las reformas constitucionales en la materia, pero si hacemos una comparativa con la realidad existente en el interior del país (Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal México, 2013), podríamos calificarla como una gran simulación, y una total y grave catástrofe.

Tal y como se señaló anteriormente, Human Rights Watch ha documentado que en México existen más de 22 mil desapariciones de personas, de las cuales analiza e informa 250; de estas, cerca de 140 son desapariciones forzadas en las cuales los sujetos activos son agentes de seguridad, es decir, han participado miembros de corporaciones como la Marina, la Policía, tanto local y federal como ministerial, y el Ejército; en ocasiones, estas fuerzas han actuado conjuntamente con la delincuencia (Watch, 2013, pág. 1).

La participación de fuerzas de seguridad en la comisión de delitos como la desaparición forzada de personas nos indica que en México se está perdiendo el Estado de derecho, entendido “como una estructura constitucional y un conjunto de procedimientos tendentes a asegurar el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos y a evitar los abusos del poder” (Carranza, 2002). Al existir participación de cuerpos de seguridad en la comisión de delitos, es evidente que estamos ante el abuso del poder en contra de la población mexicana.

En el informe de Human Rights Watch se detalla un problema que existe en la mayoría de las agencias del Ministerio Público en el país, esto es, que las autoridades no adoptan de manera oportuna las medidas adecuadas para buscar a las víctimas desaparecidas, ni mucho menos realizan una investigación de manera científica y exhaustiva con el fin de sancionar a todos aquellos que cometen dichas violaciones y, en muchos de los casos, las autoridades, lejos de hacer su trabajo, criminalizan a las víctimas señalando que estas tenían algún tipo de culpa o nexo con la delincuencia, en clara señal de que no les dan la debida importancia a estos casos, y que lo único que hacen es recomendar a los familiares que efectúen la búsqueda por sus propios medios (Watch, 2013, pág. 2).

Sin duda, estos acontecimientos nos muestran la magnitud del problema que existe en México, así como la nula importancia y la poca

seriedad que para las autoridades investigadoras tiene el esclarecimiento de las desapariciones de personas.

Toda esta problemática y sus consecuencias son síntomas de claras omisiones en la tutela de los bienes y los derechos de la población y las víctimas, entendiendo a estas últimas, en sentido amplio, como

[...] las personas que, individual o colectivamente, han sufrido un daño que bien pueden ser lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo de sus derechos fundamentales, y que son consecuencia de comportamientos derivados de la violación de una norma prohibitiva o de un mandamiento legal (Humanos C. N., 2007).

Es de destacar que la problemática de la atención a víctimas se ha denunciado también en el ámbito doméstico, pues la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha observado y señalado, con preocupación, abusos que

[...] se cometen cuando las víctimas del delito acuden al Ministerio Público a denunciar; de esto, suele suceder un fenómeno denominado victimización institucional, la cual se considera muy negativa, porque es el propio sistema el que agravia a quien se dirige a él pidiendo justicia y resulta que no solo debe enfrentar la víctima las consecuencias derivadas del delito, sino que, en algunos casos, acompañando a este se producen otra serie de acontecimientos que derivan de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal (Humanos C. N., 2007, pág. 7).

Asimismo, esa comisión ha sido reiterativa en señalar que es una práctica muy común de los funcionarios del Ministerio Público “el obstaculizar la recepción de las denuncias, lo que deriva en una justicia lenta y engorrosa, dependiendo del delito de que se trate, por lo que las víctimas deben esperar horas o días para ser

atendidas, por lo que en la mayoría de los casos, por estas trabas, desisten de presentar la denuncia formal” (Humanos C. N., 2007, pág. 11).

Esto nos dice que en México no se cuenta con un sistema eficiente que permita a las víctimas o a sus familiares tener acceso oportuno a la justicia, un acceso mucho más humano, y que tienda a la debida y adecuada investigación y persecución de este tipo de crímenes, así como a la creación de mecanismos que propendan por la disminución considerable de estos delitos, los cuales, como ya se dijo, son cometidos por particulares y, en ocasiones, por las mismas autoridades.

Todas las actividades que se acaban de señalar impactan de manera directa en las víctimas y en la población en general, lo que constituye una flagrante violación en sus derechos humanos. Para evitar que esta situación persista, y en vista de la incapacidad del Estado mexicano de brindar seguridad a los ciudadanos, y el debido respeto a sus derechos se ha generado en México un especial fenómeno de conformación de grupos civiles de autodefensa que, en palabras de Aniceto Alcalá Zamora y Castillo es:

[...] la natural reacción del sujeto lesionado en su interés, cuando no, el impulso de los contendientes en litigio, que al acudir a ella se dejan llevar por consideraciones egoístas, con prescindencia de toda idea de solidaridad social... son situaciones dramáticas, como las determinantes de la legítima defensa o del estado de necesidad; con dificultades o menores ventajas de acudir a otras vías... (Castillo, 2000).

En atención a lo anterior se puede resumir que el individuo, al encontrarse en un estado de necesidad o impotencia, e imposibilitado para acudir a vías de solución de los conflictos, regresa a uno de los medios más antiguos de protección de los derechos, esto es, la autodefensa.

Estos brotes de nuevos grupos civiles de autodefensa que surgen en los primeros meses de

2013 los encontramos en municipios de los estados de México, Guerrero, Oaxaca, Michoacán, y son una muestra de la ingobernabilidad que se padece en esos lugares, es decir, los gobiernos federal, estatal y municipal han sido rebasados por la delincuencia y, prácticamente, el Estado no existe; esta forma de autoprotección se debe a la desesperación de la población por la búsqueda de justicia y de garantías, lo que los lleva a hacer justicia por su propia mano, ya que el Estado ha sido reiteradamente incapaz de brindarlas, o es el principal actor de las violaciones a los derechos humanos, tal y como se observa en el caso Iguala.

Pero no todas las comunidades del país se encuentran organizadas y preparadas para defender la vida de sus integrantes ante las amenazas del crimen organizado; tal es el caso de Tlacotepec y San Miguel Totolapán, en el estado de Guerrero, en donde cerca de mil personas, durante julio y agosto de 2013, tuvieron que huir de sus comunidades como consecuencia de la violencia que imperaba en ellas; este éxodo es lo que la Agencia de la ONU para Refugiados –ACNUR– define como desplazados internos:

Las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o a huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (Consejo Económico y Social, 1998, pág. 5).

Consideramos de extrema gravedad esta situación, pues el fenómeno del desplazamiento forzado es una realidad que azota a las comunidades de México, tal y como sucedió en Colombia, donde el conflicto armado interno afecta a miles de personas con la violación de sus derechos a la propiedad privada, y en donde

la Corte Interamericana intervino con la emisión de sentencias importantes, como en el caso de la Masacre de Ituango (Patiño, 2012).

De acuerdo con estos fenómenos podemos afirmar que en algunas partes de México se ha perdido en esencia lo propuesto en la primera tesis doctrinal del Estado federal, llamada El Federalista, propuesta por Hamilton, Madison y John Jay, en la cual, dentro de los principales propósitos se encontraban:

[...] la defensa común de sus miembros; la conservación de la paz pública lo mismo contra las convulsiones internas que contra los ataques externos; la reglamentación del comercio con otras naciones y entre los estados; la dirección de las relaciones políticas y comerciales con las naciones extranjeras... (Guerrero, 1975).

Al no existir una adecuada defensa y protección de los miembros del Estado, y una clara incapacidad de este último para brindar paz pública, es evidente que se ha perdido el propósito del federalismo en México, esto es, que el Gobierno de México no ha adoptado las medidas suficientes para proteger a sus ciudadanos frente al delito y las violaciones graves a los derechos humanos.

El hecho de que las autoridades no hayan respetado y garantizado los derechos humanos, como tampoco prevenido las constantes violaciones, y mucho menos las haya investigado y sancionado, ha desembocado en terribles casos como el de los 43 normalistas desaparecidos a manos de la delincuencia organizada que operaba con la complicidad del Gobierno.

2. Contexto general en Ayotzinapa Guerrero

El estado de Guerrero cuenta con 81 municipios y tiene una población de 3 388 768 habitantes, es decir, se habla del 3.0 % de la población total del país; de acuerdo con datos del

INEGI, la distribución de población es de un 58 % urbana, y un 42 % rural; en el nivel nacional, es uno de los Estados con mayor rezago educativo; según las estadísticas, los hablantes de lengua indígena son 15 de cada 100 personas; en el aspecto económico, el Estado de Guerrero es considerado como uno de los más pobres del país (INEGI, Cuéntame INEGI, 2015).

Estamos hablando de que Guerrero es una de las poblaciones más atrasadas en materia económica y educativa, lo que se traduce en pobreza y desigualdad; no existen oportunidades para el desarrollo de la región y sus habitantes. De acuerdo con el último censo, el 67.4 % de la población se encuentra en situación de pobreza multidimensional (INEGI, estadísticas a propósito del día mundial de la población, 2013).

En cuanto a seguridad, la encuesta ENVIPE 2014, llevada a cabo entre el 3 de marzo y el 25 de abril de 2014, da cuenta de información sobre victimización referida a 2013. Se estima que en Guerrero, el 49.8 % de la población de 18 años y más considera la inseguridad como el problema más importante que aqueja hoy en día a la entidad federativa, seguido del desempleo con 48.4 %, y de la pobreza con 45.9 % (INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública ENVIPE., 2014). Con ello se llega a la conclusión de que los principales problemas que aquejan a esta comunidad son la inseguridad, el desempleo y, desde luego, la pobreza.

En lo que se refiere al nivel de confianza en las autoridades, la encuesta manifiesta que el 32 % de la población de 18 años y más identifica a la policía municipal como una de las autoridades que menor confianza inspira, mientras que la aprobación es el 42.7 % de confianza (INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública ENVIPE., 2014). Nos referimos a estas instituciones ya que son las que intervinieron de manera directa

en los acontecimientos ocurridos en Iguala la noche del 26 y la madrugada del 27 de septiembre de 2014, y que reflejan una total desconfianza por parte de la sociedad guerrerense.

En el caso de la comunidad de Ayotzinapa la realidad es mucho más cruda; de acuerdo con los datos de CONAPO, se presentan los siguientes datos de marginación:

Ayotzinapa	2010
Población total	673
% Población de 15 años o más analfabeta	32.29
% Población de 15 años o más sin primaria completa	48.42
% Viviendas particulares habitadas sin excusado	15.38
% Viviendas particulares habitadas sin energía eléctrica	4.20
% Viviendas particulares habitadas sin agua entubada	27.27
% Ocupantes por cuarto en viviendas particulares habitadas	2.02
% Viviendas particulares habitadas con piso de tierra	20.28
% Viviendas particulares habitadas que no disponen de refrigerador	69.23
Índice de marginación	0.30689
Grado de marginación	Alto
Lugar que ocupa en el contexto nacional	33,371

Fuente: Estimaciones del CONAPO (2011)

Indudablemente el nivel de extrema pobreza y marginación ha marcado a esta comunidad, pues son claras las carencias sociales, se sufren niveles paupérrimos de educación, no cuentan con la protección social necesaria, son pésimas la calidad y los espacios en la vivienda, carecen de agua potable y servicios básicos e, incluso es mínima la alimentación para subsistir.

Esta situación no es única de Ayotzinapa y del Estado de Guerrero, pues de acuerdo con las cifras del CONEVAL, en el año 2012, en el país la población pobre era de 53.3 millones de personas, mientras que en ese mismo año 11.5 millones de personas vivían y continúan viviendo en extrema pobreza (Social, 2012).

En este contexto, están aconteciendo los hechos más degradantes para la sociedad mexicana en pleno siglo XXI: la desesperación por la falta de empleos bien remunerados, la necesidad de la alimentación, los altos niveles de pobreza extrema y un rezago educativo que sepul-

ta las oportunidades han sido el mejor cultivo para la delincuencia organizada, pues las bandas criminales se aprovechan de la situación en que viven miles de personas para fortalecerse.

Otro factor que ha permitido que las bandas criminales se inserten en el Gobierno, y en las policías, y que impide que nuestros sistemas justicia puedan caminar es la corrupción institucionalizada. De acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción 2014 que emite la organización Transparencia Internacional, se arrojó que de los 34 países que integran la OCDE, México es uno de los países con la peor puntuación, (*corruption*, 2014), es decir, vivimos en un país con altos niveles de corrupción, en donde no impera la legislación, sino las leyes del poder económico y de los intereses privados.

La práctica de la corrupción ha sido la puerta para que la delincuencia y el dinero del crimen se incrusten en la política, mediante el financiamiento de las campañas y candidatos,

como lo fue en el caso de Iguala Guerrero, o como en muchos otros municipios del país tales como Michoacán.

Evidentemente, cuando una estructura del Estado se encuentra manejada por criminales, lo que más les preocupa es preservar su estructura criminal y su *modus operandi*, y convertir la lucha en contra de la delincuencia en una mera simulación. Ejemplo de ello es el caso de Iguala, donde el presidente municipal, José Luis Abarca, quien es señalado como el autor intelectual de la desaparición de los 43 normalistas, señaló en su primer informe de gobierno que:

La seguridad pública es una de las tareas de mayor importancia para el Gobierno Municipal, porque de ella deriva el desarrollo del Municipio en múltiples aspectos, sobre todo en el de confianza, ya que si no se tiene ésta los inversionistas huyen y los ciudadanos no viven en paz (Velázquez, 2013, pág. 66).

Es claro que, lo que menos interesó al presidente municipal era la seguridad pues consideraba a Iguala como uno de los municipios más seguros y menos conflictivos de Guerrero, gracias a la labor de la policía, la cual, según su informe, de los 210 elementos policiales con los que contaba, afirmaba que *solo 6 elementos no pasaron el "control de confianza"* (Velázquez, 2013, pág. 67).

Sin duda alguna, la delincuencia tenía amplia protección para operar en el municipio de Iguala, y el caso de los 43 normalistas no fue un hecho aislado, sino que fue la punta del iceberg, pues la desaparición forzada era la forma para deshacerse de aquellas personas y grupos que le eran incómodos tanto para el presidente municipal como para el cartel que operaba en la zona.

Lo anterior se confirma con las fosas halladas tras la búsqueda de los estudiantes, en los sitios de Cerro Pueblo Viejo, los sitios de Cocula (basurero y restos hallados a la vera de río San Juan) y el sitio conocido como "La Parota"

o "Lomas del Zapatero", donde los peritos del Equipo Argentino de Antropología Forense recolectaron más de 30 cuerpos humanos (Equipo Argentino de Antropología Forense, Comunicado EAAF notifica tres identificaciones de restos de Cerro Pueblo Viejo, Guerrero, 2014).

Lo anterior significa que Iguala y zonas aledañas se estaban convirtiendo en un cementerio clandestino, y se puede presumir que muchas personas de los más de 400 desaparecidos en Guerrero (extraviadas, 2015) pudieron tener el destino tan cruel como lo es el de la desaparición forzada de persona, pues los particulares actuaron con el consentimiento, apoyo o participación de la autoridades. Y se afirma esa participación entre particulares y autoridades ya que así lo venía denunciando la Organización de Estados Americanos desde el año de 1998, es decir, 17 años antes de lo ocurrido en Iguala, al señalar en su informe número OEA/Ser.L/V/II.100, que las autoridades que más frecuentemente han sido señaladas como probables responsables de este delito en el Estado de Guerrero son *las procuradurías estatales de justicia, elementos del Ejército Mexicano, las corporaciones policíacas estatales y la Procuraduría General de la República* (Americanos O. d., 1998, pág. 31).

Es, por demás, evidente que ante esta situación que se denunciaba varios años atrás por diversos organismos y tribunales internacionales los municipios, el Estado, la Federación y los tres poderes realizaron escasos o mínimos esfuerzos para evitar que el fenómeno de desaparición forzada de persona continuara incrementándose a los niveles tan trágicos que se viven actualmente, no solo en Guerrero sino en el resto de la República mexicana.

3. La construcción jurídico-conceptual de la desaparición forzada de personas

Aquí es indispensable analizar qué entendemos por **desaparición forzada de personas**

y las características que esta debe contener para ser considerada como tal, para así poder diferenciarla de la sola denominación de **desaparición de personas**.

De acuerdo con el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se considera desaparición forzada a

[...] la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes (Americanos O. d., 1994).

Por otra parte, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la cual fue ratificada por el Estado mexicano el 18 de marzo de 2008, define en su artículo segundo que

[...] se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley (Naciones Unidas, 2006, pág. 1 artículo II).

En el caso de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, siguiendo las definiciones anteriores, sin duda se cumplen las características sobre la desaparición forzada, pues la noche del 26 y la madrugada del 27 de septiembre de 2014

este grupo de personas fueron privadas de su libertad por parte de las fuerzas de seguridad de Iguala-Guerrero, en forma de arresto o detención, mediante el uso de la fuerza desproporcionada, para entregarlos luego a miembros de la delincuencia organizada para su posterior desaparición, hechos que fueron negados, en un principio, sin que a la fecha se haya informado sobre el paradero de los estudiantes, sustrayéndolos en todo momento de la protección de la ley.

Lamentablemente, en el Estado de Guerrero como en otros Estados de la República, el tipo penal de desaparición forzada de personas no se encuentra en su respectivo Código Penal; por ello las autoridades y particulares quizá desconocen la gravedad de este tipo de actos, máxime que desde el año 2009 Uruguay, dentro del examen periódico universal, recomendaba al Estado mexicano hacer extensiva a otras entidades federales la tipificación del delito de "desaparición forzada" (Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 2009, pág. 23).

Dicha armonización de la legislación federal con las estatales aún no se ha cumplido, pues la reforma constitucional en la materia es de fecha 18 de junio de 2015, muy reciente, y sigue en el tintero dicha recomendación; esta es una de las causales que impide hacer conciencia entre la población de que la desaparición forzada es de extrema gravedad, que constituye un delito, y que en determinadas circunstancias, definidas por el derecho internacional, puede constituir un crimen de lesa humanidad (Naciones Unidas, 2006, pág. 1 preámbulo).

Al ser la desaparición forzada en México un delito grave y que puede ser denominado de lesa humanidad, existe una inexcusable obligación internacional de llevar ante la justicia a los responsables de estos crímenes contra la huma-

nidad cometidos no solo en Ayotzinapa, sino en los más de 22 mil casos de desapariciones, obligación que surge del marco jurídico interno, pues de acuerdo con la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos de fecha 10 de junio de 2011, se impone la obligación de que todas las autoridades del Estado adopten medidas capaces de garantizar la observancia del pluralismo jurídico internacional de derechos humanos, ello en atención al principio *pro personae* y *pro dignitate*.

Es por las anteriores consideraciones que hemos desentrañado que el delito de desaparición forzada de persona guarda como elementos concurrentes y constitutivos: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos; c) la negativa de reconocer la detención y a revelar la suerte o el paradero de la persona interesada, y d) la sustracción de las personas a la protección de la Ley. Afirmamos categóricamente que en México las más de 22 mil desapariciones están constituyendo una práctica generalizada o sistemática de este delito.

Derivada de ese delito existe una inexcusable obligación internacional de investigar y llevar ante la justicia a los responsables de estos crímenes, y que sean sancionados de conformidad con el pluralismo jurídico interno e internacional.

Es por lo anterior que procedemos a indagar en el *corpus iuris* internacional, en materia de desaparición forzada de personas, los deberes específicos que tiene el Estado mexicano en torno a este crimen, para buscar las posibles soluciones tendentes a disminuir dicha problemática que aqueja a miles de víctimas. Esta indagación en el derecho internacional se debe principalmente a que es un derecho en constante evolución y más dinámico que el derecho interno, además de que recoge la opinión de los expertos y de la mayoría de juristas internacionales destacados y preparados en la materia.

4. Deberes en torno a la desaparición forzada de persona, impuestos por la Corte IDH

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es importante hablar de la desaparición forzada de persona atendiendo a la primera sentencia que emite la Corte IDH. Nos referimos al caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, cuya sentencia es del 26 de junio de 1987, donde se encontró que Honduras había violado los derechos consagrados en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal) y 7 (derecho a la libertad personal), todos del Pacto San José, en perjuicio del señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, cuya desaparición fue llevada a cabo por elementos de la Dirección Nacional de Investigación (DNI) y del G-2 de las Fuerzas Armadas de Hondurases Tegucigalpa, el 12 de septiembre de 1981 (Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo. Sentencia, 1988).

Desde su primera resolución, la Corte IDH ha continuado emitiendo sentencias condenatorias para otros países parte del Sistema Interamericano, relacionados con la desaparición forzada de persona; esta corte se ha venido enriqueciendo con otros instrumentos como lo es Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994.

Un claro ejemplo de ello lo es el caso Radilla Pacheco contra México, el cual se refiere a la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco por parte de las Fuerzas Armadas Mexicanas, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.

Hacemos hincapié en que este fallo se logró, gracias a los representantes de las víctimas; nos referimos a la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos; la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los De-

rechos Humanos en México, quienes con su valentía de denuncia e incansable trabajo fueron parte importante para poner en el plano internacional la grave problemática que se vive en México en el tema de desaparición forzada de personas, pues dicha sentencia es un parteaguas no solo para las víctimas, sino para el sistema jurídico mexicano.

De acuerdo con dicha jurisprudencia de la Corte IDH, los derechos violados por el Estado mexicano en la comisión del delito de desaparición forzada de persona en el caso Rosendo Radilla fueron: de la Convención Americana de Derechos Humanos hubo violaciones al artículo 1.- obligación de respetar los derechos; artículo 3, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; artículo 4, derecho a la vida; artículo 5, derecho a la integridad personal; artículo 7, derecho a la libertad personal; artículo 8, garantías judiciales; artículo 13, libertad de pensamiento y expresión, y artículo 25, protección judicial.

Frente a las violaciones cometidas, lo que aquí toca es precisamente conocer cuáles son las obligaciones específicas para el Estado mexicano que se dictaron en este caso, para efecto de aplicarlas en este contexto sistemático de numerosas desapariciones forzadas de personas, sin dejar a un lado que la obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias de la Corte IDH corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, el *pacta sunt servanda*, el cual lo dispone el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe. Estas obligaciones son:

I.- El Estado deberá conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación y, en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada de persona, para determinar las correspondientes responsa-

bilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea.

II.- El Estado deberá continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata de las personas desaparecidas o, en su caso, de sus restos mortales.

III.- El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.

IV.- El Estado ha de realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos de desaparición forzada y en desagravio a la memoria de las víctimas directas de ese delito.

V.- Brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas.

VI.- Pagar las cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial (Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, 2009, pp. 104 y 105).

El incumplimiento claro en la sentencia Radilla derivó, sin lugar a dudas, en el clima generalizado de desaparición forzada de personas; en específico, podemos afirmar que el Estado mexicano en muchos casos de desaparición forzada no ha conducido eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable, las investigaciones de desaparición forzada, pues el Ministerio Público, tal y como se señaló anteriormente, realiza actos de obstrucción y entorpecimiento, y archiva o da carpetazo a las investigaciones, como en el caso Ayotzinapa, cuando la PGR determinó cerrar el caso el 27 de enero de 2015, con la emisión de su reporte final (República, 2015), aun cuando no se había llegado a la verdad histórica de los hechos.

En México, en la mayoría de los casos de desaparición forzada no se conducen de

manera eficaz, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable, las investigaciones. Esto se debe, tal y como lo sostiene Amnistía Internacional, a que las líneas de investigación han sido limitadas e incompletas, además de estar acompañadas de funcionarios que se rehúsan a cuestionar la colusión entre el Estado y el crimen organizado que subyace a estas graves violaciones de derechos humanos (Amnistía Internacional, 2014).

Si no se lleva una investigación adecuada, empleando para ello los suficientes medios humanos, técnicos y científicos que permitan dar con los normalistas y los más de 22 mil desaparecidos, no solo se sigue poniendo en peligro la libertad de los mismos, sino que también se pone en peligro su vida. Está ya dicho por la Corte IDH al señalar que

[...] la práctica de desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad absoluta, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención (Comerciantes contra Colombia, 2004, p. 80, párrafo 154).

Las investigaciones que no son efectivas han repercutido en el incumplimiento de otra obligación contenida en la sentencia Radilla, esto es, dar con el paradero de los 43 estudiantes normalistas y los más de 22 mil desaparecidos o, como lo señala la Corte IDH, con sus restos mortales, aun cuando en el caso Ayotzinapa han transcurrido más de nueve meses de su desaparición, lo que es un obstáculo al acceso a la justicia, pues esta incluye no solo que se sancione a los responsables, sino también que se procure determinar la suerte o paradero de las víctimas (Caso Anzualdo Castro contra Perú, 2009, pág. 40 párrafo 124).

Otra de las obligaciones incumplidas fue la implementación de un programa de formación

sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas. Es claro que no existe formación y capacitación dirigida a la debida investigación en materia de desaparición forzada de persona; esto se confirma con las inconsistencias en la investigación que realiza la PGR, mismas que hace públicas el Equipo Argentino de Antropología Forense en calidad de peritos independientes de las familias de los 43 normalistas desaparecidos.

De acuerdo con el Equipo Argentino, en el dictamen de criminalística de campo, del 15 de noviembre del 2014 de los peritos de la PGR, se señala que: “El lugar en sus generalidades se observa que no se encuentra preservado, ya que en el momento de la presente intervención no hay elementos de seguridad resguardando el lugar, o algún tipo de acordonamiento” (Equipo Argentino de Antropología Forense, Comunicado de prensa, Documento inicial sobre investigaciones en el basurero de Cocula y Rio San Juan, 2015, pág. 2), además de hacer referencia a muchas otras irregularidades, las cuales dan lugar a serias recomendaciones para preservar la obtención de pruebas físicas arrojadas en la investigación.

Estas irregularidades han sido, por demás, evidentes en otras sentencias contra México, como lo es en el Caso González y otras ("Campo Algodonero") contra México, donde se ordena al Estado que las prácticas de procuración e impartición de justicia se modifiquen desde su raíz y que incluyan todas las etapas de investigación, la preservación de pruebas y evidencias, el resguardo del lugar de los hechos, el levantamiento de los cuerpos, de la cadena de custodia, etc. (Caso González y otras ("Campo Algodonero") contra México, 2009, pág. 125 párrafo 498). Además, se pide que se estandarice y armonice el sistema de justicia penal estatal o de prevención e investigación del delito con las necesidades de respeto de los derechos humanos, principalmente empleando los protocolos y manuales de investigación.

Es por ello que en el caso Iguala, las autoridades investigadoras deben observar los protocolos, como los de Minnesota y Estambul, pues el no hacerlo entorpece la búsqueda tanto de los normalistas, como de los responsables de los hechos.

Con una investigación tan deficiente y llena de dudas, como la que realiza la PGR en el caso de Ayotzinapa, es claro que se requiere la conformación y la capacitación de un cuerpo especializado en investigación de desapariciones forzadas, para hacer frente a la problemática generalizada en el país, pues hoy en día no se cuenta con ello.

Atendiendo a la cuarta obligación que deviene de la sentencia Radilla Pacheco, son pocos los casos en que el Estado mexicano, en un acto público, ha reconocido su responsabilidad por la comisión de crímenes como la desaparición forzada de personas, en desagravio a la memoria de las víctimas directas de ese delito. Lamentablemente en el caso Ayotzinapa como en muchos otros más, el Estado mexicano únicamente lamenta los hechos ocurridos y se solidariza con las víctimas (República, 2015, pág. 63).

El reconocimiento de la responsabilidad es, *per se*, una forma de reparación al daño causado a las víctimas directas e indirectas; en la reparación, de acuerdo con otros casos, se deberá hacer referencia a la o las violaciones de los derechos humanos, así como brindar las disculpas públicas por los acontecimientos suscitados.

Pero, además, esta obligación es una medida de no repetición, pues el *conocimiento público de la verdad* juega un papel fundamental para evitar que los actos graves como el de Iguala se repliquen en el territorio nacional. De acuerdo con la Corte IDH *las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado, además de que la sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro* (Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, 2002, pág. 35 párrafo 77).

Otra obligación que se incumple es la atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a las víctimas. Aquí es relevante hacer hincapié en que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades. Para efecto de que las víctimas puedan acceder con médicos o psicólogos de su confianza, esta medida tiene que ser de reembolso y vitalicia.

El Estado, lejos de brindar esta atención para el efecto de atenuar las consecuencias traumatizantes que marcaron a las víctimas de este delito, llega a hacer una doble victimización o re-victimización institucionalizada, generando en esta mayor incertidumbre, temor o pánico a represalias. Esto no es nada nuevo en México, pues como ya se ha comentado en líneas anteriores, desde hace ya varios años la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha observado y señalado con preocupación esta problemática.

Es claro que son los familiares de las personas privadas de la libertad personal las que resienten de manera directa física y emocional el impacto de la tragedia, por lo que el Estado y los servicios de salud tienen la obligación de brindar atención médica y psicológica a los familiares de las víctimas, las cuales han sufrido el no ver a sus hijos, hermanos, esposos, padres y amigos.

Por cuanto hace al pago del Estado de las cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, la Corte IDH ha sostenido que el daño material es “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso” (Caso Atala Riffo y Niñas contra Chile, 2012, pág. 84 párrafo 289). Es por ello que el Estado mexicano, en los casos de las desapariciones forzadas, debe fijar en equidad el monto de la indemnización correspondiente al daño emer-

gente y lucro cesante, en uso de sus amplias facultades en la materia.

La Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial, y ha establecido que este comprende “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia” (Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, 2002, pág. 27 párrafo 77)

Por la afectación a los derechos humanos, atendiendo a la naturaleza del caso y a la gravedad de los daños sufridos a las más de 22 mil víctimas directas e indirectas de desaparición forzada de persona, el Estado mexicano debe ordenar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el pago en equidad del monto de la compensación por concepto de daños materiales e inmateriales.

Lamentablemente dentro de la legislación mexicana existen candados para efecto de poder indemnizar a las más de 22 mil víctimas de desaparición forzada, pues la Ley General de Víctimas dispone que para ello se requiere que exista una sentencia:

Artículo 67. El Pleno de la Comisión Ejecutiva correspondiente determinará el monto del pago de una compensación en forma subsidiaria a cargo del fondo respectivo en términos de la presente Ley o la legislación local aplicable, así como de las normas reglamentarias correspondientes, tomando en cuenta:

[...]

b) La resolución firme emitida por la autoridad judicial;

[...] (Unión C. d., 2013, pág. 26).

Es claro que los familiares de los más de 22 mil desaparecidos, no pueden acceder al fondo con el que cuenta la Comisión Ejecutiva de atención a víctimas, pues para ello se requiere

en primer lugar la resolución en que se condene a los culpables de dichos delitos, requisito que en la mayoría de los casos no se puede cumplir, pues si las autoridades no han dado con el paradero de las víctimas directas, mucho menos con el de los responsables que perpetraron dichas desapariciones, por lo que es un requisito que tiende a obstruir la reparación a los familiares de las víctimas.

5. Recomendaciones emitidas por el Comité contra la desaparición forzada en torno a la situación generalizada que se vive en México

También hay preocupaciones en el Sistema Universal de Derechos Humanos, pues el Comité contra la Desaparición Forzada ha sostenido, que en el país el marco normativo en vigor, así como su aplicación y el desempeño de algunas autoridades competentes no se conforma plenamente con las obligaciones de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, por lo que existe un contexto de desapariciones generalizadas en gran parte del Estado; por ello, en su 133.^a sesión, celebrada el 11 de febrero de 2015, aprobó las siguientes observaciones y recomendaciones hacia México.

I.-Insta al Estado mexicano a reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales e interestatales en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención.

II.- Lo alienta a aprobar a la mayor brevedad posible una ley general que regule de manera integral los aspectos de la desaparición forzada contenidos en la Convención. En particular aquellos relativos a la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de las desapariciones forzadas así como a la búsqueda y situación legal de las personas desaparecidas.

III.- El Comité recomienda que se garantice la participación de las víctimas de desaparición forzada, las organizaciones de la sociedad civil y la CNDH en todo el proceso encaminado a la adopción de esta ley.

IV.- Debería adoptar las medidas necesarias a fin de contar con un registro único de personas desaparecidas a nivel nacional que permita establecer estadísticas confiables con miras a desarrollar políticas públicas integrales y coordinadas encaminadas a prevenir, investigar, sancionar y erradicar este delito aberrante.

V.-El Estado parte debería adoptar las medidas legislativas necesarias a fin de asegurar que a la mayor brevedad posible la desaparición forzada sea tipificada, tanto a nivel federal como estatal, como delito autónomo que se ajuste a la definición contenida en el artículo 2 de la Convención y que prevea penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

VI.-El Estado parte debería, en cooperación con los países de origen y destino y con la participación de las víctimas y la sociedad civil, redoblar sus esfuerzos con miras a prevenir e investigar las desapariciones de migrantes.

VII.-El Comité recomienda al Estado parte que adopte las medidas legislativas necesarias a fin de asegurar que las desapariciones forzadas cometidas por un militar en contra de otro militar queden expresamente excluidas de la jurisdicción militar y solamente puedan ser investigadas y juzgadas por las autoridades civiles competentes.

VIII.- El Estado parte debería redoblar sus esfuerzos con miras a asegurar que, cuando haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, se proceda a realizar sin demora una investigación exhaustiva e imparcial, aun cuando no se haya presentado una denuncia formal, y que los presuntos autores sean enjuiciados y, de ser declarados culpables, sancionados de

conformidad con la gravedad de sus actos.

IX.-El Comité alienta al Estado parte a que considere establecer en el ámbito de la PGR una unidad fiscal especializada en la investigación de las desapariciones forzadas que cuente con recursos adecuados, en particular personal específicamente capacitado en la materia

X.- Brindar protección a las personas que denuncian y/o participan en la investigación de una desaparición forzada.

XI.-El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para asegurar que, tanto a nivel federal como estatal y municipal, todo el personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, el personal médico, los funcionarios y otras personas que puedan intervenir en la custodia o el tratamiento de personas privadas de libertad, incluyendo los jueces, los fiscales y otros funcionarios encargados de la administración de justicia, reciban formación adecuada y regular acerca de las disposiciones de la Convención.

XII.- El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para asegurar que la legislación en todo el Estado parte establezca un procedimiento para obtener una declaración de ausencia por desaparición forzada con el fin de regular de manera apropiada la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y la de sus allegados.

Claras y urgentes son las medidas que este importante Comité recomienda a México, para efecto de mejorar y resolver esta problemática, resaltando la preocupación que tiene en el caso de los migrantes, pues en México, al ser un país de tránsito de miles de personas que buscan mejores oportunidades en Estados Unidos, muchas de ellas desaparecen al cruzar el territorio nacional. Ello se ha evidenciado, por ejemplo, en uno de los sucesos más trágicos en materia de derechos humanos en la historia, esto es, las fosas clandestinas halladas en San

Fernando Tamaulipas en el año de 2011, en donde se encontraron los restos de 145 personas, la mayoría migrantes, personas que fueron privadas de su libertad y asesinadas de la manera más cruel en un acto masivo, asesinatos cometidos por criminales en complicidad con la policía local de esta región.

Estos hechos fueron motivo de condena por varios gobiernos y organismos internacionales, entre estos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, de manera urgente, bajo el comunicado de prensa número 34/11, instó al gobierno de México a esclarecer lo ocurrido, identificar a las víctimas y sancionar a los responsables, así como adoptar en forma urgente las medidas necesarias a fin de evitar que estos hechos sigan repitiéndose (Humanos C. I., 2013).

Es claro que la condición de migrante pone en desventaja y vulnerabilidad mayores a este tipo de población, pues en ocasiones son personas que no portan documentos y por ese motivo no se puede contactar a sus familiares, se desconoce el país de origen, inclusive, la distancia impide a sus familiares formular denuncia en México. Y como son personas que están de tránsito en el país, se pierde la pista fácilmente del lugar donde pudieron desaparecer, preocupación internacional que México debe reconocer, y adoptar de manera inmediata las medidas que señala el comité.

Es importante implementar las recomendaciones que se emitieron el 11 de febrero de 2015, y no se haga caso omiso de ellas, tal y como ocurrió con las recomendaciones generales emitidas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU el 20 de diciembre de 2011 (Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones o involuntarias, 2011, págs. 17-22), las cuales no fueron observadas. El Estado debe ser consciente de la problemática que existe en el país, de que existen más de 22 mil desaparecidos, de que existen más de 22 mil familias

que sufren en carne propia la ausencia de un familiar.

6. Conclusión

De las obligaciones y recomendaciones que han emitido tanto la Corte IDH como el Comité contra la desaparición forzada, así como organismos no gubernamentales, resulta claro que estas no serán suficientes, si el Gobierno mexicano no implementa, además, una política integral que tienda a erradicar el analfabetismo, la pobreza extrema y la desigualdad que se vive en el país, si no genera las oportunidades suficientes de empleo para muchos mexicanos, y amplía las oportunidades y el acceso a la educación de calidad que ayude a esta población económicamente deprimida a ser mucho más competitiva; tampoco servirían de nada estas recomendaciones y obligaciones internacionales si no se elimina de tajo la corrupción institucionalizada, la corrupción que permite que la delincuencia se infiltre no solo en las policías, sino que se apodere de los Estados y de los municipios, la cual protege y fomenta a la propia delincuencia, y genera altos índices de impunidad.

La solución es integral, mirando todo el contexto nacional y sus problemas económicos, políticos y culturales, pues estos son el reflejo de los graves problemas del país.

