

SUMMA



IURIS

Presentación

La protección de derechos de las víctimas, en materia de desaparición forzada de personas
Eyder Bolívar Mojica

Presentation

The protection of victims' rights in matter of forced disappearance of people
Eyder Bolívar Mojica

Editorial

Derechos humanos, conflicto y construcción de paz
Fredy Fernández Márquez

Editorial

Human rights, conflict and peace construction
Fredy Fernández Márquez

ARTÍCULOS RESULTADO DE INVESTIGACIÓN

Estudios jurídicos y de derechos humanos

Desapariciones forzadas: una herida abierta de la guerra civil y el franquismo

Forced disappearances: An open
Diana Gabriela Cruces García

Immigrazione e criminalità in Italia tra percezione e realtà

Immigration and criminality in Italy between perception and reality
Sofia Reatti

Mediación penal: contribución a la simplificación del proceso y la resocialización del delincuente. Posibilidades de implementación en Cuba

Criminal mediation: contribution to the simplification of the process and the criminalization of the criminal offender. Possibilities of implementation in Cuba
Jorge Luis Barroso González, Marta González Rodríguez

Conceptos básicos y prácticos de la extradición en el derecho penal colombiano: en la búsqueda de cimentar un tratado de aplicación general y con fundamento en los derechos humanos

Basic and practical concepts of the extradition under Colombian criminal law: in search of cementing a treaty of general application and basis in Human rights
Rodrigo Orlando Osorio Montoya, Omar Huertas Díaz, Filiberto Eduardo Manrique Molina

El alcance de los presupuestos participativos en la implementación de políticas públicas

The scope of participatory budgets in the implementation of public policies
Juan Camilo Puentes Sánchez

Violación de principios constitucionales y legales en el contrato No. 638 de 2013

Violation of constitutional and legal principles in contract No. 638 Of 2013
Rodrigo Giraldo Quintero Valencia, Elkin Octavio Giraldo Valencia

©Universidad Católica Luis Amigó
Transversal 51A N°. 67B-90
Medellín, Antioquia, Colombia
Tel: (574) 460 69 97. Fondo Editorial
www.ucatolicaluisamigo.edu.co- fondo.editorial@amigo.edu.co

Summa Iuris

Vol. 6, N°. 1, enero-junio, 2018

ISSN (En línea): 2339-4536

Rector

Pbro. Carlos Enrique Cardona Quiceno

Vicerrectora de Investigaciones

Isabel Cristina Puerta Lopera

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Rodrigo Orlando Osorio Montoya

Coordinadora Departamento de Fondo Editorial

Carolina Orrego Moscoso

Diseño y diagramación

Arbey David Zuluaga Yarce

Correctora de estilo

Diana Patricia Carmona Hernández

Traductores

Andrés Ochoa y Cristian Beltrán.

Órgano de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó.

Hecho en Colombia / Made in Colombia
Financiación realizada por la Universidad Católica Luis Amigó



Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional.



Director / Editor de la Revista

Doctor (c) Eyder Bolívar Mojica

ORCID: 0000-0002-4144-0921

Comité Científico

Doctor José Elías Estevé Moltó - Universidad de Valencia, España

Doctora Natalia Barbero - Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED, España

Doctor Daniel Montero Zendejas - Universidad Autónoma de Morelos, México

Doctor Lorenzo Cotino Hueso - Universidad de Valencia, España

Doctor José Heriberto García Peña - Tecnológico de Monterrey, México

Doctor Jorge Luis Barroso González - Universidad de la Habana, Cuba

Comité Editorial

Posdoctor Edgar Andrés Quiroga Natale - Universidad Nacional de Colombia

Doctor Valter Moura Do Carmo - Universidad de Marilia, Brasil

Doctor Edmer Leandro López Peña - Universidad de la Coruña, España

Doctor Andrés Rodríguez Gutiérrez - Université Montesquieu Bordeaux IV, Francia

Doctor Deiby Alberto Sáenz Rodríguez - Universidad Santo Tomás, Colombia

Doctor Pedro Alfonso Sánchez Cubides - Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Árbitros

Doctora Selena Garavito Tarrifa

Universidad de Valencia, España

Doctora Cristina Rumbo Bomfi

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Mg. Carlos Enrique Mesa Quintero

Universidad Libre de Colombia

Mg. Sandra Cecilia Ávila Perico
Universidad Libre de Colombia
Mg. Luis Alberto Tiznado Solís
Universidad de Buenos Aires, Argentina
Mg. Andrés Alejandro Torres Téllez
Universidad de Castilla - La Mancha, España
Mg. Eimy Liliana Rodríguez Moreno
Universidad Externado de Colombia
Mg. Marly Johanna Ariza Castro
Universidad Santo Tomás, Colombia
Mg. Luz Myrian Rojas Rojas
Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia
Esp. Laura Victoria Cárdenas Rojas
Universidad Santo Tomás, Colombia
Mg. Frank William Parra
Universidad Externado de Colombia
Mg. Dominic Tetú
Universidad Laval Quebec - Canadá

Institución editora

Universidad Católica Luis Amigó

Dónde consultar la revista

<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/index>

Envío de manuscritos

<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/user/register>
summaiuris@amigo.edu.co

Suscripciones

<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/about>

Solicitud de canje

Biblioteca Vicente Serer Vicens
Universidad Católica Luis Amigó
Medellín, Antioquia, Colombia

Contacto editorial

Eyder Bolívar Mojica
Director/Editor Summa Iuris
Universidad Católica Luis Amigó
Transversal 51A 67 B 90.
Medellín - Colombia
Teléfono (574) 4606991
Correo electrónico: summaiuris@amigo.edu.co

SUMMA IURIS – Acceso abierto

Órgano de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó.

Financiación y publicación realizada por la Universidad Católica Luis Amigó. En ningún momento de la edición o difusión se hacen cobros a los autores para sufragar alguna de estas actividades; de manera tal que no recibe aportes económicos de personas naturales ni jurídicas.

Los principios éticos de esta revista se describen en sus políticas editoriales y, además, se adhieren a los procedimientos dictados por el Committee on Publication Ethics (COPE), que podrán ser consultados en www.publicationethics.org

© 2018 Universidad Católica Luis Amigó
(CC BY-NC-ND 4.0)

La revista y los textos individuales que en esta se divulgan están protegidos por las leyes de copyright y por los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden encontrarse en <http://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/>

Derechos de autor. El autor o autores pueden tener derechos adicionales en sus artículos según lo establecido en la cesión por ellos firmada.

Los autores son moral y legalmente responsables del contenido de sus artículos, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, estos no comprometen en ningún sentido a la Universidad Católica Luis Amigó.

La revista, de periodicidad semestral, con ISSN 2339-4536, promueve la difusión del conocimiento científico en las áreas de Ciencias Jurídicas y los Derechos Humanos. Se ha optado por dar especial énfasis a las siguientes áreas del Derecho: derecho internacional humanitario, derecho penal internacional, derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional y derecho ambiental, sin que ello constituya causal de exclusión para artículos fundamentados en otras materias. Es por ello que se convoca a investigadores y profesionales de los ámbitos local, nacional e internacional, para que presenten artículos inéditos producto del ejercicio de la investigación, la reflexión teórica o la revisión bibliográfica, con el fin de promover la generación y la visualización del conocimiento. Summa Iuris está dirigida a estudiosos del área y, en general, a la comunidad académica y científica.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

La protección de derechos de las víctimas, en materia de desaparición forzada de personas

Eyder Bolívar Mojica

PRESENTATION

The protection of victims' rights in matter of forced disappearance of people

Eyder Bolívar Mojica

EDITORIAL

Derechos humanos, conflicto y construcción de paz

Fredy Fernández Márquez

EDITORIAL

Human rights, conflict and peace construction

Fredy Fernández Márquez

ARTÍCULOS RESULTADO DE INVESTIGACIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS Y DE DERECHOS HUMANOS

Desapariciones forzadas: una herida abierta de la guerra civil y el franquismo 25

Forced disappearances: An open wound of the Civil war and the Franco regime

Diana Gabriela Cruces García

Immigrazione e criminalità in italia tra percezione e realtà 46

Inmigración y criminalidad en Italia entre percepción y realidad

Immigration and crime in Italy between perception and reality

Sofia Reatti

Mediación penal: contribución a la simplificación del proceso y la resocialización del delincuente. Posibilidades de implementación en Cuba	73
Criminal mediation: contribution to the simplification of the process and the criminalization of the criminal offender. Possibilities of implementation in cuba	
<i>Jorge Luis Barroso González, Marta González Rodríguez</i>	
Conceptos básicos y prácticos de la extradición en el derecho penal colombiano: en la búsqueda de cimentar un tratado de aplicación general y con fundamento en los derechos humanos	102
Basic and practical concepts of the extradition under Colombian criminal law: in search of cementing a treaty of general application and basis in Human rights	
<i>Rodrigo Orlando Osorio Montoya, Omar Huertas Díaz, Filiberto Eduardo Manrique Molina</i>	
El alcance de los presupuestos participativos en la implementación de políticas públicas	131
The scope of participatory budgets in the implementation of public policies	
<i>Juan Camilo Puentes Sánchez</i>	
Violación de principios constitucionales y legales en el contrato No. 638 de 2013	159
Violation of constitutional and legal principles in contract No. 638 Of 2013	
<i>Rodrigo Giraldo Quintero Valencia, Elkin Octavio Giraldo Valencia</i>	

PRESENTACIÓN

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

*Eyder Bolívar Mojica**

Forma de citar esta presentación en APA:

Bolívar Mojica, E. (enero-junio, 2018). La protección de derechos de las víctimas, en casos de desaparición forzada de personas. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 8-11. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3103>

Esta presentación tiene como objetivo observar el marco de protección del derecho de las víctimas de desaparición forzada de personas, y así aportar a la promoción y protección de los derechos humanos. Para comenzar, es importante señalar que la desaparición forzada de personas es la privación de la libertad de una o varias personas mediante cualquier forma, bien sea a través de la aprehensión, la detención, el secuestro o el rapto; este accionar, en consecuencia, debe estar seguido de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación de libertad, así como de dar información sobre la suerte y el paradero del desaparecido, vulnerando con ello garantías de orden legal.

Frente a esta situación, la normativa internacional hace una definición importante sobre quién se considera víctima, la cual incluye a la persona desaparecida, además de toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada, por lo tanto, se incluye a los familiares y allegados de la víctima.

Este marco de protección se amplía debido a que la desaparición forzada de personas es una violación múltiple y continuada de derechos humanos; en este accionar se atenta contra el derecho a la vida, el dere-

* PhD (c) en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia, Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de la Plata, Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Investigador Asociado, reconocido por COLCIENCIAS. Director/Editor de la revista *Summa Iuris* de la Universidad Católica Luis Amigó, Medellín, Colombia. Correo electrónico: summaiuris@amigo.edu.co

cho a la libertad y la seguridad personal, así como contra el derecho a la integridad personal, al debido proceso y a las garantías judiciales. Todo lo anterior aunado a que es un delito continuado y permanente, además de imprescriptible.

Sumado a lo anterior, el marco normativo internacional que prohíbe y sanciona la desaparición forzada de personas, está sustentado en los principios y propósitos de los sistemas de protección de derechos humanos, así las cosas, se observa que la protección del derecho de las víctimas de desaparición forzada de personas, se garantiza a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de la ONU, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de la ONU, el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias (WGEID), Comité Contra la Desaparición Forzada de Naciones Unidas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y se amplía e integra al marco de protección de derechos que rigen al Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, la obligación internacional de tipificar el delito de desaparición forzada, en el marco del derecho penal internacional, se constituye, toda vez que es un crimen de lesa humanidad, siempre y cuando estos hechos se cometan de manera generalizada o sistemática, dando cabida también a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Por lo tanto, la desaparición forzada constituye responsabilidad en el orden nacional e internacional, por la violación a derechos humanos, siempre y cuando los hechos sean cometidos por el Estado a través de sus agentes o a través de personas o grupos de personas que actúen con la autorización y/o apoyo del Estado. Lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, ha

tratado la problemática en especial en los casos; Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Blake Vs. Guatemala; masacres del Mozote y lugares alejados vs. El salvador; Gelman vs. Uruguay, entre otros casos.

En este orden y pasando al plano colombiano, existen mecanismos de prevención y protección, toda vez que la desaparición forzada de personas está prohibida en el artículo 12 de la Constitución Política de Colombia, además, es un delito de acuerdo a la Ley 599 de 2000 -Código Penal colombiano-, artículo 165, estableciendo también mecanismos de prevención del delito y de protección de los derechos fundamentales que resultan afectados con la conducta. También, es de observar que este marco de protección ha tenido desarrollo jurisprudencial en el contexto nacional, a través del Caso Palacio de Justicia Vs. Colombia y el Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia entre otros casos.

En consecuencia y frente al fortalecimiento de la institucionalidad, se cuenta con disposiciones normativas, tales como la Ley 1408 de 2010 y el Decreto 303 de 2015, en donde se busca la no impunidad de los actos violatorios del Estado y las personas naturales y jurídicas, además la creación de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, los Mecanismos de Búsqueda Urgente, el Registro Nacional de Desaparecidos y lo relacionado a la administración de bienes de personas desaparecidas y la reparación integral para las víctimas, así como la búsqueda de respuestas a través del derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición.

Por todo lo anterior, estas líneas se unen a lo expresado en la Editorial, además hacen parte de la responsabilidad y el compromiso de la academia y la investigación, esto con el fin de lograr sociedades justas, que solucionen las diferencias a través del respeto de los derechos humanos, la reconciliación y la construcción de la paz.

La Universidad Católica Luis Amigó, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y la revista Summa Iuris, presentan el volumen 6, número 1 del año 2018, en el que reposan escritos provenientes de México, Cuba, Italia y Colombia.

Expresamos nuestro agradecimiento y enviamos un saludo especial a Fredy Fernández por su aporte en la construcción de la Editorial, así como a Diana Gabriela Cruces García, quien investigó sobre; desapariciones forzadas, una herida abierta de la guerra civil y el franquismo, de igual manera a Sofía Reatti, por su investigación en idioma italiano y quien nos muestra la inmigración y criminalidad en Italia entre percepción y realidad, continuando, esta compilación de investigaciones están los aportes de Rodrigo Orlando Osorio Montoya, Omar Huertas Díaz y Filiberto Eduardo Manrique Molina, quienes analizan los conceptos básicos y prácticos de la extradición en el derecho penal colombiano, en la búsqueda de cimentar un tratado de aplicación general y con fundamento en los derechos humanos; unido a esto es el aporte investigativo de Rodrigo Giraldo Quintero Valencia, Elkin Octavio Giraldo Valencia quienes abordan el Violación de principios constitucionales y legales en el contrato 638 de 2013, de igual manera es significativo el estudio de Juan Camilo Puentes Sánchez, al tratar el alcance de los presupuestos participativos en la implementación de políticas públicas y finaliza Jorge Luis Barroso González y Marta González Rodríguez, quienes investigaron sobre la mediación penal, contribución a la simplificación del proceso y la resocialización del delincuente así como las posibilidades de implementación en Cuba.

Por lo anterior, consideramos que este aporte científico e investigativo engrandece el conocimiento del Derecho.

PRESENTATION

THE PROTECTION OF VICTIMS' RIGHTS IN MATTER OF FORCED DISAPPEARANCE OF PEOPLE.

*Eyder Bolívar Mojica**

Way of citing this presentation in APA:

Bolívar-Mojica, E. (January-June, 2018). Protection of rights of the victims, in cases of forced disappearance of people. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 12-15. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3103>

The objective of this presentation is to observe the protection framework of the rights from victims of forced disappearance of people, and so, to contribute to the promotion and protection of human rights. First, it is important to point out that forced disappearance of people is deprivation of freedom from one or several people by any mean, such as apprehension, detention, kidnapping; accordingly, It should lead to its concealment and to the refusal to admit that deprivation of freedom, so as to give information about the luck and the whereabouts of the disappeared person, infringed legal warranties with that.

To face this situation, the international normative makes an important definition about who is considered as a victim, which includes the missing person and also each person who suffered a direct harm as a consequence of the forced disappearance, therefore, it also includes the relatives and the closest persons of the victim.

This protection framework of victims gets wider since the forced disappearance of people is a multiple and continuous violation of human rights; that action immediately attacks against the right to live, the right to the freedom and self-security, also the right to self-integrity, the right procedure and the judicial warranties. All this gathered leads to say that it is a permanent and imprescriptible crime.

* PhD (c) in Human Rights, Democracy and International Justice from University of Valencia, Mag´ster in Human Rights from University Nacional de la Plata, Specialist in Criminal Law from University of Buenos Aires. Research Associate, he is avowed by COLCIENCIAS, Manager of the Summa Iuris magazine from Católica Luis Amigó University, Medellín, Colombia. Email: summaiuris@amigo.edu.co

Adding this to what was previously said, the international normative framework, that prohibits and punishes the forced disappearance of people is based on the principles and purposes from the protection systems of the human rights, with that being said, it remarks that the victims rights of “forced disappearance of people” is warranted from the Universal Declaration of Human Rights, the International Pact of Civil and Political Rights, the Declaration of Protection From Every Person Against Forced Disappearances From the ONU, the International Convention for the Protection of Every Person Against Forced Disappearances From the ONU, the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID), the Committee Against Forced Disappearances of the United Nations, the American Declaration of The Rights and Duties of Man, the American Convention of Human Rights, the Inter-American Convention about Forced Disappearance of People and it integrates the rights protection framework that rules the International Humanitarian Law.

However, the international obligation to include the forced disappearance crime in the International Criminal Law, it is constituted, since it is a crime against humanity, as long as these acts are committed on a generalized manner, or systematic, also opening to the Convention about the imprescriptibility of War Crimes and Crimes Against Humanity.

Therefore, the forced disappearance constitutes responsibility in the National and International order, due to the violation against human rights, as long as those acts are committed by the State through its agents or through people themselves, or groups of people that act with the authorization and or with the support of the state. Everything previously stated is according to the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, which has treated this problem specially in true cases; Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Blake Vs. Guatemala; massacres from Mozote and places near there vs. El Salvador; Gelman vs Uruguay, among other cases.

Keeping this order, and now going to Colombian plane, there are some prevention and protection mechanisms, every time the forced disappearance of people is forbidden on article 12 from La Constitución Política de Colombia, besides, it is a crime according the law number 599

from 2000 – Colombian Penal Code -, article 165, also establishing crime prevention mechanisms and protection of the fundamental rights that get affected with that conduct. Also, it is remarkable that this protection framework has had jurisprudential development in the national context through the Caso Palacio de Justicia Vs Colombia and the Caso Valle Jaramillo among others Vs. Colombia among other cases.

As a consequence against the strengthening from the constitutionality, it counts with normative layouts, such as the Law 1408 from 2010 and the Decree 303 from 2015, where it looks the non-impunity of the harmful acts of the State and the Natural and Juridical People, also, the creation of the Comisión Nacional de Personas Desaparecidas, the Mechanisms of Immediate Search, the National Record of Missing People and everything related to the administration of goods from missing people and the integral reparation for victims, such as the research for answers through the right to the truth, to justice, to reparation and to the non-repetition of it.

Due to everything previously stated, these lines joined to what is expressed in the Editorial, besides it is part of the responsibility and the commitment of the academy and the research, with the goal of making righteous societies that resolves problems through the respect of the human rights, the reconciliation and the reconstruction of peace.

The Universidad Católica Luis Amigó, the Facultad de Derecho y Ciencias Políticas and the Revista Summa Iuris, introduce the 6th level, number 1 from 2018, where lies texts that come from Mexico, Cuba, Italy and Colombia.

We express our thanks and we send a special greet to Fredy Fernández for his work on the construction of the Editorial, as well as to Diana Gabriela Cruces García, who researched about forced disappearance, an open scar from the civil war and the Francoism, the same way to Sofia Reatti, due to her research in the Italian language, and also shows us the immigration and criminality in Italy between perception and reality, going forward, in this compilation of research are also the contributions from Rodrigo Orlando Osorio Montoya, Omar Huertas Díaz and Filiberto

Eduardo Manrique Molina, who were the ones who analyzed the basic and practical concepts from the extradition of the Colombian penal right, looking to strength an agreement of general application with a base on human rights; attached to this, the input researched from Elliot Parra Ávila and César Augusto Báez Alipio, who took into consideration the right to life in Colombia: A classification of their infringement modalities, it is significant as well the study by Juan Camilo Puentes Sanchez, when treating the range of the participatory budgeting in the implementing of public politics, ending with Jorge Luis Barroso González and Marta González Rodríguez, who researched about the criminal mediation, which is a contribution to the simplification of the process and the resocialization of the criminal, as well as the possibilities of implementation in Cuba.

According to the previously stated, we consider that this scientific and investigative input increases the knowledge of the Right.

EDITORIAL

DERECHOS HUMANOS, CONFLICTO Y CONSTRUCCIÓN DE PAZ

*Fredy Fernández Márquez**

Forma de citar esta presentación en APA:

Fernández Márquez, F. (enero-junio, 2018). Derechos humanos, conflicto y construcción de paz. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 16-19.

DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3104>

El conflicto colombiano de los últimos cincuenta años, ha estado cruzado por flagrantes violaciones de los derechos humanos. Ha sido una confrontación en la cual las masacres, el genocidio, la desaparición forzada, los falsos positivos, el secuestro, han mostrado el rostro mismo de la barbarie de un conflicto armado, que, hasta la firma del Acuerdo Final con las Farc, hacía de Colombia un país en el cual la violación de los derechos de las personas e incluso del derecho Internacional Humanitario era una constante.

Es evidente que toda situación de conflicto social deja inevitables huellas en términos de la transgresión de la dignidad humana. Las guerras y los conflictos sociales no son el espacio para la ética. Aunque sabemos que el Derecho Internacional Humanitario está allí para hacer más benigna la lucha entre contradictores sociales y políticos. Aunque suene paradójico, se puede buscar humanizar la guerra.

Los casos mencionados previamente, como secuelas de la guerra, han dejado una impronta de víctimas y de vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas. La dignidad humana fue y ha sido –en tanto el conflicto subsiste– pisoteada cada vez que se ha secuestrado a

* PhD. Filosofía Contemporánea. Especialista en Cultura Política. Filósofo. Historiador. Docente investigador Universidad Católica Luis Amigó. Director-Editor de la Revista Institucional de la misma Universidad. Fundador de la Revista Perseitas. Director del semillero Insan Universidad Católica Luis Amigó. Director de la cátedra La mirada de Spinoza. Creador de la cátedra Filo-literatura: Discursos y narrativas filosófica-literarias. Miembro del grupo de lectura: Deleuze en la contemporaneidad. Crítico de jazz. Titular de la cátedra de Filosofía del derecho y hermenéutica. Medellín-Colombia. Correo electrónico: fredy.fernandezma@amigo.edu.co

alguien; cada vez que se han realizado masacres por los actores armados, ya sea por parte de guerrillas o de grupos paramilitares; cada vez que se ha desaparecido forzosamente a un ciudadano colombiano. Se cuentan por miles las víctimas de la desaparición forzada en el conflicto colombiano.