Afirmamos que en México es necesario y urgente hacer cambios legislativos y culturales que vayan de la mano para que se pueda percibir una disminución en la serie de violaciones graves a los derechos humanos, como es el caso de la desaparición forzada de persona.

Quizá el reto más complicado es el generar una cultura de respeto de los derechos humanos, pues este no se da de la noche a la mañana, sino que es un proceso lento, de largo plazo, en donde la sociedad y el Gobierno deben actuar de manera conjunta, continua y permanente.

El desconocimiento de los derechos humanos, y la falta de conciencia de los mismos y de su respeto definitivamente nos han arrastrado a la situación actual y dolorosa que se vive en el país, y nos ha trasladado a ese panorama desolador en el que todos podemos ser potencialmente víctimas de una desaparición cometida tanto por particulares como por autoridades.

Se requiere de acciones prontas y contundentes por parte del Poder Ejecutivo, para que se comience a fomentar una cultura fuerte de respeto, protección y promoción de los mismos, acciones que deben comenzar, como ya se apuntó anteriormente, desde una educación tendente a despertar la conciencia de las personas sobre el valor y la importancia de estos derechos en nuestra sociedad.

El tema de la cultura de los derechos humanos es indispensable para lograr el cambio que todos necesitamos. Si no comenzamos a generar una promoción de respeto y divulgación de los derechos humanos que se contienen en la Constitución y en los tratados internacionales, otros esfuerzos como la actividad legislativa, las sentencias y recomendaciones de organismos internacionales y los trabajos académicos no tendrán el efecto positivo que se espera, cultura que debe permear a todas las autoridades, para que estas puedan cumplir con el espíritu de la Constitución mexicana que en su artículo 1.º, a la letra, reza:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. (Unión C. d., 1917, págs. 1, artículo I).

Es claro que, con estas acciones se busca prevenir la desaparición forzada de persona, evitar que ocurran nuevos casos en el país y sobre todo eliminar esta práctica que el día de hoy afecta y ha dejado a más de 22 mil personas víctimas de este delito.

Referencias bibliográficas

- Americanos, O. d. (8 de junio de 1994). *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Recuperado el 4 de abril de 2015, de Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas.
- Americanos, O. d. (1998). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*. Washington: OAE.
- Amnistía Internacional, M. (7 de noviembre de 2014). *Amnistía Internacional*. Recuperado el 5 de abril de 2015, de <http://amnistia.org.mx/nuevo/2014/11/07/mexico-anuncio-de-procurador-general-de-la-republica-demuestra-fallas-del-gobierno-mexicano-para-hacer-frente-a-la-crisis-de-derechos-humanos-del-pais/?o=n>
- Carranza, S. A. (2002). *Los desafíos de la seguridad pública en México*. México: UNAM.
- Caso Anzualdo Castro contra Perú, Serie C N.º 202 (Corte IDH 22 de septiembre de 2009).
- Caso Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C N.º 239 (Corte IDH 24 de febrero de 2012).
- Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, Serie C N.º 91 (Corte IDH 22 de febrero de 2002).
- Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, Serie C N.º 148 (Corte IDH 1 de julio de 2006).
- Caso González y otras ("Campo Algodonero") contra México, Serie C N.º 205 (Corte IDH 16 de noviembre de 2009).
- Caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos, Serie C N.º 209 (Corte IDH 23 de noviembre de 2009).
- Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, Serie C N.º 92 (Corte IDH 27 de febrero de 2002).
- Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo. Sentencia, Serie C N.º 4 (Corte IDH 29 de julio de 1988).
- Castillo, N. A. (2000). *Autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. México: IIJ UNAM.

- Comerciantes contra Colombia, Serie C N.º 109 (Corte IDH 5 de julio de 2004).
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, C. (2007). *Recomendación sobre los derechos de las víctimas del delito*. Mexico D. F.: CNDH.
- Consejo económico y social, A. (1998). *Derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas*. ACNUR.
- Corruption, T. I.-T. (2014). *Visualising corruption perceptions Index 2014*. Berlín, Alemania: Transparency International.
- Equipo Argentino de Antropología Forense, E. (2014). *Comunicao EAAF notifica tres identificaciones de restos de Cerro Pueblo Viejo, Guerrero*. Cd. de México.: EAAF.
- Equipo Argentino de Antropología Forense, E. (2015). *Comunicado de prensa, Documento inicial sobre investigaciones en el basurero de Cocula y río San Juan*. México D. F.; EAAF.
- extraviadas, R. n. (3 de abril de 2015). *Consulta a la base de datos de personas desaparecidas y no localizadas general y por media filiación*. Obtenido de Secretaría de Gobernación: http://pgjesin.gob.mx:8090/desaparecidos/Lista_Desaparecidos.asp
- Forzada, C. c. (2015). *Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*. Ornanizacion de las Naciones Unidas. Ginebra Suiza: UN.
- Frank Holder, C. L. (20 de marzo de 2014). Índice de seguridad regional países latinoamericanos-2014. 1-2. México: FTI Consulting, Forensic & Litigation Consulting.
- García, J. M. (2011). La tortura en el marco de la guerra sucia en México: un ejercicio de memoria colectiva. (U. A. Iztapalapa, Ed.) *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, 7(2), 139-179.
- Gonzalbo, F. E. (2012). *El crimen como realidad y representación: contribución para una historia del presente*. México, D. F.: El colegio de México.
- Guerrero, P. M. (1975). *La estructura constitucional del Estado Mexicano*. Cd de México, México: UNAM.
- Humanos, C. I. (1 de febrero de 2013). *OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 7 de abril de 2015, de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/034.asp>
- Humanos, C. N. (27 de marzo de 2007). *Sobre los derechos de las víctimas del delito. Recomendación general número 14, sobre los derechos de las víctimas del delito. (14)*, 4. Cd. de México, D.F., México: CNDH.
- INEGI, I. N. (2013). *Estadísticas a propósito del día mundial de la población*. Chilpancingo Guerrero: INEGI.
- INEGI, I. N. (30 de septiembre de 2014). Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública ENVIPE. Guerrero, Chilpancingo: INEGI.
- INEGI, I. N. (25 de Marzo de 2015). *Cuentame INEGI*. Obtenido de <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/gro/>
- International, A. (2015). *Informe 2014/2015 Amnistía Internacional*. Londres, Reino Unido: Amnesty International.
- Naciones Unidas, O. d. (2006). *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. ONU.
- Patiño, M. C. (2012). *La Procuraduría General de la Nación y los casos ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: PGN.
- República, E. d. (2015). *Reporte final Ayotzinapa investigación sin precedente*. Presidencia de la República, Mexico, D. F. Obtenido de <http://issuu.com/presidenciamx/docs/reportefinal/3?e=0>
- Social, C. N. (2012). *Anexo estadístico de pobreza en México 2012*. México, D. F., México: INEGI.
- Unidas, A. G. (10 de Diciembre de 1948). *Declaracion Universal de los Derechos Humanos. Declaracion Universal de los Derechos Humanos en su Resolución 217 A (III)*, Preámbulo. París, Francia: ONU.
- Unidas, A. G. (15 de diciembre de 1969). Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las

- personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad. (*Resolución 2583 (XXIV)*).
- Unidas, A. G. (3 de diciembre de 1973). Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad en su Resolución 3074.
- Unidas, A. G. (2009). *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Ginebra Suiza: ONU.
- Unidas, A. G. (2011). *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones o involuntarias*. Ginebra, Suiza: ONU.
- Unidas, A. G. (2013). *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal México*. ONU. Ginebra Suiza: ONU.
- Unión, C. d. (5 de febrero de 1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>
- Unión, C. d. (9 de enero de 2013). *Ley general de víctimas*. Recuperado el 6 de abril de 2015, de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>
- Velázquez, L. J. (2013). *Primer informe de gobierno, H. Ayuntamiento Municipal Constitucional de Iguala de la independencia 2012-2015*. H. Ayuntamiento Municipal Constitucional de Iguala de la independencia 2012-2015, Iguala de la Independencia.
- Watch, H. R. (2013). *Los Desaparecidos de México, el persistente costo de una crisis ignorada*. Estados Unidos de América: Human Rights Watch.



Tema: Contraste social
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Hacia dónde vamos
País: Colombia, ciudad de Medellín

Política pública constitucional para la sobredimensión de los derechos de las mujeres en la ciudad de Bogotá, en el periodo comprendido entre 1994-2015*

■ Por: *Nayibe Paola Jiménez Rodríguez***

Recibido: marzo 16 de 2015

Aprobado: abril 21 de 2015

Resumen

El presente artículo presenta la propuesta de investigación “Política pública constitucional para la sobredimensión de los derechos de las mujeres en la ciudad de Bogotá, en el periodo comprendido entre 1994-2015”, desarrollada en el marco de la Maestría en Derecho que se adelanta para obtener el título de magíster con énfasis en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. El objetivo de este trabajo es generar herramientas y acciones desde las políticas públicas para el reconocimiento efectivo de los derechos de las mujeres, de manera que se dé pleno desarrollo al postulado constitucional colombiano. Se presenta en el texto un informe parcial de la investigación con el propósito de abordar la problemática del reconocimiento de derechos de las mujeres de forma parcializada en razón a los estereotipos de género, y se desarrollan los postulados teóricos que permitirán adelantar la propuesta. Así los temas que se presentan recaen sobre el bloque de constitucionalidad y las políticas públicas frente a la protección de las mujeres.

Palabras clave: mujeres, políticas públicas, bloque de constitucionalidad.

* Artículo resultado de Investigación del Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN” de la Universidad Nacional de Colombia, Código COL0078909, Reconocido y Clasificado en categoría D COLCIENCIAS.

** Abogada, especialista en Derecho Público, magíster en Docencia e Investigación Universitaria, investigadora del grupo de investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN” de la Universidad Nacional de Colombia, y del Grupo de Investigación en Derecho Penal, Criminología y Política Criminal “CESAR BKRIA” de la Universidad Autónoma de Colombia. E-mail: npjimenezr@unal.edu.co

*Constitutional public policy for oversizing of the Rights of women
in the city of Bogota, in the period 1994-2015*

Abstract

This article shows the research proposal developed in the framework of the Master of Law, held for the title of Magister with emphasis on constitutional law at the National University of Colombia, called constitutional Public Policy oversizing of rights Women in the city of Bogota, in the period 1994-2015, which aims to generate tools and actions through public policies for the effective recognition of the rights of women, so that full development is given to postulate Colombian Constitutional. Thus is presented in the text a partial report of the investigation in order to address the issue of recognition of women's rights so biased due to gender stereotypes and the theoretical postulates that will advance the proposal developed performed. So the issues presented fall on the constitutionality block, and public policies towards the protection of women.

Key words: Women, public policy, constitutional block.

Introducción

Fueron varias corrientes político-culturales, entre las que destacan el movimiento feminista y de mujeres, las que confluyeron en la creación de los nuevos escenarios político-institucionales y culturales que debilitaron el orden de género tradicional e hicieron posible su cuestionamiento a través de nuevos discursos y prácticas sociales (Guzmán, 2009).

El movimiento feminista se interesó por esclarecer el papel del Estado en la generación del concepto de género, mostrando el complejo vínculo que existe entre Estado y el concepto de género. Puede decirse entonces que, la práctica y la teoría feminista pusieron en evidencia la reproducción de las relaciones de género en condiciones desiguales, lo cual permitió impulsar acciones públicas que cambiarán los parámetros de las políticas gubernamentales, ya que como lo afirma Huertas (2013), esa invisibilización puede atentar contra sus derechos humanos, que son indivisibles, inalienables e imprescriptibles.

Dentro de dichas acciones, y en el ordenamiento jurídico colombiano, se hallan los amplios desarrollos de instrumentos internacionales en el marco del sistema universal y regional de protección de derechos humanos, frente a los derechos de las mujeres, los cuales contemplan universalmente todos los ámbitos de protección de las mujeres, instrumentos que son vinculados a la política constitucional colombiana por medio de la figura del bloque de constitucionalidad.

La incorporación de una nueva comprensión de la categoría de género y de los lineamientos dados por los instrumentos internacionales vinculados a Colombia en las políticas públicas ha incorporado nuevos discursos dentro de las instituciones estatales, creando acciones en las agendas institucionales para proteger los derechos de las mujeres. Las políticas públicas que se dirigen a las mujeres son consecuencia de una constante lucha por el reconocimien-

to de los derechos humanos, la no violencia, la equidad y la justicia de las mujeres en distintos ámbitos, en donde el movimiento feminista y de mujeres ha jugado un papel destacado.

Sin embargo, han sido los prejuicios de género los que han determinado la desigual distribución de derechos, recursos y posibilidades, en un mundo que pareciera estar destinado a ser liderado solo por el modelo de masculinidad. A pesar de los lineamientos internacionales, los cuales se fundamentan desde una cultura patriarcal y estrictamente androcéntrica, que han relegado a las mujeres, en tanto se les ha asociado al ámbito doméstico, se mantiene el tratamiento fragmentado de su cuerpo, la centralidad en su función reproductiva, el poder de decisión en manos de otros y la enajenación de sus propios cuerpos que explotan los roles sociales de las mujeres: ser madre, esposa, cuidadora de la familia y la comunidad, proyectando bajo estas perspectivas las acciones gubernamentales.

De esta forma la política pública de mujer y género, así como los planes distritales desconocen los parámetros internacionales y constitucionales, pues tanto en la política como en los planes, sólo se incluyen herramientas de protección hacia las mujeres en contextos desarrollados históricamente por estas, y asignados culturalmente. Es decir, visualiza a las mujeres en contextos del hogar, la familia, en su rol de madre, guardando los estereotipos que se les han adjudicado a las mujeres. No existe ninguna acción en el marco del plan de eliminación de violencias, que centre a la mujer como titular individual de derechos, lo que consigue que a pesar de la promoción de la perspectiva de género y equidad, es que se prolongue la aceptación de las mujeres en situaciones de sumisión, recreando el sexismo y la visión de propiedad de las mujeres por parte de los hombres, que termina por dividir los derechos de las mujeres a esos ámbitos, dejando de lado otras actividades en la que participan las mujeres y que

merecen protección y atención por parte de las entidades estatales.

De esta forma, se pretenden investigar las dificultades en la plena implementación de las políticas públicas de la ciudad de Bogotá, que permitan el reconocimiento efectivo de los derechos de las mujeres, acorde a los postulados de protección integral que se exigen en la constitución.

La metodología de investigación que se emplea para el presente trabajo se fundamenta en la investigación cualitativa que permitirá analizar la realidad socio-jurídica de los fundamentos constitucionales desarrollados en Colombia de protección hacia las mujeres, así como de las políticas públicas que hasta el momento se han generado en este mismo sentido y que han tenido consecuencias negativas en la dimensión efectiva de los derechos de las mujeres. El método de investigación empleado será el análisis de discurso; este incluye tres categorías principales según Schiffrin, Tannen y Hamilton (2001): “1. Todo aquello más allá de la oración; 2. El uso del lenguaje y 3. Una gama más amplia de prácticas sociales, que incluyen instancias no lingüísticas y no específicas del lenguaje” (Schiffrin, Tannen y Hamilton, 2001:1).

1. Bloque de constitucionalidad

El concepto tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958, haciendo referencia en cabeza de Louis Favres al término de principios y reglas de valor constitucional (Younes, 2012), en el momento de considerar la Declaración de 1789 y la Constitución de 1958, como documentos distintos y al realizar el control previo de constitucionalidad, a esta estructura se le dio el nombre de “bloque de constitucionalidad, y se entiende por ello el conjunto de normas que

no están incluidas taxativamente en la Constitución, pero que tiene rango constitucional.

Para Colombia, la Corte Constitucional, respecto del bloque de constitucionalidad, ha determinado que este posee dos sentidos, a saber: a). *stricto sensu* o entendido como el sentido restringido, estableciendo que los principios o normas de valor constitucional se reducen solo a aquellos que se hallan en el texto de la Constitución, y b). *lato sensu* o sentido amplio, que determina que el bloque se conforma por todas aquellas normas de diversa jerarquía que sirven para llevar a cabo el control de constitucionalidad, es decir, articulado de la constitución, tratados internacionales, y algunas leyes estatutarias y orgánicas.

Ahora, teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad, puede describirse que la normativa que se aplica en Colombia es:

Un artículo primordial dentro de la protección de derechos que se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que en su artículo primero aduce que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Sin embargo, con anterioridad se trataron de establecer garantías para la protección a la mujer. Es así como en Montevideo, Uruguay del 3 al 26 de diciembre de 1933 se celebró la Séptima Conferencia Internacional Americana, en la cual se concertó, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer donde en su artículo primero se estableció que: “No se hará distinción alguna, basada en sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica”.

Del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 se celebró en Colombia la Novena Conferencia Internacional Americana en la cual se suscribió por la OEA la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer estableciendo mediante un preámbulo y dos

artículos “*Que la mujer tiene derecho a la igualdad con el hombre en el orden civil*”.

En la misma Conferencia se suscribió también la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, que inicio con dos presupuestos de igualdad hacia la mujer, el primero “*Que la mujer tiene derecho a igual tratamiento político que el hombre*” y el segundo “*Que la mujer de América, mucho antes de reclamar sus derechos, ha sabido cumplir noblemente todas sus responsabilidades como compañera del hombre*”, permitiendo que en su articulado sea otorgado el derecho al voto y a ser elegida a cualquier cargo nacional sin que sea negado por razón de su sexo.

En Brasil, el 4 de julio de 1994, fue adoptada la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención De Belem Do Para”, con el fin de proteger los derechos humanos de las mujeres, eliminando las posibles afectaciones a sus derechos y las afectaciones que en ellas pudieran generar, siendo concebido desde el principio que toda mujer debe tener una vida libre de violencia en lo privado y lo público.

La Convención representa un avance significativo desde el punto de vista que la privacidad del hogar ya no es un eximente para que el Estado intervenga en situaciones de indefensión física, sexual, psicológica de la mujer, aduciendo que existen diversos tipos de violencia –no solo física- que causan daño y detrimento en las mujeres, cuando estas sean violentadas por sus parejas.

La violencia contra la mujer, no solamente se encuentra comprendida cuando existe o existió algún tipo de relación interpersonal, sino cuando la violencia es generada dentro de la comunidad como los casos de trata de personas, violaciones, abusos sexuales, tortura, prostitución, secuestros y acoso sexual, en cualquier establecimiento laboral, educativo, salud o cualquier otro.

La fuerza excesiva o la violencia generada y tolerada por parte del Estado contra las mujeres,

siendo ésta una de las principales violaciones de los Derechos Humanos antes realizadas dentro y fuera de combate, fue regulada y sanionada dentro de la Convención permitiendo un avance en el resguardo de derechos de las mujeres en todos los ámbitos que se desarrollen.

Cuatro años después el 18 de noviembre de 1998, se aprueba en la XXIX Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres CIM su estatuto, el cual tiene como objetivo lograr el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, además del progreso de la mujer; sin embargo, carece de poderes de supervisión, limitando así su eficacia.

1.1 Políticas públicas para protección de los derechos de las mujeres

Las políticas públicas parten de la traducción al español del término inglés *policies*, y al que se anexó “públicas” para su comprensión (Molina y Delgado, 1998).

El origen de su estudio se remonta a los Estados Unidos (Fernández, 1999), una vez se realizó la reforma liderada por el académico y luego presidente Wilson (1887), quien sostuvo y desarrolló una doctrina científica aplicada a la administración.

Existe un gran número de definiciones sobre el tema, debido a la existencia de diferentes desarrollos de escuelas teóricas y metodológicas, que pueden condensarse en tres enfoques: a. El Policy Analysis, centrado en las soluciones a los problemas públicos, a través de esquemas analíticos; b. El incrementalismo, cuya manifestación central es que las decisiones deben obedecer a soluciones prácticas de momento (Lindblom, 1959), más que una solución global; c. Una tercera opción de estudio es la escuela del Public Choice, que afirma, que la política no tiene reglas diferentes a la economía, y que las políticas deben actuar como lo harían en el mercado los empresarios y consumidores.

En las iniciaciones de esta disciplina, Lasswell (1951) define las políticas como “el

conjunto de disciplinas que conciernen a la explicación de la producción de las políticas públicas, y la obtención de la información relevante relativa a dichas políticas" (Hernández, 1999, p. 82). De León (1997) afirma que Laswell desarrolló fundamentos para generar mayor calidad en la forma del gobierno y dedicó especial atención al proceso de las políticas, o de las etapas funcionales de una política o proceso gubernamental.

Anderson (1990) define una política *como* "una secuencia intencionada de acción seguida por un actor o conjunto de actores a la hora de tratar con un asunto que los afecta y son aquellas desarrolladas por cuerpos gubernamentales y sus funcionarios" (Valencia y Álvarez, 2008, p. 109); similar a esto, Lynn (1980) afirma que una política es "un conjunto específico de acciones de gobierno que producirán, por su diseño o por otras razones, una clase particular de efectos".

Somit y Tanenhaus (1967) sostienen que una política pública es "la totalidad de la acción gubernamental". Brewer y de León (1983) las consideran como "las decisiones más importantes de una sociedad y que constan de un proceso conformado por sistemas y niveles, articulados en seis etapas: iniciación, estimación, selección, implementación, evaluación y terminación" (Hernández, 1990, p. 85)

Thoenig (1997) sostuvo como políticas públicas "el trabajo de las autoridades investidas de legitimidad pública gubernamental y que abarca múltiples aspectos, que van desde la definición y selección de prioridades de intervención hasta la toma de decisiones, su administración y evaluación". Thoenig en 1992 junto con Meny (1992) las establecieron como "un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico" (Thoenig y Meny, 1990, p. 90).

Laswell señala que "la política pública es un programa proyectado de valores, fines y prácticas" (En De León, 1997). Dye afirmó que las

políticas públicas aluden "a todo aquello que los gobiernos deciden hacer o no hacer" (Caminal, 1997).

Por su parte, Baena del Alcázar (1999) las puntualiza como "toda decisión conformadora, en principio de carácter innovador, que va acompañada de las medidas necesarias para su seguimiento y ejecución" (Baena de alcázar, 1999), y Subirats (1989), aunque no genera una definición concreta, las caracteriza como aquellas que normalmente implican una serie de decisiones.

Aguilar (1999) determinó que son "un proceso realizado por las autoridades legítimamente electas para resolver necesidades mediante la utilización de recursos públicos, mediante el cual también se vinculan las decisiones de gobierno con la Administración pública, tendiendo siempre a la búsqueda de la racionalidad" (Aguilar, 1999). Alcántara (1995) las refiere como determinados flujos del régimen político hacia la sociedad, que son productos del sistema político y por tanto del uso estratégico de recursos para enfrentar los problemas nacionales.

Oslak (1982) refiriéndose a Latinoamérica, las concreta como un conjunto de sucesivas tomas de posición del Estado frente a cuestiones socialmente problematizadas. Chandler y Plano (1988) las proponen como el uso estratégico de recursos para aliviar los problemas nacionales. Frohock (en Ruiz, 1999) genera la política pública como "una práctica social y no un evento singular o aislado, ocasionado por la necesidad de reconciliar demandas conflictivas o, establecer incentivos de acción colectiva entre aquellos que comparten metas" (Ruiz, 1999).

Lasswell (Hernández, 1999) dividió el proceso de producción de las políticas en siete etapas diferentes: 1) Inteligencia, 2) Promoción, 3) Prescripción, 4) Innovación, 5) Aplicación, 6) Terminación, 7) Evaluación.

Las políticas públicas, como lo expresa Carlos Salazar Vargas (1995), son "El conjunto de sucesivas respuestas del Estado frente a

situaciones consideradas socialmente como problemáticas" o, dicho en palabras de Alejo Vargas Velásquez (1999), son "el conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables" (Vargas, 1999, p. 57).

Una definición más completa pero en el mismo sentido es la del profesor universitario suizo-colombiano André-Noel Roth, (2002) quien determina que las políticas públicas son:

[...] un conjunto conformado por uno o varios objetivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con el fin de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática (Roth, 2002, p. 27).

1.1.1 Políticas públicas para la protección de los derechos de las mujeres en Bogotá

En Bogotá la inclusión en las políticas públicas del tema de mujeres se desarrolló de forma lenta; en las agendas distritales aparece con el gobierno de Jaime Castro de 1992 a 1994, cuando se propusieron programas: para la educación sexual y la prevención del sida y las infecciones de transmisión sexual; la atención y prevención del cáncer cérvico-uterino; y la atención inmunológica materno-infantil, y la protección a las mujeres gestantes y lactantes.

Entre 1995 y 1997, Antanas Mockus, por iniciativa del Concejo de Bogotá, en su primera administración creó las Comisarías de Familia para la atención de la violencia intrafamiliar. De 1998 al 2000, en el *plan por la Bogotá que queremos*, de Enrique Peñalosa, se promovió la denuncia de los delitos relacionados con la violencia intrafamiliar y se asignó a la Secretaría de Go-

bierno la función de impulsar las Comisarías de Familia y los Centros de Conciliación, y la atención sobre la discriminación laboral femenina.

En 1998 se aprobó también el Acuerdo 12, con el objetivo de establecer medidas para la atención integral de los menores en abuso y explotación sexual. Los problemas de las mujeres se abordaron desde sus aspectos de madres, roles reproductivos, y núcleo familiar.

La equidad de género se origina, entonces, como política general en el Plan de Desarrollo "Bogotá para Vivir todos del mismo lado" desde 2001 hasta 2003, en la segunda administración del alcalde Antanas Mockus.

Entre 2004 y 2008, en el marco de una administración de izquierda apoyada por los grupos organizados de mujeres, se reconocieron las diferencias de género en el Plan de Desarrollo "Bogotá sin indiferencia" del alcalde Luis Eduardo Garzón, y se integró la política pública de mujer y género como un lineamiento orientado a la consecución de la igualdad de oportunidades, el libre desarrollo de la personalidad y la diversidad sexual.

En el Plan "Bogotá para vivir todos del mismo lado" la familia tomó un papel importante, reconociendo sus diferentes formas de representación, como las que poseen una jefatura única, mujeres jefas de hogar y las que poseen una igualdad entre hombres y mujeres, en los resultados.

El Plan "Bogotá sin indiferencia" creó una concepción más amplia de las identidades genéricas y sexuales, e incluyó por primera vez el respeto a la diversidad sexual. Se dio relevancia al fomento de la participación política de las mujeres.

En esos planes de desarrollo se establecieron programas cuyo objetivo central se orientó a la formulación de políticas públicas con equidad de género.

En "Bogotá para vivir todos del mismo lado", dentro del objetivo Familia y Niñez se propuso el programa "Cartas de navegación

para la política social”, que permitió el desarrollo de políticas con perspectiva de género para los niños, los jóvenes, las mujeres, y la familia.

En el plan “Bogotá sin Indiferencia”, en su temática social, se planteó el programa Bogotá con igualdad de oportunidades para las mujeres, con la finalidad de formular, institucionalizar y poner en marcha el Plan de Igualdad de Oportunidades, e instituir las Casas de Igualdad de Oportunidades.

El Plan de Igualdad de Oportunidades para la Equidad de Género del año 2004 al 2016 del Distrito Capital, se perfeccionó dando cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo 091 de 2003.

En 2006, en efecto, el Acuerdo 261 de 2006, estableció el cumplimiento estricto de la Ley de Cuotas y otorgó al sector de Planeación, la formulación y orientación de las políticas públicas para las mujeres. En 2007, por medio del Decreto 256 de 2007, se creó la Subsecretaría de Mujer, Géneros y Diversidad Sexual como parte de la Secretaría Distrital de Planeación.

Debe decirse que en los planes de oportunidades, las acciones se ordenan y articulan en torno a los siguientes grupos y la clasificación de derechos:

- Supervivencia material, como lo es la salud y la seguridad social, la salud sexual y reproductiva.
- De desarrollo integral, abarcando la educación, cultura y recreación y derechos laborales.
- De protección, es decir herramientas frente a la violencia contra las mujeres, protección a grupos vulnerables.
- De participación, formación política, promoción del liderazgo, apoyo a organizaciones.

De esta forma, al iniciar el siglo XXI, la equidad de género y los asuntos de las mujeres llegaron como lineamientos de política a los planes de gobierno, lo que dio paso a la for-

mulación de dos acciones específicas: los Lineamientos de Política Social para las Mujeres y el Plan de Igualdad de Oportunidades para la Equidad de Género en el Distrito Capital.

La inclusión del enfoque de género de 2001 a 2003 en la administración del alcalde Mockus se produjo a través de los programas y proyectos de los objetivos de Justicia Social, y Familia y Niñez, asumidos por el Departamento Administrativo de Bienestar Social (DABS).

El Plan de Desarrollo Bogotá sin Indiferencia (2004-2007), de la administración del alcalde Luis Eduardo Garzón, incorporó de manera explícita y decidida el enfoque de género, a partir de la institucionalización del Plan de Igualdad de Oportunidades y Equidad de Géneros en el Distrito Capital, y creó en 2004 la Oficina Asesora de la Política Pública de Mujer y Géneros.

En el marco de la política de mujer y género, y del Plan de Igualdad de Oportunidades, se integró la Mesa Diversa de Mujeres, dando espacio y voz a múltiples actores, así como acciones para contrarrestar la violencia intrafamiliar y sexual, y fortalecer la participación política de las mujeres.

Para el período 2013-2016, el documento 161 del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) presenta la Política Pública Nacional de Equidad de Género y precisa el plan de acción que incluye, a su vez, el plan integral para garantizar una vida libre de violencias.

El mismo documento despliega los lineamientos para la política pública nacional de equidad de género para las mujeres y el plan para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias, como elementos generados por el Gobierno Nacional junto a organizaciones de mujeres, y la permanente compañía de la comunidad internacional.

La política pública de equidad de género para las mujeres identifica 6 aspectos temáticos priorizados, para superar la discriminación y la feminización de la pobreza:

- a. Construcción de paz y transformación cultural, el cual abarca la transformación cultural, el fortalecimiento de la gestión pública; b. Autonomía económica y acceso a activos, refiriéndose a la adecuada integración de las mujeres al mercado laboral y a las actividades productivas; c. Participación en los escenarios de poder y de toma de decisiones; d. Salud y derechos sexuales y reproductivos, que determina el acceso y la calidad de estos servicios de salud, fortaleciendo el enfoque de género y diferencial; e. Enfoque de género incorporado en los procesos institucionales de la educación; f. Garantía para las mujeres de una vida libre de violencias.

En el plano distrital, el Plan de desarrollo de Bogotá, propuesto para el periodo comprendido entre 2012 a 2016, ha determinado que:

El objetivo segundo del plan de desarrollo va dirigido a destacar los principios de igualdad, equidad y diversidad como fundamento de las acciones de la Administración Distrital, enfatizando la no discriminación y no exclusión, aquellas que puedan relacionarse con identidades étnicas, culturales, de género o sexuales.

El objetivo tres procura por un avance hacia la igualdad de oportunidades, el respeto y la transformación de los imaginarios frente a condiciones determinados por la edad, el género, pertenencia cultural y étnica, situaciones de discapacidad.

Más adelante, en su artículo 10, haciendo referencia a la igualdad y la equidad de género para las mujeres, se ha determinado que de forma progresiva y gradual debe garantizarse la igualdad de oportunidades para las mujeres, promover las libertades de las mujeres, e implementar acciones positivas para el goce real de los derechos que gozan las mujeres en el Dis-

trito Capital, teniendo en cuenta las diferencias que las componen.

Se propone, de igual forma, la creación de la Secretaría Distrital de la Mujer, como la entidad responsable de articular las diferentes acciones de la Administración Distrital y fijar políticas para la equidad de género y la erradicación de la discriminación y la violencia contra las mujeres.

Para los objetivos planteados, el Distrito ha propuesto como proyectos relevantes, los siguientes:

1. Bogotá Humana, segura y libre de violencias contra las mujeres, para brindar atención prioritaria y especializada a las mujeres víctimas de violencias, a través de la articulación de las entidades distritales.
2. Bogotá con igualdad de oportunidades para las mujeres. Enfocado a la garantía de los derechos de las mujeres rurales y urbanas, mediante la implementación, el seguimiento y la evaluación de las acciones contenidas en el plan de igualdad de oportunidades, frente a los derechos de paz, convivencia, equidad de género, salud plena, trabajo igualitario, digno, educación con equidad, cultura libre de sexismo.
3. Creación y puesta en operación de la Secretaría Distrital de la Mujer, con el principal propósito de planear con enfoque de derechos de las mujeres y de género, y ejercicios presupuestales sensibles al género, articulando las acciones distritales. Promover el uso de información desagregada por sexo, la producción de indicadores de género y el análisis con enfoque de derechos de las mujeres y de género para evidenciar los impactos diferenciales entre mujeres y hombres en términos de la formulación e implementación de políticas públicas. Implementar las estrategias de la política pública de

mujeres y equidad de género: transversalización, territorialización, comunicación y corresponsabilidad (Plan de desarrollo Bogotá, 2012).

Por último, fortalecer las casas de igualdad y casas refugio de oportunidades para las mujeres, como espacios de empoderamiento en las localidades.

En el numeral 9, se consigna el monitoreo a la violencia intrafamiliar en Bogotá, seguimiento a las denuncias de casos de violencia por medio del Registro Unificado de los Sistemas de Información sobre violencia intrafamiliar existentes en el Distrito, y la formulación e implementación de un plan distrital y veinte planes integrales de seguridad para las mujeres en cada una de las localidades. También se halla la posibilidad de vincular laboralmente al ciento por ciento de mujeres víctimas de quemaduras con ácido. Se propone reducir en 8 % el número de delitos de alto impacto contra las mujeres.

1.2. Políticas públicas: decisiones gubernamentales

“Las políticas públicas son un factor común de la política y de las decisiones del Gobierno y de la oposición. Así la política puede ser analizada como la búsqueda de establecer o de bloquear políticas públicas sobre determinados temas. A su vez, parte fundamental del quehacer del gobierno en el diseño, gestión y evaluación de las políticas públicas” (Velásquez, 2009).

Las políticas públicas encierran las discusiones políticas, la diferenciación de problemas y soluciones, determinación de diferencias, establecimiento de esfuerzos, y participación de entidades responsables.

En el desarrollo del tema se deben articular los partidos, grupos sociales y personas, bien sea que estén en el gobierno o en la oposición.

Tanto el desarrollo de la política, como las políticas públicas tienen que ver con el poder

social (Velásquez, 2009) diferenciando que la política es un concepto amplio, y las políticas públicas son soluciones específicas sobre determinados temas, o para influir en ellas.

Debe tenerse en cuenta que los gobiernos son instrumentos para la realización de políticas públicas, las cuales se originan a partir de la discusión de la agenda pública por toda la sociedad, las elecciones entre candidatos y sus programas así como las actividades del gobierno.

Dada la estrecha relación que puede darse entre política y políticas públicas, existen casos en los que las políticas públicas no se encuentren dentro de un sistema político, convirtiéndose a la política en una demagogia; pero puede también presentarse el caso contrario, que las políticas públicas descon sideren la política, lo que aminora la gobernabilidad social, además de presentar un gran problema en el diseño de las políticas mismas.

Las políticas públicas dependen de los aspectos, al igual que su objetivo, su justificación o su explicación pública. De una forma objetiva, es deber de las políticas públicas desarrollarse en los procesos de participación, sin dejar de lado los actores públicos que deben intervenir en el desarrollo de las mismas.

a) Etapas y proceso de origen de una política pública

Las políticas públicas son resultado de un proceso que se divide en varias etapas (Aguilar, 1993); una, que corresponde a la iniciación en la cual se plantea el problema, se definen los objetivos, se generan opciones y se explican los conceptos, aspiraciones y posibilidades; la segunda, que corresponde a la estimación, se examinan los impactos correspondientes a cada opción de intervención y el marco normativo, y se establecen criterios de rendimiento; la tercera es la de selección, donde se debaten las opciones posibles, los compromisos, negociaciones y los ajustes, se decide entre las opciones y se

asigna la responsabilidad ejecutiva. Ahora, una vez aprobada la opción se ejecutan tres fases: la de implementación, es decir, el desarrollo de normas, procedimientos y lineamientos para poner en práctica las decisiones, se genera un calendario de operaciones, en la fase de evaluación, se comparan los niveles esperados de rendimiento con los que realmente ocurrieron y se determinan las responsabilidades para los incumplimientos, y en la última fase, que corresponde a la terminación, se determinan los costos, consecuencias y beneficios, se formulan medidas de mejoramiento si es necesario, y se determinan los nuevos problemas.

En este punto surge entonces otro interrogante: ¿cómo llegan esos problemas a la agenda del gobierno para convertirse en una política pública?, que es lo que permite que un asunto se convierta en público.

No todos los problemas llegan a incluirse como asunto de una política pública ya que es el mismo Estado quien decide sobre la intervención de un asunto o la elección de un objeto sobre el cual se va a actuar; el Gobierno es quien define el problema, y delimita sus probabilidades de acción y el alcance de una solución.

Esa agenda de Gobierno puede dividirse en dos clases: una la constitucional y otra la institucional. La primera contiene los asuntos que una comunidad política percibe como importantes para recibir atención gubernamental; la segunda, la institucional, es aquella que contiene problemas que los encargados de tomar decisiones toman como serios y activos.

Una vez que un asunto o problema logra posicionarse en la agenda de Gobierno, la cuestión puede llamarse como pública y se ubica como una exigencia frente al Gobierno. Debe aclararse que el hecho de que un asunto se ubique en la agenda de gobierno no es un hecho accidental, sino que es el resultado de un proceso en el que confluyen la gestión de personas, los problemas y las soluciones.