La desaparición forzada ha sido el producto de una intolerancia política que no soporta ver a un contradictor que representa un ideario distinto. El no aceptar la diferencia, la diversidad de conceptos, el diferendo, ha sido el soporte de este deleznable delito. Los centros de memoria histórica albergan centenares de fotografías de personas de las cuales no se volvió a saber nada. Personas que, por su ideología, o por ser considerados auxiliadores de uno u otro grupo armado fueron borrados del mapa y hoy de ellos solo existe una foto, algunas prendas, como huella única de su presencia.

Es de suponer que con los mecanismos de justicia transicional que se implementaran a partir de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el resarcimiento de la memoria de las víctimas de este atroz delito empiece a ser posible. Sabemos que la JEP se consagró en el Acuerdo Final con las Farc como el instrumento privilegiado para hacer justicia. Justicia no retributiva, sino justicia restaurativa que se espera pueda restañar en algo las heridas dejadas por el prolongado conflicto colombiano.

Verdad, justicia, reparación y no repetición son las consignas que posibilitarán una resolución a la prolongada guerra colombiana. Ellas potenciarán la vigencia definitiva de esa adquisición fundamental de la humanidad: la plena vigencia de los derechos humanos. En el caso de la desaparición forzada, los familiares de las víctimas a veces solo aspiran a que les sea entregado un cuerpo, unos restos, unas señales de aquel ser querido borrado del mapa por la virulencia de la guerra y por la barbarie que ella generó. Quizá eso no devuelva a la persona a la vida, pero sí permite mitigar un dolor de aquellos que esperaron noticias sobre un hermano, esposo, hijo o hija que sufrió bajo los embates de una guerra irracional.

La reparación será tanto simbólica como material, en estos casos, aunque se sabe por versiones de familiares de víctimas que aquello que se busca es tener una pista sobre el ser querido desaparecido. Es un derecho fundamental el poder conocer cuál ha sido el paradero de un familiar, amigo o ser querido. Ninguna guerra puede justificar el borrar la huella del otro cercano.

El Acuerdo Final firmado en Colombia entre gobierno y guerrilla de las Farc, si bien no anula definitivamente el conflicto, sí es el punto de partida, el viraje para que la sociedad colombiana se acerque a la consecución de una metaética, política y jurídica que hoy es un legado democrático indeclinable: la vigencia y el respeto de los derechos humanos básicos. La Carta Constitucional colombiana los reconoce, pero su vigencia efectiva se ha visto truncada por el estado de guerra permanente vivido en el país. Hoy parece que se encuentra la luz al final del túnel, pero todo dependerá de cómo se instrumenten los mecanismos de la justicia transicional, de esa justicia especial de paz que permita que no haya una violación más de los derechos fundamentales. Que no haya masacres, ni desapariciones forzadas, ni secuestros alegando una situación de guerra y confrontación social y política.

Lo que se ha denominado posconflicto en Colombia debe ser el comienzo de una gran reparación colectiva y de superación de una condición de barbarie mucho tiempo presente en la realidad del país. De cómo logremos avanzar en dicha construcción dependerá una paz estable para las generaciones que vendrán y dependerá la vigencia plena de los derechos humanos. Para que haya una real reparación a todas aquellas víctimas de la guerra, existe otra instancia esencial, es la Comisión de la Verdad, encargada de velar por la reconstrucción de la verdad histórica del conflicto, de documentar cada caso de violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el acceso a la verdad, partiendo de las confesiones de los victimarios, se espera resarcir a las víctimas o a sus familiares en los casos de masacres, desaparición forzada, secuestro u otros tipos delictivos. Se dice que la primera sacrificada en las guerras es la verdad, por ello mismo aquello que se denomina posconflicto deberá conducir al

completo esclarecimiento de los crímenes de guerra. Solo así se podrá hablar de una real vigencia de la justicia y se dejará de lado cualquier asomo de impunidad.

Si bien no se tratará de penas según el modelo de justicia retributiva, si se dará resarcimiento a las víctimas al dar cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los actos violatorios de los derechos humanos. Es evidente que se prolongara en el tiempo este acceso a la justicia. Pero importa como sociedad el no declinar en la exigencia de verdad y reparación por parte de los determinadores de los crímenes de guerra; solo así podremos arribar a la condición de una sociedad en vías de pacificación y de resolución no violenta de sus contradicciones y confrontaciones.

El compromiso con la plena concreción de los derechos humanos es tanto del Estado de derecho, como de la sociedad civil; pero sobre todo el acto de reparación que le deben a la colectividad los perpetradores de acciones violentas en el contexto del conflicto social y político vivido por el país. El bien que la sociedad colombiana debe cuidar como su supremo logro y base de una convivencia pacífica es una paz estable y duradera.

EDITORIAL

HUMAN RIGHTS, CONFLICT AND PEACE CONSTRUCTION

*Fredy Fernández Márquez**

Way of citing this presentation in APA:

Fernández-Márquez, F. (January-June, 2018). Human Rights, conflict and peace construction. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 20-23.

DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3104>

The Colombian conflict from the last fifty years has been crossed by flagrant violations of the human rights. It has been a confrontation in which massacres, genocide, the forced disappearance, the “False Positives” scandal, the kidnapping, have showed the face itself from the barbarism of an armed conflict, that up until the signing of the Final Agreement with the FARC, made Colombia a country in which the violation to people’s rights and even to the International Humanitarian Right was constant.

It is evident that every social conflict situation leaves unavoidable prints in terms of the transgression of human dignity. Wars and social conflicts are no places for ethics. Even though we know that the International Humanitarian Law is there to make more benign the fight between social contradictory people and politicians. Though it sounds like a paradox, it can struggle to humanize war.

The previously mentioned cases, as sequels of war, have left an imprint of victims and violations of people’s fundamental rights. The human dignity was and has been – as long as the conflict persists – trampled every time some gets kidnaped; each time massacres are made

* PhD. Contemporary Philosophy. Specialist in Political Culture. Philosopher. Historian. Teaching Researcher from Universidad Católica Luis Amigó. Manager-Editor from Institucional Magazine from the same University. Founder of Perseitas’ Magazine. Manager of the semillero Insan Universidad Católica Luis Amigó. Manager of the cátedra La mirada de Spinoza. Founder of the cátedra Filo-literatura: Discourse and narratives philosophical-literary. Member of the reading group: Deleuze in the contemporaneity. Reviewer of jazz. Headline of the cátedra of Philosophy of law and hermeneutics.

by the people in arms, whether by guerrillas or paramilitary groups; every time a Colombian citizen is victim of forced disappearance. There are now thousands of victims from forced disappearance.

The forced disappearance has been the product of a politic intolerance that does not stand a contradictor individual with a different mindset or way of thinking. The not accepting the differences, the diversity of concepts, this has been the main column of this despicable crime. The historic memory centers have hundreds of pictures from people whom no one knows about anymore, people who due to their ideology or by being considered members of one or other armed group were deleted from the map and the only thing that remains from them are some clothes, and a picture, as a unique trace of their presence.

It is to suppose that with the transitional mechanisms of Justice that will be implemented out of the Jurisdicción Especial Para La Paz (JEP), the restitution of the memory from the victims of this horrendous crime begins to be something that can happen. We know that the JEP was consecrated in the Final Arrangement with the FARC as the privileged instrument to make justice. Non-retributed justice, but restorative justice that hopes to heal a bit the scars left by the prolonged Colombian conflict.

Truth, justice, repair and non-repetition are the items that will make possible a resolution to the prolonged Colombian war. They will strength the validation of this fundamental acquisition of the humanity: The full validity of the human rights. In the case of forced disappearance, the victim's relatives sometimes just hope for a corpse to be given back, some remains, some signals from that one beloved person who was just deleted from the map by the damages of war and by the barbarity it has generated. Maybe that will not bring that person back to life, but it does allow to mitigate the pain of those who were waiting for news from a brother, a husband, a son or a daughter who suffered from the strike of an irrational war.

The reparation will be such as symbolic as material, in these cases, what the relatives look for is to have at least a clue from the missing person. It is a fundamental right to know what is the whereabouts from a relative, friend or beloved. No war can justify to clear the signs from a close and beloved one.

The Final Arrangement signed in Colombia between the government and the FARC, will maybe not override the conflict, will be the start point, the turn for Colombian society to get closer to the consecution of a goal that will be ethic, political and juridical, that today is a democratic legacy: The validity and the respect of the basic human rights. La Carta Constitucional Colombiana recognize them, but its effective validity has been tricked by the permanent war status that the country lives. Today it seems that there is a light at the end of the tunnel but everything will depend on how the transitional justice mechanisms will be implemented, from this special justice for peace that allows another violation from the fundamental rights to not happen again. Massacres to not happen again, nor forced disappearance of people, nor kidnappings claiming a war stage and social and politic confrontation.

What has gotten the name of post-conflict in Colombia has to be the beginning of a huge collective reparation and overcoming from a barbarian condition that was present for a long time in the country's condition. On how we made it to advance in this peace stage, peace will be the result for the generations that will come also from the validity of the human rights. For a real reparation to happen to all those victims of war, there is another essential instance, is the Comision de la Verdad, in charge to ensure the reconstruction of the historical truth of the conflict, in charge to document each and every case of violation of the fundamental rights from citizens.

It is the access to the truth, that comes out of the confessions from the offenders, it is expected to compensate the victims or their relatives in cases where massacres, forced disappearance of people, kidnapping and other kind of crimes are involved. It is said that the first sacrifice wars

take is the truth, that is why what is called post-conflict has to lead to the full clearing of the war crimes. Just like that, a real validity of justice can be topic of conversation, and any sign of impunity will be taken away.

However, it is not going to be about punishments according to the retributive justice model, a compensation will be given to the victims when realizing the circumstances of method, time and place from the crimes against the human rights. It is evident that this access to justice will be prolonged in time. But as a society, it matters the non-declining on the demand for truth and compensation by the determiners of war crimes; just like that we can get to the condition of a society that is on his way to pacification and non-violent resolutions from its contradictions and confrontations.

The commitment with the full concretion of the human rights is as much as from the State of right as well as the civil society; but overall, the reparation act that the perpetrators of violent actions owe to the collectivity in the context of the social and political context that the country lives. The good that the Colombian society has to care as its own achievement and also as the base for a pacific coexistence is a durable and stable peace.

**ARTÍCULOS RESULTADO
DE INVESTIGACIÓN**

**ESTUDIOS JURÍDICOS
Y DE DERECHOS HUMANOS**

DESAPARICIONES FORZADAS: UNA HERIDA ABIERTA DE LA GUERRA CIVIL Y EL FRANQUISMO

FORCED DISSAPEARANCES: AN OPEN WOUND OF THE CIVIL WAR AND THE FRANCO REGIME

*Diana Gabriela Cruces García**

Recibido: noviembre 14 de 2017 – **Aprobado:** diciembre 15 de 2017 – **Publicado:** enero 16 de 2018

Artículo de investigación¹

Forma de citar este artículo en APA:

Cruces García, D. (enero-junio, 2018). Desapariciones forzadas: una herida abierta de la guerra civil y el franquismo. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 25-45. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3105>

Resumen

El objetivo de esta investigación es analizar el caso español, principal referente en Europa de casos de desaparición forzada, del cual son vigentes las investigaciones a partir de los sucesos que marcaron la vida e historia españolas: Guerra Civil y Franquismo. Pese a ello, y ante todo los obstáculos políticos y legislativos que han enfrentado los familiares de las víctimas para que los responsables de este crimen sean sancionados conforme a la normatividad, así como para encontrar el paradero de sus seres queridos, estos se han organizado en diversas asociaciones civiles para ejercer presión tanto nacional como internacional para el esclarecimiento de los hechos ocurridos en los citados episodios, los cuales se analizarán a través de esta investigación. En este artículo resultado de investigación se aplicó el método de análisis jurisprudencial y doctrinal, usando la metodología cualitativa, a través de la revisión documental, lo cual nos permitió evaluar y presentar resultados, además de dar aportes a la ciencia del derecho y aportar al conocimiento.

* Doctoranda en Derecho y Globalización en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), México. Becaria CONACYT (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología); Licenciada y Maestra en Derecho por la misma Universidad. Estancia de investigación en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Correo electrónico: gab_cruces@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-2953-5143

¹ Artículo de investigación culminado, resultado del proyecto de investigación denominado “Desapariciones forzadas: una herida abierta de la guerra civil y el franquismo”, elaborado en el marco de la beca otorgada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), México.



Palabras clave

Desaparición forzada; Franquismo; Guerra Civil española; Víctimas; Ley de Amnistía; Ley de Memoria Histórica.

Abstract

The aim of this research is to analyze the Spanish case, the main reference in Europe of cases of forced disappearance, which are current investigations from the events that marked the Spanish life and history: Civil War and Franco. Despite the political and legislative obstacles that relatives of victims have faced they continue looking for a sanction to the responsible of this crime according to the regulations in order to find and know where the loved ones are. They have organized in different civil associations to exert pressure both nationally and internationally to clarify the events occurred in the aforementioned episodes, which will be analyzed through this investigation. In his document result of this investigation was applied the method of jurisprudential and doctrinal analysis, using the qualitative methodology. It was carried out through the documentary review, which allowed us to evaluate and show results. Besides, contributing to the science of law and knowledge.

Keywords

Forced disappearance, franquism, Spanish civil war, victims, amnesty law, and historical memory law.

INTRODUCCIÓN

Con carácter previo, es menester señalar de manera breve el contexto histórico de la Guerra Civil española y su dictadura, a efecto de analizar posteriormente el fenómeno de la desaparición forzada durante dichos periodos, en los cuales, sin contar todavía con cifras definitivas, se calcula que hubo más de 130.000 víctimas directas de esta violenta represión por razones políticas, desde los primeros momentos del golpe de Estado y luego, sostenida con vigor durante los años iniciales de la dictadura (Escudero y Pérez-González, 2013, p. 9), provocando que los familiares de los desaparecidos continúen hoy en día exigiendo el derecho de conocer el paradero de sus seres queridos.

Ahora bien, la Guerra Civil española inicio el 18 de julio de 1936 con un golpe militar para derrotar al gobierno de la II República, trayendo como consecuencia uno de los capítulos más trágicos en la historia de España, el cual condujo al enfrentamiento de dos grupos ideológicos y de poder, propiciando así el comienzo de la dictadura “franquista”, término que suele utilizarse para definir las casi cuatro décadas de gobierno personal del general Francisco Franco. Él y su régimen son hoy por hoy la referencia obligada para encuadrar el periodo de la historia de España trascurrido entre 1939 y 1975 (Calderón, 2006).

Bajo esa premisa, al finalizar la Guerra Civil el 1 de abril de 1939, Francisco Franco y sus ejércitos habían triunfado en una agotadora batalla de casi de tres años que, en esencia, fue un conflicto civil de revolución-contrarrevolución entre la derecha y la izquierda (Stankey, 2005). Franco fue proclamado por los militares que se habían sublevado Generalísimo y Jefe de Estado, con poderes absolutos. La dictadura duró treinta y seis años, hasta su fallecimiento en el año 1975; posteriormente se abrió un proceso que duró un par de años hacia la democracia, vigente en España desde entonces (Bustelo, 2006, p. 16).

Los primeros meses de la Guerra fueron enormemente sangrientos, el bando insurrecto se vio permeado por ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas efectuadas sin medida por el Ejército franquista a efecto de borrar a todo simpatizante de la República y generar el

máximo miedo al adversario mediante esa implacable política de depuración y exterminio, caracterizada por la persecución del vencido, incluso uno de los principales colaboradores de la dictadura; Emilio Mola dijo textualmente a los alcaldes navarros, tras sublevarse en Pamplona: “Hay que sembrar el terror (...), hay que dar la sensación de dominio eliminando sin escrúpulos ni vacilación a todos los que no piensen como nosotros” (Torres, 2002, p. 19).

Así transcurrieron los años tanto de la Guerra como de la dictadura, en que el terror y los fusilamientos comenzaron contra los militares constitucionales y leales a la II República, entre ellos dirigentes obreros, campesinos, sindicalistas, profesionales, maestros, catedráticos (Vázquez de la Prada y Grande, 2016, p. 4), mismos que comparecían ante consejos de guerra que eliminaban al enemigo con actos simulados de legalidad, y de cuyas muertes no quedaba ningún registro, ni en el juzgado, ni en el cementerio, ni mucho menos de manera eventual o simbólica (con un hito, un letrero o una cruz) sobre la tierra de las fosas donde yacían sepultados (Torres, 2002, p. 20).

Por otra parte, las detenciones no se producían siempre delante de algún miembro de la familia; a veces los hechos eran presenciados por allegados o vecinos que daban la voz de alerta. En otras ocasiones no había testigos, la persona simplemente desaparecía. Ante estas circunstancias los familiares, con frecuencia, realizaban una ardua búsqueda de su familiar, que culminaba con el descubrimiento de fosas comunes –que luego se encontrarían repartidas por toda la geografía española²–, o, en la mayoría de los casos, con su desistimiento por la indagación.

En ese entendido, el siguiente mapa de fosas fue elaborado por orden de la Ley 52/2007 y en él se registraron 2.832 fosas que contendrían más de 45.000 restos humanos distribuidos por todo el territorio español, y cuya exhumación estuvo a cargo exclusivamente de los familiares y organizaciones de memoria histórica quienes subrogaron los gastos erogados. Sin embargo, es habitual que las fosas que van

² De acuerdo al artículo 12.2 de la Ley 52/2007, del 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, se establece que las Administraciones públicas elaborarán y pondrán a disposición de todos los interesados, dentro de su respectivo ámbito territorial, mapas en los que consten los terrenos en que se localicen los restos de las personas Recuperado de http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/CargarMapaFosas.htm.

siendo exhumadas contengan los restos de más personas de las que inicialmente se creía; un ejemplo digno de mención es el Cementerio de Paterna (Valencia), (...) en donde se llevó a cabo 2.238 fusilamientos, o el cementerio de La Almudena, donde fueron fusiladas al menos 2.663 personas (Lizunda, 2015, p. 47).

Figura 1. Mapa de fosas localizadas en España



Fuente: Ministerio de Justicia, España. Recuperado de http://mapadefosas.mjjusticia.es/exovi_externo/CargarMapaFosas.htm.

Así expuesto, y toda vez que los golpistas hicieron de la desaparición forzada la técnica idónea para eliminar a los contrarios, borrarlos de lo que podía representar una amenaza para el resurgimiento del nuevo régimen, miles de personas fueron asesinadas sin ninguna garantía judicial y enterradas en fosas comunes a efecto de no dejar evidencia de la represión franquista, incluso los registros de defunciones y archivos oficiales existentes de aquella época son custodiados con recelo por las autoridades para evitar el esclarecimiento de los hechos históricos más polémicos de la vida española.

Sin duda, la Guerra Civil y la Dictadura fueron movimientos armados aterradores para España, especialmente para uno de los dos bandos: el de los vencidos. Para ellos no había mecanismos de control que les protegiera ante las arbitrariedades. El control se ejercía casi siempre en un sentido represivo, de anulación a cualquier derecho humano. Desde

el primer momento hubo casos de desapariciones de niños, de adultos, de familiares, desapariciones de toda clase (Vinyes, Armengou y Belis, 2003, p. 132). Por lo tanto, dichos acontecimientos históricos son temas aún pendientes para la sociedad y la justicia española, cuyas heridas, a pesar de transcurrido el tiempo, continúan abiertas y sin ningún tratamiento.

LAS DESAPARICIONES FORZADAS Y DEMÁS CRÍMENES DEL FRANQUISMO DURANTE LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA A LA DEMOCRACIA: LA LEY 46/1997 DE AMNISTÍA

Como se ha mencionado anteriormente, la Guerra Civil española y los cuarenta años de dictadura dejaron un saldo colosal de víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario (Plataforma por la Comisión de la Verdad sobre los crímenes del franquismo, 2015, p. 34) ocasionado simplemente como parte de una forma sistemática de exterminio contra los partidarios de la II República, cuya represión, violencia y terror se convirtieron en la parte medular del nuevo Estado, mismo que ejercía su poder en campos de concentración y a través de encarcelamientos masivos. Sin omitir que el régimen franquista no sólo se limitó a desaparecer al enemigo, sino también a niños, que fueron desaparecidos mediante adopciones irregulares, o niños que fueron arrebatados de sus madres presas, para desarraigarlos de las ideas comunistas de sus padres; tal como ocurrió en la Prisión de Madres Lactantes, donde las madres ya no tenían a sus hijos, apenas los dejaban un ratito se los quitaban (...) “para educarlos con una ideología contraria a la madre” (Vinyes et. al., 2003, p. 122), o la desaparición de los hijos de las reclusas en el momento del alumbramiento, que fue una práctica constante durante aquel periodo y muchos de cuyos casos continúan sin esclarecerse actualmente.

Bajo tales consideraciones, hablar sobre la transición española es un tema controvertido por diversos académicos e intelectuales, dado que existen dudas en relación a su transparencia y finalidad, e incluso sobre su existencia, toda vez que las sombras del franquismo continúan

vigentes en el sistema político español, derivado de una serie de negligencias que enaltecen los actos atroces cometidos durante la dictadura; por ejemplo, símbolos, monumentos o nombres de calles que conmemoran a algún dirigente franquista, o, en su caso, la impunidad que impera por los crímenes cometidos durante este periodo bajo la figura de la amnistía, misma que se abordará a continuación.

El proceso de transición arrancó en España en 1975 con la muerte de Francisco Franco, y debería haber encarado la recta final con la promulgación de la nueva Constitución el 29 de diciembre de 1978 (Lizunda, 2015, p. 83); dicha Constitución se situaría entre la II República y la dictadura, sin tomar partido por ninguna de ellas (Monedero, 2011, p. 105), ya que estos dos periodos no fueron capaces de establecer la armonía y estabilidad que anhelaba España. Por lo tanto, los dos bandos rivales optaron por proclamar un pacto de amnesia, el cual da inicio a los cimientos del Estado social y democrático español actual.