El proceso que se sigue para las políticas públicas se puede resumir de la siguiente manera: La formación de una agenda que produce una agenda de gobierno, lo cual conduce a la formulación y legitimación de la política, con definición de fines, metas y medios de efectución de la política. Luego de ello se implementa la política a través de acciones que conducen a los efectos de la política, y se evalúan estos efectos, así como las decisiones sobre el futuro de la política y de los programas.

1.3. Sobredimensión de los derechos de las mujeres: No a la parcialización de los derechos de las mujeres

La mujer, como parte fundamental de la sociedad y a pesar de encontrarse cobijada bajo diversos sistemas y mecanismos de protección, no ha logrado tener el alcance necesario en las diversas actividades políticas, sociales y culturales que el mundo contemporáneo exige.

Desde este punto de partida se valorará la situación investigada mediante los postulados del feminismo de la igualdad en el que fungen corrientes determinadas a pretender un equilibrio entre los derechos de los seres humanos, permitiendo que las ideas de una internacionalización y globalización de los derechos tiendan al fortalecimiento de las instituciones tradicionalistas, logrando que las mujeres tenga una igualdad social y políticamente equivalente a las del hombre. Los postulados del feminismo argumentan además, que todas las mujeres nacen libres de jerarquizaciones, opresión y explotación e igual en su autonomía ética y moral. Es por eso que desde los años 60 se ha puesto en pie de lucha con los postulados de Jhon Stuart Mill, las sufragistas y Mary Wollstonecraft quien además de feminista fue una gran pensadora y defensora de los Derechos Humanos, el equilibrio y la eficacia de los derechos de la mujer.

Ahora, en lo que respecta a la exclusión de las mujeres se tendrán como lineamientos fun-

damentales los del feminismo socialista-marxista, que considera que el papel de la mujer se encuentra enmarcado por el entorno social y económico, y los diferentes sistemas patriarcales que han tenido a la economía como su base primordial, lo que produce que las mujeres queden excluidas sólo al papel del hogar y a un nivel jerárquico menor que el hombre explicado en razón a su sexo.

Es fundamental tener en cuenta que para el socialismo y el feminismo la noción de naturaleza humana no se centra en el sexo de la persona, sino en “algo históricamente creado mediante interrelación dialéctica entre la biología, la sociedad humana y el entorno físico.” Esta definición alejada del sentido sexual ha sido acogida por teóricas feministas como Iris Marion Young, Zillah Eisenstein, Sandra Harding o Heidi Hartmann en Estados Unidos de América.

El problema de la subordinación femenina tiende a explicarse mediante fenómenos como el género, globalización, raza, edad o aspecto físico pero los avances que día a día se han evidenciado muestran que sin la exclusión del género femenino no se puede hablar de socialismo. Es por eso que en palabras de Iris Marion Young “el feminismo pensado desde el socialismo –aunque poco estudiado por los compañeros– ha entrado en el corpus teórico de muchos pensadores progresistas, así como en las propuestas políticas del socialismo desde las justas reivindicaciones de las mujeres. Poco a poco se va entendiendo que sin la dimensión feminista, no puede hablarse hoy de socialismo” De las Heras, S (2008).

El feminismo de la igualdad, tendencia escindida del feminismo radical, busca la paridad entre hombres y mujeres en el acceso al poder político, las integra en el aspecto socio-político de la sociedad, determina sus derechos y obligaciones, da alcance a cada uno de sus derechos, para que sean eficaces para todas las mujeres desde cualquier parte del mundo.

2. Conclusión

Los prejuicios de género han repercutido en la desigual distribución de derechos, recursos y posibilidades, con fundamento en una cultura patriarcal y estrictamente androcéntrica que ha vedado a las mujeres, en el sentido de que se les ha asociado al ámbito doméstico, manteniendo el tratamiento fragmentado de su cuerpo, la centralidad en su función reproductiva, su desarrollo como madre, esposa, cuidadora de la familia y la comunidad, desconociendo de esta forma la protección constitucional de las mujeres que debería abordar de forma sobredimensionada el reconocimiento de derechos de dicha población, situación está que hace que la protección constitucional y gubernamental se vea igualmente fragmentada, y desconozca los demás ámbitos en los que la mujeres se desenvuelven como pueden ser aspectos laborales, personales, o políticos, los cuales se reflejan en las acciones gubernamentales, como pueden ser las políticas públicas, específicamente para el caso de Bogotá.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, Luis. (1993) Problemas públicos y agenda de gobierno. México: Miguel Ángel Porrúa
- Balaguer, M (2005) Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género. Valencia: Universidad de Valencia.
- Bourdieu P, Chamboredon, J y Passeron, J (1999) El oficio del sociólogo. Editorial Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- De las Heras, S (2008) Una aproximación a las teorías feministas. España: Universitat
- Gobernación de Cundinamarca. (2005) Guía metodológica para la definición de políticas públicas en el departamento de Cundinamarca. Bogotá: Grupo de Políticas Públicas.
- Guzmán, V. Montaña, S. (2012) Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina (1985-2010). Santiago de Chile: Cepal.

- Hernández, G (1999) El análisis de las políticas públicas: una disciplina incipiente en Colombia. Colombia: Universidad de los Andes.
- Huertas, O (2013) “Evolución y desarrollo del feminicidio” En Huertas, O, Ruiz, G, Archila, M. (2013) Mirada retrospectiva al delito de feminicidio, evolución fundamentación y sanción. Bogotá: Editorial Ibañez
- Mesonero, S (2010) Feminismo liberal y feminismo socialista. España: Fundación Isonomía
- Oliva, Asunción (2005) “La teoría de las mujeres como clase social: Christine Delphy y Lidia Falcón”, en Amorós, Celia y De miguel, Ana (Eds.): Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización. España: Rebiun
- Roth, A. (2002). Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Salazar, Vargas C. (1995). Las políticas públicas. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá.
- Velásquez, A. (1999). Notas sobre el Estado y las políticas públicas. Bogotá: Editorial Almudena
- Zaffaroni, E. (2000). “El discurso feminista y el poder punitivo”. En Las trampas del poder punitivo. El género en el derecho penal Editado por Haydee Birgin. Buenos Aires: Editorial Biblos.



Tema: Luz

Autor: Camilo Alberto Molina Martínez

Título: Tranquilidad

País: Colombia, municipio de Guatapé

Internationalité de l'arbitrage: Bref aperçu du panorama latino-américain et suisse*

■ Por: *Alejandro Follonier-Ayala***

Recibido: marzo 16 de 2015

Aprobado: abril 21 de 2015

Resumen

La determinación de la internacionalidad del arbitraje, que se hace con la ayuda del criterio material fundado en la naturaleza de la controversia o del criterio formal fundado en la nacionalidad, en el domicilio o en la residencia habitual de las partes, o aún de la asociación de estos dos criterios, es analizado en este artículo de manera sucinta pero precisa. En una mayoría de países de América Latina, un arbitraje es calificado de internacional cuando en el momento de la conclusión del convenio arbitral, las partes tienen su domicilio, residencia habitual o establecimiento en Estados diferentes, cuando las leyes de arbitraje retienen el criterio objetivo relacionado con la naturaleza del litigio, y cuando las partes han pactado de manera expresa que el objeto del convenio arbitral tiene vínculos con más de un país. En Suiza, en cambio, la internacionalidad del litigio no se afina en el criterio material, sino en un criterio meramente formal de naturaleza geográfica (artículo 176 § 1 LDIP). Se trata de un criterio mucho más restrictivo, fundado en elementos subjetivos, razón por la que el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur de 1998, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 o la Ley Modelo CNUDMI prefieren un enfoque cruzado que combina el criterio material y el criterio formal.

Palabras clave: Internacionalidad del arbitraje, criterio material, criterio formal, enfoque cruzado.

* Cet article est un extrait de la thèse de doctorat de l'auteur «*Droit de l'arbitrage international en Amérique latine et en Suisse : sources nature juridique et convention d'arbitrage*», publiée dans la Collection Neuchâteloise de l'Université de Neuchâtel (Suisse), Bâle 2015.

** Docteur en Droit (Université de Neuchâtel – Suisse), Master en «*Business, Contracts and Property Law*» et en «*European and International Law*» (Université de Fribourg – Suisse). Collaborateur Scientifique et Chargé de Cours en «*Droit européen et suisse de la compétence*» et en «*Droit commercial*» à la Fondation Formation Universitaire à Distance, Suisse (Unidistance). afa-legalcounsel@bluewin.ch.

*Internationality of arbitration
Brief overview on Latin American and Switzerland*

Abstract

The determination of internationality of arbitration, which is made using the material criterion based on the nature of the dispute, or the formal criterion based on nationality, domicile or habitual residence of the parties, or even the association these two criteria, is analyzed in this article succinctly but accurately. In most Latin American countries, an arbitration is classified as international if at the time of the conclusion of the arbitration agreement, the parties have their domicile, habitual residence or establishment in several States, when arbitration laws retain the objective criterion relative to the nature of the dispute, and if the parties have expressly agreed that the matter of the arbitration agreement has links to more than one country. In Switzerland, however, the internationality of the dispute is not grounded in the material criterion, but in a purely formal criterion of geographical nature (art. 176 § 1 LDIP). This is a much more restrictive approach based on subjective elements. For this reason the Mercosur Agreement on International Commercial Arbitration (1998), the European Convention on International Commercial Arbitration (1961) or the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration prefer a mixed approach that combines the material criterion and the formal criterion.

Keywords: internationality of arbitration, material criterion, formal criterion, mixed approach.

Introduction

Le législateur national peut, après avoir défini les critères d'internationalité de l'arbitrage, traiter l'arbitrage interne et l'arbitrage international dans des lois séparées; c'est l'approche dualiste. Il peut également décider qu'un seul et même texte législatif régira l'arbitrage domestique et l'arbitrage international; c'est le système moniste¹.

Outre ce qui viens d'être dit, il sied de remarquer que les distinctions entre arbitrage interne/arbitrage international et système moniste/dualiste n'ont pas d'incidences quant à la classification de ces normes dans la catégorie de sources internes de l'arbitrage. En effet, ce n'est pas la technique législative choisie qui est pertinente, mais le caractère national ou non de la norme. Il apparaît donc comme incontestable que l'on distingue arbitrage international et arbitrage domestique et que, quel que soit le système adopté (moniste ou dualiste), le corps législatif traitant de l'arbitrage appartient à la catégorie des sources internes de l'arbitrage.

En revanche, la question de savoir quand un arbitrage est international est beaucoup moins aisée, et pourtant «elle est au cœur de tout le régime de l'arbitrage en droit international privé, et de toutes les ambiguïtés et controverses méthodologiques qu'il a suscitées»². Il en découle que la réponse à cette interrogation dépendra des critères de rattachement qu'un arbitrage possède avec un ordre juridique donné.

L'internationalité de la convention d'arbitrage se détermine, en droit comparé, à l'aide de trois critères: le critère matériel fondé sur la nature de la controverse (titre deux), le critère

formel fondé sur la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle des parties (titre trois) et l'association des deux premiers critères (titre quatre).

1. Internationalité fondée sur la nature de la controverse

Selon ce critère, l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international. Tel est notamment le cas lorsqu'une opération comporte des transferts de biens, de services ou de capitaux à travers les frontières. Il s'agit d'un critère purement objectif dont le fondement est la nature de la controverse. Il a été développé par la jurisprudence française au début du 20^e siècle et a finalement été codifié à l'art. 1492 NCPC en 1981³. Ce critère ne tient pas compte d'autres éléments permettant de déterminer l'internationalité de l'arbitrage, comme la nationalité des parties, le lieu de conclusion ou encore la loi applicable au fond du litige.

Il en ressort que ce critère qualifie également d'international l'arbitrage découlant d'un contrat entre deux compagnies domiciliées dans le même pays, mais dont l'exécution implique une activité ou des transferts à l'étranger⁴. *A contrario*, l'arbitrage entre deux sociétés étrangères se déroulant sur le territoire d'un Etat donné et portant sur une opération économique exécutée dans leur pays commun est un arbitrage domestique⁵.

-
1. Notons cependant ici que le Brésil et le Venezuela ne distinguent pas les notions d'arbitrage interne et d'arbitrage international.
 2. Fouchard Philippe/Gaillard Emmanuel/Goldman Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996, p.47, n° 78.
 3. Cf. actuellement art. 1504 NCPC.
 4. Talero Rueda Santiago, *Arbitraje comercial internacional, instituciones básicas y derecho aplicable*, Bogotá 2008, p. 34.
 5. Poudret Jean-François/Besson Sébastien, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Paris, Zürich, Bâle, Genève 2002, p. 32 s., n° 32.

Parmi les pays latino-américains à avoir été influencés par la législation française se trouvent la Colombie⁶, l'Equateur et le Panama. Ainsi, l'art. 62 al. 4 let c LANI-Col spécifie que l'arbitrage est international lorsque la controverse affecte les intérêts du commerce international. En Equateur, tel est le cas lorsque l'objet du litige se réfère à une opération relative au commerce international (art. 41 let. c LAM-Eq). Enfin, au Panama, un arbitrage est international lorsqu'il a pour objet des prestations de services, le transfert ou la disposition des biens ou le transfert des capitaux produisant des effets transfrontaliers ou extraterritoriaux (art. 2 al. 1 ch. 2 LACNI-Pa).

Il est toutefois intéressant de remarquer que, malgré la clarté des textes cités ci-dessus, la Colombie, l'Equateur et le Panama ne sauraient être classés exclusivement dans cette catégorie. L'internationalité de l'arbitrage dans ces pays, tout comme dans les autres pays de la région, ne se détermine pas exclusivement à l'aide de ce critère, mais se définit également par rapport à la réalisation de certains critères matériels (objectifs) et formels (subjectifs) envisagés de manière alternative et/ou cumulative.

2. Internationalité fondée sur le domicile ou la résidence habituelle

L'internationalité du litige ne repose pas ici sur un caractère matériel, mais sur un critère purement formel de nature géographique, qui suppose le rattachement de l'arbitrage interna-

tional à un ordre juridique étatique parmi ceux entrant en considération, si bien que l'internationalité ne dépend pas de l'acceptation économique de la nature de l'objet du litige⁷. Il s'agit d'un critère beaucoup plus restrictif fondé sur des éléments subjectifs.

Ce critère est codifié par le droit conventionnel à l'art. I al. 1 let. a de la Convention européenne de 1961, qui dispose que la Convention s'applique aux «conventions d'arbitrage conclues, [...], entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents». Le droit suisse adopte une formulation similaire à l'art. 176 al. 1 LDIP au sens duquel «les dispositions du présent chapitre [chapitre 12 de la LDIP] s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse»⁸.

La seule divergence entre ces deux textes est le fait que la disposition suisse n'envisage que les personnes physiques, raison pour laquelle il n'est fait aucune mention des critères de rattachement comme le «siège», l'«établissement» ou la «succursale». A l'égard des personnes morales, il faut se référer à l'art. 21 LDIP selon lequel, pour les sociétés, le siège vaut domicile et est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société ou, à défaut, au lieu où la société est administrée de fait. En outre, le régime suisse de l'arbitrage international consacre un deuxième degré d'extranéité. En effet, à l'art. 192 al. 1 LDIP – relatif à

6. Pour des observations générales sur la détermination de l'internationalité de la convention d'arbitrage sous l'ancien et le nouveau régime colombien d'arbitrage, cf. Silva Romero Eduardo, *Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje "internacional"*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 41 ss; Silva Romero Eduardo, *de la calificación del arbitraje internacional en el estatuto de arbitraje nacional e internacional colombiano*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 345 ss.

7. TF 4P.115/2003 du 16 octobre 2003, c. 2.1.

8. L'application du chapitre 12 LDIP est, en outre, subordonnée à l'absence de déclaration expresse, dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, tendant à l'exclusion de l'application de la LDIP au profit du CPC (*clause opting-out*).

la renonciation au recours –, il est fait mention de la possibilité d'exclure, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par un accord ultérieur, tout recours contre les sentences du tribunal arbitral, à la condition qu'aucune des parties n'ait son domicile, sa résidence habituelle ou son «établissement» en Suisse⁹.

Le caractère international de l'arbitrage dépend encore du moment à partir duquel le domicile des parties peut être déterminé. L'art. 176 al. 1 LDIP fixe ce moment à l'époque de la conclusion de la convention d'arbitrage. Tout changement ultérieur de domicile n'affecte pas l'internationalité de l'arbitrage. Ainsi, par exemple, si une partie brésilienne domiciliée au Brésil et une partie suisse domiciliée en Suisse concluent un contrat contenant une convention d'arbitrage, l'arbitrage sera qualifié d'international même si, dans l'intervalle, la partie brésilienne a transféré son domicile en Suisse. En revanche, si deux sociétés domiciliées en Suisse

passent un contrat renvoyant à l'arbitrage et que l'une d'elles s'établit par la suite dans un pays étranger, l'arbitrage ne sera pas international et sera soumis aux règles relatives à l'arbitrage interne (art. 353 ss CPC)¹⁰.

Enfin, quant à la question de savoir si l'art. 176 al. 1 LDIP s'applique exclusivement à l'endroit des parties à la convention d'arbitrage ou à l'endroit des parties à l'arbitrage¹¹, le Tribunal fédéral suisse a jugé que l'arbitrage était international lorsque les «parties à l'arbitrage» avaient leur domicile à l'étranger au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage¹². Cette décision est critiquée par la doctrine, dans la mesure où le Tribunal fédéral s'est fondé uniquement sur le texte français de l'art. 176 al. 1 LDIP¹³. Toutefois, les versions allemande¹⁴ et italienne¹⁵ de cette disposition ne font aucune référence au terme «arbitrage», de sorte que les «parties» doivent nécessairement se rattacher à la convention d'arbitrage, et non à l'arbitrage¹⁶.

9. Il en découle qu'un simple établissement en Suisse ne crée pas de domicile interne pour une personne morale étrangère. Ainsi, l'arbitrage opposant une société ayant son siège en Suisse à une société étrangère ayant un établissement en Suisse doit être qualifié d'international (LALIVE Pierre/Poudret Jean-François/Reymond Claude, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, p. 293 s., n° 3 et p. 448, n° 2; Poudret/Besson, op.cit., p. 34 s., n° 35; cf. ATF 118 II 508 c. 1, JdT 1994 I 47).
10. Arrêt du 27 octobre 1995, Bull. ASA 1996, p. 277, RSDIE 1997, p. 603. Cf. n° 70, *clause opting-in* qui permet aux parties de rendre inapplicables, par convention, les dispositions sur l'arbitrage interne du CPC au bénéfice du chapitre 12 LDIP.
11. Il ne s'agit pas là d'une simple tournure sémantique car, selon les circonstances, les parties à la convention d'arbitrage ne sont pas les mêmes que les parties à l'arbitrage.
12. TF 4P.54/2002 du 24 juin 2002, c. 3, in: Bull. ASA 2003, p. 131; Girsberger Daniel/Voser Nathalie, *International arbitration in Switzerland*, 2e éd., Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 42, n° 178; Kaufmann-Kohler Gabrielle/Rigozzi Antonio, *Arbitrage International, droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2e éd., Berne 2010, p. 56, n° 131.
13. Cette disposition est libellée comme suit: «*les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse*». Mise en évidence ajoutée.
14. En allemand, l'art. 176 al. 1 LDIP a la teneur suivante: «*die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte*». Mise en évidence ajoutée.
15. La version italienne de l'art. 176 al. 1 LDIP dispose que «*le disposizioni del presente capitolo si applicano ai tribunali arbitrali con sede in Svizzera sempreché, al momento della stipulazione del patto di arbitrato, almeno una parte non fosse domiciliata né dimorasse abitualmente in Svizzera*». Mise en évidence ajoutée.
16. Pour un commentaire critique de cette jurisprudence, cf. Kaufmann-Kohler Gabrielle/Rigozzi Antonio, *When is a Swiss arbitration international? Comments on a Swiss Federal Tribunal decision of June 24, 2002 (4P.54/2002)*, in: Jusletter du 7 octobre 2002.

3. Internationalité fondée sur l'association des deux critères

L'absence d'un critère international et homogène pour la détermination de l'internationalité de l'arbitrage peut conduire, par exemple, à ce qu'un Etat considère un arbitrage comme national, car il adopte exclusivement le critère formel (p.ex. la Suisse), alors qu'un autre pays – celui de l'exequatur – le considère comme international, dans la mesure où l'objet de l'arbitrage affecte le commerce international (p. ex. l'Equateur)¹⁷. C'est par exemple le cas dans un litige opposant une société équatorienne d'import-export domiciliée en Suisse et une société suisse – domiciliée en Suisse – au sujet d'un contrat contenant une convention d'arbitrage et portant sur l'achat de marchandises devant être exportées en Equateur. En Suisse, la procédure arbitrale relève des dispositions sur l'arbitrage interne, conformément à l'art. 176 al. 1 LDIP, compte tenu du domicile des parties en Suisse. En revanche, en Equateur, la procédure arbitrale tombe dans le champ d'application des dispositions en matière d'arbitrage international, car l'objet de l'arbitrage met en jeu des intérêts du commerce international (art. 41 let. c LAM-Eq).

Cette dichotomie conceptuelle affecte de manière évidente la sécurité juridique de l'arbitrage à l'égard de son caractère international ou non¹⁸, c'est pourquoi l'Accord du Mercosur sur l'arbitrage commercial international, la Convention européenne de 1961¹⁹ ou encore la Loi-type CNUDCI préfèrent une

approche croisée qui combine le critère matériel et le critère formel exposés ci-avant.

L'art. 1 al. 3 Loi-type CNUDCI exprime ces deux critères dans les termes suivants:

«Un arbitrage est international si :

a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit;

c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays».

Une grande majorité des pays latino-américains a décidé d'adopter le critère mixte pour déterminer l'internationalité de l'arbitrage. Ce choix s'explique avant tout par l'influence que la Loi-type CNUDCI a exercée sur les législations nationales²⁰. Ainsi, un arbitrage est notamment qualifié d'international dans les hypothèses suivantes:

– Lorsqu'au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties ont leur domicile, résidence habituelle ou établissement dans des Etats différents. Ce point de rattachement est partagé par la Bolivie (art. 71 al. I ch. 2 LAC-Bo), le Chili (art. 1 al. 3 let. a LAC-Cl),

17. Cf. Redfern Alan/Hunter Martín/Blackby Nigel/Partasides Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4e éd., Cizur Menor (Navarra-España) 2006, p. 78, n° 129.

18. *Ibid.*, p. 77, n° 129; Talero Rueda, *op. cit.*, p. 39.

19. L'art. I ch. 1 let. a Convention européenne dispose qu'elle s'applique aux «conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement des litiges nés ou à naître d'opérations du commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents».

20. Conejero Roos Cristián, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general*, in: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 69.

la Colombie (art. 62 al. 4 let. a LANI-Col), le Costa Rica (art. 1 al. 3 let. a LA-Cr), Cuba (art. 10 D-Cub, 1^e hypothèse), l'Equateur (art. 41 let. a LAM-Eq), le Guatemala (art. 2 let. a LA-Gu) le Honduras (art. 86 al. 1 LCA-Ho), le Mexique (art. 1416 al. III ch. a CCo-Mx), Le Salvador (art. 3 let. h ch. 1 LMCA-Sv), le Nicaragua (art. 22 al 1 LMA-Ni), le Panama (art. 2 al. 1 ch. 1 LACNI-Pa), le Paraguay (art. 3 let. c ch. 1 LAM-Py), le Pérou (art. 5 al. 1 let. a LA-Pe) et la République Dominicaine (art. 1 al. 2 let. a LAC-Rép.Do).

– Lorsque les lois d'arbitrage retiennent un critère objectif ayant trait à la nature du litige. Ainsi, un arbitrage est international si la controverse affecte directement les intérêts du commerce international au sens de l'art. 1504 NCPC (ancien art. 1492). Comme mentionné ci-dessus, la Colombie (art. 62 al. 4 let. c LANI-Col), l'Equateur (art. 41 let. c LAM-Eq) et le Panama (art. 2 al. 1 ch. 2 LACNI-Pa) optent pour ce critère. Dans cette même logique, certains pays reprennent également ce point de rattachement, mais en lieu et place de la formule proposée par le droit français, ils ont privilégié une rédaction semblable à celle de l'art. 1 al. 3 let. b ch. ii de la Loi-type CNUDCI, selon lequel un arbitrage est qualifié d'international lorsqu'*«une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale»* doit être exécutée en dehors de l'Etat dans lequel les parties ont leur domicile ou établissement, ou lorsque *«le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit»* se situe dans un tel Etat²¹.

– Enfin, lorsque les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays²². C'est par exemple le cas en Bolivie (art. 71 al. I ch. 3 LAC-Bo), au Chili (art. 1 al. 3 let. c LAC-Cl), au Costa Rica (art. 1 al. 3 let. c LA-Cr), en Equateur (art. 41 i.i. LAM-Eq), au Guatemala (art. 2 let. c LA-Gu), au Nicaragua (art. 22 al 4 LMA-Ni) et au Panama (2 al. 1 ch. 2 LACNI-Pa).

Dans un souci d'exhaustivité, nous nous attarderons tout d'abord sur les cas atypiques de l'Argentine et de l'Uruguay, avant d'aborder la question de l'internationalité de l'arbitrage dans les régimes juridiques du Brésil et du Venezuela.

Comme signalé ci-avant, ni l'Argentine ni l'Uruguay ne disposent de législation nationale en matière d'arbitrage international. En Argentine, la matière est régie par les codes de procédure provinciaux et par le CPCCN. L'Uruguay, quant à lui, s'en remet principalement aux conventions et traités internationaux auxquels il a souscrit; néanmoins, le chapitre IV du CGP-Uy s'applique par analogie à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. Remarquons que ces deux nations sont parties à l'Accord du Mercosur qui règle la question de l'internationalité de l'arbitrage à son art. 3. Dès lors, pour les rapports contractuels tombant dans le champ d'application *ratione loci* de l'Accord, les critères d'extranéité sont fixés par celui-ci. Dans le contexte latino-américain, il convient de rappeler que les pays du Mercosur, ainsi que le Chili et la Bolivie, ont conclu un Accord sur l'arbitrage commercial international, Accord qui reprend de manière générale l'intégralité de

21. Cf. La Bolivie (art. 71 al. I ch. 2 LAC-Bo), le Chili (art. 1 al. 3 let. b ch. ii LAC-Cl), la Colombie (art. 62 al. 4 let. b LANI-Col), le Costa Rica (art. 1 al. 3 let. b ch. ii LA-Cr), Cuba (art. 10 D-Cub i.f), l'Equateur (art. 41 let. b LAM-Eq), le Guatemala (art. 2 let. b ch. ii LA-Gu) le Honduras (art. 86 al. 1 LCA-Ho), le Mexique (art. 1416 al. III ch. b CCo-Mx), Le Salvador (art. 3 let. h ch. 2 b LMCA-Sv), le Nicaragua (art. 22 al 2 LMA-Ni), le Panama (2 al. 1 ch. 2 LACNI-Pa), le Paraguay (art. 3 let. c ch. 2 LAM-Py), le Pérou (art. 5 al. 1 let. c LA-Pe) et la République Dominicaine (art. 1 al. 2 let. c LAC-Rép.Do).

22. Avec la nouvelle Loi d'arbitrage, le législateur colombien a décidé d'éliminer l'art. 196 al. 4 aD-Col qui transposait ce critère en droit colombien (cf. Silva Romero 2013, *op. cit.* p. 350 s.).

la réglementation prévue à l'Accord du Mercosur²³. Il entrera en vigueur dès sa ratification par la totalité des pays parties; seuls la Bolivie et le Chili sont en attente de ratification²⁴.

En revanche, dans les autres situations, l'internationalité de l'arbitrage est déterminée, en Argentine, par l'interprétation de l'art. 1 CPCCN, à la lumière de l'approche croisée posée par l'art. 3 de l'Accord du Mercosur²⁵. En Uruguay, on résout ce type de questions par l'application directe du droit conventionnel international en général et de l'Accord du Mercosur en particulier. Par ailleurs, l'art. 25 al 3 de l'Accord du Mercosur précise qu'*«en ce qui concerne les situations non prévues par les parties, par l'Accord de Buenos Aires, par les règles de procédure de la CLAC ou par les conventions et les normes auxquelles se réfère le présent Accord [...]»*, les règles et principes de la Loi-type de 1985 seront applicables²⁶. Subsidiairement, dans ce pays, les hypothèses non abordées par le droit conventionnel, auquel l'Uruguay a souscrit, sont comblées par les dispositions internationales analogues et par les thèses suivies par la doctrine la plus avisée²⁷.

Au Brésil, l'internationalité de l'arbitrage se détermine en fonction du lieu où la senten-

ce arbitrale est prononcée²⁸. Ainsi, au sens de l'art. 34 LA-Br, un arbitrage est international lorsque la sentence est prononcée à l'étranger. Cette disposition s'inspire de l'art. I ch. 1 CNY selon lequel *«[l]a présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées [...]»*. A noter que la doctrine arbitrale brésilienne est d'avis qu'un arbitrage est international lorsque la sentence arbitrale a été rendue à l'étranger, et ce même à l'égard d'un contrat conclu au Brésil entre parties brésiliennes et dont l'exécution doit se faire sur le territoire brésilien²⁹.

Au Venezuela, la Loi d'arbitrage commercial ne définit pas les notions d'arbitrage interne et d'arbitrage international. Dans le but de combler cette lacune, une partie de la doctrine vénézuélienne prescrit, au moment de la détermination de l'internationalité d'un litige, l'utilisation des critères contenus dans la Loi-type CNUDCI³⁰. Enfin, une autre partie de la doctrine considère que, dans la mesure où le Venezuela est partie à la Convention de New York

23. Fernández Rozas José Carlos, *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid 2008, p. 205; Pallarés Beatriz/Albornoz Jorge R, *Argentina*, in: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 95.

24. Cet Accord a été ratifié par l'Argentine (Loi n° 25.223 de 2000), le Brésil (D-lég n° 483 de 2003), le Paraguay (Loi n° 3497 de 2008) et l'Uruguay (Loi n° 17751 de 2004). Le Venezuela, en tant que nouveau membre du Mercosur, est également en demeure de sa ratification.

25. Rivera Julio César, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Buenos Aires 2007, p. 33. L'art. 1 CPCCN en question dispose que les parties détiennent la faculté de renoncer à la compétence de la juridiction nationale en faveur de juges étrangers ou d'arbitres agissant hors du pays, à l'exception des cas où les tribunaux argentins ont la compétence exclusive ou lorsque la renonciation à la justice étatique est interdite. 26. Traduction libre. Cf. González Sandra/Gómez Fernando, *Arbitraje comercial internacional en Uruguay: marco legal y jurisprudencial*, in: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 691 s.

27. ARRIGHI PAUL F., *El arbitraje comercial en el derecho uruguayo*, in: *The impact of Uniform Law on national Law: limits and possibilities/L'incidence du droit uniforme sur le droit national: limites et possibilités*, Ciudad de México 2010, p. 242.

28. Cf. Décision du Tribunal Supérieur de Justice, 3e Chambre, *Nuovo Pignone SpA v. Petromec Inc.*, du 24 mai 2011; Bosco Lee João/Wendpap Elis, *La confirmation du critère territorial pour déterminer la nationalité d'une sentence arbitrale au Brésil*, in: *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. IV, Paris 2012, p. 973 ss.

29. Widderowitz Neto Walter/Carvalho Eliane Cristina/Azevedo Corrêa Leonardo/Martins de Oliveira Renata, *El arbitraje comercial internacional en Brasil: marco legal y jurisprudencial*, in: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 172.

30. Annichiarico José/Cerviño Alejandro, *Comentarios al régimen jurídico aplicable al arbitraje comercial internacional en Venezuela*, in: *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica*, primera parte, Lima 2010, p. 241.

(art. I ch. 1 CNY) et à la Convention de Montevideo (art. 1 CMon), l'arbitrage est international lorsque la sentence arbitrale est rendue sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution de la sentence est demandée³¹.

Il nous paraît dès lors approprié de remarquer, en guise de conclusion, qu'il existe en Amérique latine une nette préférence pour une conception large de l'arbitrage international, fondée tant sur des éléments objectifs que subjectifs. Il est également important de souligner que sur ce point, les régimes latino-américains sont moins rigides que le droit suisse, qui adopte une approche exclusivement subjective.

Conclusion

En matière d'internationalité de l'arbitrage, en Amérique latine, il y a une homogénéité de traitement qui résulte de l'adoption quasiment textuelle de l'art. 1 al. 3 Loi-type CNUDCI. Cette disposition propose une approche croisée qui combine le critère matériel et le critère formel de l'internationalité. Par ailleurs, l'association des deux critères est également préférée par l'Accord du Mercosur et par la Convention européenne de 1961. Seuls l'Argentine, le Brésil, l'Uruguay et le Venezuela font exception à cette règle. Il nous paraît dès lors approprié de noter qu'il existe en Amérique latine une nette préférence pour une conception large de l'arbitrage international, fondée tant sur des éléments objectifs que subjectifs. Il est également important de souligner que sur ce point, les régimes latino-américains sont moins rigides que le droit suisse, qui adopte une approche exclusivement subjective.

Bibliographie

- Annichiarico José/Cervino Alejandra, *Comentarios al régimen jurídico aplicable al arbitraje comercial internacional en Venezuela*, in: Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, primera parte, Lima: Editorial Palestra, 2010.
- ARRIGHI PAUL F., *El arbitraje comercial en el derecho uruguayo*, in: The impact of Uniform Law on national Law: limits and possibilities/L'incidence du droit uniforme sur le droit national: limites et possibilités, Ciudad de México: Editorial UNAM, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, International Academy of Comparative, 2010.
- Araque Benzo Luis Alfredo/Almádoz Monterola Alfredo/Elíaz Antonio José, *El arbitraje comercial internacional en Venezuela: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid: Editorial La Ley, 2009.
- Conejero Roos Cristián, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid: Editorial La Ley, 2009.
- Fernández Rozas José Carlos, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid: Editorial Iustel, 2008.
- Fouchard Philippe/Gaillard Emmanuel/Goldman Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris: Editorial Litec, 1996.
- Girsberger Daniel/Voser Nathalie, *International arbitration in Switzerland*, 2^e éd., Zürich/Bâle/Genève: Editorial Schulthess, 2012.
- González Sandra/Gómez Fernando, *Arbitraje comercial internacional en Uruguay: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid Editorial La Ley, 2009.

31. Araque Benzo Luis Alfredo/Almádoz Monterola Alfredo/Elíaz Antonio José, *El arbitraje comercial internacional en Venezuela: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 726.

- Kaufmann-Kohler Gabrielle/Rigozzi Antonio, *Arbitrage International, droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^e éd., Berne: Editorial Editions Weblaw, 2010.
- Kaufmann-Kohler Gabrielle/Rigozzi Antonio, *When is a Swiss arbitration international? Comments on a Swiss Federal Tribunal decision of June 24, 2002 (4P.54/2002)*, in: Jusletter du 7 octobre 2002.
- Pallarés Beatriz/Albornoz Jorge R, *Argentina*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá: Editorial Universidad Externo de Colombia, 2010.
- Poudret Jean-François/Besson Sébastien, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Paris, Zürich, Bâle, Genève: Editorial Schulthess, 2002.
- Redfern Alan/Hunter Martín/Blackby Nigel/Partasides Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4^e éd., Cizur Menor (Navarra-España) 2006.
- Rivera Julio César, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2007.
- Silva Romero Eduardo, *Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje "internacional"*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá: Editorial Legis, 2005.
- Silva Romero Eduardo, *de la calificación del arbitraje internacional en el estatuto de arbitraje nacional e internacional colombiano*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá: Editorial Legis, 2013.
- Talero Rueda Santiago, *Arbitraje comercial internacional, instituciones básicas y derecho aplicable*, Bogotá: Editorial Ediciones Uniandes, 2008.
- Widderowitz Neto Walter/Carvalho Eliane Cristina/Azevedo Corrêa Leonardo/Martins de Oliveira Renata, *El arbitraje comercial internacional en Brasil: marco legal y jurisprudencial*, in: el arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial, Madrid: Editorial La Ley, 2009.



Tema: Contraste social
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Progreso
País: Colombia, ciudad de Medellín

Hacia una criminología para la protección de derechos humanos*

■ Por: *Yenifer Yiseth Suárez Díaz***

Recibido: marzo 16 de 2015

Aprobado: abril 21 de 2015

Resumen

La preocupación por perseguir, juzgar y condenar a los denominados delincuentes se ha desarrollado a través de la aplicación de diversas teorías criminológicas, correspondientes al momento político-económico de cada sociedad. Así, en la actualidad es evidente el empleo de la criminología actuarial; no obstante, esta corresponde a una de carácter situacional y segregacionista, en la cual la sociedad se convierte en herramienta para la selección del delincuente, lo que deslegitima la justicia y deriva en linchamiento colectivo de los delincuentes y su consecuente muerte. Resulta importante, entonces, establecer una criminología con la que se garanticen los derechos humanos en la sociedad y se reduzcan los eventos mencionados.

Palabras clave: Delito, linchamiento, criminología, derechos humanos, segregación.

* Artículo de investigación resultado del proyecto de investigación Criminología y Derechos Humanos, del Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum crimen sine lege de la Universidad Nacional de Colombia, reconocido y clasificado en categoría D y registrado con el código COL0078909 en Colciencias.