Pese a lo antes señalado, el desarrollo inicial de la última transición a la democracia española se identificó como: “Modelo de olvido del pasado absoluto” (Chinchón, 2012, pp. 111-112), y estuvo basado en la eliminación de toda sanción o investigación de los crímenes del pasado, siendo estos los cometidos en la Guerra Civil y durante el franquismo. Asimismo, la “transición” española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran parte de sus posturas ideológicas, esto se vio reflejado en normas que tuvieron que ser derogadas y otras que nacieron, como fue el caso la Ley 46/1997 de Amnistía.³

El objetivo de la citada ley era la reconciliación de España, en la que se buscó que no hubiera dos naciones enfrentadas por el paso de la transición de la dictadura franquista al Estado social y democrático de derecho actual. Por tanto, “olvidar” todas las atrocidades cometidas en el pasado, era el pacto idóneo para garantizar una nueva etapa de bienestar y paz para la sociedad española. Además, se convirtió en la normatividad perfecta para que los juzgadores ordenaran el archivo

³ Véase: Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal en el Caso Prevaricación Judicial. Los denominados *juicios de la verdad*. Interpretación errónea del Derecho e injusticia de fecha 27 de febrero de 2012, p. 9. Recuperado de www.poderjudicial.es/.../SALA%20DE%20PRENSA/.../STS%20101_2012%20Manos.

de las denuncias presentadas por víctimas de la dictadura y que la impunidad se convirtiera en un patrón crónico para estos casos. En ese sentido, la Ley de Amnistía refiere, a la letra, lo siguiente:

Artículo primero.

I. Quedan amnistiados:

- a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.
- b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España. (...)

Artículo segundo.

En todo caso están comprendidos en la amnistía:

- e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley.
- f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas (...)⁴

En virtud de lo anterior, se desprende la clara decisión legislativa de evadir la responsabilidad de todo sujeto activo que hubiere participado en actos que fueran tipificados como delito en aquella época, normatividad claramente contradictoria a lo establecido en la normatividad internacional, a saber:

⁴ Véase Ley de Amnistía. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-24937>.

1) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente por cuanto a la prohibición de otorgar amnistía en casos graves de violaciones a los Derechos Humanos, 2) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, misma que en su artículo 27 indica la prohibición de invocar las disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, y 3) El Preámbulo del Estatuto de Roma que señala que los Estados tienen el deber de poner fin a la impunidad, ejerciendo su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que cuando una persona dice “de manera defendible” ser víctima de una violación grave de sus derechos, se origina para el Estado la obligación procedimental de poner en marcha una investigación oficial efectiva para proceder a la identificación y castigo de los responsables.⁵ Además, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece en su artículo 12.1 que:

Cada Estado Parte velará por que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, (...) y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial.

Situación contraria a la realidad española, toda vez que los crímenes cometidos en la dictadura nunca fueron motivo de investigación, aunado al hecho de una carente voluntad política de atender las solicitudes de verdad, justicia, reparación y dar garantías de no repetición de las víctimas indirectas del franquismo, derivadas de las diversas dificultades administrativas gubernamentales, como fue la supresión en el año 2012 de la oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, la cual pasó a formar parte de la División de Derechos de Gracia y otros Derechos, dicha oficina tenía a su cargo la coordinación de las exhumaciones de los restos de desaparecidos, caso contradictorio, dado que dicha responsabilidad siempre ha recaído en los familiares y asociaciones de memoria histórica. Sin dejar de mencionar que actualmente en los presupuestos públicos españoles no se han otorgado recursos financieros para

⁵ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Assenov contra Bulgaria, de 28 de octubre de 1998, y caso Kaya contra Turquía, de 19 de febrero de 1998, párrafo 107.

la citada División, que tiene por objeto dar cumplimiento a la Ley de Memoria Histórica. Por lo tanto, al no tener fondos económicos para el cumplimiento de sus objetivos, se convierte automáticamente en una Ley de Exterminio para la Memoria, y junto con la Ley de Amnistía, se transforman en las normas jurídicas perfectas para cerrar y olvidar todas las atrocidades cometidas en el pasado. Igualmente, los miles de víctimas de desapariciones forzadas del régimen dictatorial quedarán enterradas juntamente con la verdad y la justicia que su país les niega, a pesar de las obligaciones internacionales que existen al respecto.

Asimismo, la ley en comento ha sido motivo de críticas muy severas por parte de diversas asociaciones civiles, académicos y organismos internacionales de Derechos Humanos, dado que las primeras denuncias y querellas que presentaron los familiares de desaparecidos y asociaciones de víctimas impidieron que la justicia española investigará los hechos ilícitos ocurridos durante de la Guerra Civil y el franquismo, excusándose en la prescripción del delito y en el impedimento de enjuiciar los crímenes, porque en su momento no estaban tipificados en la normatividad penal, presunta muerte de los sujetos activos, la presencia de la Ley de Memoria Histórica, (Amnistía Internacional, 2013, p. 4) y especialmente la Ley de Amnistía, siendo la última contraria al Derecho Internacional, ya que los derechos de verdad y justicia quedan vulnerados como se refirió anteriormente.

¿LEY 52/2007: LEY DE MEMORIA HISTÓRICA U OLVIDO?

Otro importante desafío jurídico y político en el tema, cuyo origen emana de la búsqueda de la verdad, es la Ley 52/2007 del 26 de diciembre “por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”⁶, o mejor conocida Ley de Memoria Histórica, la cual, de acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, establece: “Las bases para el desarrollo de políticas en materia de

⁶ Véase Ley de la Memoria Histórica. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2007/12/27/pdfs/A53410-53416.pdf>.

reconocimiento y ampliación de derechos a las víctimas, la promoción de la memoria, y la prohibición de los símbolos conmemorativos franquistas (...)” (ONU, 2015, p. 2015).

Ahora bien, es preciso preguntar si efectivamente la ley en comento cumple con el reconocimiento de un derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano, o si simplemente se convierte en un ideal normativo que no es palpable para las víctimas, y cuyo olvido es la clave fundamental para su práctica constante. Por tal motivo, se escurdirán cuestiones específicas que son motivo de crítica y reflexión en los siguientes aspectos:

En los artículos 11 al 14 de la Ley en cuestión se hace especial referencia a la colaboración de las administraciones públicas con los particulares, a las medidas y autorizaciones administrativas, el acceso a los terrenos afectados por trabajos, todos estos apartados comparten un fin en común: localización e identificación de víctimas; sin embargo, dicho articulado excluye la regularización del procedimiento y la responsabilidad institucional para tal fin. Asimismo, carece de un “Plan Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas”, ya que no existe una coordinación de las actividades de exhumación e identificación, ni tampoco una actualización de los mapas de fosas localizadas (Consejo de Derechos Humanos, 2013, p. 24). De este modo, los familiares de las víctimas se encuentran con una serie de barreras administrativas para dar sepultura digna a sus seres queridos. Además de descansar en ellos y en las organizaciones de memoria histórica la responsabilidad de exhumar y localizar fosas, no hay un apoyo judicial para abrir aquellas fosas en las que se ha denunciado la existencia de cadáveres provenientes de la represión franquista, ni tampoco para la exhumación e identificación de los restos allí encontrados, conforme a los estándares en la materia, ocasionando que los derechos de verdad y justicia queden sepultados por estas actuaciones.

En ese sentido, Amnistía Internacional, movimiento global en defensa de los derechos humanos, ha señalado en diversos estudios que la Ley de Memoria Histórica pueda ser una barrera para el “derecho a saber” de las víctimas y de la sociedad civil, dado que esta ley aleja las

labores de investigación necesarias para la localización de fosas, la exhumación y la identificación de restos (Amnistía Internacional, 2008, p. 27) y se limita únicamente por cuanto a los hallazgos de restos humanos, dejando a un lado la participación del sistema judicial español para atender las exigencias de verdad, justicia y reparación de las víctimas indirectas del franquismo.

Pero esta tarea, según el Tribunal Supremo, no atañe a la justicia española: la investigación de la verdad es una labor que corresponde al Estado a través de otras instituciones, pero no a los jueces, que ven limitada su actuación por la normatividad del procedimiento penal, especialmente por cuanto a la muerte del reo o prescripción del delito se refiere (Amnistía Internacional, 2012, p. 11). Por lo tanto, ¿a qué organismo le corresponde la investigación de estos casos, cuando en España no existe uno responsable de investigar las desapariciones forzadas de aquellas épocas?, agregando a esto la falta de voluntad política para tal efecto, representada en la destrucción u ocultamiento de documentos oficiales que son cruciales para encontrar el paradero de una víctima directa.

Por otra parte, la Ley en cuestión, en su artículo 15 señala que: “Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos conmemorativos de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y la Dictadura”. Sin embargo, resulta inquietante y controvertida dicha disposición, ya que hoy en día existen diversos foros y asociaciones de memoria histórica en España que continúan exigiendo contundentemente que se retiren honores y conmemoraciones de diversas calles de la Comunidad de Madrid que aún conservan el nombre de personalidades vinculadas con el régimen dictatorial, pero tal parece que, a pesar del tiempo transcurrido de su creación, está normatividad aún no es aplicable en su totalidad.

En tales consideraciones se encuentra el Valle de los Caídos, monumento histórico que se encuentra en San Lorenzo de El Escorial, perteneciente a la Comunidad de Madrid, donde reposan los cuerpos de casi 33.000 víctimas (Consejo de Derechos Humanos, 2013, párr. 36) de

los dos bandos de la contienda, y que para muchos familiares resulta cuestionable, ya que los restos de sus seres queridos se encuentran en un lugar ajeno a sus creencias religiosas, además de haber sido construido por miles de presos políticos. Pero lo más discutido radica en que en dicho sitio monumental se encuentran de forma central los restos de los dictadores Francisco Franco y Primo de Rivera, entendiéndose esto como un acto de exaltación a los dos personajes españoles que ostentaron las dictaduras más largas y tormentosas del siglo XX. Sin embargo, en el año 2011 se creó una Comisión de Expertos (Ministerio de la Presidencia, 2011) para el Futuro del Valle de los Caídos, integrada por renombrados académicos y especialistas, que recomendó que los restos de los dictadores españoles sean trasladados al lugar que determine su familia o, en su caso, al lugar que sea considerado más oportuno. Para tal efecto, las diversas fuerzas políticas españolas continúan con mucho escepticismo para cumplir con dicho fin, pese a una supuesta transición hacia la democracia ya superada.

Bajo esta lógica, si se efectuara la anterior acción, resultaría la redignificación del Valle de los Caídos para la memoria de las víctimas de una forma equitativa, sin distinción de ideología; pero tal pareciera que este punto fuera obsoleto en la Ley de la Memoria Histórica, ya que resulta ser un tema aún vedado por la clase política, o quizá simplemente se convierta en otro episodio histórico de olvido que acumule el Estado democrático español en sus intentos por recuperar una historia plagada de actos simulados de verdad, ya que actualmente los restos de los dictadores se encuentran en el mismo lugar en que fueron depositados por primera vez.

Por último y para comprobar que la Ley de la Memoria es un tema controvertido por los alcances y obligaciones que contiene, además de que peligrosamente se pudiera convertir en una ley de olvido, es preciso señalar los señalamientos que realizó el alcalde pedáneo de Villafranco, del PP (Partido Popular) –dependiente del Ayuntamiento de Badajoz, ciudad española de comunidad autónoma de Extremadura–, Juan Sánchez, en una reciente declaración en la que niega acatar la Ley de Memoria Histórica en cuanto a dar inicio a los trámites para cambiar el nombre

a la localidad, en cumplimiento de la multicitada Ley: “No hay que cumplirla ni aquí, ni en ningún sitio, porque crea conflictos entre los vecinos” (Ministerio de la Presidencia, 2011).

En tales consideraciones se pudiera observar que la aplicación de la Ley en comento resultará con apatías políticas bajo el argumento del olvido: ¿para qué abrir heridas del pasado si ya todo se olvidó?, ¿cómo se pretende dejar una memoria histórica bajo hechos que se pretenden olvidar? Por lo tanto, esta normatividad pudiera ser una contradicción en relación a su nombre dado, memoria y su aplicación: olvido.

LAS DESAPARICIONES FORZADAS ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: CASO BALTASAR GARZÓN

Una vez analizadas las principales normas que imperan ante la negación de investigar la represión llevada a cabo por el régimen franquista, es preciso señalar la loable lucha de justicia que han ejercido las víctimas de estos actos ante los tribunales españoles. Por ejemplo, un caso digno de mención es la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo, misma que presentó el 15 de diciembre de 2006 ante la Audiencia Nacional una denuncia colectiva para el esclarecimiento de miles de casos de desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y la represión franquista. Dicha exigencia se turnó en la jurisdicción del Juzgado de Instrucción N° 005 de la Audiencia Nacional, cuyo titular era el entonces magistrado Baltasar Garzón (Villán, 2012, p. 10). La anterior denuncia se fundamentó en la existencia de un método sistemático y preconcebido de eliminación de enemigos políticos mediante ejecuciones extrajudiciales, exilio y desapariciones forzadas de personas durante los años de la Guerra Civil y los siguientes de la posguerra (Garzón, 2010, p. 21). Este caso representaba un reto jurídico y político para la justicia española, ya que si dicho magistrado ordenaba la investigación de los crímenes del pasado, traería como consecuencia la apertura de las heridas del pasado, heridas que según la transición ya habían culminado, pero no para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,

por lo que para Villán Durán (2012, p. 10), los fundamentos jurídicos que debían conducir la actuación del magistrado para instruir el esclarecimiento de los hechos fueron los siguientes:

1.- De acuerdo con el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Estado español, al momento de ingresar al mismo, asumió el 14 de diciembre de 1995 la obligación de tomar medidas para respetar efectivamente los derechos humanos y las libertades fundamentales que el Derecho Internacional universalmente reconoce. Por ello, en ese mismo sentido se invocará en este numeral al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo conducente al artículo 2.3.a en el cual se establece que: toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

En el mismo Sistema protector de Derechos Humanos se encuentra la “Declaración y la Convención sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, tratados internacionales que versan notoriamente sobre el tema, siendo la Convención el instrumento internacional de principal referencia por cuanto a las obligaciones del Estado. Por lo tanto, lo anterior cobra relevancia ya que la Constitución Española en su artículo 10.2 dispone que: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por lo tanto, al caso denunciado por las víctimas de desaparición del franquismo le asistiría el amplio derecho antes descrito, ya que de acuerdo con esta normatividad el Estado constreñido deberá cesar la violación de derechos humanos ante un eminente caso de una desaparición forzada, dados los elementos constitutivos de este delito, aunado esto a un recurso eficaz derivado de la naturaleza del mismo. Además, en primera instancia, el magistrado concedor de la causa justificaría su actuar para el esclarecimiento e investigación de los hechos motivo

de la denuncia en el marco jurídico universal y constitucional, ya que la omisión de su actuar traería como consecuencia la continuidad de otros actos delictivos.

Continuando en esa misma línea argumentativa encontramos: El Proyecto de Artículo sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional. El cual establece en su artículo 1° que: "Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional". Asimismo, el artículo 2 señala que: "Hay un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando su comportamiento, consistente en una acción u omisión, "a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado".

Sin embargo, las acciones y omisiones que se cometieron durante los periodos históricos multicitados, representaron severas afectaciones a los Derechos Humanos, inclusive crímenes contra la humanidad, convirtiéndose así en hechos ilícitos cometidos por el Estado español, ya que al ser un sujeto del Derecho Internacional recae en este la responsabilidad de sus actos. Por lo tanto, al presentarse el citado supuesto se convierte en clave fundamental para que el magistrado conocedor de la causa se declare competente para entrar al estudio del asunto y realice un pronunciamiento favorable al respecto, además de otros fundamentos jurídicos.

Dicho lo anterior, con fecha del 16 de octubre de 2008, el entonces titular del Juzgado Central de Instrucción N° 005 de la Audiencia Nacional, magistrado Baltasar Garzón, aceptó la competencia para conocer del asunto, además de solicitar al Ministerio del Interior (Secretaría de Estado para la Seguridad) los datos que identifiquen a los máximos dirigentes dictatoriales, entre el 17 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1951, para, una vez reconocidos, acordar lo necesario sobre la imputación y extinción, en caso de fallecimiento del sujeto activo o la responsabilidad penal.⁷

⁷ Véase: Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 399/2006V, Auto de 16 de octubre 2008, FJ76, párr. 3. Recuperado de http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/11/18/auto_memoria_historica.pdf.

Ahora bien, dentro de los razonamientos jurídicos que el magistrado invocó para conocer de la causa motivo del presente caso, fue el reconocimiento de que los hechos denunciados nunca habían sido investigados penalmente por la justicia española. Por lo tanto, la impunidad había sido el patrón crónico de acontecimientos que podían calificarse como crímenes contra la humanidad y cuya conducta se encuentra tipificada en el artículo 607 bis del Código Penal actual.⁸ En ese sentido, el jurista invocó también la existencia de normatividad internacional obligatoria para España en el momento de la comisión de los crímenes internacionales durante la Guerra Civil y la Dictadura, principalmente: La Convención de Ginebra de 1864, Las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre leyes y usos de la guerra respectivamente.

Continuando con la línea argumentativa del magistrado Baltasar Garzón, confirmó que los crímenes efectuados durante los citados episodios históricos, formaban parte “un plan de ataque sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español”.⁹ Además, la acción desarrollada por las personas sublevadas y que ayudaron al movimiento armado del 18 de Julio de 1936, no se rigió por un marco de legalidad, ya que atentaron contra la forma de Gobierno (delitos contra la Constitución, del Título Segundo del Código Penal de 1932, vigente cuando se produjo la sublevación).¹⁰

Lo anterior cobra gran relevancia derivado a que jurídicamente el golpe de Estado del 18 de julio fue concebido ilegalmente, ya que las conductas violentas que se presentaron para derrotar al Gobierno Republicano se encontraban previstas y vigentes en el Código Penal de 1932. Por lo que resultaría contradictoria la aplicación de la Ley de Amnistía, ya

⁸ Véase: Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 399/2006V, Auto de 16 de octubre 2008, Foja 76, párr. 1. Recuperado de http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/11/18/auto_memoria_historica.pdf.

⁹ Véase: Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 399/2006V, Auto de 16 de octubre 2008, Foja 61, párr. 2. Recuperado de http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/11/18/auto_memoria_historica.pdf.

¹⁰ Véase: Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 399/2006V, Auto de 16 de octubre 2008, Foja 4, párr. 1. Recuperado de http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/11/18/auto_memoria_historica.pdf.

que, de acuerdo a los argumentos vertidos por el jurista español, dicha ley debe interpretarse de acuerdo a luz del derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, mismos que prohíben en su estricto sentido normas de gracia, olvido o en casos perdón ante violaciones masivas a estos derechos.

En tales consideraciones, el magistrado Baltazar Garzón, mediante el acuerdo de fecha 18 de noviembre de 2008, declinó competencia a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenecían los lugares en los que estaban localizadas las fosas comunes, porque después de analizar los hechos *prima facie* entendió que la Audiencia Nacional no gozaba de competencia y que debían ser los juzgados territoriales de primera instancia los encargados de las exhumaciones y recuperación de los restos, así como de corroborar si había indicios de delito que no hubiesen prescrito.

Finalmente, y atendiendo a la controversia que existe en relación al tema, un grupo radicalista denunció al magistrado Baltazar Garzón ante el Tribunal Supremo por el delito de prevaricación, derivado de su actuación judicial en el asunto en comento. Por lo tanto, con sentencia de fecha 27 de febrero de 2012, se absolvió al jurista con el argumento de que su apreciación de los hechos era incorrecta, ya que debió utilizar la Ley de Amnistía y, por ende, inhibirse de la indagación de los presuntos responsables por la comisión del delito de desapariciones forzadas puestos a su consideración, ya que estos hechos eran motivo de prescripción y olvido según la justicia española.

CONCLUSIÓN

Los hechos ilícitos cometidos durante los episodios históricos antes referidos, específicamente en cuanto a los casos de desaparición forzada, sigue siendo un tema vedado para la mayoría de la sociedad española, ocasionado por diversas circunstancias como es el Pacto del Silencio, la Ley de Memoria Histórica, la Ley de Amnistía y por una transición a la democracia tormentosa.

Si bien es cierto que España cuenta con legislación que de manera parcial atiende esta problemática, esta no ha sido la óptima para acoger las demandas de verdad, justicia y reparación de las víctimas, lo cual exhibe la carente voluntad política del Estado español para reconocerlas en primera instancia como víctimas del franquismo y, por consiguiente, el otorgamiento sus derechos correspondientes por tales acontecimientos.

CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Asimismo, la Universidad Católica Luis Amigó no se hace responsable por el manejo de los derechos de autor que la autora haga en sus artículos, por tanto, la veracidad y completitud de las citas y referencias son responsabilidad de la autora.

REFERENCIAS

- Amnistía Internacional. (2008). *La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo*. Madrid, España: Amnistía Internacional.
- Amnistía Internacional. (2012). *Resumen ejecutivo. Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*. Madrid, España: Amnistía Internacional.
- Amnistía Internacional. (2013). *El tiempo pasa, la impunidad permanece. La jurisdicción universal, una herramienta contra la impunidad para las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*. Madrid, España: Amnistía Internacional.

- Bustelo, F. (2006). *La historia de España y el franquismo: Un análisis histórico y económico y un testimonio personal*. Madrid, España: Síntesis.
- Chinchón, J. (2012). *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*. Bilbao, España: Universidad de Deusto.
- Consejo de Derechos Humanos. (2013). *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a España*. Recuperado de www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/.../A-HRC-27-49-Add1_sp.doc.
- Escudero, A. y Pérez, C. (2013). *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Garzón, B. (2010). *Garzón contra el franquismo. Los autos íntegros del juez sobre los crímenes de la dictadura*. Madrid, España: Público.
- Jefatura del Estado. Ley de Amnistía. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-24937>.
- Ley de la Memoria Histórica. (27 de diciembre de 2007). Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2007/12/27/pdfs/A53410-53416.pdf>. [Fecha de consulta: 18 de enero de 2018].
- Lizunda, F. (2015). *El exterminio de la memoria. Una comisión de la verdad contra el olvido de las víctimas del franquismo*. Madrid, España: Catarata.
- Ministerio de la Presidencia, España. (2011). *Informe. Comisión de Expertos para el Futuro del Valle de los Caídos*. Recuperado de <http://digital.csic.es/bitstream/10261/85710/1/INFORME%20COMISION%20EXPERTOS%20VALLE%20CAIDOS%20PDF.pdf>.

Monedero, J. (2011). *La transición contada a nuestros padres. Nocturno de la democracia española*. Madrid, España: Catarata.

Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición Misión a España (23 a 30 de septiembre de 2013)*. Plataforma por una Comisión de la verdad. Madrid, España: ONU.

Payne, S. (2005). *El franquismo. Primera parte*. Madrid, España: Arlanza.

Plataforma por una Comisión de la Verdad sobre los Crímenes del Franquismo. (2015). *La ONU con las víctimas del franquismo*. Madrid, España.

Sauca, J. M. (2008). El derecho ciudadano y la memoria histórica: concepto y contenido. En Martín-Pallín, J. A., y Escudero-Alday, R. (Coords.). *Derecho y memoria histórica*. Madrid, España: Trotta.

Torres, R. (2002). *Desaparecidos de la Guerra de España (¿1936- ?)*. Madrid, España: La Esfera.

Vázquez de Prada y Grande, R. (2016). Los crímenes del franquismo. *Crónica Popular. Suplemento de Cuestiones Españolas, 1*. Madrid, España: Crónica Popular.