** Abogada Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho- Sociología y Política Criminal. Becaria Colciencias Doctorado en Derecho. Investigadora del Observatorio de Política Criminal de la Universidad Nacional de Colombia. yysuarezd@unal.edu.co.

Towards a criminology for the protection of Human Rights

Abstract

The concern pursue, prosecute and convict criminals has been developed through the application of various criminological theories, for the political and economic moment of every society, today the use of actuarial criminology is clear, however, this corresponds to a segregationist situational character, in which society becomes a tool for the selection of the offender, leading to the discrediting of justice and resulting in collective lynching of criminals and their subsequent death. Hence it is important to establish a criminology with which Human Rights are guaranteed in society and such events are reduced.

Key Words: Crime, Lynching, Criminology, Human Rights, Segregation.

Introducción

La persecución de los delitos a través de la criminología actuarial ha implicado un proceso de segregación, en tanto el mismo concepto ecológico de población, dado por la RAE, se entiende como el conjunto de individuos de la misma especie que ocupan una misma área geográfica; es decir, clasifica únicamente a aquellos que pertenezcan a una única especie, y que en los términos de la globalización es quienes hagan parte de un mismo espacio, aun cuando hagan parte de la especie humana, por lo que la lógica bajo la cual se describe la política es que esta se rige de acuerdo al espacio dentro del cual se promueve, obligando al consenso para evitar la segregación o la muerte social; en términos de biopolítica, es un requerimiento hacerlo, pues como indica AGAMBEN: *“los hombres están condenados, por así decirlo, a ponerse de acuerdo sobre los criterios de sentido y de validez de su acuerdo”*.

También, los enemigos son definidos a partir de aquellos sujetos que no se adecuan al discurso universal y que se consideran peligrosos para el bienestar general, operando una conceptualización que favorece en sí misma la unidad, ya que se asume que la humanidad en su conjunto se encuentra combatiendo al enemigo, fortaleciendo a quienes se encuentran dentro del organismo bajo el cumplimiento de los parámetros presuntamente aceptados por el conjunto, así que como se ha mencionado, esto adquiere especial relevancia en la distribución del espacio y la exclusión de los otros.

Por ello, quien ejerce el poder conoce la contradicción que se entraña (Cavalleti, 2010, pág. 27) de la expresión del bienestar mundial, como justificación para la exclusión y segregación en sí mismo de una parte de la población. Obsérvese cómo uno de los mecanismos empleados para la segregación es la constitución de los denominados derechos humanos, ya que se emplea la moralidad de los sujetos para la

definición y defensa de tales conceptos, excluyendo a las comunidades no occidentales y definiendo un enemigo que no solo se construye legal y culturalmente, sino que se le segrega geográficamente por ser disruptores del desarrollo normal de la vida social (Arteaga Botello, 2009, pág. 122).

Lo anterior significa que el territorio es elemento fundamental empleado para considerar qué es un riesgo, y peor aún, qué individuos lo son en razón a su pertenencia a determinado espacio, acudiendo a emplear los mecanismos que se consideran racionales bajo la lógica occidental PRECISE para mejorar la seguridad en zonas consideradas como marginadas, partiendo del supuesto de que pobreza, marginación e inseguridad están vinculadas en la mayoría de las comunidades suburbanas o de reciente urbanización (Arteaga Botello, 2009, pág. 137).

Bajo tales criterios, se cuestiona qué estatus de legitimidad tiene los discursos de las relaciones internacionales y la criminología (Morrison, 2009, p. 39) cuando los controles a quienes cometen violaciones de derechos humanos se activan solamente cuando poderosos que los cometieron dejan de serlo, esto es, virtualmente, cuando “pierden la guerra” (Aniyar, 2010, p. 60); se cuestiona incluso qué legitimidad tiene la criminología y nuevamente su dependencia o no del derecho penal y, claro, su relación con la política criminal.

Todos estos cuestionamientos se dan porque la riqueza y el poder siempre han mantenido relaciones incestuosas: la riqueza es utilizada para adquirir poder político y viceversa: el poder es un medio de adquirir riquezas; por ello la influencia en la conducción de la política, que no es una buena noticia para que se haga justicia a los más pobres (Geneviève, 2009, p. 31).

De lo anterior que se afirme que es evidente un discurso contradictorio de la integración regional y mundial, a través de instrumentos legales y políticos marcado por las desigualdades estatales y de poder entre los Estados, pues,

por un lado, los medios masivos acuden a los conceptos universalistas acerca del derecho internacional, los derechos humanos y las apelaciones a los juicios morales, y por otra parte, las demandas pragmáticas de ejercer el poder de un mundo de Estado-Nación (Morrison, 2009, p. 7) tiene un refuerzo adicional en la organización geográfica existente en el mundo, pues como se señaló, se pretende una supuesta integración para reforzar la unidad y fortalecer la división social y la aceptación de la exclusión de los grupos no pertenecientes a la unidad.

El discurso de los derechos humanos se ha politizado e instrumentalizado; se requiere reconsiderar las violaciones a la integridad física, la privación de alimento, las prácticas de destrucción de la vida y humillación de los seres vivos dan a la lucha contra las violaciones de derechos humanos un significado más esencial y más evidente (Geneviève, 2009, p. 37). Un ejemplo de su utilización se dio con el ataque realizado en Libia, justificado en la supuesta protección de la población que quedó, sin embargo, desprotegida ante los bombardeos de la OTAN o las represalias igualmente sanguinarias de los fragmentados grupos de la oposición Libia (Feierstein, 2013, p. 48).

Por lo anterior, frente a las graves violaciones de derechos humanos que se presentan en el mundo, los millones de víctimas que deja la estructura económica impuesta por la globalización y la participación de los actores económicos, resaltando la participación del Estado en la violencia estructural ya que el poder económico se encuentra ligado al poder político, que ejerce represiones a través de las cuales se limita el desarrollo material e intelectual de segmentos de la sociedad (Morrison, 2009, p. XLVI), la criminología contemporánea hace un llamado a reducir el enfoque que hasta la actualidad permanece en los estudios criminológicos referidos al delito local, en tanto se observa que la aplicación de la criminología actuarial segrega, discrimina y selecciona a la población, y por el

contrario se hace necesario enfocar el análisis sobre los crímenes de masa contra la humanidad- las agresiones a los derechos humanos y a los bienes comunes realizados por los Estados y por los mercados (Ferrajoli, 2013, p. 3).

1. La aplicación de la criminología actuarial

En la actualidad la seguridad se ha convertido en el bien jurídico por excelencia y objeto de protección de los Estados. Esta acepción debe comprenderse desde una doble perspectiva: por un lado, un “problema objetivo” del riesgo de ser víctima de un delito, y por otro lado, el “problema subjetivo” de la sensación personal y colectiva de temor con respecto a ser víctima de un delito o incivilidad (Sozzo, 2000). Por ello se han planteado, para la garantía de la seguridad, diferentes estrategias que incluyen la represión mediante el uso del derecho penal, y la formulación de políticas a través de las cuales se prevenga la comisión de actos que amenacen la seguridad, y que contribuyan a mejorar la percepción que tenga la comunidad sobre la seguridad.

Así, se ha entendido como contradicción de la seguridad el riesgo, por lo que la preocupación por el delito local, y la seguridad urbana y metropolitana ha enfocado la criminología hacia un estudio limitado y que ha conducido a la discriminación y selectividad, aplicando la criminología actuarial que tiene su ejecución en la denominada política criminal situacional, por lo cual en primer lugar debe señalarse que tal criminología adopta una concepción económica del delincuente, en el sentido de que este es un sujeto racional que valora los costos y beneficios de su actuación (Sozzo, 2000, pp. 56,65), convirtiéndose en la fuente de riesgo y por ende en el objeto de las prácticas que se tomen para la gestión de este.

En este sentido, la criminología actuarial pretende anticipar dificultades, al interesarse no en el delito *per se*, sino en su posibilidad, y preocuparse en la gestión antes que en la reforma, ya que su objetivo no radica en eliminar el delito sino en minimizar el riesgo (Benero, 2009, p. 150); para ello su estrategia principal se basa en la exclusión, esto porque al tratarse de una visión economicista, se basa en las estadísticas y probabilidades que proporcionan una forma de visualizar la población en categorías y subpoblaciones según criterios de riesgo (Rivera Beiras, 2005, p. 236), y a partir de ello definir el grupo que puede ser una eventual amenaza a la seguridad, sin embargo no solo clasifica a la población como sujetos-riesgo, sino que determina la población sujeto-víctima y sobre la cual debe recaer la protección que se decida, en este sentido la criminología actuarial, procura desde la administración brindar herramientas a su selecta comunidad para que se sientan más seguras, por ejemplo mediante el ofrecimiento de pólizas de seguro, que solucionan el problema subjetivo referido a la percepción de la seguridad.

Siguiendo ese orden, el objetivo de la justicia será el manejo de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como permanentes o puntualmente peligrosos y riesgosos (Rivera Beiras, 2005); en consecuencia, la censura sobre un individuo se hará con fundamento en su pertenencia al grupo clasificado como tal, y la aplicación de una pena no tendrá fundamento en la resocialización, sino en la separación de la comunidad, entendida como una unidad.

Como se mencionó, la criminología actuarial tiene su ejecución a través de la prevención situacional del delito, la cual se encuentra fundamentada en el paradigma de las ventanas rotas, la teoría de “*three strikes and you are out*” y tolerancia cero, es decir, que los mecanismos que se empleen en la reducción del crimen se encuentran encaminados a la reducción de la

oportunidad para cometer el acto ilícito; se trata de una intervención meditada y selectiva, capaz de anticiparse al mismo, de prevenirlo, neutralizando con programas y estrategias adecuadas los actos criminales (Rodríguez, p. 76). Tales modelos de intervención se fundamentan en el control social, dirigido a los espacios urbanos y a la delincuencia local a través de una nueva estructuración de las acciones policiales, entre ellas, la implementación de programas como la vigilancia mediante sofisticados sistemas de seguridad, y la privatización de esta, la reorganización geográfica y la segregación poblacional, los toques de queda y la creación de bases de datos sobre los individuos que permitan su identificación y posible pertenencia a un grupo señalado como fuente de riesgo.

Por ello, la definición de los grupos excluidos obedece igualmente a las lógicas del mercado, es decir, que puede señalarse en primera medida que los pobres son entendidos como la nueva clase peligrosa (Rivera Beiras, 2005, p. 240), pues la criminología actuarial no se cuestiona la desigualdad social, sino que hace uso de ella para determinar el grupo poblacional a excluir; asimismo, se racionaliza el uso del espacio y se organiza a la comunidad de tal manera que los eventuales riesgos se encuentren controlados y alejados del sujeto-víctima; en esto cumple una función fundamental la prisión, ya que es el método empleado para mantener en control a los individuos señalados como enemigos a través del consenso social, es decir, su función se encuentra encaminada a la eliminación del sujeto del contexto social, se identifica entre la masa de desviados, a la limitada porción de delincuentes irrecuperables para los cánones de conformidad, los teóricos de la incapacitación selectiva proponen adoptar medidas tendencialmente definitivas respecto a los sujetos cuyos comportamientos desviados tan solo pueden ser contrarrestados mediante el internamiento (De Giorgi, 2000, p. 57).

Por lo que igualmente se produce un fenómeno de privatización del crimen, en el sentido que el estado se presenta como la gran empresa aseguradora por antonomasia (Aguilera Portales & González Cruz, p. 13) y vincula entes privados en la construcción de la seguridad desde su doble perspectiva, desempeñando en la actualidad un papel fundamental dadas las dinámicas económicas, por lo que la autoridad global es ejercida por actores tales como corporaciones empresariales, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y medio ambiente, movimientos religiosos y ejércitos mercenarios (Wood & Shearing, 2007, p. 40), que incluyen sus propios objetivos en la prácticas políticas y reafirman la selectividad y segregación hacia los otros.

Asimismo, se continúa con el empleo de las redes mediáticas en la construcción de un consenso social, a través del cual se siga elaborando la sociedad como una unidad en la cual se excluya aquello que pueda producir una patología o no se encuentre en el marco del acuerdo, por lo que las dinámicas ambientales y geográficas son elementos que fortalecen la prevención situacional, pues organizan los espacios de manera que no haya interferencia de un grupo poblacional estigmatizado como riesgoso en otro definido como posible víctima, y con el avance tecnológico se utiliza el constante seguimiento mediante cámaras para el rastreo de la población, reincorporando los estudios causalistas que se presumían proscritos.

Es decir, la interacción y las dinámicas del mercado han llevado el establecimiento de la criminología actuarial y la política criminal situacional, que se materializan en la clasificación de comunidades, la selección de dispositivos para el control y la exclusión de grupos que son denominados como fuente de riesgo, contraponiéndose a la seguridad que, como se

mencionó, se erige como el bien jurídico fundamental en la sociedad global; tales técnicas se encuentran limitadas a los delitos urbanos y poblaciones marginales, donde la delincuencia organizada se traduce en manifestaciones asociativas conectadas a la delincuencia tradicional, como grupos de asaltantes, secuestradores, estructuras de tráfico ilícito y organizaciones terroristas (Callegari, 2009, p. 16). De allí que el discurso penal para la represión sobre la delincuencia organizada se limite a las expresiones delictivas que revisten una mayor connotación mediática y con mayor visibilidad en el contexto social.

2. Los linchamientos de delinquentes como reflejo de la política actuarial

En Colombia durante el 2014 y lo que va del 2015 se ha promovido a través de redes sociales el linchamiento de delinquentes que sean capturados en flagrancia; así, no solo se han atacado a hombres y mujeres, sino que se ha llegado a atacar a menores edad presuntamente infractores. A través del linchamiento colectivo se pretende la muerte de tales sujetos a fin de realizar la denominada “limpieza social”.

Linchar se encuentra definido como la ejecución sin proceso y tumultuoso a un sospechoso o a un reo¹, lo que es el regreso a los procesos inquisitoriales o procesos que ancestralmente han sido realizados por comunidades indígenas. Ahora, observar procesos de linchamiento dentro de sociedades como las colombianas tiene como explicación fenómenos no solo políticos y jurídicos sino sociales. El caso que se menciona en la noticia es uno de tantos intentos de linchamiento que venían ocurriendo en Bogotá, producto de la percepción de la

1. Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: 22 Edición.

sociedad sobre la justicia, ya que se considera a la misma ineficiente y se acude a la justicia por la propia mano o a la denominada justicia privada, en la que se cumple la famosa ley del talión.

Puede inferirse que ello es el ejemplo de la falta de operación del Estado y de la percepción de inseguridad, si se considera que una *democracia que no es capaz de asegurar el ejercicio pleno de derechos sociales y económicos termina por crear condiciones que favorecen la generación y reproducción de la violencia, la cual a su vez la debilita*². Sin embargo, en los procesos de linchamiento hay que valorar que, en primer lugar, se dan en zonas de exclusión social y son producto, además, del denominado populismo punitivo, como estrategia política, cuando existe una demanda indiscriminada de mayores y más efectivas penas³.

Los linchamientos son el apoderamiento del rol de víctima por parte de la sociedad; es la comunidad la que reviste tal carácter, pero el gran cuestionamiento es el lugar en el que queda el acusado: durante los procesos de amontonamiento, no hay espacio para oír a este sujeto, como ocurre en el caso de la noticia, donde, pese a que el menor negó los hechos, la población no cambió su objetivo y se requirió la intervención del ESMAD⁴ para dispersar al grupo de gente de la vivienda que fue violentamente atacada.

3. La respuesta desde la criminología crítica

De lo mencionado debe entonces adentrarse en las posteriores investigaciones NO DICE NADA; así, si bien Marx no pretendía dar una explicación al delito, sus postulados sociológi-

cos determinaron que eran las clases dominantes quienes imponían las condiciones bajo las cuales una conducta se consideraba delictiva; las acciones de los individuos de clases bajas no se regían por la conciencia y la voluntad, sino que era la estructura socioeconómica la que no permitía el ejercicio de la libertad como autorrealización del sujeto, por lo que una política criminal debía perseguir un fin menos marginante y la destrucción de lugares tradicionalmente criminógenos como la cárcel (Pavarini, 2003, p. 155).

Más que una corriente intelectual, la criminología crítica se presentó al mundo como el cambio de fundamentos frente delito, en el que el hecho punible no se limita al problema que algunos individuos y grupos representan para la sociedad sino el desorden como un problema de la sociedad en un sentido más estructural (Swaaningen, 2011, p. 4).

A la luz de los postulados marxistas no existe una única teoría, podrían ser definidas todas como criminología crítica, y dentro de ella las propuestas abolicionistas, las que promueven la aplicación de un derecho penal mínimo y el denominado realismo de izquierda.

No se discute el carácter selectivo del derecho penal; sin embargo, se reitera el cuestionamiento planteado al abolicionismo y es que brinda, de alguna manera, la solución mágica a los conflictos interpersonales que se presentan en la sociedad y que en la actualidad son atacados a través del derecho penal, pero nuevamente no se observan planteamientos frente a los crímenes a gran escala, las víctimas de las masacres de las que habla Zaffaroni (2011) siguen en el olvido del estudio criminológico.

-
2. PNUD. *Ciudades Seguras. El ABC de la Convivencia y la Seguridad Ciudadana. Herramientas para la gestión local*. San Salvador: PNUD, 2010 en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo San Salvador, 2010.
 3. Miranda Estrampes, M. (2007). El populismo penal (análisis crítico del modelo penal securitario). *Jueces para la Democracia*, 43-72. Escuela Virtual PNUD Farid Samir Benavides Vanegas.
 4. Escuadrón Móvil Anti Disturbios.

Entonces, el delito se reconoce como problema social en el que se incluyen las relaciones a las que se hace alusión en el cuadro del delito, al que pertenecen el Estado, la víctima, la sociedad y el delincuente, de manera tal que los delitos no solo surgen de la clase social menos favorecida sino que pueden producirse entre sujetos de la denominada clase dominante, pero nuevamente dónde dejaron los delitos de mayor trascendencia, de mayor número de víctimas, propusieron programas sociales pero no para quienes cometían tales acciones sino para las clases más bajas.

Desde el derecho penal mínimo, se promueve la reducción del mismo hasta la selección de bienes jurídicos con lo que se protejan derechos humanos. Esta propuesta designa un modelo normativo de derecho, esto es, un Estado de derecho que, respecto al derecho penal, imponga el principio de estricta legalidad, y es un sistema de poder mínimo. En el plano político es una técnica capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico es un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva (Ferrajoli, 2006, p. 852)

La reducción del derecho penal llevaría entonces a que la judicatura pueda afrontar con mucha mayor eficiencia y con mucho mayor respeto de las garantías las ofensas más graves provenientes de la potente gran criminalidad, entre más reducido al mínimo, dirigiéndose a los delitos más graves. Ya que por otro lado la incertidumbre jurídica, la incognoscibilidad y la irracionalidad del derecho penal generada por la inflación legislativa hacia los delitos menores ha transformado al derecho penal en una fuente oscura e imprevisible de peligros para cualquier ciudadano (Ferrajoli, 1999).

Considerando que la reacción en la actualidad frente a la criminalidad se encuentra dirigida a los focos de inseguridad, se compren-

de el porqué de las medidas adoptadas desde las clases dirigentes tales como la supresión de garantías, ya que estas se sienten víctimas de los delitos considerados como generadores de inseguridad y no se sienten autores de delitos, procurando transmitir el mensaje simbólico de la pena frente a la percepción de seguridad (Callegari, 2009, p. 20). Lo anterior ratifica el uso político que se le da al derecho penal dentro de la sociedad, contribuyendo al desarrollo del modelo económico del mundo globalizado y la represión sobre las clases que no tienen a su cargo la dirección del proceso penal.

Entonces el uso de la criminología crítica se reafirma, no solo porque desde los enfoques criminológicos no se analiza el desorden social que produce la estructura social sino porque contrarresta el resurgimiento de las teorías positivistas del delito, contiene una visión humanista desde la cual se da relevancia a las clases sociales que se pretenden excluir con el apareamiento de la criminología actuarial y reduce el carácter instrumental del derecho penal.

El modelo actuarial para el enfrentamiento de la criminalidad organizada mantiene como objeto de estudio la delincuencia habitual, cuando el modelo que legitima la intervención drástica del derecho penal es la actuación de grandes organizaciones que revistan complejidad (Callegari, 2009, p. 24) no solo por su estructura sino por la calidad de los delitos que se perpetran y con los que se violan derechos humanos.

Es así que sobre la finalidad de promover un derecho penal mínimo a través del que se respeten las garantías materiales y procesales de los acusados y que dé un enfoque a los delitos de mayor impacto o, para el caso que nos ocupa, los denominados delitos a gran escala y reconocidos ahora como crímenes de lesa humanidad, el derecho penal mínimo, desde la criminología, se ha interesado por el objeto que de esta investigación; por ello no se ahondará frente a los postulados en esta parte del análisis para realizarlo en el acápite correspondiente, pero se

precisará que tales preocupaciones, además de ser recientes, son aceptadas únicamente desde la academia, por lo que será importante el estudio de la criminología anclado a la política criminal, que según Lola Aniyar, son dos estudios inescindibles.

La búsqueda por prevenir el delito ha sido la principal preocupación de la política criminal. Así, a través del positivismo se pretendió identificar con anterioridad a los delincuentes e impartir sobre ellos el tratamiento correspondiente; desde la sociología se intentó educar antes de reprimir, pero lo evidenciado en el estudio contemporáneo es la denominada política criminal situacional que abandona las preocupaciones por el delincuente o la delincuencia y se centra solo en buscar los medios de cómo controlar el delito (González Zapata, p. 306).

Entonces, como se mencionó previamente dentro de los estudios de la criminología crítica, la corriente minimalista entiende el derecho penal como derecho de garantías a través del cual se pretende resolver un conflicto en el cual se han afectado bienes jurídicos, manteniendo como límite el respeto inherente que recae sobre quienes entran al proceso penal como acusados, de manera que se propugna como un elemento con el cual se pretenda lograr determinada igualdad en el diálogo entre las partes (Bustos Ramírez & Larrauri, 1993, p. 40) y en la que se tenga en cuenta toda la violencia, es decir, en la que se considere a aquella ejercida por las minorías privilegiadas; globalidad no significa, naturalmente, homogeneidad de los instrumentos usados por el control, sino adecuada diferenciación entre ellos, aun dentro de una estrategia general INCONEXO (Baratta, 1990, p. 25).

Así, la criminología crítica no solo abandona el paradigma etiológico del delito, sino que cuestiona el poder político y económico; se pasa de una “ciencia neutral respecto a los valores y a las elecciones prácticas, a una ciencia social comprometida en la transformación del propio objeto” (Baratta, 1998:163 en Ávila,

2005, p. 230). Considerando los conflictos que se presentan en la humanidad señala Baratta que la criminología crítica tiene cuatro consideraciones en relación con el derecho penal:

La primera consideración se refiere a los límites del sistema de la justicia criminal como reacción a la violencia y como defensa de los derechos humanos; la segunda se refiere al sistema punitivo como sistema de violencia institucional; la tercera, al control social alternativo de la violencia, y la cuarta a la concepción de la violencia y la defensa de los derechos humanos en el contexto de los conflictos sociales. En lo que respecta a las tres primeras consideraciones, me limitaré a hacer algunas indicaciones, remitiéndome a algunos de los resultados alcanzados en mi trabajo dentro de la criminología crítica (Baratta, 1990, p. 16).

Por lo que debe analizarse la política criminal desde la primera consideración, a través de la cual se debe buscar la reversión de la doble vía que hace hoy a la justicia penal una justicia fuertemente clasista: derecho penal máximo, máximamente duro e inflexible contra la delincuencia de los pobres, delincuencia de subsistencia; derecho penal mínimo, máximamente leve e indulgente contra los crímenes del poder, la corrupción y las bancarrotas, incluyendo la agresión y la violencia de la policía contra los manifestantes (Ferrajoli, 2013). Entonces el límite que debe tener tal criminología, como se ha indicado, son los derechos humanos, legitimada por la constatación de que hay formas de macrocriminalidad que no han sido estudiadas por la criminología (Aniyar, 2010, pp. 126,127). Se ha de acurdir al reiterado llamado de la interdisciplinariedad y la autonomía de la criminología frente al derecho penal, y abandonar su carácter auxiliar para fortalecerse y fundamentar un análisis que, a la postre, lleve a la determinación de criterios político-criminales materializados en el establecimiento de una

política pública internacional a través de la cual se investiguen los delitos que dejan millones de víctimas hoy en el mundo y que permanecen ocultos o simplemente aceptados.

La criminología crítica, desde sus comienzos, ha tenido como interés salvaguardar los derechos humanos que se presentan como un valor contrafáctico, es decir, como límite al derecho penal, de carácter sensibilizador (Swaaningen, 2011, p. 374); pero considerando que el discurso de los derechos humanos se ha politizado e instrumentalizado, debe contener un valor fáctico, es decir, en el que el derecho penal se presente como un sistema protector de estos; por ello reconsiderar las violaciones a la integridad física, la privación de alimento, las prácticas de destrucción de la vida y la humillación de los seres vivos da a la lucha contra las violaciones de derechos humanos un significado más esencial y más evidente (Geneviève, 2009, p. 37).

En ese sentido, los derechos humanos son la proyección normativa, en términos de deber ser, de aquellas potencialidades, o sea, de las necesidades reales. Pero la historia de los pueblos y de la sociedad se presenta como la historia de los continuos obstáculos que dicho camino encuentra, la historia de la continua violación de los derechos humanos, o sea del permanente intento por reprimir las necesidades reales de las personas, de los grupos humanos y de los pueblos (Baratta, 1990, p. 14)

4. Protección de los derechos humanos desde la criminología

No se pretende construir un derecho penal eficientista, sino que se pretende que, ante los problemas que se presentan en la actualidad y ante los cuales el derecho penal aparece como inútil, se protejan y garanticen derechos humanos, a través de la persecución de las conductas descritas en las que los poderes favorecen y contribuyen a los llamados delitos a gran escala,

y sobre los cuales debe dirigirse la mirada de los criminólogos de hoy.

Smeulers (2008) analiza las razones de por qué se presenta esa inercia de parte de la criminología, señalando que puede ser, entre otras, por la separación que ha existido entre el derecho penal internacional y el derecho penal, en tanto, los crímenes que han sido definidos como tales en el Estatuto ¿EN CUÁL? han sido simplemente implantados en las legislaciones nacionales sin consideración alguna; una segunda explicación se basa en que los delitos tipificados internacionalmente son frecuentemente cometidos con la participación de los Estados; la tercera razón es la complejidad de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio que los hace difíciles de comprender; la cuarta razón es que se considera que estos delitos son solamente cometidos lejos de la atención de los criminólogos americanos y europeos, que se encuentran preocupados únicamente por los delitos nacionales y que los afectan directamente. Se descarta que esa ausencia de análisis criminológico se deba a cuestiones económicas, cuando los Estados parte de la Corte Penal Internacional han puesto de presente su interés de cooperación con la justicia global.

De allí la importancia de que las graves violaciones a derechos humanos sean analizadas a la luz de la criminología; en ese sentido se analizarán los crímenes contra la humanidad, en tanto estos son una violación extrema, sistemática o generalizada de derechos humanos que choca con la conciencia de la humanidad (Smeulers & Grünfeld, 2011, p. 85) y que en sí mismos representan una violación a los derechos a la vida, a la libertad y la seguridad.

Frecuentemente las violaciones de derechos humanos se originan en el uso excesivo de la fuerza por parte del Estado, que si bien se encuentra legitimado para usar cierta fuerza a fin de garantizar la seguridad de sus ciudadanos, normalmente esto se da en los países con mayor pobreza y que ejercen una mayor represión,

pese a que hagan parte de tratados internacionales a través de los que se pretende la garantía y protección de los derechos humanos.

Se requiere, entonces, una criminología que, además de encontrarse dirigida a la protección de los derechos humanos, tenga como objeto la criminalidad de poder revertir las connotaciones racistas que han marcado y siguen marcando la criminología (Ferrajoli, 2013, p. 4). No se trata de visibilizar la violencia estructural, sino de enfrentar académica y políticamente, la incesante repetición (Tombs, 2013, p. 285), que la ha hecho visible y la ha puesto a la opinión como una actuación que debe ser aceptada, porque por su repetición es considerada normal. Por ello, se reconoce que el establecimiento de la justicia global a través del derecho penal internacional es un avance democrático; como señala Ferrajoli (2013), en sí mismo, se trata de la invitación a la criminología de ampliar su espectro; sin embargo se considera una institución que no solo por su corta edad presenta debilidades, sino por la interferencia política que persiste sobre esta, impidiéndole actuar independiente, imparcial y autónomamente, por lo que desde la criminología lo que debe ocurrir como se ha indicado es un cambio de su objeto de estudio, dirigiéndose a los sujetos activos y poderosos (Morrison, 2009, p. 56) y no a su tradicional objeto analizado, individuos de clase baja, previamente seleccionados y a quienes se les recluye como mecanismo de muerte social.

Referencias bibliográficas

- Agamben, G. (2002). *Lo que queda de Auschwitz*. Valencia: Pre-Textos.
- Aguilera Portales, R., & González Cruz, J. (s. f.). Análisis crítico de la política penal y criminológica en la sociedad moderna. *Criminología y Sociedad*. Faltan datos
- Aniyar, L. (2010). *Criminología de los derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Arteaga Botello, N. (2009). *Sociedad de la vigilancia en el sur-global*. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Ávila, K. (2005). Aproximación a las propuestas de prevención y control del delito desde la criminología crítica. (J. E. Párraga, Ed.) *Capítulo Criminológico*, 33 (2), 225-265.
- Baratta, A. (1990). Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. *Revista IIDH*, 11.
- Beltrán de Felipe, M. Á. (2007). Internacional, Las ciudades y la globalización: tendencias y problemas en el incipiente derecho local. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 13-57.
- Benero, M. (2009). El nuevo paradigma de la exclusión social para el conocimiento criminológico. *Derecho y Ciencias Sociales*, 149-159.
- Bustos Ramírez, J., & Larrauri, E. (1993). *Victimología: presente y futuro*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Callegari, A. (2009). *Crimen organizado* (1.ª edición en español ed.). Lima, Perú: ARA Editores.
- Cavalleti, A. (2010). *Mitología de la seguridad. La ciudad biopolítica* (Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo.
- Centro de Integración, Cooperación y Desarrollo Internacional. (s. f.). *Cooperación Internacional*. Recuperado el 19 de octubre de 2013, de CICODI: <http://www.cicodi.org/Publicaciones/CDocumentsandSettingscarmenEscritoriopublicacion/esenviar/Bienvenida-21570664250.pdf>
- CEPAL. (2002). *Globalización y desarrollo*. Brasilia. De Giorgi, A. (2000). *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Roma, Italia: DeriveApprodi.
- Feierstein, D. (2013). Algunos interrogantes sobre las modalidades de juzgamiento de los crímenes estatales masivos. *Revista Crítica Penal y Poder* (5), 46-62.
- Ferrajoli, L. (2013). Criminología, crímenes globales y derecho penal: El debate epistemológico en

- la criminología contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder* (4), 1-11. Geneviève, J. (2009). *Resistencias contra la impunidad de los crímenes económicos*. (Y. U. Vidal, Trad.) Santiago de Chile, Chile: Lom Ediciones.
- González Zapata, J. La política criminal, la criminología y la dogmática penal: sus problemáticas relaciones. En D. Araque, *Estudios de derecho penal* (págs. 283-336). Medellín: Universidad de Medellín.
- Kostenwein, E. (2014). Propuestas para una criminología menor. *Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos* (6), 134-152.
- Morrison, W. (2009). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona, España: Antrophos.
- Palacios Pámanes, G. S. (2012). *Criminología contemporánea: Introducción a sus fundamentos teóricos*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Pavarini, M. (2003). *Control y dominación*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Rivera Beiras, I. (2005). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Baelona, España: Anthopos.
- Rodríguez, A. (s. f.). Persecución penal estratégica: una propuesta de política criminal. *Análisis Político*, 59-94. Recuperado el 19 de octubre de 2013, de KAS <http://www.kas.de/wf/doc/1975-1442-4-30.pdf1>
- Smeulers, A., & Grünfeld, F. (Eds.). (2011). *International crimes and other gross human rights violations: a multi- and interdisciplinary textbook*. Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Sozzo, M. (2000). Seguridad Urbana y Tácticas de Prevención del Delito.i. *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*.
- Swaaningen, R. (2011). *Perspectivas europeas para una criminología crítica*. Montevideo, Uruguay: B. de F. Ltda.
- Tombs, S. (2013). Trabajando para el mercado “libre”: complicidad estatal en la rutina del daño corporativo en el Reino Unido. *Revista Crítica Penal y Poder* (5), 266-290.
- Torres Ávila, J. *La fundamentación del derecho a la inclusión digital*. Bogotá. Wood, J., & Shearing, C. (2007). *Pensar la Seguridad*. Barcelona, España: Gedisa. Zaffaroni, R. E. (2011). *La palabra de los muertos: Conferencias de Criminología Cautelar*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.



Tema: Contraste social
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Fachada 1
País: Colombia, departamento de Risaralda

Consecuencias sociales de ser etiquetado al ser arraigado y posteriormente liberado*

Primera parte: fundamento legal del arraigo constitucional

■ Por: *Karina Flores Rodríguez***

Recibido: marzo 16 de 2015

Aprobado: abril 21 de 2015

Resumen

A México se le conoce por ser un país maravilloso con amplia diversidad étnica, folclóricas costumbres, gente cálida y solidaria y bellas playas que todo el mundo quiere conocer; sin embargo, actualmente también es conocido por tener un grave problema en materia de corrupción y por el resultado tan devastador que se ve reflejado en las prácticas de los cárteles que utilizan la violencia extrema como medio para trabajar lo ilegal, situación que no le es ajena a un país como Colombia; al contrario, pudiera decirse que los pasos que está dando México siguen las huellas de los que se dieron en ese país en la década de los ochenta y los noventa, situación actual que en lugar de mejorar con el paso de los días, el cambio de gobernantes y el desarrollo de análisis jurídicos, criminológicos o de alguna otra índole, se agrava y aumenta de manera verdaderamente desproporcional en comparación con los métodos institucionales que buscan contener y contrarrestar dicha problemática, además de que teóricamente hablando, se mantiene la esperanza acerca de que los controles legales son el principal y el más eficaz método de ataque, sin percatarse de que atacar la corrupción sí sería un método y muy probablemente sí sea uno eficaz.

En el presente artículo, no se planea desarrollar una amplia crítica a la forma de actuar del gobierno mexicano en materia de combate a la delincuencia organizada; lo que se desvelará en las siguientes líneas será focalizado y mostrará un análisis sobre una de las figuras legales que está utilizando el mencionado gobierno, para atacar a su enemigo, el crimen organizado. Se hablará y construirá el inicio de un análisis sobre la figura del arraigo constitucional, herramienta jurídica que, en voz de algunos autores consultados, permite al Ministerio Público detener a cualquier persona para después investigarla por presuntos nexos con la delincuencia organizada y que, por el tipo de uso que se le está dando, es una herramienta que violenta derechos humanos e incurre en una afectación social a los implicados, cuando se aplica desmedidamente.

Palabras clave: arraigo constitucional, crimen organizado, derechos humanos, análisis, método, afectación social.

* Artículo de investigación resultado del avance de la tesis de Maestría en el marco de la estancia de investigación realizada en Colombia (segundo semestre 2015) dentro del proyecto “Perspectiva Criminológica del Sistema Penitenciario y Carcelario” del Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum crimen sine lege de la Universidad Nacional de Colombia, Reconocido y clasificado en categoría D y registrado con el código COL0078909 en Colciencias. Fecha de inicio: noviembre de 2014. Fecha de finalización: noviembre de 2015.

** Maestrante en Política Criminal por la Universidad Nacional Autónoma de México, FES Acatlán. Especialista en Poligrafía por la Unidad de Estudios Poligráficos de CISEN. Licenciada en Derecho y Licenciada en Criminología y Criminalística por Universidades del Estado de Zacatecas.

Social consequences of being labeled to be rooted and later released
First part: Legal basis of the constitutional roots

Abstract

Mexico is known for being such a beautiful country with wide ethnic diversity, folk costumes, kind and solidary people, and beautiful beaches that many people around the world want to meet; however, actually is known for having a real problem of corruption and the awful result that are the practices of the cartels, the ones use extreme violence as a way to work illegal stuff, situation that it isn't unknown in Colombia, unlike, you could say Mexico is following the steps that were given in the eighties and nineties in that country, situation instead of getting better in the passage of time, development of legal and criminological analysis or other subject, its getting worse and its getting bigger in comparison with the solutions that the institutions give to hold and fight against that kind of problem, besides, theoretically speaking, it seems that the hope is that legal controls works as the first and the better way to attack crime, without notice that fight against corruption it'll be a better method and probably, one it really works.

In this article, is not an objective, to develop one wide critic about the whole work of mexican government is doing to attack organize crime, this article it'll show an analysis about one legal method this government is using to attack its enemy, it'll be about the constitutional hold (Constitutional rooting), which is a tool that allows to Public Minister to detain anyone that could be involved to the organize crime, even without incriminatory elements, that's why this figure violate human rights and affect the social environment of the ones are affected by, when the application is being without any control.