Villán, D. (2012). Contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España. En Ripol-Carulla, S., y Villán-Durán, C. (Dirs.). *Justicia de Transición: el caso de España*. Barcelona, España: Institut Català Internacional per la Pau.

Vinyes, R., Armengou, M. y Belis, R. (2003). *Los niños perdidos del franquismo*. Barcelona, España: Debolsillo.

Yllán, E. (2006). *El franquismo*. Madrid, España: Marenostrom.

IMMIGRAZIONE E CRIMINALITÀ IN ITALIA TRA PERCEZIONE E REALTÀ

INMIGRACIÓN Y CRIMINALIDAD EN ITALIA ENTRE PERCEPCIÓN Y REALIDAD

IMMIGRATION AND CRIME IN ITALY BETWEEN PERCEPTION AND REALITY

*Sofia Reatti**

Recibido: noviembre 30 de 2017 – **Aprobado:** diciembre 15 de 2017 – **Publicado:** enero 16 de 2018

Artículo de Reflexión¹

Forma de citar este artículo en APA:

Reatti, S. (enero-junio, 2018). Inmigración y criminalidad en Italia entre percepción y realidad. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 46-72.

DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3108>

Riassunto

L'imponente fenomeno di immigrazione in atto oggi in Europa è un tema centrale del dibattito pubblico, impegna l'agenda mediatica e politica delle istituzioni nazionali e internazionali. Il numero di migranti in tutto il mondo è cresciuto rapidamente negli ultimi anni, dai dati pubblicati dall'UNCHR emerge che, nell'arco del 2017, si sono registrati 178.500 arrivi in Europa. Cosa comporta l'immigrazione? Il binomio immigrazione-criminalità è realtà o è frutto di una costruzione sociale? L'obiettivo del presente articolo è quello di proporre un focus sul caso italiano e di presentare la percezione dei cittadini in materia di immigrazione attraverso l'analisi di sondaggi di opinione, inchieste e dati sulla criminalità pubblicati da istituzioni e da centri di ricerca pubblici e privati. Le istituzioni politiche e i mezzi di comunicazione tendono a presentare la questione migratoria entro la cornice della minaccia e dell'allarme, in questo modo si associano allo straniero, direttamente o indirettamente, i concetti di criminalità, terrorismo, invasione e prevaricazione, influenzando così la percezione della cittadinanza. Allo stesso modo, la paura per lo straniero si riflette anche sulle politiche di sicurezza adottate per prevenire criminalità e delinquenza.

* Doctoranda de Investigación en Sociología e Investigación Social, Departamento de Sociología y Derecho de la Economía, XXXI ciclo, Universidad de Bolonia. Temática de investigación: sociología de la desviación, criminología e victimología. Especialista en Criminología Aplicada y Sociología de la desviación, Universidad de Bolonia, dependencia de Forlì. Doctor magistral en Ciencias Criminológicas para la Investigación y la Seguridad, Universidad de Bolonia, sede de Forlì. Correo electrónico: reatti.sofia@gmail.com.

¹ Reflexión elaborada en el marco de la participación, como ponente, en el Workshop: "Flussi migratori e percezione dell'insicurezza: quali strategie di integrazione?", como parte de la Conferencia organizada por el Grado en Sociología: "Processi migratori tra dimensione internazionale e locale: una prospettiva sociologica", Universidad de Bolonia, sede de Forlì (FC), 25 noviembre 2016.

Parole chiave

Criminologia; Immigrazione; Paura del crimine; Politiche di prevenzione; Sicurezza urbana; Sociologia della devianza.

Resumen

La imponente inmigración con la que nos encontramos hoy en día es un tema central del debate público nacional e internacional, de los medios de comunicación y de las instituciones políticas. El número de migrantes en todo el mundo sigue creciendo rápidamente en los últimos años, según los datos que fueron publicados por parte de UNCHR en 2017 llegaron a Europa 178.500 personas. ¿Qué es lo que implica la inmigración? ¿Es el binomio inmigración-criminalidad realidad o construcción social? El objetivo del artículo es proponer un enfoque sobre el caso italiano y presentar la percepción de la ciudadanía en materia de inmigración a través de análisis de sondeos de opinión, encuestas, informes y datos de la criminalidad publicados por instituciones y centros de investigación públicos y privados. Las instituciones políticas y los medios de comunicación tienen tendencia a presentar la inmigración en términos de alarma y amenaza, de esta manera se asocian al extranjero, directa o indirectamente, los conceptos de criminalidad, terrorismo, invasión y prevaricación, afectando así la percepción de los ciudadanos y ciudadanas. Del mismo modo, el miedo hacia el extranjero se refleja también sobre las políticas de seguridad que se adoptan para plantear la criminalidad y la delincuencia.

Palabras clave

Criminología; Inmigración; Miedo al delito; Políticas de prevención; Seguridad urbana.

Abstract

The imposing immigration with which we are today is a core topic of the national and international public debate, the media and politic institutions. The number of migrants around the world continues growing rapidly in recent years, according to data published by UNCHR in 2017 arrived in Europe 178.500 people. What is implying immigration? Is the binomial immigration-crime reality or social construction? The purpose of this paper is to propose an approach about an Italian case and show the perception of citizenship in terms of immigration through analysis of opinion poll, surveys, reports and crime data published by institutions and public and private research centers. Political institutions and media have the tendency to show immigration in terms of alarm and threatens, in this way they are associated to foreigner, directly and indirectly, the concepts of crime terrorism, invasion and obstruction of justice, affecting the perception of citizenships. In the same way, the fear towards the foreigner is also reflected on the security policies that are adopted to raise crime.

Keywords

Crime; Immigration; Fear of crime; Prevention policies; Urban security.

IMMIGRAZIONE E SICUREZZA FRA COSTRUZIONE SOCIALE, PERCEZIONE E REALTÀ

L'imponente fenomeno di immigrazione in atto è oggi un tema centrale del dibattito pubblico, impegna l'agenda mediatica e politica delle istituzioni nazionali e internazionali, ed è quindi oggetto di crescente attenzione da parte dell'opinione pubblica.

Dal Report sull'immigrazione internazionale 2017 (United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, 2017), predisposto dal Dipartimento delle Nazioni Unite per gli Affari Economici e Sociali, emerge come il numero dei migranti in tutto il mondo abbia continuato a crescere rapidamente negli ultimi anni, raggiungendo i 258 milioni nel 2017. Sono gli Stati Uniti a ospitare il maggior numero di migranti, pari a 50 milioni, seguiti da Arabia Saudita, Germania e Federazione Russa che ne ospitano circa 12 milioni ciascuna, oltre che da Gran Bretagna e Irlanda del Nord, con quasi 9 milioni di migranti. (United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, 2017). Nell'arco del 2017 si sono registrati 178.500 arrivi in Europa e 3.139 persone morte o disperse (UNCHR, 2017). Per quanto riguarda nello specifico la situazione italiana, secondo i dati forniti dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, aggiornati al 31 dicembre 2017, sono 119.310 i migranti sbarcati in Italia dal 1 gennaio fino al 31 dicembre 2017, ovvero il 34,4% in meno rispetto all'anno 2016 che, invece, era stato caratterizzato da una percentuale di sbarchi maggiore rispetto al precedente anno 2015. Nonostante l'incidenza di stranieri sulla popolazione italiana sia pari all' 8%, come rende noto il Rapporto Italia 2018 pubblicato da Eurispes, più della metà del campione di italiani sovrastima la presenza degli immigrati in Italia: solo il 28,9% dei cittadini, infatti, conosce il dato esatto relativo all'incidenza di stranieri sulla popolazione (Eurispes, 2018).

Appare evidente che, nonostante sia stata registrata una diminuzione degli sbarchi, la portata di questi flussi migratori implica necessariamente il dover confrontarsi con ingenti trasformazioni nel settore non solo economico e giuridico, ma anche nel tessuto sociale e culturale dei paesi di accoglienza. Dobbiamo fare i conti con il cambiamento ed essere consapevoli dell'imprevedibilità e dell'incertezza che questo comporta:

Affrontare i problemi posti dai flussi migratori significa altresì fare i conti con il rischio, reagire all'ingiustizia, nutrire la propria coscienza di nuovi significati e di nuovi valori poiché queste sono condizioni che caratterizzano il tempo che viviamo, contraddistinto da timori vecchi e nuovi che mettono a repentaglio la nostra quotidianità, ponendoci di fronte a grandi ed importanti sfide (Bisi, 2015).

In questo contesto è facile sentire l'esigenza di difendersi da qualcosa o da qualcuno, da un fenomeno avvertito come un'entità imprevedibile e dai confini indefiniti, da persone che hanno valori e culture spesso diametralmente opposte rispetto alla propria, il che spesso genera paura, reazioni ansiogene e rifiuto.

Se da una parte si registrano un calo della percentuale di flussi migratori e un ridimensionamento in merito alla percezione di un incremento dei tassi di criminalità, dall'altra aumenta però la percentuale delle persone che vedono negli immigrati una minaccia nei confronti della legalità. Sono numerose le indagini demoscopiche effettuate in Italia e in altri paesi dell'Unione Europea dalle quali risulta che le questioni avvertite come particolarmente emergenti dall'opinione pubblica siano da ravvisare nel terrorismo e nell'immigrazione, a testimonianza di una crescente "paura dello straniero". (European Union, 2017; Osservatorio Europeo sulla Sicurezza, 2017).

Secondo uno studio annuale effettuato della Commissione Europea (European Union, 2017), il 44% degli intervistati percepisce il terrorismo come il problema più importante cui deve far fronte l'Unione Europea, immediatamente seguito dall'immigrazione (38%). Anche a livello na-

zionale si registra la stessa inquietudine, l'immigrazione infatti è stata indicata dal 36% dei rispondenti italiani come una delle principali fonti di preoccupazioni, seconda solo alla disoccupazione.

Il "X Rapporto sulla sicurezza e l'insicurezza sociale in Italia e in Europa–Significati, immagini e realtà–Percezione, rappresentazione sociale e mediatica della sicurezza", pubblicato nel mese di febbraio del 2017 dall'Osservatorio Europeo sulla Sicurezza, rileva che:

Il 39% degli intervistati vede l'immigrato come una insidia per l'ordine pubblico e la sicurezza delle persone, il 36% come minaccia per l'occupazione. Entrambi gli indicatori sono cresciuti di circa 5 punti rispetto al 2016 e consegnano i valori più alti che si sono registrati dal 2007–quando entrambi hanno raggiunto l'apice–ad oggi. (Osservatorio Europeo sulla Sicurezza, 2017, p. 14).

La percezione dei cittadini rispetto alla portata dei flussi migratori viene influenzata da molteplici fattori, che vanno dal dibattito politico alla presentazione mediatica delle notizie; ma è vero che ad acuire il sentimento di paura e insicurezza verso lo straniero hanno contribuito anche gli attentati terroristici che hanno recentemente ferito l'Unione Europea. Alcuni attentatori erano giovani cittadini francesi di seconda generazione nati e cresciuti in Europa, si pensi a Saïd e Chérif Kouachi, i due fratelli franco-algerini nati a Parigi che, il 7 gennaio 2015, hanno colpito la redazione del giornale satirico Charlie Hebdo. Ancora, Salman Abedi, il kamikaze che si è fatto esplodere alla Manchester Arena al concerto della cantante Ariana Grande il 22 maggio del 2017, provocando la morte di 22 persone e il ferimento di diverse decine, era un giovane cittadino britannico di origini libiche, nato a Manchester e iscritto alla Salford University. Questi fatti hanno scatenato sgomento e indignazione e come sottolinea Battistelli:

Mentre può essere effettivamente giudicato paranoico il timore che in ogni migrante di religione islamica si annidi un terrorista, non è di per sé paranoico il timore che un commando di terroristi islamici possa effettuare un attentato. Questo processo, infatti, va a colpire il concetto stesso di appartenenza condivisa e quindi la fiducia nei cittadini, autoc-

toni e non, nella possibilità di un processo di inclusione di esterni che divengono interni, sulla base di un patto di reciprocità tra gli uni e gli altri (Battistelli, 2016, p. 80).