Key words: Constitutional rooting;organized crime;Human Rights; Analysis; method; social impact

Introducción

En tiempos en que el crimen organizado rebasa el actuar gubernamental, los legisladores son parte del aparato de reacción ante dicha circunstancia, y modificar la legislación en el ámbito penal se convierte en una estrategia de ataque debido a que permite la creación, bajo un estatus de legalidad, de elementos que posibilitan que la actuación del aparato judicial pueda abarcar una mayor cantidad de detenciones a presuntos participantes con la delincuencia organizada, y reducir los riesgos de fuga de los mismos. Así es como en 2008, aparece la figura del Arraigo en la Constitución Mexicana. Aun cuando bajo otras circunstancias ya figuraba en leyes secundarias, en ese año se eleva a ese rango para evitarse problemas referentes a la jerarquización de leyes. A continuación se presenta la estructura jurídica de dicho control legal, así como diversas apreciaciones sobre la incorrecta (aunque no ilegal) aplicación de la misma. El desarrollo del presente trabajo se abordará metodológicamente desde las vías cualitativa, descriptiva y dialéctica.

Se detallará el marco legal que justifica la figura del arraigo en México a partir de la reforma penal del 2008, se resaltarán las contradicciones y/o arbitrariedades que se desglosan de la aplicación de la misma y se complementará con un apartado que muestre las violaciones a los derechos humanos del sujeto arraigado.

¿Qué es el arraigo constitucional?

La palabra arraigo, en sentido general, y de acuerdo con lo que expresa el *Diccionario de la lengua española*, significa:

- fijación, firme, fuerte y duradera

Palabra que a su vez deriva del verbo arraigar, que significa:

- Echar o criar raíces
- Hacerse muy firme y difícil de extinguir o extirpar un afecto, virtud, vicio, uso o costumbre

- Establecerse, radicarse en un lugar

La definición en sentido amplio, según el *Diccionario jurídico mexicano*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (II-JUNAM, 1982, p. 193):

- Acción y efecto de arraigar; del latín *ad* y *radicare*, echar raíces.

[...] se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.

Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder la sentencia que se dicte.

En el caso de la anterior descripción, corresponde a los ámbitos civil y laboral, sin pasar por alto que los mismos elementos (con algunas variaciones) se adecuan a la descripción penal de dicha acción legal, y que a manera de completar esta definición y con la finalidad de que se tenga un panorama amplio sobre el concepto, se añade una definición más que se encuentra en el *Diccionario de derecho procesal penal* y reza como sigue:

En nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que, durante la averiguación previa, se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo, (artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales) (Díaz de León, 2000, p. 172).

Por último, se añade un concepto interpretativo (Silva García, 2012, p.218) puntual y que claramente define lo que en la realidad es esta figura jurídica:

Es una especie de medida cautelar meta constitucional que autoriza, primero, detener a una persona para después investigarla lo cual, por un lado, permite desplazar y reemplazar al sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión); por otro lado, permite hacer inaplicables los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso, principalmente.

Es importante resaltar la parte de *autorizar, primero, detener a una persona para después investigarla*.

Una segunda postura interpretativa consiste en entender que el arraigo penal es una medida cautelar excepcional y supletoria, la cual, por un lado, solo debe operar cuando el sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión) resulta inviable para la persecución del delito por razones fácticas extraordinarias; por otro lado, está sujeta a todos los derechos humanos del detenido (Silva García, 2012, p. 219).

Estas últimas definiciones son las que se adoptarán durante el desarrollo del siguiente análisis por la claridad y la facilidad de las palabras con las que transmite la esencia del arraigo, es decir, desde este momento, es adecuado recalcar que la figura legal del arraigo constitucional es, en esencia, una medida cautelar, que debiera ser utilizada de manera excepcional, pero que en el ordenamiento mexicano, se utiliza como el método permitido para detener a cualquier persona y después investigarla por presuntos nexos y/o participaciones con la delincuencia organizada.

Como la mayoría de las medidas jurídicas, el arraigo tiene diversas presentaciones y aparece en diferentes momentos procesales. A con-

tinuación se presentan cinco tipos en términos generales:

- Arraigo penal domiciliario
- Arraigo en una zona demográfica determinada
- Arraigo de testigos
- Arraigo de menores infractores
- Arraigo en casas de seguridad¹.

El arraigo en una zona demográfica determinada es aquel que, según Díaz de León (Tomo II, 2000, p. 2663) trata de que el indiciado “no se salga de una determinada localización espacial, como puede ser un país, una ciudad, una población, una delegación o una colonia de una ciudad, etcétera, sin señalamiento expreso del sitio donde deba permanecer el indiciado durante el cumplimiento [...]”.

El tercer tipo de arraigo (el de testigos) se encuentra fundamentado en el artículo 256 del Código Federal de Procedimientos Penales y establece que es el siguiente:

Cuanto tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculpado, el tribunal, a solicitud de cualquiera de las partes, procederá a examinarla desde luego si fuere posible; en caso contrario, podrá arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente indispensable para que rinda su declaración.

El arraigo a menores infractores está reglamentado en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, en los artículos 103 y 104. Dentro del primero de ellos se contempla el arraigo familiar como medida de protección y en el 104 se describe de la siguiente manera:

1 NOTA: Este último no está fundamentado en el marco legal. Se agrega como interpretación que hace Rodríguez Correa de la ley en la tesis *El arraigo penal domiciliario, violatorio de los derechos humanos*, presentada en la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Estado de México, 2012, p.56.

El arraigo familiar consiste en la entrega del menor que hacen los órganos de decisión del Consejo a sus representantes legales o a sus encargados, responsabilizándolos de su protección, orientación y cuidado, así como de su presentación periódica en los centros de tratamiento que se determinen, con la prohibición de abandonar el lugar de su residencia, sin la previa autorización del Consejo.

Por último, el arraigo en casas de seguridad. No hay ley o reglamento que utilice el concepto como tal, sin embargo, es interesante que con base en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se establece que la modalidad de lugar, tiempo, forma y medios de realización será detallada en la solicitud del ministerio público, lo que origina una “apertura” que da pie a que la modalidad de espacio sea en cualquier lugar, lo que propicia así que las “casas de seguridad” (las cuales llegan a ser casas secretas de la procuraduría, los separos de la policía, inclusive habitaciones de hoteles o centros creados exclusivamente para la concentración de arraigados) sean los lugares en los que se hace permanecer a las personas en calidad de arraigados. Aún y cuando la única modalidad mencionada en el Código Federal de Procedimientos Penales es la primeramente descrita (Rodríguez Correa 2012).

El tipo de arraigo que hoy atañe es el arraigo domiciliario o el que se da arbitrariamente en “casas de seguridad” o centros de arraigo, ya que este es el que se ejecuta en la práctica; como punto de partida, se planea mostrar al lector la estructura jurídica que fundamenta este actuar, sin dejar de señalar aquellas arbitrariedades que se cometen al no respetar algunos otros estatutos tales como los derechos humanos, o las contrariedades entre la constitución y las leyes.

Lo anterior con la finalidad de demostrar que la aplicación de esta medida provoca numerosas consecuencias sociales sobre aquellas personas que son arraigadas y que posteriormen-

te son liberadas por no haberse recabado los elementos necesarios para imputarles un delito. ¿Pero y después? ¿Qué se le dice a la persona que fue detenida? ¿Es congruente que por “la seguridad” se afecte el desarrollo social de las personas? ¿Acaso no hay mejores soluciones a la problemática creada y alimentada por el Gobierno?, entre otras preguntas más que se resolverán una vez que se deje en claro sobre cuáles lineamientos trabaja el arraigo “domiciliario”.

Antecedentes legales del arraigo

Aún y cuando el arraigo ha sido un tema tan controversial últimamente, no implica que sea una medida legal recientemente implementada; la aparición del arraigo en materia penal se da en 1931 (Rodríguez Correa, 2012, p.37) en la reforma que se hace al Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y consistía en un método para asegurar que comparecieran los testigos:

Artículo 215: Cuando hubiere de ausentarse alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del acusado, el juez, a pedido de cualquiera de las partes interesadas, podrá arraigar al testigo por el tiempo que fuere estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si de esta resultare que el arraigado lo fue indebidamente, tendrá derecho de exigir que se le indemnice de los daños y perjuicios causados por el arraigo.

En 1934, aparece en el Código Federal de Procedimientos Penales el arraigo como una de las facultades que tiene el Ministerio Público en la averiguación previa:

Artículo 2. Compete al ministerio público federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá al ministerio público:

[...]

III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan; [...]

En este apartado, no se especifica hacia quién va dirigida dicha medida, mientras no resulte indispensable para el desarrollo de la averiguación, lo que comienza a dar apertura a que los arraigados sean más personas que se vean involucradas en las pesquisas correspondientes.

La Comisión Mexicana de Defensa de los Derechos Humanos documentó que el 27 de diciembre de 1983 se realizó una reforma al Código Federal de Procedimientos Penales (CMDDH, 2011, p. 4.) en la que el artículo 135 se modifica y se introduce el arraigo para los participantes en delitos culposos relacionados con accidentes viales.

Y lo que genera un cambio radical es la reforma que se le realizó al artículo 205 del código en mención, la cual se lee de la siguiente manera:

Artículo 205: Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o este disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de este con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133-bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que este deba resolverse.

Con lo anterior, la autoridad asegura la disponibilidad del imputado (denominado así en ese momento histórico) en la investigación previa o durante el proceso penal.

Como puede apreciarse, la figura del arraigo ha atravesado diversos momentos, y en el año 2008 se llevó a cabo una reforma en materia penal dentro de la cual se le justificaba como “medida temporal para garantizar la adecuada recolección de pruebas y la verificación de información durante una investigación, lo que —bajo esa perspectiva— no produce el mismo efecto que una detención o encarcelamiento” (Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2011, p.17), además de que la temporalidad que establecen las leyes llega a la cantidad de 80 días, lo cual, si bien no es permanente, tampoco habla de una fugaz aplicación de la misma.

A manera de complementar la información y para lograr entender posteriormente las arbitrariedades que se dan con la figura del arraigo, se inserta un texto emitido por la Cámara de Diputados (Gaceta Parlamentaria, 2014, pp.1-5) en la cual se presenta un resumen de la misma, así como de la reforma en materia de derechos humanos llevada a cabo en 2011 que de igual forma servirá para fundamento de la crítica hacia el arraigo.

Reformas al sistema procesal penal

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto de reforma constitucional mediante el cual se modificaron diversos artículos vinculados con la forma en que se imparte y procura justicia en el país, particularmente en materia penal. El Órgano Reformador de la Constitución señaló en los dictámenes que dieron origen al referido decreto lo siguiente: "el sistema de justicia penal ha dejado de ser eficaz, por lo que urge reformarlo, de manera integral, para devolver a la ciudadanía la confianza en las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, recuperando así el objetivo de ofrecer seguridad jurídica a fin de preservar la libertad y tranquilidad de las personas".

Con motivo de este diagnóstico, concluyó que el modelo de justicia penal entonces vigente en todo el país había sido rebasado por la realidad, ya que la percepción generalizada consistía en que el sistema procesal penal no protegía adecuadamente los derechos humanos de las personas, ni disuadía las prácticas de tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes². A esto, había que añadir el hecho de que se abusó de la figura de la prisión preventiva y que la defensa pública de las personas acusadas de la comisión de un delito era ineficiente.

Para remediar esto, el paradigma procesal fue modificado: pasó de ser un sistema mixto a un sistema acusatorio y oral. Las implicaciones de este cambio fueron claramente explicadas por el Constituyente Permanente: con el sistema acusatorio, se instauró un sistema garantista, con la pretensión de agilizar los procesos y eliminar formalismos innecesarios; erradicar desbalances entre el inculpado y el Ministerio Público; garantizar el respeto de los derechos tanto del imputado como de la víctima u ofendido por el delito. Por otro lado, este sistema procesal está regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Además, el hecho de que sea un sistema acusatorio significa que el Ministerio Público solo fungirá como parte acusadora (perdiendo su calidad de instructor de la investigación que tiene en la integración de la averiguación previa en el sistema mixto), que el inculpado podrá defenderse de la imputación que se le formule y que el juez será quien determine lo conducente.

La oralidad, por su parte, abona a la transparencia, celeridad y sencillez del proceso, al tiempo que garantiza una relación directa entre el juez y las partes. Vale la pena destacar otros aspectos de esta importante

reforma, como el hecho de que se basa en la presunción de inocencia y en la noción de que la prisión preventiva (es decir, la que se ordena antes de que haya una sentencia condenatoria) debe ser extraordinaria, aplicable oficiosamente en el caso de la comisión de delitos previstos en un catálogo cerrado o a petición del Ministerio Público cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para garantizar el desarrollo de la investigación, la presencia del imputado en el juicio o la protección de la víctima o testigos. En esta misma lógica, se prevén mecanismos alternativos de solución de controversias, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, para lograr que las víctimas obtengan una más pronta reparación del daño, en los casos en que ello sea posible, y también para disminuir las cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y lograr una justicia más expedita.

También debe hacerse notar que el actual artículo 21 constitucional es fruto de la reforma constitucional publicada el 8 de junio 2008. Al respecto, el Órgano Reformador de la Constitución explicó, de manera categórica, que la dirección y mando de la investigación corresponden al Ministerio Público. En ejercicio de esta función, las policías están bajo la conducción y mando de aquel. Asimismo, las policías pueden realizar funciones de análisis e investigación, pero en cuanto advierta la comisión de un delito, debe notificarlo y denunciarlo inmediatamente ante el Ministerio Público.

Sentadas las bases del sistema, también resultaba necesario prever lo relativo a su instrumentación. Para el éxito de esta, sería necesario efectuar modificaciones legislativas, institucionales, educativas y, sobre todo, culturales. El propio Constituyente reconoció la complejidad que supone la

2. NOTA: El subrayado es de la autora.

transición de un sistema procesal mixto a uno acusatorio y oral, por lo tanto, otorgó un plazo de *vacatio legis* de ocho años para dar margen a que todos los operadores jurídicos se prepararan debidamente para su llegada.

Este plazo, que en su momento parecía lejano, hoy en día está muy pronto a agotarse. El sistema acusatorio debe estar en vigor en todo el país a más tardar en el mes de junio de 2016. [...]

Después de un proceso de observación y reflexión, el Órgano Reformador de la Constitución llegó a la convicción de que lo más conveniente para el país era la emisión de un código único procesal, que reemplazara la multiplicidad de ordenamientos procesales. Es decir, se concluyó que abonaría a la seguridad jurídica y al respeto de los derechos de los sujetos involucrados, si todos los procesos penales en el país se tramitaran conforme a las mismas reglas, homogéneas y claras tanto para las entidades federativas como para la Federación. Lo anterior evita que se vulneren los derechos de la víctima, del ofendido o del imputado por desconocimiento de la ley derivado de las diferencias formales y sustancialmente irrelevantes que surgen cuando cada entidad federativa desarrolla su propia legislación procedimental penal [...].

En acatamiento a este mandato constitucional, el Congreso de la Unión emitió el Código Nacional de Procedimientos Penales, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

Este código consolida un sistema de justicia penal que se ajusta a las exigencias de un Estado democrático de derecho, cumpliendo con lo que se buscó con la reforma constitucional de 2008 y con sustento en una serie de principios y criterios garantistas de corte liberal y democrático. La normativa procesal que se desarrolló en el

Código Nacional de Procedimientos Penales considera la realidad socio-cultural, política, económica y jurídica de la nación mexicana y las exigencias de su sociedad. En esta lógica, no solo garantiza la protección de todos los derechos de las partes en el proceso penal, sino que también satisface la necesidad de protección de los bienes jurídicos de la sociedad frente al delito.

Además de lo expuesto anteriormente, el proceso penal desarrollado en nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales busca también que la investigación de los delitos se someta plenamente al principio de legalidad. Para lograr la sujeción a este principio, es preciso que el Ministerio Público asuma con responsabilidad su papel de titular de la investigación de los delitos y que, en esta función, las policías cumplan sus instrucciones. Esto se traduce en controles a la actuación de la policía, la cual se encuentra igualmente sometida al principio de legalidad y respeto a los derechos de las partes, incluyendo los del imputado.

Reformas en materia de derechos humanos y amparo

En 2011, hubo dos cambios constitucionales de la mayor trascendencia para la protección de los derechos humanos de las personas, publicados casi simultáneamente: primero, es de mencionarse la reforma en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de ese año.

Desde la época del Constituyente de 1917, se debatió sobre qué denominación debía darse al cúmulo de derechos de las personas. En aquel entonces, prevaleció la postura consistente en que el Estado confería garantías individuales a los gobernados, como se desprendía de la anterior redacción del Título Primero, Capítulo Primero constitucional. Esta forma de concebir a los derechos fue modificada en 2011, para ajustarla a la doctrina y la jurisprudencia

del derecho internacional de los derechos humanos, conforme a la cual no puede concebirse que el Estado confiere derechos, como si fuera una graciosa concesión. Por el contrario, los derechos son inherentes a la persona.

Así pues, mediante la referida reforma cambió la denominación del Capítulo I de la Constitución y, con este, la concepción fundamental de los derechos humanos. El decreto modificó, en esta materia, los artículos 1.º, 3.º, 11,15, 18, 29, 33, 89, fracción X, 97,102, apartado B y 105, fracción II inciso g) constitucionales.

Entre otras cosas, se estableció que en los Estados Unidos Mexicanos que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; que en la interpretación de los derechos humanos debe favorecerse la protección más amplia (principio *pro personae*) y que está prohibida la discriminación, particularmente respecto de determinados grupos sociales que históricamente han padecido marginación estructural[...].

De lo anterior y en relación con el presente trabajo, se rescata que las reformas, tanto del 2008 como del 2011, lo que buscan es proteger al individuo, asegurarse de que goce de los derechos humanos mínimos que se plasmen en la Constitución, así como que se adhiera y se respeten los mismos que son establecidos por los Tratados Internacionales en los que México es parte.

Se pretende asegurar, dentro de otras cosas, que si en algún momento algún individuo llega a verse involucrado en algún proceso penal, se respeten los derechos que se le confieren en los textos mencionados, que el Ministerio Público construya la causa de la acusación y sobre todo, que el desarrollo del proceso penal se fundamente en la presunción de inocencia y en el principio *pro persona*, principios que son claves

para un debido proceso, y, en relación con esta investigación, fundamentar la indebida aplicación del arraigo.

Tales cuestiones generan controversia debido a que dentro de la misma reforma se incluye la figura del arraigo, así como un concepto vago de delincuencia organizada, lo que genera detenciones arbitrarias, propicia la tortura y origina estragos en la vida de las personas, entre otras muchas consecuencias.

Es decir, con la reforma penal de 2008 y la reforma en materia de derechos humanos del 2011 lo que propone el Estado es un derecho garantista, en algunos artículos, y en algunos otros, la regulación para el derecho de excepción o conocido también como derecho penal del enemigo, el cual es la cobertura legal para dejar al detenido desprotegido de los derechos humanos que le corresponden.

Es importante anotar que el principio *pro persona* según Pinto (como se citó en Medellín Urquiaga, 2013, p. 19):

Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Y el principio de presunción de inocencia (Uribe Benítez, 2007, p. 31):

En el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un principio contenido de manera implícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que implica que el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta y no tiene la carga de probar su inocencia,

ya que es la Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos del delito y de la culpabilidad.

A este concepto se añade el dato de que con la reforma del 2008, en el artículo 20, apartado B, fracción I, queda tácitamente expresado el concepto anteriormente citado.

Legislación nacional

A continuación se anexa el fundamento legal del arraigo en los niveles federal y local, a fin de ubicar al lector en la legislación mexicana:

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:**

Artículo 16. [...]La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días [...]

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

- **Código Federal de Procedimientos Penales**

Artículo 133 Bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público,

decretar el arraigo domiciliario del inculcado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse.

- **Código Nacional de Procedimientos Penales³**

Artículo 168. Peligro de sustracción del imputado

Para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, el Juez de control tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

I.- El arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga [...].

- **Ley Federal contra la Delincuencia Organizada**

Artículo 2.º- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas

3. NOTA: Se incluye esta legislación debido a que es uno de los ejes de la reforma penal del 2008 que deberá entrar en vigor en toda la República Mexicana a partir de junio de 2016.

que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;

IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capa-

cidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;

VI. Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles.

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 12.- El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2.º de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le

dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.

Contradicciones constitucionales respecto a la figura del arraigo

La reforma en materia penal del 2008 introdujo en la Carta Magna aquellas modificaciones necesarias para dotar de legalidad el arraigo, pero esto no implica que por tal cuestión quede libre de arbitrariedades o contradicciones que se dan por la presencia de artículos que se oponen a otros dentro de la misma Constitución, entre la Constitución y las Leyes secundarias, y la Constitución y los Códigos de Procedimientos.

A continuación se presentan a manera de listado, y se añade un comentario para resaltar lo que a opinión de la que suscribe son tales contradicciones.

• Artículo 13

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales [...].

Comentario: Es necesario colocar este artículo en primer lugar, aún y cuando altera el orden cronológico, puesto que es el primer artículo con el que se deben cotejar las implementaciones de la reforma penal del 2008.

Claramente se especifica que no se puede juzgar a alguien con leyes privativas y la reforma es lo que vino a hacer: al dotar de herramientas “especiales” al juzgador únicamente para los casos de delincuencia organizada, tales instrumentos son tendentes a privar al individuo de derechos humanos, de la posibilidad de un debido proceso, de la libertad, del principio de inocencia, del principio *pro persona*, entre otros, tal cual sucede con el arraigo.

Nos encontramos en el momento histórico en que la Constitución contiene dos artículos vigentes que contravienen la finalidad de cada uno (artículos 13 y 16).

• Artículo 1.º

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el 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 [...].

Comentario: En este primer artículo constitucional, es claramente visible la separación de los momentos en que a alguien se le respetan los derechos humanos y en qué momento se omiten, lo dice el primer párrafo: “salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”, es decir, el individuo sí goza de sus derechos, pero solo cuando la misma Constitución no especifique lo contrario; aplicado a la realidad, es en caso de delincuencia organizada. Con esto queda indefenso el individuo “protegido”, puesto que los únicos mandatos que se encuentran sobre la Constitución son los tratados internacionales y en el mismo artículo se hace referencia a que no habrá cabida a ellos si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así lo decide.

Una segunda cuestión que llama la atención de este artículo es la siguiente: “[...] el Estado

deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...].”

Las preguntas son: ¿El Estado lleva a cabo tal obligación? ¿Es cierto que en la Constitución mexicana se busca en todo momento la protección de los individuos? De ser así, ¿por qué se implementa entonces el arraigo? ¿Funciona para evitar la violación o suspensión de los derechos humanos? La respuesta es más que obvia, y encuentra la base en la continua aplicación del arraigo como herramienta de investigación del Ministerio Público; de igual forma sería interesante conocer si a las personas que han sido arraigadas y no se les ha imputado algún delito, el Estado se tomó el tiempo de cumplir lo que se establece al final del párrafo, es decir, si cumplió con la parte de la reparación por la violación a los derechos dada por las leyes. La respuesta probablemente también será negativa.

Otra cuestión que se ignora al implementar la medida cautelar es el principio *pro persona*, ya que si el artículo demanda que en todo momento se favorezca con la mayor protección posible al individuo, desde el momento en que es detenido para apenas iniciar una investigación en su contra, está atentando inmediata y tajantemente contra uno de los bienes jurídicos mayormente tutelados, la libertad.

• Artículo 11

Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Comentario: Libertad de tránsito, un derecho constitucional otorgado y mermado por la misma. En este artículo, se menciona que uno de los momentos en que se podrá subordinar tal derecho es cuando exista una responsabilidad criminal o civil. La responsabilidad que atañe a la investigación en curso es la criminal.

Sin embargo, es de resaltar que en el momento en que se arraiga a una persona, se está coartando la libertad de viajar por el territorio de la República que tan tácitamente se manifiesta que tenemos las personas, y lo alarmante es que se hace sin el fundamento de una responsabilidad criminal, es decir, si la Constitución permite que se coarte la libertad de tránsito solo cuando haya una responsabilidad criminal, ¿por qué se permite coartar esta misma libertad con un arraigo? Si como ya se mencionó anteriormente con la definición de Silva García, en el arraigo se detiene a la persona para después investigarla, o sea que lo que menos se tiene claro en el momento del arraigo es la responsabilidad o presunta responsabilidad de la persona sobre el delito que se empezará a investigar puesto que aún no hay ninguna investigación. ¿Redundante? Sí ¿Confuso? También ¿Contradictorio? Alarmantemente sí.

• Artículo 16

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Comentario: El comentario es breve y se relaciona con el plasmado en el artículo 13. La descripción del artículo es clara y no da a lugar a ilegitimidades, de eso no queda duda alguna. El comentario va en el sentido de que la autoridad competente, a partir de la reforma del 2008, permite que cualquier sujeto sea molestado en todos los ámbitos que prohíbe la Constitución e, incluso, que sea sustraído de tales ámbitos en pro de una averiguación que, como en el caso del arraigo, no ha dado inicio aún.

• Artículo 20

[...] El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

Comentario:

Desafortunadamente México es un país en el que la simulación es el principal elemento activo para la gobernación del país, y las leyes son el ingrediente que se utiliza para llevar a cabo tal cometido. Las tres palabras que resaltan del párrafo anterior forman la aseveración de “proteger al inocente”. La figura del arraigo lo menos que contempla es eso: detienen a cualquier persona (aún y cuando resulten inocentes posteriormente) con el objetivo de investigar delitos; si resulta vinculado al ilícito, se aplaudirá a las autoridades; pero ¿qué ocurre cuando la persona no está vinculada con los hechos delictivos sobre los que se investigará?, ¿acaso se respeta la inocencia de aquellos? o ¿que la presunción de inocencia no era uno de los ejes rectores de la reforma penal del 2008 incluida en este mismo artículo, en el apartado de los derechos de toda persona imputada que reza de la siguiente manera?

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

En el proceso del arraigo, en ningún momento se permite que se presuma la inocencia del individuo, porque si se respetara, evidentemente no se arraigaría. Estar arraigado es estar privado de la libertad por parte de la autoridad por un delito que no se sabe si se ha cometido. Lo último que se respeta del individuo es la inocencia al ser tratado de igual manera que el responsable de un delito.

Por último, en este mismo espacio se expone un comentario respecto a los lineamientos

que establecen los códigos de procedimientos, antes expuestos, con los que establecen como necesarios algunos elementos para que se dé el arraigo.

Se utilizan términos tales como: “riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia”, “acredite que subsisten las causas que le dieron origen” o “necesario para el éxito de la investigación” y otros, que se pueden interpretar como subjetivos, ya que no se establece la forma o el mecanismo para conocer con certeza cuándo o en qué circunstancias existirá el riesgo de que la persona se sustraiga de la acción penal. De igual forma, es arbitrario argumentar que es necesario el arraigo cuando el Ministerio Público subsista las causas que dieron origen, cuando en el momento del arraigo ni siquiera hay una investigación desarrollada en la cual ya se tengan claras dichas causas o, inclusive, quién determinará cómo va a ser el éxito de la investigación que ni siquiera se ha iniciado a la hora de arraigar a una persona, y en el caso de los que se liberan posteriormente por no encontrárseles vinculados al delito, ¿cuándo o cómo se determinará ese éxito en la investigación? Son cuestiones que se plantean en los Códigos de Procedimientos Penales y que subsisten como elementos indispensables cuando ni siquiera tienen una lógica de aplicación.

Derechos humanos violentados con el arraigo domiciliario

México está incorporado a diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los cuales, según la Constitución, deben ser respetados y aplicados con el rigor merecido. Eso es lo que dice e inclusive lo que se buscó implementar con la reforma penal del 2008, previamente mencionada.

Así como hay contradicciones constitucionales en la aplicación del arraigo, también las hay en relación con dichos instrumentos. A continuación se documenta sobre estas viola-

ciones con la finalidad de demostrar que esta medida cautelar rompe un gran número de lineamientos, inclusive internacionales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 11

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte

se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 5. Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 7. Derecho a la libertad personal [...]

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Artículo 8. Garantías judiciales [...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...].

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,

opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Artículo 9

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias [...].

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

Artículo 14

[...]

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo V

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Artículo XXVI.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Es evidente que el Estado Mexicano a través de la implementación de la figura del arraigo, violenta el derecho de tránsito, el de la libertad, el derecho que se tiene a la protección de la integridad personal, al debido proceso, el derecho contra la detención arbitraria y el derecho a la presunción de inocencia, con base a los artículos anteriormente expuestos.

Cabe mencionar que con la figura del arraigo y con base en numerosos relatos sobre personas arraigadas, también desobedece a las convenciones, estatutos y/o convenciones que se dirigen a prevenir y sancionar la tortura, situación que no es objeto de investigación en este caso pero que no se puede dejar pasar por la gravedad del hecho.

Actualmente México es un país escindido entre la realidad y las leyes, donde las problemáticas son muy graves y la única solución que ofrecen los gobernantes es escribir más ordenamientos legales que las “combatan” o “erradiquen” (palabra favorita del actual Gobierno para que la gente crea que su ley si servirá) que para lo único que funcionan es para engrosar el catálogo, de por sí ya bastante extenso, con el que contamos.

Vivimos en un país dividido entre la realidad escrita en los primeros párrafos de sus mandamientos (artículos 1.º y 20.º constitucionales) y la realidad escrita en otros párrafos (artículo 16.º constitucional) y sus leyes secundarias (Ley Federal contra la Delincuencia Organizada) que son los que rompen totalmente con el discurso de protección a la persona y que son las que se llevan a cabo en las actuaciones judiciales.

México es un país donde la simulación es el principal elemento activo para la gobernación del mismo, y las leyes son el ingrediente que se utiliza para llevar a cabo tal cometido. La figura del arraigo lo menos que contempla es presumir la inocencia de los sospechosos o indiciados, aún y cuando tácitamente está establecido como uno de los objetivos principales en la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus recientes reformas.

Y no, no es que uno pretenda cegarse a la cuestión de las excepciones. Es evidente que en todo campo, de la materia que sea, siempre existen irregularidades que se regulan o se manejan de diferente forma. Pero el hecho de que ese trato “especial” sea la herramienta principal para privar de un derecho recientemente otorgado es preocupante, y más lo es, porque aquellas situaciones en que se ve comprometido el mismo no son esporádicas; la problemática generada por todas las actividades delictivas concentradas en el delito de delincuencia organizada son el principal problema a resolver el país. Por ello, resolver el problema de inseguridad que encabeza la mayoría de los Estados de la República, con una medida que debiera ejecutarse en casos excepcionales, es simplemente una manifestación digna de alarmar a cualquiera.

Referencias bibliográficas

- Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública/ LXI Legislatura Cámara de Diputados. *Arraigo judicial: datos generales, contexto y temas de debate*. Carpeta de indicadores y tendencias sociales, número 13, noviembre de 2011.
- Comisión Mexicana de Defensa de los Derechos Humanos A. C., et. al., *Informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Washington, D. C., 28 de marzo de 2011.
- Díaz de León, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, cuarta edición. México: Editorial Porrúa, 2000.
- Gaceta Parlamentaria Número 4117-IX, Anexo IX, Distrito Federal, 23 de septiembre de 2014.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Diccionario jurídico mexicano*, Serie E: Varios, Num.18, tomo I, A-B, edición 1982.
- Medellín Urquiaga, *Principio pro persona*, edición 2013, Distrito Federal.
- Rodríguez Correa. Tesis *El arraigo penal domiciliario, violatorio de los derechos humanos*, Universidad

Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Estado de México, 2012.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Principales tratados internacionales de Derechos Humanos*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006.

Silva García, F., 2012, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconveniencia”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número 33.

Uribe Benítez, *Principio de presunción de inocencia y la probable responsabilidad*, reproducción de la Cámara de Diputados y del Comité de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, diciembre de 2007.

Códigos

- Código Federal de Procedimientos Penales
- Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal contra la delincuencia organizada
- Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Referencias electrónicas

- Reformas Constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen Derechos Humanos)* Documento recuperado de <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>, el 26 de octubre de 2014
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* Recuperada de <http://www.oas.org/es/cidh/man-dato/Basicos/declaracion.asp>, el 26 de octubre de 2014.
- Diccionario de la Lengua Española. Recuperado de <http://www.wordreference.com/definicion>



Tema: Contraste social

Autor: Camilo Alberto Molina Martínez

Título: Integrados

País: Colombia, departamento del Amazonas

Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano*

■ Por: *Laura Victoria Cárdenas Rojas***

Recibido: marzo 16 de 2015

Aprobado: abril 21 de 2015

Resumen

La maternidad subrogada o alquiler de vientre se define como una forma de permitirles a las parejas que por cualquier motivo no pueden procrear, realizarlo por medio de avances tecnológicos y genéticos. Este tipo de maternidad se presenta cuando, por alguna razón, alguno de los padres presenta una alteración en su sistema reproductivo y/o sufre trastornos en algunas de las etapas gestacionales. Las técnicas de reproducción asistida fueron concebidas y desarrolladas para dar solución a esta serie de problemas.

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra regulada esta práctica de la maternidad subrogada, que se realiza con el fin de propender por el derecho a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, regulado en el artículo 42 C. P.; por lo tanto la legislación considera el hecho de la maternidad subrogada como un contrato atípico válido.

Palabras clave: reproducción humana, maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida, derechos sexuales y reproductivos, contrato atípico.

* Laura Victoria Cárdenas Rojas. Abogada de la Universidad Santo Tomás, Investigadora del Instituto de Victimología Fray Bartolomé de las Casas, asistente de investigación en la Maestría de Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. email:lauracardenas92@gmail.com.

** Este artículo de reflexión es producto de la Investigación presentada al grupo de investigación posgradual “Fray Bartolomé de las Casas” O. P. adscrito a la Facultad de Derecho, al Instituto de Victimología y la maestría en derechos fundamentales y derechos humanos de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, dirigido por el docente Eyder Bolívar Mojica.

Validity and effectiveness of the motherhood surrogacy contract in the Colombian legal system

Summary

The surrogacy defined as a way of allowing couples who for some reason can not procreate, do it through technology and genetics. This kind of motherhood is when for some reason at parent has some alteration in the reproductive system and/or is altered in some gestational stages, which is why the Assisted Reproductive were conceived and developed to solve these problems. In the Colombian legal system is not the practice of surrogacy, which is done in order for the right of tending the family as "the fundamental unit of society" governed by Article 42 CP, is regulated so the legislation considers the fact surrogacy as an atypical contract valid.

Keywords: Human Reproduction, Surrogacy, Assisted Reproduction, Sexual and Reproductive Rights, Atypical Contract.

1. Introducción

Sin lugar a dudas, el tema de la reproducción humana ocupa un papel muy importante en la historia de la humanidad, y consiste en el “proceso natural mediante el cual una pareja heterosexual decide procrear, consiste en la fecundación interna y su éxito depende de la acción coordinada de las hormonas, el sistema nervioso y el sistema reproductivo” (Aguilar, 2010; p. 11).

Así la reproducción resulta siendo una necesidad que el hombre busca satisfacer por cualquier medio, y cuando se ve imposibilitado de hacerlo, es cuando vienen a efectivizarse las técnicas de reproducción asistida desarrolladas por la ciencia y la genética, y se concreta el concepto de maternidad subrogada o alquiler de vientre, que es la “propia maternidad por sustitución, que será la concepción de un ser humano por una madre la cual ha llegado a cierto contrato en el que les otorgó a terceros la custodia y todos los derechos que tenía sobre el menor” (Albornoz y Díaz, 2012; p. 1).

Este es un tema que hoy en día está en auge, ya que muchas personas, por diferentes razones, toman la decisión de alquilar un vientre para satisfacer necesidades, como la de establecer una familia; además, es importante resaltar que teniendo en cuenta la situación socio-económica del país, muchas mujeres recurren a disponer su vientre para alquilarlo, negocio que se ha vuelto muy oneroso y muy beneficioso para estas mujeres, que, además tiende a convertirse en un mercado negro, que solo se podría controlar, si la norma jurídica lo regula en debida manera. (Albornoz y Díaz, 2012; p. 1).

2. Vacío jurídico en la maternidad subrogada

El presente tema, la maternidad subrogada o el alquiler de vientre, se ha convertido en una práctica muy usual, que se desarrolla meramen-

te de forma empírica, lo que genera un impacto social y que, además, evidencia un gran vacío normativo del cual debe ocuparse el derecho, ya que bien es sabido que el derecho y las normas deben avanzar de la mano de la evolución de la sociedad (Calle, 2009; p. 1).

Esta práctica de la maternidad subrogada o alquiler de vientres, se desarrolló bajo el precepto de la imposibilidad que presentaban algunas parejas de procrear de manera efectiva, como por ejemplo la ausencia del útero, las adhesiones en el útero que carecen de tratamiento, la infertilidad o la homosexualidad (Elles y Díaz, 2012; p.1). En consecuencia, las personas recurren a las técnicas de reproducción asistida, desarrolladas por la ciencia y por la genética, para lograr con éxito la reproducción y, por ende, la procreación, bajo el concepto de dignidad humana y del respeto ante la finalidad humana de reproducción, que además traen consigo afectaciones biológicas, afectivas, emocionales, éticas, sociales y jurídicas. (Suárez, 2008; p.1).

Estas técnicas de reproducción asistida ayudan a muchas personas que presentan los problemas anteriormente mencionados a tener un bebé y conformar una familia, por medio del vientre de la mujer que desea ser madre o por el de otra persona. (Veiga, 2007; p. 1).

Si se recurre a una tercera persona, es la denominada “madre sustituta” o “madre de alquiler” que ofrece su útero para gestar en él al bebé de otra pareja. Esta madre de alquiler debe cumplir con ciertos requisitos estipulados por las partes contratantes (Elles y Díaz, 2012; p. 1).

Existen varios métodos para la solución de la infertilidad, como lo son: inseminación artificial, inseminación con semen de donante, fecundación *in vitro* y micro-inyección espermática. Así, la inseminación artificial consiste en colocar en el útero de la mujer, el semen del hombre cuando este no reúne las condiciones necesarias para hacerlo de forma natural; esta técnica acorta la distancia que deben recorrer los espermatozoides para llegar al óvulo. De

forma natural, la eyaculación inyecta una gran cantidad de espermatozoides en la zona de entrada del útero, llamada cérvix o cuello uterino (Carballo, 2011; p. 1).

3. Métodos de reproducción asistida

Tenemos entonces que la inseminación artificial es un tratamiento muy sencillo, ya que lo que permite es depositar una gran cantidad de espermatozoides móviles en el fondo del útero, para que puedan llegar suficientes hasta el óvulo; lo que se hace es concentrarlos y depositarlos en el fondo del útero el día que la mujer está ovulando (Carballo, 2011; p. 1).

En realidad, el semen no simplemente se concentra, sino que dos horas antes de hacer la inseminación artificial se le realiza un procedimiento de capacitación artificial, que imita el proceso de capacitación natural y que, además de la concentración, consiste en la eliminación del líquido del semen y la sustitución de este por un medio de cultivo específico que trata de aumentar la movilidad espermática, así como de mejorar la capacidad fecundante de los espermatozoides. Se realiza, además, una selección de los mejores espermatozoides, de manera que solo estos son utilizados para la inseminación artificial (Carballo, 2011; p. 1).

La inseminación artificial con semen de donante es un tratamiento de reproducción asistida que se lleva a cabo cuando no se pueden utilizar espermatozoides de la pareja para conseguir el embarazo. Una vez valorada la pareja, el tratamiento y seguimiento del ciclo va encaminado a controlar el momento exacto de la ovulación para hacerlo coincidir con el depósito de los espermatozoides en el fondo del útero. Dependiendo de cada caso concreto, la técnica puede realizarse en un ciclo natural o en un ciclo estimulado (Carballo, 2011; p. 1).

Cuando se tenga al donante más idóneo para la pareja, el día de la inseminación la mues-

tra de semen es descongelada y preparada en el laboratorio para mejorar la movilidad de los espermatozoides (que habrán estado congelados a -200 °C durante cerca de una año) y para poderla depositar intraútero. La inseminación es una técnica sencilla y nada molesta. Después de haber limpiado el interior de la vagina, los espermatozoides, concentrados en una mínima cantidad de medio de cultivo y ya capacitados, son depositados en el interior del útero mediante una cánula muy fina. Inmediatamente se retira la cánula y la paciente permanece en reposo durante unos minutos, después de lo cual puede continuar con su vida normal (Carballo, 2011; p. 1).

Por su parte, en la fecundación *in-vitro*, los espermatozoides y los óvulos de la mujer se combinan fuera del cuerpo de ella y son colocados en una incubadora, y cuando ocurre la fertilización, el embrión es transferido al útero materno donde se implantará. La fecundación *in-vitro* es uno de los tratamientos de más amplia aplicación dentro de las técnicas de reproducción asistida y constituye una de las técnicas de uso rutinario en el tratamiento de la infertilidad (Carballo, 2011; p. 1).

En este procedimiento, primero se obtienen los óvulos de la mujer mediante aspiración transvaginal de los folículos y posteriormente son inseminados en el laboratorio, poniéndolos en contacto con una concentración adecuada de espermatozoides y dejando que ellos mismos realicen todo el procedimiento de fecundación, como lo harían de forma natural en el interior de las trompas de Falopio (Carballo, 2011; p. 1).

Los óvulos que son fecundados iniciarán la división celular, exactamente igual que lo harían en el interior del tracto genital femenino, transformándose en embriones, los cuales serán finalmente transferidos al útero materno, donde llegarían por sí mismos si la fecundación se hubiera producido en las trompas de Falopio (Carballo, 2011; p. 1).

Es así como la fecundación *in-vitro*, o FIV, consiste sencillamente en juntar óvulos y espermatozoides en un medio de cultivo para que fecunden, cuando de forma natural no pueden hacerlo por una disfunción en el varón o en la mujer.

Ahora, es importante resaltar otra de las técnicas de reproducción asistida que es la llamada micro inyección espermática; esta es similar a la fecundación *in-vitro* pero la diferencia se encuentra en el óvulo fertilizado, ya que en la fecundación *in-vitro*, se dejan los óvulos incubando con los espermatozoides y estos se encargan de penetrarlo y en la micro inyección espermática se toma un solo espermatozoide y se inyecta cada óvulo (Carballo, 2011; p. 1).

La micro inyección intracitoplasmática es una de las técnicas más novedosas y que mayor repercusión han tenido en el tratamiento de la infertilidad. Fundamentalmente la técnica consiste en la inyección de un solo espermatozoide dentro del óvulo. El porcentaje de fecundación de los óvulos que son maduros es de aproximadamente un 70 % (Carballo, 2011; p. 1).

Aunque la técnica de micro inyección espermática parece más agresiva e invasiva que la fecundación *in vitro*, los estudios realizados desde los primeros años de su aplicación con los miles de niños nacidos a partir de esta técnica indican que no presentan una mayor tasa de anomalías genéticas y que es comparable a la registrada en la población normal (Carballo, 2011; p. 1).

4. El contrato de maternidad subrogada

Teniendo claros estos conceptos, igualmente las personas con problemas de infertilidad recurren al alquiler de vientre que, como ya se explicó anteriormente, consiste en el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto,

compromiso o contrato, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este (Aguilar, 2010; p. 1).

Es así como este acto, compromiso o contrato genera una fuente de obligaciones para la madre gestante, y esta fuente de las obligaciones se entiende que nace del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (artículo 1494. Código Civil colombiano, 1887).

Por lo tanto, cuando se configura este contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada, se entiende el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1495. Código Civil colombiano, 1887). Además, es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con capacidad, que puede ser verbal o escrito, en donde las partes que lo configuran se obligan en virtud del mismo, regulando sus efectos para lograr un fin específico.

Ahora, es importante mencionar las obligaciones de las partes; por parte de la madre gestante: abstenerse de relaciones sexuales, debe someterse a rigurosos tratamientos médicos en el transcurso del tiempo que dure el contrato que pueden ser nueve meses o menos, (dependiendo el caso) y su última obligación y la más importante es entregar al niño. Las obligaciones de los comitentes son: cancelar la suma acordada y recibir al niño en el momento de su nacimiento (González, 2013; en el V Congreso de Derecho Procesal).

Cuando se configura este contrato atípico, en el cual “sus estipulaciones no encajan en ninguno de los contratos normados por la ley”, Mojica (2010; p. 25) afirma que en ellos se refleja el mayor alcance del postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues en estos contratos es donde las partes, teniendo en cuenta su conveniencia, determinan los efectos

que han de producir, su alcance, sus condiciones o modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los contratos patrón reglamentados por la ley civil.

Mencionada ya la característica más relevante de esta clase de contratos, nos remitimos a señalar que los mismos son bilaterales, esto es, las partes contratantes se obligan recíprocamente (artículo 1496, Código Civil colombiano, 1887). Además, este contrato es oneroso, pues tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro (artículo 1497, Código Civil colombiano, 1887); y por ser un contrato oneroso es, por ende, conmutativo, ya que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (artículo 1498, Código Civil colombiano, 1887).

Otra característica propia del contrato de maternidad subrogada es que es un contrato principal, ya que subiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (artículo 1499, Código Civil colombiano, 1887). Y por último, cabe resaltar que es un contrato consensual, porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, que en este caso son la madre gestante y los comitentes, además de ser un contrato real, que para que sea perfecto es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere (artículo 1500, Código Civil colombiano, 1887).

Es aquí donde podemos observar que efectivamente el objeto del contrato es el fruto de 9 meses de gestación, o menos, según el caso, es

decir, el niño. En este contrato se puede apreciar hasta dónde la humanidad puede llegar a cosificar a los seres humanos, al considerar al niño el objeto de dicho contrato.

Ahora, es relevante mencionar el marco constitucional colombiano que protege a la familia, ya que las técnicas de reproducción asistida antes mencionadas buscan propender por la constitución de esta. Así, establece la Constitución que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”; igualmente, que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”, y además se contempla que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” (artículo 42, Constitución Política de Colombia, 1991¹).

Como lo sostiene Aguilar (2010; p. 11) es viable en Colombia la implementación de un contrato de arrendamiento de vientre de la mujer para gestar un hijo de terceros, sin que existan impedimentos morales o religiosos, aplicando los preceptos constitucionales desarrollados en figuras legales.

Por su parte, la jurisprudencia colombiana, en sentencia T-968 de 2009, sostiene que la maternidad subrogada es “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este”. En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus

1. Constitución Política de Colombia de 1991, art. 42: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos (...).

óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y, una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto (Calle, 2009; p. 2).

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada, la doctrina considera que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42, inciso sexto constitucional² (Calle, 2009; p. 1).

La única iniciativa legislativa que existió se presentó en el año 2001, cuando el senador Miguel Pinedo Vidal proponía la aplicación de la normativa de los métodos científicos de la procreación humana asistida y de las inseminaciones artificiales; se refería igualmente a los beneficiarios, al consentimiento informado y a la relación paterno filial de la persona concebida mediante el procedimiento de los métodos científicos de procreación humana; asimismo, aconsejaba la creación de la Comisión de Procreación Humana Asistida (Pinedo, 2001; p. 3).

Dicho proyecto fue un significativo impulso en busca del dinamismo de las figuras jurídicas, pero se quedó meramente en estas disposiciones, ya que no alcanzó debates en plenaria del Congreso; por lo tanto, no se generaron disposiciones jurídicas reguladoras frente al tema (Pinedo, 2001; p. 3).

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un meca-

nismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo: la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley, y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas (Calle, 2009; p. 1).

Igualmente afirma que en Colombia existe un respaldo constitucional que justifica la aplicación del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como una institución jurídicamente aceptada, denominado “Principio de libertad reproductiva”, y se encuentra amparado en la Constitución nacional y en distintos tratados internacionales, contemplados en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia³.

Los derechos sexuales y reproductivos se encuentran protegidos por la legislación internacional referente a derechos humanos y por otros documentos de las Naciones Unidas; entre los principales instrumentos legales internacionales que los apoyan están: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), ratificada por Colombia por medio de la Ley 74 de 1968; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), ratificado por la misma ley; el Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1976), ratificado por la mencionada ley; la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981), ratificado por Colombia por medio de la Ley 984 de 2005; además, estos derechos también están protegidos por la Con-

2. Constitución Política de Colombia. Art. 42, inciso 6: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”

3. Constitución Política de Colombia de 1991, art. 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...).”

vención sobre los Derechos del Niño (1990), ratificado por Colombia en la Ley 12 de 1991.

En lo referente al tema, la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-355 de 2006, afirma que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos (Araújo y Vargas, 2006; p. 1).

Expresa igualmente que los derechos sexuales y reproductivos, además de su consagración, su protección y garantía, parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y, por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social (Araújo y Vargas, 2006; p. 1).

Por otra parte, es importante diferenciar la adopción igualitaria respecto al alquiler de vientre ya que la Corte Constitucional ha dicho que la adopción por parejas del mismo sexo es constitucionalmente válida, y esta decisión no implica ninguna validación del alquiler de vientres, que por ahora no está prevista en el derecho colombiano, como lo precisó la Corte Constitucional, en sentencia T-968 del año 2009 (Uprimmy, 2013; p. 1).

En lo referente a países como Estados Unidos, la maternidad subrogada se desarrolla con fines de lucro; por lo tanto, es una industria millonaria, por los altos costos de los tratamientos médicos, por las implicaciones legales y por los montos que reciben las madres sustitutas. Expresa la Corte Constitucional igualmente que en la inversión total en la maternidad subrogada puede estar entre \$50.000 y \$100.000 dólares, dependiendo de los factores médicos y legales específicos (ARAYA, 2012; p. 1).

Como pago por su servicio, la madre sustituta puede recibir entre \$27,000 y \$37,500

dólares, más gastos médicos y desembolsos relacionados con el embarazo, como ayuda psicológica, ropa maternal, medicamentos y salarios perdidos debido a los tratamientos (Araya, 2012; p. 1).

Los pagos se inician luego de que se escuche el latido del corazón del bebé y se hacen de forma mensual hasta el parto. También se pueden requerir pagos extra por cada bebé adicional, si se trata de un embarazo gemelar o múltiple (que son comunes cuando se utiliza fecundación in vitro) (Araya, 2012; p. 1).

En algunos casos, el seguro médico de la madre gestacional cubre la mayoría del costo del embarazo, el cuidado prenatal y el parto. Este camino se utiliza con frecuencia en los embarazos subrogados con fines altruistas, pero en todo caso la cobertura es una ventaja. Si la madre sustituta no tiene cobertura médica, los padres biológicos o contratantes corren con los gastos relacionados con el embarazo (Araya, 2012; p. 1).

Cuando la maternidad subrogada se hace con fines de lucro, el proceso inicia con una agencia especializada. La madre sustituta suele ser parte de una base de datos, y los padres biológicos escogen la mujer que les parece más adecuada según su perfil (Araya, 2012; p. 1).

Así, los requisitos para ser madre sustituta o madre de alquiler en un país como Estados Unidos son los siguientes:

- La edad ideal para un embarazo, entre los 25 y 35 años. Como mínimo, la madre portadora debe ser mayor de edad (21 años) y no exceder los 45 años.
- Un buen estado de salud, que debe comprobarse por medio de exámenes físicos, médicos y pruebas de laboratorio.
- Debe aprobar una evaluación psicológica exhaustiva.
- No debe utilizar drogas o tomar medicamentos que puedan afectar el embarazo.
- La madre portadora debe tener al menos un embarazo previo sin complicaciones.

- La madre portadora debe estar libre de enfermedades de transmisión sexual (Araya, 2012; p. 1).

En Estados Unidos, podemos traer a referencia el caso “Baby M.”, en el que la madre biológica de Melissa Stern (“Baby M.”), nacida en 1986, rehusó ceder la custodia de Melissa a la pareja con la que había hecho un contrato. El tribunal de Nueva Jersey otorgó la custodia a los padres biológicos. Pero la idea ha ganado aceptación y en la actualidad en ocho Estados de los Estados Unidos hay leyes que permiten los contratos de gestación.

El contrato de maternidad subrogada es legal en países como Estados Unidos (8 Estados), Ucrania, Rusia e India. Es ilegal en países como España, Holanda y Francia. Sin embargo, hay países que manejan una teoría altruista referente al tema como lo es Canadá, pero otros países aceptan tanto la teoría altruista como la comercial, entre ellos, Bélgica y Georgia. Y finalmente el caso de Colombia, en el cual el tema no está regulado y solo existen unas pocas referencias jurisprudenciales.

Conclusiones

Para que se configure el contrato de maternidad subrogada o de alquiler de vientre, es necesario que concurran estos tres elementos: que se establezcan las obligaciones de las partes; así, por parte de la madre gestante, abstenerse relaciones sexuales, someterse a rigurosos tratamientos médicos en el transcurso del tiempo que dure el contrato y entregar al niño; y las obligaciones de los comitentes o contratantes consisten en cancelar la suma acordada y recibir al niño en el momento de su nacimiento. El segundo parámetro importante es el tiempo del contrato que son nueve meses por lo general, o menos tiempo según el caso, y el último parámetro importante es que el objeto del contrato es el niño.

La maternidad subrogada por ser una práctica actual y que con el paso de los años va aumentando su demanda exige que la legislación de nuestro país regule obligatoriamente esta materia, ya que para nadie es un secreto que el derecho y su normativa deben avanzar de la mano de la sociedad y de sus cambios, ya que el derecho no puede ser una ciencia estática.

La maternidad subrogada en Colombia se ha convertido en un negocio del cual muchas mujeres se valen para mejorar su situación económica, lo que lleva a que esta práctica se convierta en un mercado negro que resalta cada vez más los vacíos jurídicos en los que se encuentra. Teniendo clara la inexistencia de una prohibición tácita de esta figura, no está regulada completamente, como debería ser, pero está permitida.

Se puede concluir, entonces, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano vigente, es viable, válida y eficaz la implementación de un contrato de maternidad subrogada sin que existan impedimentos morales o religiosos, mediante la aplicación de los preceptos constitucionales desarrollados en figuras legales como lo son los tratados internacionales ratificados por Colombia, que protegen el derecho a la vida, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, los derechos del niño entre otros.

Referencias bibliográficas

- AGUILAR, Emilio. Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, una mirada de la norma constitucional colombiana. Cartagena: Universidad Libre de Colombia. 2010.
- ARAYA, Hildara. Maternidad subrogada: costo y los requisitos para dar un vientre en alquiler. Recuperado el 17 de marzo de 2013. De <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/a/Maternidad-Subrogada-Costo-Y-Los-Requisitos-Para-Dar-Un-Ventre-En-Alquiler.htm>. 2012.

CARBALLO, Nitza. Técnicas de reproducción asistida. Recuperado el 14 de mayo de 2013. De <http://www.monografias.com/trabajos18/tecnicas-fecundacion/tecnicas-fecundacion.shtml>. 2011.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, 1887.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

ELLEZ Pablo & DÍAZ Sneyder. Maternidad subrogada o alquiler de úteros. Recuperado el 02 de marzo de 2013. De <http://eticaenlauth.blogspot.com/2012/10/maternidad-subrogada-o-alquiler-de.html>. 2012.

GONZÁLEZ, Emilssen. Sustitución de vientres. En el V Congreso de Derecho Procesal. Boyacá, Colombia. 2012.

MARÍN, Gustavo. El arrendamiento de vientre en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín. 2002.

MOJICA, Juan. Módulo Teoría del negocio jurídico y las obligaciones. 2010.

PINEDO, Miguel. Proyecto de Ley 151 de 2001.

QUELART, Raquel. Crece en España la demanda de familias que piden contratar vientres de alquiler. Recuperado del 11 de agosto de 2013. De <http://www.lavanguardia.com/vida/20130428/54371576708/prolifera-em-presas-vientre-alquiler-espana.html>. 2013

SUÁREZ, Ana. Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano. Recuperado el 12 de marzo de 2013.

De <http://doctrina.vlex.com.co/vid/reproduccion-asistida-filiacion-familia-42184963>. 2008.

UPRIMNY, Rodrigo. Adopción igualitaria y alquiler de vientres. Recuperado el 17 de marzo de 2013. De www.elespectador.com. 2013.

VALENCIA, Rubén & IBARGUEN, Luisa. Maternidad subrogada. Recuperado el 12 de marzo de 2013. De <http://maternidadsubrogadainvestigacionuco.blogspot.com/>. 2010.

VEIGA, Anna. Fines de la reproducción asistida. Recuperado el 02 de marzo de 2013. De <http://www.almendron.com/tribuna/fines-de-la-reproduccion-asistida/>. 2007.

Tratados ratificados por Colombia. Recuperado el 11 de agosto de 2013. De <http://www.derechoshumanos.gov.co/epu/Documents/130219-3-anexo3.pdf>

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-355/06. (Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; 10 de mayo de 2006).

Corte Constitucional Colombiana. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-968/09. (Magistrado ponente María Victoria Calle Correa; 18 de diciembre de 2009).

Tribunal de New Jersey. Sentencia caso “Baby M.”. Recuperado el 11 de agosto de 2013. De <http://www.lexjuris.com/lexusdir.htm>



Tema: Contraste social

Autor: Camilo Alberto Molina Martínez

Título: Sin pico y placa

País: Colombia, departamento del Amazonas

Políticas públicas en derechos humanos para la niñez en el conflicto armado colombiano: una revisión histórica*

■ Por: *Marcela del Pilar Rodríguez Palacios***

Recibido: marzo 16 de 2015

Aprobado: abril 21 de 2015

Resumen

Este artículo hace una revisión histórica del surgimiento y consolidación de las políticas públicas en derechos humanos para la niñez en el contexto del conflicto armado. Se examina el cambio de los textos jurídicos de tales políticas desde 1930 hasta la década de los noventa, y se establece relación con los contextos sociales y discursivos que permitieron su emergencia. En esta revisión se destaca un análisis discursivo de los textos y la realidad específica de la aplicación de las normas, así como de sus alcances en el marco del conflicto armado.

Palabras clave: revisión histórica, políticas públicas, conflicto armado, niñez.

* Artículo resultado de investigación. Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas Universidad Santo Tomás, seccional Tunja. Línea de investigación en Derechos Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal. Método: Análisis Jurídico

** Abogada, especialista en Derecho de Familia. Comisaria Segunda de Familia, Duitama. Estudiante de Maestría en Derechos Humanos, UPTC

*Public policies in human rights for the childhood in the
Colombian armed conflict: a historical review*

Abstract

This paper presents a historical review about the emergence and consolidation of the public policies in Human Rights for the childhood in armed conflict, considering the change in the legal texts of such policies from 1930 to the nineties, relating them to the social and discursive contexts that contributed their emergence. This review highlights a discursive analysis of texts and their specific social realities on the analysis of the application of the rules and their scope in the context of armed conflict; that is, unlike other works in the same research line that examines public policy and its implementation, this develops on the historical background processes of consolidation.

Keywords: Public policies in Human Rights for the childhood in the Colombian armed conflict: a historical review.

Introducción

Es sabido que la noción de derechos humanos es propia de la historia moderna. Su precedente tiene asidero en la ideología del romanticismo de finales del siglo XVIII europeo, y su emergencia está relacionada con la consolidación del Estado y la expansión del capitalismo. De la difusión de este concepto, Colombia no es ajena. La publicación de los derechos del hombre en nuestra historia de independencia es significativa y concuerda con la pretendida empresa de transformar el Estado para otorgar derechos de igualdad sin distinción de sangre; la titularidad de los derechos se solidifica entonces en la figura del ciudadano.

Pese a que este precedente sea tan alejado en el tiempo, y antes de continuar sobre el detalle de esta historia, es justo hacer una anotación, y es que la consolidación del Estado en Colombia, lo que es bien distinto de la proclamación de su independencia, ha sucedido tardíamente, y evidencia factual de ello es la prolongación de *la violencia armada*; pocos períodos de nuestra historia son genuinamente pacíficos. Este fenómeno de la violencia es sintomático y la máxima sociológica de Fals Borda, Umaña y Guzmán (2005) bien describe esto como producto de “una impresionante acumulación de disfunciones en todas las instituciones fundamentales”.

Colombia es una nación cuya conformación social y política está mediada por largos períodos de confrontación armada; esta particular circunstancia ha sido llamada por los autores antes citados como *violencia estructural*, debido a que, según ellos, son las condiciones políticas y económicas las que se han reproducido por más de siglo y cuarto grandes enfrentamientos sociales de largo aliento, y de seguir así la estructura social, muy seguramente, pervivirá tal violencia.

El correlato del desarrollo de la sociedad colombiana y su Estado es, entonces, el de la violencia. Un proceso que si bien su inicio podría fecharse muy anterior al siglo XX, para

efectos del análisis que se propone este artículo, sus primeros antecedentes abarcan el período entre 1930 y 1948, cuyas consecuencias atroces se desarrollarán entre 1949 y 1958. Posteriormente, se examinan los períodos comprendidos: entre 1958 y 1974, caracterizado por el apaciguamiento social gracias a los acuerdos políticos y militares pactados; de 1975 a 1991, por el surgimiento de oleadas de violencia rural y la constitución de ejércitos privados paramilitares; y de 1991 a la actualidad, cuyo tema central ha sido el cambio de modelo económico y político, y su relación con la guerra.

Así, en la forma en que se han desarrollado tanto el Estado como la sociedad colombiana en dos siglos, hay un telón de fondo de la violencia que es imposible negar: muchas generaciones de niños han crecido con el desalentador horizonte que no ofrece mucho. Justo ahora se presenta la oportunidad de reconsiderarnos como sociedad y, desde la revisión histórica de las leyes mismas, contribuir en una crítica informada a la forma en que se ha consolidado el marco legal en derechos humanos de la infancia en Colombia.

Las políticas públicas en derechos humanos y la niñez

La legislación, las normas y los acuerdos sociales expresados en textos son una evidencia de la relación estrecha entre las prácticas discursivas y los contextos que las producen y coaccionan; se parte del hecho que esta circunstancia puede ser rastreada con el paso del tiempo, al contar con los textos como registro del discurso.

La historia colombiana se ha construido a partir de relatos de conflicto de diferentes órdenes, especialmente civiles; estos permiten pensar el país desde una lucha constante por el poder político, y desde luego, económico y social. Durante el siglo XIX e inicios del XX, la

historia política del país estuvo bajo el perenne dominio de los partidos Conservador y Liberal, cuyas diferencias ideológicas influenciaron profundamente a la sociedad colombiana desatando graves conflictos. El desarrollo de políticas públicas en derechos humanos, como se verá, es muy tardío, mientras que la vinculación de niños y niñas en las confrontaciones civiles del país es muy temprana.

Cualquier política pública nos remite, a su vez, a pensar los problemas desde el concepto de sociedad como sistema; desde la perspectiva de Edgar Morin (1984), “un conjunto de interacciones económicas, psíquicas, culturales, formando un sistema que implica aparatos de control por parte del Estado, *retro-actuando* sobre las interacciones de las cuales depende su existencia. De este modo, la existencia del Estado depende de ciudadanos cuya existencia depende a su vez de él”. Todo ello constituye un sistema de interdependencias donde lo político se liga tanto a lo económico como a lo cultural y social.

Históricamente el concepto de niñez ha tenido diferentes connotaciones. La idea que en la actualidad impera es por lo demás reciente. Tanto en la Antigüedad como en la Edad Media, se considera a la niñez como mero objeto de valor a través del cual se realizan sacrificios y todo tipo de transacciones en aras de la obtención de riqueza, también como adultos miniatura altamente peligrosos. Es hasta la *época moderna* cuando la infancia se asume desde una perspectiva distinta; una sucesión de acontecimientos, entre ellos, las guerras, contribuyen a superar paulatinamente la quimera del pensamiento medieval. El desarrollo de una nueva cosmovisión centrada en la razón, así como la preocupación por el gran número de niños y niñas huérfanos provoca la conformación de las primeras instituciones especiales para la niñez: orfanatos, escuelas e incluso la familia, la cual se consolida a partir de que “los niños y las niñas, considerados como vástagos o retoños del

tronco comunitario, daban continuidad a ese cuerpo colectivo” (Farfán, 2010: 28).

Sin duda, el movimiento intelectual de la Ilustración constituye la base de la formación de políticas para la niñez, ya que fomenta la construcción de hogares que brindan la alfabetización y la enseñanza de oficios para preparar su emancipación, lo que quiere decir que el niño se empieza a concebir como el adulto del *mañana*.

La literatura especializada en políticas públicas ha producido una considerable cantidad de definiciones sobre el concepto, cabe destacar, sin embargo, el trabajo de Meny y Thoenig (1995) quienes consideran que “una política pública se presenta como un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico” y es “el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental”. Maldonado, por su parte, (2007:27) indica que la política pública se comporta como un “vector que sintetiza el conjunto de proposiciones, decisiones y operaciones dinámicas e interdependientes entre actores políticos, sociales e institucionales, a través de las cuales se busca imprimir un rumbo a la sociedad”. No obstante, estas definiciones aún no abordan con claridad el escenario en el cual se hace necesaria la formulación y desarrollo de una política pública; por tal motivo Roth (2006:27) en su definición agrega que la política pública tiene “la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática” (Roth, 2006:14”).

Con el propósito de otorgar a la noción de políticas públicas un enfoque de derechos humanos es posible concertar y recordar que este enfoque parte de un proceso conjunto entre el Estado y la sociedad civil; en ese sentido lo esencial es incorporar los principios de *interdependencia* e *integralidad* que según Jiménez (2006:8) implican que unos derechos dependen

de otros, por lo tanto, que la lesión de un derecho afecta al otro, y la concreción de un derecho se relaciona con la satisfacción de otro. A diferencia de los derechos humanos entendidos como Resultado-Fin, es decir, aspirar y exigir el reconocimiento jurídico, el Enfoque de los derechos humanos debe comprenderse como un *proceso-medio* como “forma de ver” y “manera de hacer” para lograr la concreción de esos derechos” (Jiménez, 2012:4). Asimismo, es imprescindible involucrar en la comprensión del enfoque, algunos de sus componentes más característicos: transversalidad de los derechos en todos los aspectos del Estado y la sociedad, corresponsabilidad de los actores involucrados, predominio de lo local y la esfera pública, la deliberación democrática y, en consecuencia, la resolución pacífica de conflictos, así como los principios de no discriminación e inclusión a favor de la universalidad, y el principio de la dignidad humana, lo que quiere decir, mayor atención a las personas y sus relaciones que a las estructuras sociales.

De acuerdo con lo dicho, “los derechos humanos se constituyen en el fundamento ético de la formulación y ejecución de políticas públicas” (Garretón, 2004) y afirmará Bernal (2004) que “los derechos humanos son el objeto mismo de las políticas públicas en la medida en que estas se dirigen a la concreción, protección o defensa de situaciones socialmente relevantes que implican violación o vulneración de derechos humanos”. A raíz de la complejidad que representa el conflicto armado en Colombia, la ley ha sometido algunos conceptos a determinadas precisiones para garantizar su probidad en la realidad social. El conflicto armado, por ejemplo, con base en el derecho internacional humanitario, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (1949), y el artículo 1 del protocolo adicional II, es un enfrentamiento armado prolongado con un nivel mínimo de intensidad, cuyas partes están conformadas por fuerzas armadas gubernamentales y fuerzas de uno o más grupos armados

que surjan en el territorio de un Estado (CICR; 2008). Para el caso de la noción de víctima, esta se ha puntualizado en la Sentencia C-253A/12 declarando que las víctimas son aquellas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado.

De acuerdo con Springer (2012) no cabe duda, de que la injusticia social y la pobreza contribuyen a la primera circunstancia, por la que es tarea fácil extraer a los niños de sus hogares en los que no cuentan con redes extensas de apoyo, e incluso muchos de ellos ya han abandonado la escuela para vincularse a la economía ilegal. La precaria formación emocional permite que los niños reclutados sean “deshumanizados” con mayor facilidad, y de ese modo someter sus conciencias a un discurso sectario. Entre otras razones que resultan beneficiosas para los grupos armados en la reclusión de la niñez en el conflicto, se encuentran las relacionadas con la economía y los argumentos estratégicos.

La violencia y los derechos humanos: 1930-1958

Hasta mediados del siglo XIX las leyes bélicas que protegían a las víctimas de los conflictos armados en el mundo eran ocasionales y restringidas. “Hubo que esperar el célebre opúsculo de Henri Dunant publicado en 1862, sobre el socorro a los damnificados por la guerra” (Ortiz, 1998:50) del cual surge la Convención de Ginebra en 1864 y de la que Colombia hace parte solo hasta el año 1961. De la Convención de Ginebra se deriva la Cruz Roja Internacional como entidad humanitaria en tiempos de paz y de guerra, y a partir de ahí, se da origen y desarrollo a los derechos humanos para la guerra.

Además, en 1948 se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y surge de ella el desarrollo posterior de otros instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. “Conviene recordar que esta Declaración de derechos se materializa al final de una guerra particularmente destructiva; quienes la redactan coinciden en la necesidad perentoria y en el imperativo categórico de evitar a toda costa que las generaciones futuras vuelvan a experimentar algo tan doloroso y traumático” (Papacchini, 1998).

La tradición liberal occidental fue acogida como la base de un orden que exigía a todos los Estados, independientemente de sus tradiciones, el respeto a los derechos de sus propios ciudadanos. [...] Colombia se incorporó fácilmente a este orden, en la medida en que coincidía con sus normas y tradiciones. Sin embargo, lo hizo en el contexto de un enfrentamiento armado interno. Así, mientras que el país podía ratificar las convenciones internacionales, muchos colombianos alegaban que, en la lucha contra la subversión, el Estado violaba sus propias normas y las reglas internacionales (Melo, 2002).

La época de *La Violencia* en Colombia fue una guerra civil no declarada oficialmente, caracterizada por el enfrentamiento entre liberales y conservadores. Hacia el año 1945 comenzó la estrategia de la reacción conservadora mediante un plan de violencia “moderada” en los campos y los pueblos, para evitar que Gaitán obtuviera el triunfo electoral.

La injerencia en la política de Jorge Eliécer Gaitán y la disposición de una gran población como su aliada desataron una guerra civil, desde 1948 a 1953. En este tiempo proliferaron los crímenes y persecuciones a razón, en principio, de su deceso el 9 de abril de 1948. Aunque es sabida la vinculación de menores en el desarrollo de esta confrontación armada por parte de todos los bandos, pese a la adhesión de

Colombia a estas normas internacionales, aún para este periodo no se rastrean aplicaciones de normas para la protección efectiva de la niñez en ese contexto.

Desde las primeras décadas del siglo XX, se hacían urgentes las reformas políticas o una nueva Constitución, que se prestara para abonar el camino hacia una democracia y un sistema político capaz de resolver los innumerables problemas de la sociedad colombiana, entre ellos el problema central del agro y de la tenencia de la tierra, vigente aún hasta nuestros días, y problema fundante de las guerrillas de izquierda.

Uno de los elementos esenciales para el planteamiento de políticas públicas para la niñez en el país es la perspectiva de derechos; su la protección integral se dio con la publicación en 1946 de la Convención de los Derechos del Niño, lo cual supone que los niños son sujetos titulares de derechos y, en consecuencia, la formulación y la implementación de políticas públicas se debe ajustar a las responsabilidades contraídas. Así, la convención planteó el desarrollo integral, el cual considera aspectos psíquicos, sociales, físicos, espirituales, cognitivos, entre otros, un derecho universal, independientemente de condiciones personales o familiares. Al mismo tiempo, ha declarado cuatro principios básicos: no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y derecho a la participación, con los cuales todo proyecto o programa de UNICEF debe ser desarrollado.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce como primordial el trabajo conjunto entre la familia, el Estado y la sociedad. La familia, especialmente, se considera la institución más relevante para el buen ejercicio de la Convención, tal como lo indica el preámbulo:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de

los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (Convención sobre los Derechos del Niño;14).

En ese sentido, a lo largo del documento, los artículos incluidos se ocupan de enfatizar la importancia de respetar, tanto las responsabilidades como los derechos de los padres a impartir orientación adecuada, mantener contacto directo con los niños, y consolidar relaciones con el Estado y la sociedad que dinamicen y permitan dar cumplimiento a los compromisos pactados. También, y en el marco del contexto de conflicto armado por el que ha atravesado el país, la convención dispone en el artículo 38 una serie de responsabilidades con las normas del derecho internacional humanitario aplicables para el caso de conflictos en los que estén involucrados niños, y en el artículo 39, la adopción de medidas pertinentes respecto a la recuperación y reintegración social de menores que hayan sido víctimas de conflictos armados, abandono, malos tratos o explotación.

La estabilidad política y el abandono del Estado: 1958 a 1974

Las décadas del sesenta y el setenta estuvieron marcadas por las revoluciones y la resistencia social a la forma de administración del Estado por parte de los partidos políticos tradicionales, elemento que ha incidido en la sustentación del proyecto político constituido por las guerrillas. Para autores como Luz Dary Ruiz Botero y Marcilis Hernández (2008) el surgimiento de las FARC y el ELN en las zonas rurales se debe a la poca articulación a la dinámica nacional debido al abandono estatal, donde sus habitantes expresan intereses de adoctrinamiento político, dado que suplían funciones como el establecimiento del orden social que el Estado no hacía.

“En esas zonas donde no existen poderes locales consolidados y la presencia de los aparatos del estado es precaria, la guerrilla ejerce funciones de control policivo y de cohesión social, que le dan cierta soberanía de facto, que es ahora desafiada por el avance paramilitar y contrarrestada de alguna manera por los esfuerzos del Ejército por recuperar la iniciativa militar en esas áreas” (González, 2003).

En síntesis, las guerrillas en Colombia surgieron con un interés político, como se señaló anteriormente, sustentado en la exclusión social. Asimismo, para su sobrevivencia fue implementando estrategias económicas de apropiación de los recursos disponibles en las zonas que controla (Ruiz y Hernández, 2008).

El paradigma institucional para este período se evidencia con la creación del ICBF mediante la Ley 75 de 1968, creación que

[...] estuvo antecedida por discusiones y reflexiones en torno a la necesidad de superar la mirada a niños, niñas y adolescentes como quienes perturban el orden social; en este sentido su propuesta de acción se enfocó, en ese momento, a la protección preventiva y especial de las problemáticas correspondientes al abandono y deficiencia nutricional de la niñez. Con la Ley 7 de 1979 se reorganiza el ICBF, se crea el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y se formulan principios para la protección de la niñez” (Ruiz y Hernández, 2008).

Recrudescimiento y nuevas formas de la violencia: 1975 a 1991

Los esfuerzos para atender la niñez de manera integral se sostienen desde algunas voluntades en un período donde las modalidades de violencia empiezan a tocar su punto más cruento, y la niñez juega un papel fundamental en contribuir en las cadenas productivas del narcotráfico y en engrosar las filas de ejércitos ilegales. Adicionalmente, la normativa nacional

contribuye poco a la solución de esta problemática. Por ejemplo, el Código del Menor, definido en 1989, en el que primaba la doctrina de la situación irregular de la niñez, concibe a niños, niñas y adolescentes como menores y minusválidos. Así, las acciones se dirigen a atender exclusivamente en casos de vulneración de derechos, y son pocas las claridades con respecto a la niñez desvinculada como víctima que demanda procesos especiales de rehabilitación y reintegración social. Este código promueve la creación de las Comisarías de Familia, Defensorías de Familia y Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia.

A pesar de esto, al nivel mundial la concepción de niñez transitaba por el reconocimiento como sujetos plenos de derechos bajo el principio de interés superior con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, que, pese a haber sido suscrita por Colombia, tuvo poco impacto en la normativa interna, pues con el argumento del Estado de sitio, es decir, estado de excepción constitucional, se definieron normas como el Decreto 566 de 1990, que estableció la restricción de la libertad a niños y niñas entre 16 y 18 años en casos de comisión de delitos atroces al pertenecer a grupos subversivos, de autodefensas o delincuenciales.

Nueva Constitución y cambios socioeconómicos: 1991 a la actualidad

Para el exmagistrado de la Corte Constitucional, Carlos Gaviria Díaz (2002), en Colombia se había llegado a un estado de anomia, es decir, una falta de normativa capaz de regular algunas conductas, principalmente, relacionadas con la violación de derechos humanos. Para el mismo autor,

[...] la violencia inclemente que nos venía (y nos sigue) abrumando, originada en la insurgencia (guerrilla), en la contrainsur-

gencia (paramilitarismo), en la delincuencia común organizada (carteles de la droga, v.gr.) y en la inorgánica que se ha hecho habitual y, como las anteriores, va desbordando la capacidad de las autoridades encargadas de mantener el orden y proteger la seguridad de las personas.

Ello devino en una creciente presión social que solicitó la reforma de la constitución.

La Constitución que en 1991 se elaboró en Colombia tiene entre sus características fundamentales una relación mayor, un ponerse a tono, con los grandes cambios económicos, políticos y de pensamiento que en el mundo eran de vanguardia. Entre ellos se incluye, de manera definitiva, su adhesión a las convenciones internacionales de derechos humanos; tal situación implicó un modelamiento de las normas, las instituciones y los objetivos que perseguía el Estado colombiano.

En 1991, se promulga la nueva Constitución Política de Colombia que consagra en el Título II los derechos, las garantías y los deberes de los ciudadanos como elementos básicos de los derechos humanos. Así, esta Constitución se propone como norte hacia la convivencia y el respeto a los derechos humanos. Pero el conflicto social colombiano ha entrado en otra dimensión desde los setenta; nuevos actores se reparten un nuevo botín de guerra: la droga. Y los derechos humanos han encontrado nuevas formas violatorias: el sicariato, la desaparición forzada, los desplazados, los secuestrados, los lisiados, los huérfanos, las viudas, etc.

Los esfuerzos que motivaron la creación de la nueva Constitución se encuentran dirigidos a la consecución de la paz con el fin del conflicto interno. La nueva Constitución Nacional que, en armonía con la Convención sobre los Derechos de los Niños,

[...] establece prevalencia de los derechos de la niñez sobre los demás. Asimismo, expresa que es obligación del Gobierno

garantizar el derecho a la paz. A partir de este hecho constitucional se evidencia aún más la necesidad de ajustar el Código del Menor tanto a la normativa nacional como a la internacional. Por ello, varias organizaciones agrupadas en la Alianza por la Niñez Colombiana se dan a la tarea de proponer su reforma, para lo cual elaboran un proyecto de ley, gestionado en varias oportunidades ante el Congreso de la República” (Ruiz y Hernández, 2008).

El documento "El dolor oculto de la niñez," de Unicef, afirma que según la proyección del DANE para 1999 la población colombiana llega a 40.214.723 habitantes, de los cuales 41,5 %, es decir, 16.722.708 son menores de 18 años; 6.500.000 viven en la pobreza, equivalente al 38.9 %. Entre 1995 y 1998, según Codhes, 835.000 personas fueron desplazadas forzosamente por la guerra. De ellos, el 55 %, esto es, 542.000 eran niños y jóvenes. Según un estimativo de la Defensoría del Pueblo unos seis mil niños forman parte de los grupos armados: tres mil en los grupos guerrilleros y tres mil en los grupos paramilitares (Aguirre, 2002).

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales que, en Colombia, se ratificó por el Congreso de la República a través de la Ley 12 de 1991, lo cual implicó adicionalmente, reformar la Constitución Política con la inclusión de los principios de protección integral de la niñez en defensa de los derechos de los niños y su protección en circunstancias primordialmente difíciles, por parte del Estado, la sociedad y la familia, quienes tienen la responsabilidad de asegurar el desarrollo integral de los niños en el ejercicio pleno de sus derechos.

En el año 2000 son aprobados dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General

de las Naciones Unidas: uno concerniente a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, adoptado mediante la Ley 765 de 2002, y otro, con relación a la participación de los niños en procesos de conflicto armado, mediante la Ley 833 de 2003.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, tiene como principal objetivo dar garantía, tanto a los niños como a los adolescentes, de su desarrollo integral y armónico dentro de la comunidad y su entorno familiar, reconociendo la igualdad y la dignidad humana sin ningún tipo de discriminación. A lo largo del documento se reconoce la política pública como una herramienta fundamental para la defensa y cumplimiento de los derechos de los niños y adolescentes en el país, cuya responsabilidad está adjudicada al Estado, con la participación de la sociedad y la familia. El Libro III “Sistema Nacional de Bienestar Familiar, políticas públicas e inspección, vigilancia y control” dedica especial atención a los procesos de diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas. Se establecen la conformación y responsabilidades de los consejos nacionales, departamentales y municipales de política social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las respectivas autoridades competentes de inspección, vigilancia y control.

El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098) armoniza el antiguo Código del Menor con la Convención, después de la ratificación de esta, en 1991, por parte del Gobierno. Con esta nueva Ley se logra sintonía en gran medida con el principio planteado en la CDN sobre el interés superior del niño y su reconocimiento como sujeto de derechos, indicando así un tránsito de la doctrina de la situación irregular hacia la protección integral, la cual implica promoción, cumplimiento y restablecimiento de derechos y prevención de la vulneración (Ruiz y Hernández, 2008).

Con la Ley 418 de 1997 se eleva la edad de reclutamiento en el servicio militar obligatorio, además de tipificarlo como delito en el caso de grupos armados al margen de la ley. Dispone unas medidas de protección integral para niños, y adolescentes desvinculados voluntariamente de los grupos armados reconocidos políticamente, mientras que aquellos que hagan parte de las filas paramilitares, aunque no pierden su condición de víctimas, no son beneficiados con esta protección, tratamiento que resulta discriminatorio para la niñez. Por su parte, la Ley 548 de 1997 prorroga la Ley 418, y además prohíbe el servicio militar obligatorio para los menores de 18 años (Ruiz y Hernández, 2008).

La Ley 782 de 2002 prorroga nuevamente la Ley 418 y modifica algunas disposiciones en el marco de la desmovilización de grupos armados y procesos de paz. De esta ley se resalta el reconocimiento como víctimas de la violencia política a niños y adolescentes que participen en las hostilidades, así como

[...] aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro de su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1 de la Ley 387 de 1997.

La sentencia C-203 de 2005, por su parte, reconoce la niñez como víctima de violencia política. No obstante, señala que dicha condición no los exime, per se, de responsabilidad penal, hecho inquietante en la medida en que los autores del delito de reclutamiento reciben todos los beneficios de la legislación concerniente a la desmovilización de grupos armados ilegales y procesos de paz, aunque tengan en sus filas niños y adolescentes, mientras estos deben ser judicializados por los crímenes cometidos durante su pertenencia a dichos grupos.

En síntesis, con el transcurrir del tiempo se observan avances legislativos que propenden por la garantía de los derechos de la niñez, pero hay fisuras que demandan atención (Ruiz y Hernández, 2008). En un proceso de posconflicto como sociedad tenemos la oportunidad no solo de repensar las normas de atención a las generaciones de niños y adolescentes que se desvinculen de las guerrillas, sino de manera más importante, de crear las condiciones de igualdad para la no repetición de una larga y difícil guerra.

Conclusión

La historia de las leyes bien puede ser el correlato de la historia de los conflictos sociales, si bien son la evidencia de cómo un Estado toma posición sobre el conflicto mismo. Sin embargo, la larga noche de violencia en Colombia nos enseña que es propio pensar nuevamente en las leyes como acuerdos sociales mayores, incluso a los gobiernos de turno, que comprenden los más complejos problemas sociales y sus profundas causas. La reflexión sobre las políticas públicas para la niñez en Colombia debe tener como fundamento los dañinos olvidos que han producido la violencia: el campo, la diferencia y la pobreza.

Hacer de la historia de las políticas públicas para la niñez en el conflicto armado un ámbito de referencia, con miras a los próximos acuerdos sociales que resulten de las negociaciones de las guerrillas y el Gobierno, resultará garantía de no repetición a las vulneraciones que la guerra cometió sobre niños y jóvenes, muchos de los que hoy ya crecen con expectativas de desenvolverse como sujetos con plenitud para ejercer sus derechos. A todos a quienes nos corresponde pensar el país que legaremos, la conciencia histórica sobre las leyes nos señalará los lamentables errores que el Estado colombiano no puede cometer nuevamente.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, Julián (2002) "Niñez y juventud en el conflicto armado interno en Colombia" en conflicto armado, niñez y juventud: una perspectiva psicosocial. Editoras: Martha Nubia Bello, Sandra Ruiz Ceballos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia
- Bernales Ballesteros, E. (2004). "Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos", en Garretón, R. et al. El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas, Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Ley 1098. Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial de la República de Colombia No. 46.446, Bogotá D. C. 8 de noviembre de 2006.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, Vol. 1577, p. 3, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en
- Convenios de Ginebra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, disponible en: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra>
- Colombia (1991) Constitución Política de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá 08 de marzo de 2005.
- Fals Borda, Umaña y Guzmán (2005) La violencia en Colombia. Tomo 1. Bogotá: Taurus
- Farfán, Mabel (2010). Material de apoyo para el curso de identidad sociocultural y escuela componente de etnoeducación y pedagogía. Coordinación editorial: Licenciatura en Etnoeducación. Universidad del Cauca. Facultad de Ciencias Humanas y Sociales.
- Gaviria Díaz, Carlos. (2002). La Constitución del 91 y los derechos humanos, prodigalidad en libertades, derechos y garantías, en Credencial Historian 156. Revista Credencial Historia: Bogotá.
- Garretón, Roberto (2004), "La perspectiva de los derechos humanos en el diseño y ejecución de las políticas públicas", en: Garretón, R. et al. El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas, Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 27-48.
- González, Fernán, Bolívar, Ingrith (2003) "Evolución territorial del conflicto armado y formación del Estado en Colombia", Bogotá: Cinep.
- Jiménez, William (2006) Las políticas públicas y en el enfoque de los derechos humanos. Nova et Vetera. N.º 57. Revista de la Facultad de Investigaciones de la ESAP.
- Jiménez, William (2012). Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces. *XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Cartagena. Edición de octubre-noviembre. Disponible en <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/jimenben.pdf>
- Maldonado, Luis (2007). *Colombia; Los derechos humanos como política pública*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Melo, Jorge Orlando (2002). "Los derechos humanos en Colombia" en Credencial Historia. N.º 156. Bogotá.
- Meny, Ives y Jean Claude, Thoenig (1995), Las políticas públicas. Barcelona: Ariel
- Morín E. (1984) Sociologie. Barcelona: Cátedra
- Ortiz Rivas, Hernán Armando (1998). Derechos humanos. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Papacchini Angelo, (1998) "Los derechos humanos a través de la historia" en Revista Colombiana de Psicología. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Roth, André-Noel (2006). Políticas públicas, formulación, implementación y evaluación. Bogotá: Ediciones Aurora.

Ruiz Botero, Luz Dary, Hernández Martínez, Marcilis (2008) “Nos pintaron pajaritos. El conflicto armado y sus implicaciones en la niñez colombiana”. Medellín: Instituto Popular de Capacitación, IPC: Bogotá: Fundación Cultura Democrática, Fucude.

Springer, Natalia (2012) “Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Bogotá: Springer Consulting Services.



Tema: Contraste social

Autor: Camilo Alberto Molina Martínez

Título: Acuario Leticia

País: Colombia, departamento del Amazonas

Migración irregular. Aproximación: doctrina internacional y jurisprudencia penal colombiana a partir de la Constitución de 1991*

■ Por: *Óscar Eduardo Silva Gómez***

Recibido: marzo 16 de 2015

Aprobado: abril 21 de 2015

Resumen

La migración irregular, ilegal, indocumentada, no autorizada o clandestina hace referencia a “aquellas personas que se mueven entre diversos países al margen de los sistemas de migración legal”. Como señala Vidal López (2007, pág. 37), es entonces una constante que va en aumento en el mundo contemporáneo y se analiza a través de la doctrina internacional y jurisprudencial colombiana, dejando como punto de partida condiciones socio-económicas que fundamentan migrar.

Desde sus orígenes el tema parte de la excesiva protección a los principios de soberanía, territorialidad y seguridad nacional, intrínsecos a cada Estado, e implica restricciones al nivel internacional que permiten la proliferación de formas irregulares de migración, tanto voluntarias como involuntarias.

Así las cosas, la descripción, la identificación y el análisis del problema que surge en el marco de los derechos humanos, principalmente en relación con la dignidad humana según la cual toda la persona, por el solo hecho de serlo, tiene capacidad para ejercer sus derechos, apuntan a impedir los tratos inhumanos, la disminución en la calidad de vida, y las acciones delictuales, y propenden por establecer garantías mínimas para los migrantes, lo que obliga al sistema jurídico colombiano a regular la materia, razón suficiente para justificar este estudio.

Palabras clave: Migración irregular. Migración ilegal. Migrante. Soberanía del Estado. Seguridad nacional. Derechos humanos.

* El artículo es producto investigativo, desarrollado en el grupo de investigación en Derechos Humanos “Fray Antón de Montesinos O.P”, bajo la dirección del profesor Eyder Bolívar Mojica, director de la Maestría en Derechos humanos y Derechos Fundamentales, de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja.

** Abogado, especialista © Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Universidad del Rosario, representante de los egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja. Oscar.silvag@hotmail.com.

Irregular migration. Approach: Colombian international criminal jurisprudence and doctrine from the constitution of 1991

Abstract

The irregular , illegal, unauthorized migration refers to "those who move between countries outside systems legal migration " as VIDAL LOPEZ (2007, p. 37) points out, it is then a constant is increasing in the contemporary world and is analyzed through international and Colombian jurisprudence , leaving as a point of departure socio- economic conditions underlying migrate.

From its origins the issue of excessive protection to the principles of sovereignty , territorial and national security intrinsic to each state , implying restrictions internationally, enabling the proliferation of irregular forms of migration , both voluntary and involuntary .

This being the description, identification and analysis presented as a result of the problem that arises in the context of human rights mainly human dignity , where the person by the mere fact of being , has capacity to exercise , prevent treatment inhuman , decreased quality of life , tort or social actions , tending to establish minimum guarantees , return , and the punishment of those who abuse this condition , forcing the Colombian legal system regulating the matter, which is why this study is important.

Key words: Irregular migration. Illegal migration. Migrant. State Sovereignty. National security. Human Rights.

1. Introducción

La migración irregular, ilegal, indocumentada, no autorizada o clandestina hace referencia a “aquellas personas que se mueven entre diversos países al margen de los sistemas de migración legal”. Como señala Vidal López (pág. 37), es una constante que va en aumento en el mundo contemporáneo y se analiza a través de la historia y su desarrollo jurisprudencial. Las condiciones socio-económicas son un factor determinante para tal aumento, pero también lo son la aplicación del sistema jurídico penal colombiano y la manera como se han aplicado los principales derechos fundamentales que se involucran, así como su desarrollo.

La descripción, la identificación y el análisis que se presentan como resultado del problema que deriva del notable incremento de la movilidad de personas se debe considerar bajo el marco de los derechos humanos, esencialmente la dignidad humana, base fundamental del sistema jurídico colombiano y, por ende, del derecho penal por su constitucionalización.

Ahora bien, la libre circulación del hombre dentro del ámbito territorial se contrapone a las variadas restricciones en cuanto a movilidad internacional por temas de seguridad nacional, entre ellas, los requisitos excesivos para que se dé una migración de una forma regular, lo que genera proliferación de formas irregulares que no solo envuelven a un sector determinado sino a toda la comunidad global. Así, por ejemplo, la trata de personas, tipificada en el artículo 188 A del Código Penal colombiano, por la búsqueda de oportunidades laborales, es un tipo migración que se puede calificar como voluntaria o como involuntaria, y que afecta tanto a la sociedad en general como a la economía e incluso a la cultura; frente a ello Castles (2010) menciona que:

La migración irregular ocurre en la mayoría de las regiones del mundo. No existen estadísticas confiables, debido a la natura-

leza misma de esos traslados. Además, las estimaciones con frecuencia son manipuladas por razones políticas, es decir, culpar a los migrantes irregulares de generar problemas sociales se ha convertido en una práctica ampliamente difundida por los políticos populistas.

Por lo anterior es un tema relevante para el derecho por la búsqueda de justicia y equidad, aunque limitado, pues es difícil encontrar una cifra verdadera y confiable sobre la cantidad de migrantes que de manera irregular se encuentran en un determinado Estado por la calidad que ostentan, lo cual a grandes rasgos demuestra las falencias de la parte donde emigran y la concentración aparente de riqueza o de oportunidades de un país receptor donde inmigran.

Así las cosas la investigación reúne datos conceptuales sobre el manejo jurisprudencial y doctrinal que se le ha dado al tema, por sus gran connotación en el mundo penal ya que se trata de la defensa de los derechos humanos.

Finalmente, es de anotar que la migración irregular desde sus orígenes parte de la excesiva protección al principio de territorialidad del que gozan los Estados, principio que pone límites a la circulación de las personas; no obstante límites deben tener en cuenta los derechos humanos, lo que implica que, aunque se esté de forma ilegal o irregular en otro Estado, no se deja de ser persona ni se pierden los derechos. De ahí que el sistema jurídico deba actuar para evitar que se den tratos inhumanos y propender por el retorno; asimismo, aplicar el castigo a quien obligue a salir a una persona de manera irregular en nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

2. Conceptualización del fenómeno de la migración irregular

La migración ilegal, irregular, clandestina o no documentada genera constantes cambios

dentro de una sociedad que trata de restringir este fenómeno con políticas tendentes a evitar la movilización de las personas de manera excesiva buscando hacerlo de manera selectiva, así las cosas, Olloqui (2001) menciona que: “Las migraciones, más allá de sus efectos económicos y sociales, se han transformado en un hecho político, que altera la dinámica de los pueblos e incide la transformación cultural de las naciones”, dejando claro que es un tema de relevancia social y a su vez cultural a nivel internacional y que evidencia como de los estados menos desarrollados es donde más se produce hacia aquellos con un desarrollo aparentemente mayor, como se pretende demostrar con este trabajo.

Es preciso conceptualizar el fenómeno de la migración irregular; así las cosas, Vidal López (2007) dice que los migrantes ilegales son “aquellas personas que se mueven entre diversos países al margen de los sistemas legales”. Por su parte, Amnistía internacional (2007) señala que: “Migrante irregular es la persona que no tiene permiso legal para permanecer en un país de acogida”. Es decir, la irregularidad no se establece por el móvil que llevó a la persona a viajar a otro país, sino que se centra en el cumplimiento o no de los requisitos que cada país pone para que una persona pueda entrar de una manera legal o formal.

Iglesias Machado (2008) afirma que: “Las migraciones han sido una constante histórica desde los tiempos más remotos. [...] Han resultado necesarias para la humanidad desde la Antigüedad”. Aludiendo directamente al fenómeno en estudio, Castles (2010) señala que “es un fenómeno bastante reciente, asociado con la rigidización de los controles fronterizos y las regulaciones en el trámite de pasaportes durante el siglo XX”.

Una posición más acertada y clara la establece Vidal López (2007):

Desde los orígenes el sistema de Estado-nación, [...] uno de los atributos centrales de la soberanía es el dominio absoluto del estado sobre su población y su territorio, de donde derivan competencias generales para definir la admisión, residencia, expulsión y naturalización de extranjeros.

Por lo tanto, la migración de forma ilegal o irregular es resultado de un proceso histórico de formación de los Estados, puesto que antes de su surgimiento, como tal no se podía clasificar quién era admitido o no dentro de determinado territorio.

3. Aproximación a distintas clasificaciones y causas de la migración irregular

La migración podría dividirse de diversas maneras; así por ejemplo, Said Hung (2011), aludiendo Ghosh (1997), la divide en dos clases:

Migración de supervivencia y migración en busca de oportunidades, la primera está relacionada con flujos desordenados e irregulares, generados en la mayoría de los casos por situaciones de pobreza, inestabilidad política, desempleo, catástrofes naturales y desigualdad en general (Ghosh, 1997). Entre tanto, en la migración en busca de oportunidades el movimiento se lleva a cabo más por elección que por necesidad, quienes lo realizan están más en capacidad de efectuar un cálculo racional de costos y de beneficios para decidir si permanecer o emigrar, además, son quienes se apoyan en la legalidad de los canales regulares.

Así encontramos para la primera clasificación un ejemplo claro en Europa con relación a su historia, cuando el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (2012) señala:

En un breve intervalo de tiempo (...), habiéndose desencadenado un intenso reflejo de movilidad opuesta, (...). una transformación así solo ha podido ocurrir por la confluencia de importantes factores complementarios, que pasamos a enumerar: a) El vacío demográfico europeo, producido por dos guerras mundiales y por el comportamiento maltusiano de sus habitantes; b) La revolución de los transportes y de las comunicaciones, que ha cambiado sustancialmente la accesibilidad interregional en nuestro planeta; c) El colapso socioeconómico de la mayoría de los estados africanos y latinoamericanos y d) El final de la Guerra Fría, seguido del desmantelamiento del bloque soviético.

Otra clasificación la trae Castles (2010), aludiendo que:

Las causas de la migración irregular pueden sintetizarse en cinco categorías: las leyes y regulaciones nacionales; las contradicciones que surgen de la globalización neoliberal; la agencia individual y colectiva de los migrantes; las actividades de la «industria de la migración»; y la vulnerabilidad de grupos específicos.

Finalmente Iglesias Machado (2008), de una forma más general, dice que “la causa que impulsa a las personas a emigrar clandestinamente es la casi imposibilidad de hacerlo legalmente”, lo que simplifica las clasificaciones ya traídas por otros autores, y nos da como punto de partida que por diversas formas una persona nunca cumplió o deja de cumplir los requisitos, cambiando a una permanencia de forma irregular.

Se concluye, así, a primer plano en esta parte, que la migración irregular, dependiendo del motivo, puede ser voluntaria o involuntaria; sería voluntaria cuando una persona quiere vulnerar los sistemas rígidos de otro país para entrar, por ejemplo, por trabajo, y sería involuntaria, cuando una persona es obligada a vulnerar los

sistemas migratorios, por ejemplo, por trata de personas o porque las condiciones de permanencia cambian, y por tanto, su situación también lo hace.

Amnistía Internacional (2007) señala que:

No todos los migrantes irregulares entran o permanecen en un país sin autorización o documentación. Por ejemplo, las personas migrantes que son introducidas ilegalmente en un país para trabajar a menudo reciben de los traficantes documentación falsa. La condición de un migrante puede convertirse en irregular de varias formas. En ocasiones puede ocurrir de forma inadvertida, a veces las razones del cambio de condición son arbitrarias e injustas. En el transcurso de un solo viaje, la condición de la persona migrante puede convertirse en irregular o dejar de serlo según las políticas gubernamentales y la normativa relativa a los visados.

Básicamente el presente estudio evidencia que las causas de la migración tienen que ver con la necesidad de bienestar que tienen las personas o con la falta de garantías por parte del Estado que no es capaz de brindar las suficientes oportunidades para que dicha persona pueda desarrollarse, por cambios arbitrarios de la legislación del país receptor. Es así como son diversas causas o diversos factores y por ende existen diversas clasificaciones que la determinan, que se pueden resumir como se ha venido dilucidando en voluntarias e involuntarias, así que muchos autores los clasifican de formas diferentes, en ningún caso excluyéndose, simplemente complementándose.

Al respecto, Amnistía Internacional (2007) señala que:

Entre los factores que mueven a las personas a abandonar sus hogares se encuentran los abusos contra los derechos humanos, la pobreza y la falta de seguridad humana, la ausencia de desarrollo económico y perspectivas de empleo, las

desigualdades entre países y dentro de ellos, el crecimiento de la población, la degradación medioambiental y los desastres naturales (...) los factores que atraen a las personas migrantes hacia otros países son, entre otros, la escasez de mano de obra y el descenso demográfico, la promesa de trabajo y de una vida mejor; sistemas de comunicaciones y de transportes más rápidos, baratos y, en algunos casos, más seguros; la existencia de redes de migración y diásporas; y la posibilidad de enviar dinero al país de origen para sostener a los familiares directos e indirectos.

Alvares Echandi (2012) agrega que “Los contextos familiar y comunitario son creadores y facilitadores de procesos de migración”, lo cual recalca Castles (2010): “la gente que migra para unirse a miembros de su familia o por razones de estilo de vida puede convertirse en irregular. Los solicitantes de asilo que son rechazados pueden también caer en la irregularidad.”

Amnistía internacional (2007) agrega:

Algunas personas se trasladan a otro país para mejorar su situación económica o para su educación. Otras abandonan sus países para huir de violaciones de sus derechos humanos como la tortura, la persecución, los conflictos armados o la extrema pobreza. Muchas se desplazan por la combinación de varias razones.

También Said Hung (2011), aludiendo a Collier, señala que:

Las personas migran debido a un deseo inherente de mejorar en el sentido material, de esta forma sustenta que el hombre tiende a alejarse de aquellas zonas en las cuales hay sobrepoblación, en las que hay índices de desempleo y pobreza.

Varios autores establecen que la principal causa de la migración ilegal se da por cuestiones laborales; así, por ejemplo Castles (2010) señala:

Consecuencia del desequilibrio entre la demanda laboral en los países de destino y la capacidad o la voluntad de los gobiernos a establecer los canales legales de migración” a su vez el consejo superior de investigaciones científicas señala que “La inmigración ilegal es una respuesta a los mercados laborales internacionales cuyas limitaciones impiden la libre circulación de los factores de producción, incluyendo el trabajo”.

Álvarez Echandi (2012) agrega que:

La mayor parte de las migraciones de los guatemaltecos se dan con propósitos laborales, aunque existen otros factores detonantes como la violencia política, la inseguridad pública actual, desastres naturales y la reunificación familiar [...], Quienes migran de manera irregular por estas causas, no lo hacen voluntariamente, se ven obligados por las circunstancias, por lo que la migración para ellos no es una opción ni un derecho.

Bustamante (2002) también señala que para el caso de México que:

El volumen de esta migración irregular ha sido más sensible a los cambios en el mercado laboral que a las vociferantes políticas antiinmigrantes de Estados Unidos o a los incrementos en el control fronterizo [...] “La persistencia de este flujo migratorio irregular por más de un siglo se explica básicamente en el contexto de un mercado laboral internacional de facto”. Castles (2010) señala que “el modo neoliberal de globalización desde fines de los años setenta ha derivado en enormes incrementos en la desigualdad tanto entre el Norte y el Sur globales como dentro de los países y regiones. Para mediados de la primera década del siglo XXI [...], ha marcado las fronteras Norte-Sur; por ejemplo, entre Estados Unidos y México, o la Unión Europea y el norte de África”.

Así, por ejemplo, a través de la historia vemos cómo la migración ilegal o irregular es un fenómeno que va en aumento, con diversidad de causas, siempre de países que no tienen suficientes garantías para sus nacionales a países que aparentemente sí las tienen así por ejemplo emigración en un momento histórico de cierto país y en otro momento histórico en dicho país la inmigración.

En concordancia con lo anterior, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (2012) señala que: “desde finales del siglo XIV hasta la segunda mitad del siglo pasado—, en poco más de seis décadas Europa ha presenciado la llegada de un número importantísimo de personas procedentes de todos los rincones del mundo” a lo que Amnistía Internacional (2007) señala que en el rango de tiempo:

Entre 1815 y 1914, unos 60 millones de personas, en su mayoría procedentes de Europa, migraron a las Américas, a Oceanía y al sur y este de África. Otros 10 millones se desplazaron de Rusia a Siberia y Asia Central. Aproximadamente 12 millones de chinos y 6 millones de japoneses se trasladaron al este y sudeste de Asia, y 1,5 millones emigraron de India al sudeste asiático y al sur y este de África”.

Castles (2010) señala para el caso de África que:

Las áreas que reciben la mayor atención internacional incluyen aquellas más cercanas a la costa mediterránea, es decir, España, Italia y Malta. Se estima que llegaron 31,000 migrantes ilegales a las Islas Canarias (parte de España) en 2006, un incremento de 600 % respecto a 2005.” Más adelante para el caso de Asia, establece por ejemplo que “La migración irregular dentro de Asia ha aumentado rápidamente desde los años ochenta. Se calcula que Malasia tenía en 2006 (Skeldon, 2006) cerca de un millón de trabajadores indocumentados, principalmente provenientes de In-

donesia, Filipinas y Tailandia, en su fuerza de trabajo migrante que hace un total de alrededor de 2.6 millones

Ahora bien, en principio América fue un lugar de inmigración, por las oportunidades que establecía, pero ahora es de emigración, principalmente por las situaciones sociales que se presentan, como lo expone Álvarez Echandi (2012) al decir que:

América Latina ha sido históricamente un continente migrante. Si bien por varios siglos fue un destino importante para la población europea, la tendencia a la consolidación de las migraciones Sur-Norte de los últimos cincuenta años a nivel global, profundizó el carácter emisor del continente por encima de su condición de receptor.

Además, Castles (2010) agrega que:

Con un crecimiento económico desigual a partir de 1945, los traslados intra-continenciales se tornaron importantes. Entonces, siguiendo la reducción en el ritmo económico de los años ochenta, la emigración desde el continente hacia Norteamérica y Europa se tornó importante. (...) la mayor parte de los flujos eran espontáneos. Por ejemplo, los flujos de fuerza de trabajo provenientes de Bolivia, Paraguay y Chile hacia Argentina surgieron desde los años cuarenta hasta los sesenta”. Más adelante reseña que “Venezuela también ha experimentado una gran cantidad de inmigración irregular. Para 1995, se calculaba que había 2 millones de residentes irregulares, la mayor parte colombianos.

Para Argentina por ejemplo señalan Feldman-Bianco y otros (2011) que:

A lo largo del siglo veinte, se instaura en el ámbito de las migraciones —de manera progresiva y acumulativa, así como selectiva y fragmentada— un régimen de control de la migración ilegal mediante un conjunto

de mecanismos y medidas referidos a la admisión, la permanencia y la expulsión de los extranjeros, que giran alrededor de ideas y prácticas de prevención y represión de individuos declarados como ilegales

Bustamante (2002) establece que:

La importancia teórica de mantener la noción de mercado como el espacio abstracto donde tienen lugar las relaciones sociales de carácter laboral de la migración irregular de mexicanos en Estados Unidos, estriba en la conceptualización de la dinámica de la circularidad de la migración como resultado de la interacción entre las fuerzas de la oferta laboral que operan en y desde México, por un lado, y las fuerzas de la demanda laboral que operan en y desde Estados Unidos, por otro.

Castles (2010), haciendo alusión a un estudio del Pew Hispanic Center (Passel y Cohn, 2010) relata que:

Situaba la población no autorizada en 2009 en 11.1 millones (casi 4 % del total de la población de Estados Unidos). Los 7 millones de mexicanos constituían 59 % de los inmigrantes irregulares. Las fuentes regionales significativas de inmigrantes no autorizados incluían a Asia (11 %), Centroamérica (11 %), Sudamérica (7 %), el Caribe (4 %) y el Medio Oriente (menos del 2 %) (Passel y Cohen, 2009). (...) la población como la fuerza de trabajos irregulares había crecido rápidamente de 1990 a 2006.

4. Reflexiones acerca del desarrollo del fenómeno en estudio frente a derechos humanos

Es de anotar según los datos mostrados con anterioridad que la migración irregular au-

menta, lo que evidencia que las políticas actuales no funcionan a cabalidad y que por encima de los sistemas estatales rígidos de migración están otros factores como la oferta laboral y los beneficios aparentes que ofrece un país receptor. Iglesias Machado (2008) señala que “la migración de los países pobres a los ricos va a continuar en los próximos años. Los países receptores continuarán intentando hacer efectivas las políticas de contención de la inmigración ilegal y mantener la política del contingente”.

Por otro lado, se ve cómo los nacionales de países que sí dan garantías a sus ciudadanos no necesitan emigrar, y son propensos a que se dé el efecto de la inmigración, ya sea regular o irregular, evidenciando la importancia de los derechos humanos en cuanto al trato mínimo que se le debe dar al migrante irregular.

Señala Castles (2010):

Los ciudadanos de los países altamente desarrollados, que tienen pasaportes universalmente reconocidos y poseen un considerable capital humano (es decir, calificaciones educativas y profesionales), tienen una bajísima probabilidad de convertirse en irregulares, dado que la mayor parte de los Estados de destino les da la bienvenida y les procura ingreso legal y un estatus seguro de residencia.

Y en palabras de la Amnistía internacional (2007):

Hay quién ve a los migrantes objeto de tráfico ilícito como «delincuentes» y a las personas objeto de trata como «víctimas». Sin embargo, ni los motivos ni la naturaleza de los grupos de individuos deben ser juzgados por la manera en que han cruzado o intentan cruzar una frontera internacional¹. Así, por ejemplo en Europa la población europea sitúa la inmigración ilegal

1. Amnistía Internacional (Editor). Vivir en las sombras: una introducción a los derechos humanos de las personas emigrantes. España: Editorial Amnistía Internacional, 2007. p 55. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10159971&ppg=55> Copyright © 2007. Editorial Amnistía Internacional. All rights reserved.

dentro de sus primeras preocupaciones, algunos sectores de la sociedad señalan a los inmigrantes como responsables del desempleo, del incremento de la criminalidad, de poner en peligro el funcionamiento de los servicios públicos y el mismo estado de bienestar, de romper la cohesión social y diluir la identidad nacional.

Ahora bien, la migración irregular implica ver las situaciones personales para ver cuál es el móvil, para tratar de encuadrar la voluntad de querer realizarla y definir el para qué se quiere dar, como para hacer actos delictivos o simplemente tratar de mejorar su situación actual. Álvarez Echandi (2012) señala que:

El tema de las migraciones continúa siendo parte de la realidad política, social y económica de la región en el contexto de la globalización. En las democracias latinoamericanas parece existir un divorcio entre el Estado y los derechos sociales y económicos de amplios grupos de la sociedad. Los altos grados de pobreza, desigualdad y desempleo, han vuelto a América latina una región expulsiva” Así las cosas y en palabras de Castles (2010) “La globalización genera las condiciones para una mayor migración humana de dos maneras. Primero, proporciona la base tecnológica y cultural para la movilidad. Las comunicaciones electrónicas difunden el conocimiento de las rutas de migración y de las oportunidades de trabajo. Los viajes de larga distancia se han tornado más baratos y más accesibles. Una vez que se establecen flujos migratorios, generan «redes migrantes»: los migrantes anteriores ayudan a los miembros de sus familias o de sus comunidades con información sobre trabajo, hospedaje y reglas oficiales. Surgen «comunidades transnacionales.

El problema ahora se basa en que históricamente los inmigrantes han sufrido tratos inhumanos. Álvarez Echandi (2012) menciona que: “los abusos contra los derechos humanos de las personas migrantes se derivan de las medidas

restrictivas de control de migración o de la negación de los derechos humanos fundamentales en el país de destino”. Agrega este autor: “Las violaciones a los derechos humanos más recurrentes son: el robo, extorsión, maltrato físico, secuestro, acoso y abuso sexual [...], e incluso la muerte” y continúa, además, que “En Estados Unidos, México y Canadá, como países de destino de población migrante irregular y regular, son violados de manera sistemática los derechos laborales”.

Pero estos abusos no solo los cometen los empleadores; los mismos órganos que vigilan y regulan la migración admiten principalmente la vulneración de la dignidad humana; Amnistía Internacional (2007) establece que:

Las políticas de migración y de control de fronteras abarcan diversas medidas concebidas para controlar el desplazamiento de personas a un Estado o para impedir que las personas migrantes prosigan su viaje y entren en el territorio del Estado en cuestión.

Así Iglesias Machado (2008), establece que:

[...] en primer lugar, este tipo de inmigración constituye una verdadera cuestión de Estado, y que el ámbito de resolución es la comunidad internacional. Ningún Estado puede afrontar en solitario un fenómeno tan poliédrico como el de la nueva inmigración que se anuncia en este principio de siglo.

Son, por ende, medidas excesivas que por la defensa del Estado implican el deterioro de los derechos de libre circulación, Amnistía internacional (2007) indica que: “Las medidas de interceptación están dirigidas a personas que carecen de la documentación necesaria o de permiso válido para entrar en un país” y cosifican a las personas; así por ejemplo, añade más adelante Amnistía Internacional (2007) que:

Algunas políticas de control fronterizo, que incluyen la interceptación en aero-

puertos de otros países o en alta mar, restricciones a los visados y sanciones a los medios de transporte, o el uso de datos biométricos, impiden que las personas migrantes entren en los países de destino por los canales regulares.

También señala la Amnistía Internacional (2007) que: “Muchos países detienen a personas migrantes, en particular a migrantes irregulares, porque ven en la detención un elemento disuasorio contra la migración no autorizada”.

Álvarez Echandi (2012) señala que:

Las posiciones políticas imperantes en materia de migración en los Estados Unidos vinculan el tema de las migraciones con el tema de la seguridad nacional. Esto significa que las migraciones son vistas como un problema de estado, que debe solucionarse a través de medidas como la deportación”

A lo anterior agrega Kron (2010) que:

La migración irregular como un problema nacional y transnacional de seguridad pública. (...) tiende a criminalizar la migración irregular vinculándola con el crimen organizado y justificando así el aumento de medidas para una “securitización” de la migración irregular. Esto se manifiesta en nuevos modelos legislativos y figuras jurídicas que priorizan la penalización de la migración irregular y de las redes sociales y comerciales que la facilitan, así como en una creciente presencia de fuerzas de seguridad no solo en las líneas fronterizas mismas sino también en el interior de los países.

Pero el problema que ha tenido un amplio y variado desarrollo histórico surge como dicen Feldman-Bianco, y otros (2011):

Que aunque las primeras medidas restrictivas tuvieron lugar en la década de 1910, especialmente durante la posguerra (Devoto, 2001), fueron los años treinta los que

marcaron el final de la llamada política de puertas abiertas. Allí comenzó una nueva etapa caracterizada por importantes restricciones bajo las cuales se consolidó la figura del inmigrante como una amenaza al orden y cohesión sociales, instituida durante las décadas anteriores. Entre finales del siglo XIX y comienzos del XX, el activismo político de los extranjeros despertaba serios temores y preocupaciones entre sectores de la élite dirigente.

Muchos estados como Colombia, enmarcados por un modelo de estado social de derecho, propenden en teoría por la protección de la persona, en aplicación de un modelo antropocéntrico; por lo tanto, implica que no importa si es irregular o no para que se dé la defensa de derechos humanos, teniendo en cuenta los tratados internacionales al respecto; pero, con el mismo fin justifican las medidas restrictivas; a manera de ejemplo Amnistía Internacional (2007) señala que los Estados:

Justifican las medidas de interceptación aduciendo que están destinadas a proteger la vida y la seguridad de la población que viaja y a detener el tráfico ilícito de personas. Sin embargo, tales medidas pueden violar los derechos humanos.

A su vez, los Estados, en palabras de Said Hung (2011):

Se debe tener en cuenta el papel que cumple el Estado, porque este debe garantizar a sus ciudadanos la estabilidad necesaria para controlar el fenómeno de la migración y, así mismo, su gestión debe «abarcar el análisis y la aplicación de normas y acciones sobre los diferentes aspectos vinculados con las políticas y reglas para el ingreso y salida de las personas de su territorio» (Ponce, 2005), no solo en las fronteras terrestres, sino también en las marítimas, puesto que gran parte de los inmigrantes son capturados en este espacio.

6. Aproximación jurídica al fenómeno en estudio

El fenómeno de la migración irregular, ilegal, indocumentada, no autorizada o clandestina, traída en el Código Penal Colombiano vigente con el nombre de tráfico de personas², permite concluir que la ilegalidad o irregularidad no se establece por el móvil que llevó a la persona a trasladarse a otro país, sino que se centra exclusivamente en el cumplimiento o no de los requisitos que cada país impone para que una persona pueda acceder de una manera legal o formal a un Estado receptor³.

La migración irregular comporta un aumento a través de la historia⁴, y depende de las condiciones económicas y sociales de un estado determinado como resultado en principio de la creación del estado y segundo de su rigidización, que implica la creación de fronteras y sistemas de control entre uno y otro, así por ejemplo,

Vidal López (2007) menciona:

Los estados modernos han construido mecanismos jurídicos para regular la mi-

gración hacia su territorio, al punto que la totalidad de los estados exigen documentos de migración (Aleinikoff p. 15). (...) actualmente los estados consideraciones de seguridad nacional. (...) así, las decisiones sobre el tipo de migraciones tienen poder para limitar la migración o expulsar extranjeros por permitidas y prohibidas por los estados hacen parte de un sistema de regulación internacional, que es aplicado a través de dispositivos de carácter administrativo, militar, social y, especialmente jurídico.

La Corte Suprema de Justicia trae un ejemplo de cuál es el trato que se les da a los migrantes ilegales:

Veintidós ciudadanos chinos que obtuvieron la visa en Puerto Obaldía –Panamá–, solo cuatro de ellos intentaron entrar a Colombia, el 13 de julio de 2004, pero no lo consiguieron, toda vez que las autoridades de migración los detectaron en la zona neutra del aeropuerto el Dorado de Bogotá, y entonces fueron inadmitidos y regresados de inmediato a París, ciudad de donde procedían⁵.

2. Código penal Colombiano (ley 599 de 2000). Artículo 188.

3. “el delito de tráfico de migrantes supone necesariamente un contexto internacional en el cual se cruzan fronteras, es decir, por lo menos un país al que se ingresa o de donde se sale sin el cumplimiento de los requisitos legales. El delito de trata de personas puede efectuarse también en el ámbito internacional, pero puede ocurrir dentro del territorio nacional, como cuando una persona es trasladada a otra región o ciudad dentro del mismo país”. (Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N° 02. Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005). Proceso N.° 23258, MP. Jorge Luis Quintero Milanés)

4. “Los movimientos migratorios a gran escala han aumentado ostensiblemente en las dos últimas décadas, al punto que se afirma estadísticamente que en la actualidad cerca de “150 millones de mujeres, hombres y aun niños, que representan alrededor del 3 % de la población mundial, han abandonado su suelo natal y viven como extraños en el país en que residen” (Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado Acta No. 115. Bogotá D. C., octubre doce (12) de dos mil seis (2006). Proceso N.° 25465, MP. Marina Pulido de Barón).

“Con un crecimiento económico desigual a partir de 1945, los traslados intra-continenciales se tornaron importantes. Entonces, siguiendo la reducción en el ritmo económico de los años ochenta, la emigración desde el continente hacia Norteamérica y Europa se tornó importante. (...) la mayor parte de los flujos eran espontáneos. Por ejemplo, los flujos de fuerza de trabajo provenientes de Bolivia, Paraguay y Chile hacia Argentina surgieron desde los años cuarenta hasta los sesenta”. Más adelante reseña que “Venezuela también ha experimentado una gran cantidad de inmigración irregular. Para 1995, se calculaba que había 2 millones de residentes irregulares, la mayor parte colombianos.” (Castles, 2010).

5. Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N° 205. Bogotá, D. C., veinte y cuatro (24) de octubre de dos mil siete (2007). Proceso No 26597, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

Lo anterior evidencia que Colombia no es un país ajeno a tener un sistema de regularización de la migración; por lo tanto aquel que no cumpla determinados formalismos está supeditado a la irregularidad, tesis sostenida por Iglesias Machado (2008) y por Castles (2010), al supeditar la migración a términos legales.

La Corte Suprema de justicia señala que:

El legislador asume que quien emigra del país sin cumplir con los requisitos legales y a la postre ingresa en otro Estado también de manera irregular, por razón de un tal proceder se encuentra en situación de gran vulnerabilidad y expuesto a todo tipo de vejámenes y maltratos, tales como la trata de personas (delito frecuentemente relacionado con los migrantes ilegales), estafas por parte de los traficantes que incumplen lo acordado aprovechando la ilegalidad de sus víctimas que se ven obligadas a callar para no ser descubiertas por las autoridades, exposición al abandono sin medios necesarios para subsistir, o bien, tienen que asumir procesos y sanciones penales al detectarse que sus documentos son espurios, y más aún, afrontar trámites de deportación, para una vez en el país de origen enfrentarse a procedimientos y penas por la falsedad de sus documentos⁶.

Said Hung (2011) en el caso colombiano, menciona que: “Frente al proceso de deportación, el Consulado enfatiza que el diseño y la ejecución de la política migratoria de cada país son de manejo autónomo y soberano de sus gobiernos, sin excepción”. Así, por ejemplo, Iglesias Machado (2008) para Italia menciona que “de cada diez irregulares localizados por la policía, cuatro fueron repatriados, cifra bastante por encima de la nuestra. Sin embargo, pese a que

la llegada de extranjeros ilegales se incrementa, descende el número de los expulsados. En 2006, han solicitado su regularización 570.000 extranjeros de estancia ilegal.”

A lo anterior y bajo parámetros netamente constitucionales Amnistía internacional (2007) menciona que:

Los procedimientos de expulsión deben ajustarse al debido proceso legal e incluir garantías de que se respetan y protegen los derechos humanos fundamentales.

Más adelante Amnistía Internacional (2007) agrega que: “Las personas expulsadas por motivos penales tienen derecho a salvaguardias de derechos humanos aplicables a los procesos de expulsión”.

A lo cual se le añade y en palabras de la Corte Suprema de Justicia con respecto al sistema migratorio colombiano que: “Los aspectos relacionados con la migración de ciudadanos extranjeros radican en el ejecutivo, el cual actúa a través de organismos como el Departamento de Seguridad DAS”⁷.

Ya establecidos los parámetros de constitucionalidad y aterrizado al sistema jurídico colombiano, dentro del mismo se encuentra el Decreto 2371 del 27 de diciembre de 1996, a través del cual se dictan disposiciones sobre expedición de visas, control de extranjeros y se dictan otras normas en materia de inmigración, y estatuye:

Artículo 1.º: “Es competencia discrecional del Gobierno Nacional, fundado en el principio de la soberanía del Estado, autorizar el ingreso y permanencia de extranjeros al país”. A su vez, en el artículo 7.º establece que: “la planeación y regulación migratoria evitará: 2. La permanencia ilegal de extranjeros” y dispone en el

6. Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N.º 02. Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005). Proceso No 23258, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.

7. Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N.º 02. Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005). Proceso No 23258, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.

artículo 155 que “El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, podrá otorgar permiso de ingreso y permanencia a los visitantes extranjeros cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores no exija visa para su entrada al país, previa presentación del pasaje de salida del mismo. Dicho permiso se regirá por las disposiciones previstas en el Capítulo VI del Título IV.

A la regularización existente sobre este fenómeno, se le debe agregar el amplio margen de desprotección en cuanto a derechos humanos por la misma condición de irregularidad que implica no ejercerlos por temor a la deportación⁸ o a ser tratados como criminales, frente a lo cual la respuesta internacional contra la criminalidad se ha concretado en la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional firmada en Palermo en el 2000 y los dos protocolos del mismo año, esto es, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Es preocupante ver cómo la migración ilegal va en aumento y más aún, como se les endilgan a los migrantes los problemas sociales y de criminalidad que afronta el Estado, lo que aumenta el rechazo y la exclusión social.

Este fenómeno que compromete directamente los derechos humanos tiene un origen diverso, como se ha venido dilucidando⁹, y compromete una reacción de internacional; por ejemplo en otro pronunciamiento la misma corporación judicial se evidencia que:

La exclusión social y económica, las mejores oportunidades reales o supuestas que brindan los países más desarrollados, los conflictos armados internos, los desastres naturales y los efectos de la globalización, se erigen como algunas de las causas que han determinado el incremento de los procesos migratorios, todo lo cual ha impuesto a la comunidad internacional reaccionar con el propósito de evitar abusos y desmanes por parte de la criminalidad que encuentra en las personas migrantes el caldo de cultivo para sus ilícitos fines¹⁰.

Es evidente que existe una regulación de la migración de manera legal, por lo tanto da cabida a la migración de forma irregular al no cumplir las formalidades establecidas y por ende el derecho penal no puede ser ajeno como ultima ratio a castigar a aquel que se aproveche de dicha condición que ostenta la persona, no solo por el hecho de colaborar con que se de este tipo de migración, sino con el hecho de la vulneración de los derechos humanos que implica.

Surge entonces un problema en cuanto a la aplicación del derecho penal, puesto que la migración irregular se puede dar dentro del territorio nacional o internacional, al igual que el tipo penal respectivo, lo cual se soluciona al determinar dicho tipo pena como un delito de mera conducta, es decir que no es necesario que la persona se encuentre fuera del país en situación de irregularidad para que se pueda tipificar, por el solo hecho de una presunción y para evitar el menoscabo de derechos fundamentales.

-
8. Así por ejemplo un caso de deportación trae la corte: “los ciudadanos (...) fueron finalmente deportados, pues eso no solo se presenta como mera especulación en torno a que la eventual ineficacia del acto usurpador no es requisito de la existencia del mismo en tanto que nada cambia la certeza que se tiene en cuanto a que en favor y beneficio de varias personas se expidió un documento público por autoridad judicial que innegablemente usurpaba funciones”. (Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N° 02. Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005). Proceso No 23258, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.)
 9. “los factores no siempre han sido los mismos, (...) Hoy, se suelen considerar tres factores: las desigualdades internacionales e internas, la visibilidad mayor de estas desigualdades debido a la globalización de los medios de comunicación, y la globalización del transporte cada vez más asequible y rápido” (Iglesias Machado, 2008)
 10. Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado Acta No. 115. Bogotá D.C., octubre doce (12) de dos mil seis (2006). Proceso No 25465, MP. Marina Pulido de Barón.

Para el cual la misma corporación judicial señala:

Nuestro Código Penal, en su artículo 14 acoge el criterio general de aplicabilidad de la ley a quien estando en nuestro territorio infrinja el mandato generalizado.

Pero el citado artículo no se queda en la consideración anterior, sino que acoge 3 criterios orientadores para establecer la comisión de la conducta, la cual considera realizada.

1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción.
2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida.
3. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado.

Justamente el numeral 1.º, en claro desarrollo de la teoría de la ubicuidad, adopta una concesión amplia del concepto de comisión del delito, aceptando que ya no es necesario la actualización completa del comportamiento humano en determinado espacio geográfico, sino que se aceptan también conductas parcialmente iniciadas en nuestro territorio, para así extender el poder punitivo a estas, justamente porque el delito también amplía (sic) sus alcances, lo que se conoce como el fenómeno de transnacionalización, debiendo la justicia hacer lo propio para evitar la impunidad¹¹.

Así las cosas, en el nivel nacional se encuentra tipificado el delito de **tráfico de migrantes**, dentro del actual Código Penal (la Ley 599 de 2000) en el capítulo quinto que trata “de

los delitos contra la autonomía personal”, que hace parte del Título III del Libro 2.º, que se ocupa de los “delitos contra la libertad individual y otras garantías”.

De acuerdo con el artículo 188 *ibidem*, modificado por el artículo 1.º de la Ley 747 de 2002¹², incurre en el delito:

El que (sujeto activo) promueva, induzca, construya, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe (variedad de verbos rectores, que implica que con la realización de uno cualquiera o más se concretaría el tipo o conducta) en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí o otra persona (Comentarios entre paréntesis fuera del texto).

En otro pronunciamiento la misma corporación, haciendo alusión a la sentencia de la Sala de Casación Penal del 10 de marzo de 2010, radicación 32.422 dice:

En punto de estricta tipicidad el delito de tráfico de migrantes es un injusto de mera conducta que no requiere de la producción del resultado dañino, esto es, que el sujeto traficado traspase las fronteras nacionales sin el cumplimiento de los requisitos legales¹³.

En otro pronunciamiento la misma corporación judicial sobre el delito *ibidem* al respecto aclara que:

[...] puede ser realizado por un individuo (**delito monosubjetivo**) y consiste

11. Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N.º 279. Bogotá, D. C., veinte y ocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Proceso N.º 41.627, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

12. “la exposición de motivos del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 747 de 2002 por cuyo medio se tipificó el delito de tráfico de personas se decía que la conducta reprochable no es la del migrante que es objeto de tráfico, sino la del traficante que a cambio de una remuneración transporta seres humanos utilizando medios ilegales a otro país”. (Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado Acta N.º 115. Bogotá D.C., octubre doce (12) de dos mil seis (2006). Proceso No 25465, MP. Marina Pulido de Barón.)

13. Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N.º 279. Bogotá, D. C., veinte y ocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Proceso No 41.627, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández

en procurar la salida o el ingreso ilegal de personas al o del territorio nacional, para lo cual se puede acudir, por ejemplo, a ingresarlas por un lugar no habilitado como puesto fronterizo o bien, sin sometimiento a las autoridades de control migratorio, también cuando se utilicen para salir del país o ingresar a él pasaporte o visa falsificados u obtenidos fraudulentamente o cuando se ha vencido la visa de estadía o de permanencia en el territorio nacional.

Se trata de un delito **pluri-ofensivo**, pues si bien el legislador presume que se pone en peligro la autonomía y libertad del individuo traficado, lo cierto es que también atenta contra la soberanía del Estado, en cuanto comporta violación de las normas legales que regulan el ingreso al país y salida del mismo. No obstante, el legislador colombiano en ejercicio de la facultad de configuración enmarcada dentro de una especial política criminal, en tratándose del tráfico de migrantes dio prevalencia al bien jurídico de la autonomía personal.

En punto de la antijuridicidad del delito analizado, encuentra la Sala que se trata de uno de los delitos denominados de peligro presunto, en la medida en que el legislador supone el peligro para el bien jurídico de la autonomía personal del migrante. No obstante, como ya se advirtió en precedencia, tal presunción no puede ser *juris et de jure* sino que siempre será *juris tantum*¹⁴.

A lo cual la misma corporación judicial agrega:

En sede de antijuridicidad, siendo este punible de peligro abstracto, en tanto anticipa la barrera de protección respecto de los bienes jurídicos tutelados: autonomía personal y soberanía estatal, se concreta una presunción legal de lesión al interés

superior ante la amenaza de realización de la conducta prohibida¹⁵.

Así las cosas el derecho penal de la migración ilegal ha tenido un desarrollo jurisprudencial reciente que ataca al autor de dicho delito y como un deber ser propende por la defensa de los derechos de las personas que se encuentran en tal situación; por ende, se debe hacer un juicio de tipicidad, antijuridicidad y de culpabilidad para determinar si existe o no el delito de conducta, que se perfecciona con el hecho de realizar acciones inequívocas para que se dé la irregularidad y no esperar que se encuentre una persona en dicha situación.

6. Conclusiones

La migración ilegal es un fenómeno con diversidad de causas, voluntarias o involuntarias; así por ejemplo, se evidencian casos en los que se entra a un Estado de manera legal y se pierde dicha condición por factores diversos, como un cambio repentino de la legislación; penalmente está muy ligado dicho tipo de tráfico de migrantes con la falsedad de documentos públicos, entre ellos, el pasaporte.

La migración ilegal es una forma incorrecta de denominación, puesto que se asimila lo ilegal a lo ilícito; por lo tanto, vulneraría los derechos de las personas al cosificarla; por ello se debe denominar como migración irregular o indocumentada.

La migración ilegal o irregular implica efectos negativos para la mayoría de los casos, por ejemplo, explotación laboral, trata de blancas, por ende el estado tiene que regularla y así evitar que siga el aumento del mismo, como en

14. Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N° 02. Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005). Proceso No 23258, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.

15. Corte Suprema De justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, Aprobado acta N.° 279. Bogotá, D. C., veinte y ocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Proceso No 41.627, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Colombia se ha dado en el artículo 188 y sub siguientes del código penal vigente que penaliza la conducta hecha por el autor o partícipe de esta conducta.

Cuando hay migración irregular o ilegal voluntaria, siempre es bajo el precepto de la búsqueda de un bienestar, sin tener en cuenta la explotación que se dé sobre la persona, para evitar por ejemplo la deportación, llevando a todo lo contrario, condiciones inhumanas en la mayoría de los casos y una segregación por parte de la sociedad al aparecer la falsa creencia de que las personas que se encuentran en estado de irregularidad son los culpables de los problemas sociales y se les criminaliza.

La migración ilegal, a través de la historia se ha dado en países con problemas socio-económicos hacia países que aparentemente están bien y pueden dar mejores condiciones para las personas, estos países varían a través de la historia, cambiando los sectores donde más llega población migrante.

La migración ilegal o irregular es una constante que va en aumento y que la sociedad Colombiana no es indiferente al tema, con una articulación de reglamentación para acceder al país de una manera legal, que al aparecer una desobediencia de dichos preceptos surge la calidad de ilegal o de irregular de una persona, ya sea por querer entrar de manera irregular, o estando de manera regular, se cambien las condiciones dadas para la legalidad y en últimas se terminen incumpliendo.

Por lo anterior las personas entran en un estado de vulnerabilidad manifiesta de derechos humanos, por el miedo de mediadas de deportación o por mantener su trabajo u otros temores, por eso el estado debe entrar a regular esta situación y crea el tipo penal de tráfico de personas que ataca directamente a la persona que lo permite o se aprovecha de dicha situación vulnerando los derechos de las personas que figuran en esta categoría.

En el derecho penal Colombiano si no está claro en el código que implica una soberanía del estado, jurisprudencialmente si se ha manejado dicha tendencia, así las cosas, no solo defiende la autonomía de las personas, sino que además implica un el desarrollo de la territorialidad y soberanía del Estado.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Echandi, Isabel (Contribution by). (2012). Mirando al norte: algunas tendencias de la migración latinoamericana. Retrieved from <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10592281&ppg=1>. Copyright © 2012. FLACSO. All rights reserved. Colegio-24hs. (2004). Crisis y migración en América. Argentina: colegio24hs.
- Amnistía Internacional (Editor). Vivir en las sombras: una introducción a los derechos humanos de las personas emigrantes. España: Editorial Amnistía Internacional, 2007. p 2. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10159971&ppg=2> Copyright © 2007. Editorial Amnistía Internacional. All rights reserved.
- Bustamante, Jorge A. Migración internacional y derechos humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2002. p (1). <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10411416&ppg=1> Copyright © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. All rights reserved.
- Castles, S. (2010). Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales. Migración y Desarrollo, vol. 7, núm. 15, 49-80. Tomado de <http://rimd.reduaz.mx/revista/rev15/2.pdf>. Recuperado el día 16 de marzo de 2013.
- Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Editor). (2012). Estudios Geográficos. Vol. LXXIII. N.º 273. Retrieved from <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10663545&ppg=1>. Copyright © 2012. Editorial CSIC Consejo Superior de Investigaciones Científicas. All rights reserved.

- Feldman-Bianco, Bela (Contribution by); Rivera Sánchez, Liliana (Contribution by); Stefo-
ni, Carolina (Contribution by). (2011). La
construcción social del sujeto migrante en
América Latina; prácticas, representacio-
nes y categorías. Retrieved from [http://
site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Do-
c?id=10560012&ppg=1](http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10560012&ppg=1). Copyright © 2011.
FLACSO. All rights reserved.
- Iglesias Machado, Salvador. (2008). La inmigra-
ción: el reto del siglo XXI. Retrieved from
[http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/
Doc?id=10228091&ppg=11](http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10228091&ppg=11). Copyright ©
2008. Dykinson. All rights reserved.
- Kron, Stefanie. (2010). "La frontera norte tiene tres
problemas: tráfico de armas, de drogas y de
migrantes". Migración irregular y discursos
'securitarios' en Centroamérica: el caso de
Costa Rica. Encuentro 42(87): 27-38, 2010.
Retrieved from [http://site.ebrary.com/
lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10467183&-
ppg=1](http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10467183&ppg=1). Copyright © 2010. Universidad
Centroamericana (UCA). All rights reserved.
- Olloqui, José Juan de (Contributor). Estudios en
torno a la migración. México: Instituto de
Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2001. p
(1). [http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaus-
tasp/Doc?id=10411056&ppg=1](http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10411056&ppg=1) Copyright
© 2001. Instituto de Investigaciones Jurídicas -
UNAM. All rights reserved.
- Said Hung, Elías. Migración, desarrollo humano e
internacionalización. Colombia: Universidad
del Norte, 2011. p xi. [http://site.ebrary.com/
lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10624482&-
ppg=11](http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/Doc?id=10624482&ppg=11) Copyright © 2011. Universidad del
Norte. All rights reserved.
- Vidal López, Roberto Carlos. (2007). Libro Dere-
cho global y desplazamiento interno: crea-
ción, uso y desaparición del desplazamiento
forzado por la violencia en el derecho con-
temporáneo. Colombia: Pontificia universi-
dad javeriana
- Corte Suprema de Justicia colombiana. Sala de ca-
sación penal. Magistrado ponente Jorge Luis
Quintero Milanés. Aprobado acta 02. Bogotá,
D. C., veinte (20) de abril de dos mil cinco
(2005). Proceso N.º 23258.
- Corte Suprema de Justicia colombiana. Sala de casa-
ción penal. Magistrada ponente: Marina Puli-
do de Barón. Aprobado Acta 115. Bogotá D.
C., octubre doce (12) de dos mil seis (2006).
Proceso N.º 25465.
- Corte suprema de justicia Colombiana. Sala de ca-
sación penal. Magistrado ponente: Sigifredo
Espinosa Pérez. Aprobado Acta 205. Bogotá
D. C., veinticuatro de octubre de dos mil sie-
te. Proceso No 26597.
- Corte Suprema de Justicia colombiana. Sala de ca-
sación penal. Magistrado ponente: Gustavo
Enrique Malo Fernández. Aprobado Acta
279-. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto
de dos mil trece (2013). Proceso N.º 41.627
- Convención Contra la Delincuencia Organizada
Transnacional firmada en Palermo en el 2000.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata
de personas, especialmente mujeres y niños,
que complementa la Convención de Nacio-
nes Unidas contra la Delincuencia Organizada
Transnacional.
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por
tierra, mar y aire que complementa la Conven-
ción de Naciones Unidas contra la Delincuen-
cia Organizada Transnacional.
- Código Penal Colombiano.
- Ley 747 de 2002.
- Decreto 2371 del 27 de diciembre de 1996. Expe-
dido por el MINISTERIO DE RELACIO-
NES EXTERIORES. Diario Oficial No
42.952, de 8 de enero de 1997



Tema: Luz
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Fe
País: Colombia, ciudad de Itagüí

Índice temático

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 2 No. 2

- *Aproximaciones conceptuales básicas a la adaptación al cambio climático en Colombia.*
Vega Henao Juan Rodrigo
- *Ruta procesal y papel que juega la Defensoría de Familia del ICBF, en el SRPA. “Una clara vulneración a los principios de contradicción y de publicidad del derecho procesal”*
Acevedo Correa Lina Marcela, Mazo Gutiérrez Ana María
- *TIC para la reintegración de excombatientes de grupos armados irregulares en Colombia*
Torres Taborda Sandra Liliana, Martínez Meneses Efraín José
- *Actores políticos locales en Medellín: El bipartidismo y los críticos*
Giraldo Ceballos César Augusto
- *Proyecto de cero papel en la modernización de la jurisdicción contencioso-administrativa*
Villarraga Flórez Luis Yesid, Rincón Cárdenas Erick

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 2 No. 1

- *El tratado para lograr la paz perpetua en Europa del Abad de Saint Pierre y su contexto histórico*
Oscar Mauricio Castaño Barrera
- *Reflexiones entorno al neoconstitucionalismo*
José Saúl Trujillo González, Sergio Andrés Giraldo Galeano
- *Too son to foresee the reality of global law. International Criminal Law Constitutes the Sole Field Where the promise of Global Law Provides Solid Ground*
Juan Daniel Jaramillo Ortiz
- *El proceso de paz con las FARC-EP, 2010-2013: descripción y análisis sobre el tema procedi-
mental*
Germán Darío Valencia Agudelo, Claudia Gisela Bedoya Tobón

- *Derechos patrimoniales de herencia y de existencia*
Juan Rodrigo Vega Henao
- *Competências constitucionais ambientais no federalismo brasileiro*
Aluísio Celso Affonso Caldas
- *Alcance de las sentencias de unificación del consejo de estado y la corte constitucional en sede administrativa a la luz de la ley 1437 de 2011*
Luis Yesid Villarraga Flórez
- *Violencia política y violencias privadas, un análisis desde la perspectiva de Stathis Kalyvas sobre las lógicas y las teorías de la violencia y el conflicto interno armado de Colombia*
Diego Andrés Montoya Calle
- *Antecedentes jurídico-políticos del código penal colombiano de 1890*
Yecid Echeverry Enciso

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 1 No. 2

- *Garantías judiciales. Una mirada desde el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Grupo Sistema Interamericano Colisión de derechos grupales y derechos individuales. Estudio de casos*
Yesid Echeverry Enciso, Jorge Andrés Illera Cajiao
- *Improcedencia de la caducidad en las acciones resarcitorias por delitos de lesa humanidad*
Juan Esteban Montoya Hincapié
- *El derecho penal como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano*
Luz Elena Mira Olano
- *Acercamiento al conflicto social, su etimología y su conceptualización desde la sociología. Una delimitación teórica del concepto y sus autores*
Andrés Felipe Lopera Becerra
- *Contratos conexos: fundamentos y efectos*
Fernando Gandini Ayerbe
- *Contraste y comparación de la ciencia política frente a un caso particular. Primera parte*
Luis Miguel Obando Tobón
- *El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los “tolerantes”?*
Namiko Matsumoto Benítez, Luis Eduardo Coronel Gamboa

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 1 No. 1

- *Elementos teóricos para el análisis de procesos de paz*
Oscar Mauricio Castaño Barrera

- *Los derechos sociales constitucionales de las personas privadas de la libertad en Colombia (I)*
Carolina Restrepo Múnera
- *Libertad e igualdad en la teoría de la justicia de John Rawls*
Yesid Echeverry Enciso, Jorge Andrés Illera Cajiao
- *Guerras por la humanidad: problematizando el componente humanitario de las intervenciones militares*
Luis Eduardo Giraldo Lopera, Juan Fernando Oliveros Ossa
- *El uso alternativo del derecho: una propuesta para pensar y repensar la práctica judicial*
Sergio Andrés Giraldo Galeano
- *Sujeto y sociedad a partir de los análisis de Foucault sobre la relación saber-poder*
Luis Antonio Ramírez Zuluaga
- *Ciudadanías del Miedo: El caso de Medellín 2004-2007*
Juan Fernando Olivero Ossa
- *Los derechos fundamentales como acción colectiva. Una mirada desde las luchas por el derecho al agua en Colombia y Medellín*
Edward Alexander Niño Viracachá

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 1 No. 0

- *Una reflexión en torno a Oración por la paz, de Jorge Eliécer Gaitán*
Juan Camilo Galeano Sánchez
- *Aproximación teórica al fenómeno del Abstencionismo Electoral*
Cesar Augusto Giraldo
- *¿Quiénes y por qué votan en Medellín? Comprobación empírica de las teorías del comportamiento electoral en las elecciones por Alcalde en Medellín 2007*
John Fredy Bedoya Marulanda
- *El matrimonio entre parejas del mismo sexo y su derecho a formar una familia: Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*
Namiko Matsumoto Benitez
- *Doctrina social de la Iglesia En el marco de los derechos humanos*
Wilberto Therán Lopera
- *Proyecto perfil académico y permanencia en los programas de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta*
Docentes Unisabaneta



Tema: Luz

Autor: Camilo Alberto Molina Martínez

Título: Señal

País: Colombia, parque de Envigado

Guía para los autores

Las personas que envíen artículos para cualquiera de las publicaciones de la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, con el fin de ser publicado, deben acompañar los textos de una constancia firmada que indique que los textos son inéditos y de su autoría y que no ha sido publicado o propuesto en otro medio de divulgación. Esta cesión de artículo autoriza a la Corporación a publicar el artículo de manera impresa, en medio electromagnético o Internet.

Las personas interesadas en publicar en la revista “Conflicto & Sociedad” de la Corporación Universitaria de Sabaneta deben cumplir con el lleno de los siguientes requisitos:

- Enviar el artículo inédito, en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor direccion.investigaciones@unisabanta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G.
- El orden de los artículos debe ser el siguiente:
 - a. Título y Subtítulo (si lo hubiere) del artículo. Se señalará con un asterisco en el título, la naturaleza del artículo y el título de la investigación con un pie de página. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación terminada. La entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización. Cuando se trate de investigaciones en curso el año en que esta inicio.
 - b. Los datos del autor deben señalarse con dos asteriscos en los nombres y apellidos completos de la siguiente manera: Formación académica: Títulos obtenidos e instituciones que los otorgaron, cargo institucional actual, grupo de investigación (código Colciencias) al que se encuentra vinculado y línea de investigación, así como dirección de correo electrónico.
- En una hoja del texto debe escribirse un resumen analítico del artículo, en inglés y en español, no superior a 150 palabras en cada idioma, y de 6 a 10 palabras claves, en los dos idiomas.
- Introducción: En esta se debe incluir de manera breve la metodología que se expone en el desarrollo de la investigación y que da cuenta de los resultados del artículo que se pone a consideración. Desarrollo del artículo, conclusiones y lista de referencias.
- Los artículos deben tener un máximo de 25 cuartillas en tamaño carta, en letra Times New Roman 12 puntos, nota al pie 10 puntos o en Arial en las mismas dimensiones, debidamente justificado, a espacio y medio, con un margen en los cuatro bordes de 2.5 cm, tamaño carta.

- Es obligatorio el uso de citas y referencias bibliográficas en normas APA (Asociación Americana de Psicología) última edición. Las listas de referencias bibliográficas deben corresponder a fuentes utilizadas en el texto del artículo.
- En el evento de que el texto contenga cuadros en Excel, gráficos o diagramas, o presentaciones deben anexarse en un archivo aparte en Power Point o Word y en el caso de imágenes en formato jpg.
- Las páginas deben estar numeradas en el ángulo inferior derecho, empezando por la página del título.
- El envío de un artículo por parte del autor a la revista Conflicto & Sociedad, implica que él mismo certifica y pone de manifiesto que éste no ha sido publicado en cualquier otro medio ni del mismo modo se encuentra postulado para otra publicación, ni ha sido aceptado para su publicación en otra revista, transfiriendo de esta forma los derechos de autor a la revista Conflicto & Sociedad, para su respectiva publicación de forma impresa y electrónica.
- Cuando no se tenga vinculación con la Corporación, deberá anexarse un resumen de la hoja de vida.

La selección de artículos se hará a través de un comité editorial que de manera interna realizará su revisión interna sobre la tipología del artículo de conformidad a la categoría de Colciencias, cuando se trate de artículos originales. Cuando el artículo no corresponda a ninguna de las categorías o se ajuste a los requisitos abajo mencionados, será devuelto a su autor. De igual forma se realizará una revisión por un par externo, quien será escogido de manera discrecional por el comité editorial. Luego del concepto favorable del mismo o favorable con ajustes se procederá a una revisión final o sus ajustes respectivamente, por parte del autor para su publicación. En caso de concepto desfavorable, éste será devuelto a su autor.

Guide for authors

People who submit articles to any of the publications of the University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, in order to be published, must attach the texts to a signed statement indicating that the texts are unpublished and authorship has not been published or proposed in other means of disclosure. This article authorizes the Corporation to publish the article in print, on the Internet or electromagnetic means.

Those interested in publishing in the “Conflicto & Sociedad” of the University Corporation for Sabaneta must comply with the full requirements of the following:

- Send the unpublished paper, in magnetic media, to the email address of direccion.investigaciones@unisabaneta.edu.co, addressed to Jose Saul Trujillo G.
- The order of the articles should be:
 - a. Title and subtitle (if any) of the article. It shall be marked with an asterisk in the title, the nature of the article and the title of research with a footnote. Here you specify whether the item is a finished product research. The entity has financed the research and shooting date. In the case of ongoing investigations in the year this started.
 - b. The data of the author should be marked with two asterisks in the full names as follows:
Education: Titles and institutions that granted, institutional charge current, research group (Colciencias code) to which it is connected and online research and email address.
- On a piece of text should be written an analytical summary of the article in English and Spanish, not exceeding 150 words in each language, and 6-10 key words in both languages.
- Introduction: This should include briefly the methodology outlined in the research and development that accounts for the results of the article put into consideration. Development article, conclusions and list of references.
- Articles should have a maximum of 25 pages in letter size, font Times New Roman 12 pt, footnote 10 points or Arial in the same dimensions, duly justified, with double spacing, with a margin on all four edges 2.5 cm, letter size.
- It is mandatory the use of quotations and citations in APA standards (American Psychological Association) latest edition. The list of references must match the fonts used in the article.

- In the event that the text contains Excel tables, charts or diagrams, or Submissions must be attached in a separate file in Word and Power Point or in the case of images in jpg format.
- Pages must be numbered in the lower right corner, starting with the title page.
- The submission of an article by the author Conflicto & Sociedad magazine, implies that he certifies and shows that it has not been published in any other medium or likewise is running for another publication, or has been accepted for publication in another journal, thereby transferring copyright to the Conflicto & Sociedad magazine for their respective publication in print and online.
- When there is no link with the Corporation, a summary of the resume must be attached.

The selection of items is done through an editorial committee that internally makes its internal review of the type of article according to the category of Colciencias, in the case of original articles. When the article does not correspond to any category or meets the requirements listed below, it will be returned to the author. Likewise, a review by an external pair, who will be chosen on a discretionary basis by the editorial committee, will be held. Following the same concept favorable or favorable with adjustments will proceed to a final review or adjustments respectively by the author for its publication. In case of unfavorable concept, it will be returned to its author.

Conflicto & Sociedad



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y suscripciones
Oficina editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor, diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.

Conflicto & Sociedad



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y suscripciones
Oficina editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor, diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.

Conflicto & Sociedad



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y suscripciones
Oficina editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor, diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.



Conflicto & Sociedad

se terminó de imprimir en la
Editorial Artes y Letras S.A.S., en octubre de 2015