Sempre più spesso i flussi migratori vengono messi in relazione al terrorismo. Da un'indagine condotta dal Laboratorio di analisi politiche e sociali (LAPS) del Dipartimento di Scienze Sociali Politiche e Cognitive (DISPOC) dell'Università di Siena, in collaborazione con l'Istituto affari internazionali (IAI), emerge come sia opinione di oltre la metà del campione di intervistati (55%) l'esistenza di un legame tra immigrazione irregolare e diffusione del terrorismo, solo il 22% non è d'accordo con questa affermazione e la restante parte non sa esprimere un'opinione in merito (Rapporto di ricerca a cura di DISPOC/LAPS, 2017, pp. 16-17).

E' importante sottolineare come la questione migratoria venga presentata da parte della politica e dei mezzi di comunicazione entro la cornice della minaccia e dell'allarme, incrementando così i sentimenti di insicurezza e di paura già presenti. Basti pensare alla campagna elettorale intrapresa dall'attuale Presidente degli Stati Uniti Donald Trump, quasi interamente incentrata sul contrasto all'immigrazione clandestina. Anche in Italia l'immigrazione è stata la protagonista di buona parte dei programmi elettorali delle differenti coalizioni, in vista delle elezioni del 4 marzo 2018. Propensione alla delinquenza e alla criminalità, degrado, invasione e prevaricazione divengono concetti che spesso si associano al fenomeno dell'immigrazione. E' stato infatti osservato che:

Ai nostri giorni, principali oggetto dell'allarme e destinatari del conflitto sono gruppi sociali ai quali viene addossata un'accusa generalizzata di minacciosità: gli immigrati. In un crescendo di gravità, a costoro vengono imputate modalità di agire (o piuttosto di essere) che attenerrebbero all'assetto della società che li accoglie, da più punti di vista (Battistelli, 2016, p. 72).

La percezione che abbiamo rispetto a sicurezza e criminalità dipende in modo sempre maggiore dal modo in cui questi fenomeni vengono presentati dai media: fra le teorie che evidenziano gli effetti a lungo termine dell'esposizione ai mezzi di comunicazione di massa, la teoria dell'*agen-*

da setting e la *cultivation theory*, elaborate negli anni 70 rispettivamente da M. McCombs e D. Shaw e da G. Gerbner, sottolineano come le notizie selezionate, ma anche l'ordine con cui vengono presentate, influiscono notevolmente sulle nostre paure e le nostre ansie, tanto da plasmare opinioni, atteggiamenti e percezione della realtà (McCombs & Shaw, 1972).

Il fenomeno migratorio occupa quotidianamente l'agenda dei mezzi di comunicazione di massa e sono numerosi i notiziari, quotidiani e servizi di approfondimento che si sono impegnati a spiegarne la portata e la complessità, a fare luce sulle cause che ne stanno alla base e sulle conseguenze che implica. Deve però essere riconosciuto che la narrazione mediatica dell'immigrazione può, a volte, risultare parziale e fuorviante. Si registra la tendenza, nell'agenda dei notiziari sia italiani che stranieri, a presentare le notizie relative all'immigrazione e alla globalizzazione nell'ottica dell'allarmismo e dell'emergenza. A questo proposito è interessante l'analisi curata dall'Osservatorio di Pavia in collaborazione con la Carta di Roma, presentata nel quinto rapporto sulla rappresentazione mediatica del fenomeno migratorio (Barretta & Milazzo, 2017). Nel confrontare i temi relativi alla questione migratoria, presentati nelle prime pagine dei quotidiani nel triennio 2015-2017, emerge come sia proprio la dimensione relativa a criminalità e sicurezza ad avere avuto un aumento di visibilità maggiore rispetto ad altre tematiche, tanto nei notiziari televisivi quanto nella stampa. Episodi di criminalità e di minaccia all'ordine pubblico legati alla nazionalità straniera degli autori di reato sono infatti duplicati rispetto al 2016 e triplicati rispetto al 2015 ed è stato registrato, inoltre:

(...) un nesso tra l'appartenenza etnica o di status e l'azione criminale: "uomo immigrato marocchino con problemi psichici ha ucciso una giovane infermiera in un centro di accoglienza", "poliziotto muore dopo la colluttazione con un malvivente moldavo", "quartieri invasi da immigrati: i cittadini hanno paura". Reati diversi per tipologia e diffusi su tutto il territorio che hanno come denominatore l'origine di chi li commette: migranti, immigrati, profughi, richiedenti asilo, comunque stranieri, "gli altri" (Barretta & Milazzo, 2017, p. 53).

In Italia, il 27,4% delle notizie ansiogene è infatti declinato sul terrorismo (10,7%) e sull'immigrazione (16,7%) (Osservatorio Europeo sulla Sicurezza, 2017).

Nel 2007 l'immigrazione era in cima alla rappresentazione ansiogena per la – presunta – propensione a delinquere (e residualmente in connessione all'accoglienza), dieci anni dopo migranti, profughi e rifugiati in quanto numerosi e “stranieri”, preoccupano anche “solo” per il passaggio nel nostro territorio (Osservatorio Europeo sulla Sicurezza, 2017, p. 21).

Analogamente, a livello europeo, la gestione dei flussi migratori, l'assenza di una politica estera comune e il terrorismo si confermano essere le prime voci dell'insicurezza.

IMMIGRAZIONE E CRIMINALITÀ: QUALE RELAZIONE?

Quale rapporto intercorre quindi fra immigrazione e criminalità? Ad un aumento della popolazione immigrata corrisponde un aumento dei tassi di criminalità apparente? Un primo ostacolo che si pone nel rispondere a questi interrogativi è dato dalla difficoltà nel misurare la criminalità. I dati che possono essere analizzati riguardano principalmente quella che, dalla letteratura criminologica, viene definita criminalità registrata o ufficiale che comprende “l'insieme delle condotte criminali registrate dalle forze dell'ordine, dalla magistratura e dal sistema penitenziario” (Vidoni Guidoni, 2004). Sono quindi escluse tutte quelle condotte criminose che, per differenti ragioni, non sono giunte a conoscenza dell'Autorità Giudiziaria. Risulta poi ancora più complesso pervenire ad una chiara e coerente rappresentazione della criminalità commessa dagli stranieri, ma non solo, a causa della bassa percentuale di autori noti e della condizione di irregolarità di parte dell'immigrazione. In Italia ci si avvale, oltre che delle relazioni inaugurali degli anni giudiziari, di cinque differenti indagini statistiche: le statistiche della delittuosità e della criminalità, le statistiche processuali penali, le statistiche sugli imputati condannati e quelle penitenziarie. (Ferraris, 2012; Vidoni Guidoni, 2004).

Il Rapporto Annuale 2012 pubblicato dall'Istat evidenzia come sia progressivamente aumentato il numero di stranieri di età superiore ai 18 anni autori di reato, infatti:

Se nel 1990 gli stranieri erano pari al 2,5% degli imputati, nel 2009 gli stranieri rappresentano il 24% del totale degli imputati. (...) gli stranieri rappresentano il 32,6% sul totale dei condannati, il 36,7% dei detenuti presenti nelle carceri e il 45% del totale degli entrati in carcere (Istat, 2012, p. 152).

L'analisi delle serie storiche curata dal Centro Studi e Ricerche IDOS sottolinea invece come, nonostante il progressivo aumento della popolazione immigrata, dal 2004 al 2013 le denunce penali con autori noti a carico di stranieri siano diminuite di 6 punti percentuali e come, invece, siano aumentate del 28,0% quelle verso gli italiani (Centro Studi e Ricerche IDOS, 2015).

Sono interessanti i dati presentati nel volume *Delitti, imputati e vittime dei reati. Una lettura integrata delle fonti su criminalità e giustizia*, pubblicato dall'Istat nel 2017. Sebbene non si prenda in esame il fenomeno della criminalità reale, non vengono infatti considerate la dimensione nascosta della criminalità né le indagini di vittimizzazione, si analizzano però nel dettaglio i dati relativi a vittime e autori di reato, oltre che ai delitti denunciati, a partire da una lettura integrata dei dati riportati dalla statistica della delittuosità, dalla statistica della criminalità e dalla statistica sui condannati.

In linea generale, dall'analisi dei dati sulla delittuosità si registra, da un lato, un aumento delle denunce relative a reati di tipo predatorio (furti in abitazione, scippi, borseggi, furti nei negozi, rapine in abitazione e in strada) che colpisce in misura maggiore il genere femminile e la fascia più giovane della popolazione, dall'altro lato emerge un calo di denunce per altri reati fra i quali furti di veicoli, rapine in banca, ma anche omicidi e tentati omicidi, tanto della criminalità organizzata quanto di quella comune. Viene inoltre rilevato che: "Circa un quinto dei reati denunciati ha per vittima un cittadino straniero o una cittadina straniera, ma la percentuale è molto più alta per i reati violenti rispetto ai reati predatori" (Istat,

2017, p. 9). Il sesto capitolo del volume offre un profilo degli autori imputati, mettendo in relazione le caratteristiche socio-demografiche quali genere, età, luogo di nascita e paese di provenienza, con la tipologia e la numerosità di reati commessi. Per quel che concerne gli imputati², i dati relativi all'anno 2014 evidenziano che, delle 618.646 persone rinviate a giudizio per almeno un delitto, la maggior parte sono uomini fra i 40 e i 44 anni nati in Italia. Gli imputati nati all'estero sono invece più giovani, rientrano infatti nella fascia di età compresa fra i 25 e i 29 anni, coerentemente con la più giovane età della popolazione straniera residente in Italia. Sul totale degli imputati nati all'estero, (maschi e femmine, adulti e minorenni), le prime quattro nazioni di provenienza sono la Romania, il Marocco, l'Albania e la Tunisia.

Per quanto riguarda invece la tipologia di delitti maggiormente commessi dagli imputati, si rilevano differenze fra chi è nato in Italia e chi all'estero. In particolare, gli imputati nati in Italia hanno commesso maggiormente il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali (10,4%), seguito dai reati di minaccia (9,7%), ingiuria (9,6%), e lesioni personali volontarie (9,4%). Per gli imputati nati all'estero, invece, è il furto il primo reato in graduatoria (19,1%), seguito da lesioni personali volontarie (11,7%), produzione e spaccio di stupefacenti (9,3%) e ricettazione (8,5%). Nel report è stato evidenziato che, se gli italiani si distinguono per aver commesso una maggiore varietà di reati, le condotte delittuose più frequentemente poste in essere dagli stranieri riguardano le violazioni inerenti alla normativa dell'immigrazione, la rapina e i reati legati alle falsificazioni, mentre il furto si conferma essere il reato più frequentemente commesso anche dagli imputati presso le Procure per i Minori, nati sia in Italia sia all'estero, emerge infatti che:

² Secondo quanto disposto dall'articolo 60 del codice di procedura penale italiano, rubricato "Assunzione della qualità di imputato":

1. Assume la qualità di imputato la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena a norma dell'articolo 447 comma 1, nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo.
2. La qualità di imputato si conserva in ogni stato e grado del processo, sino a che non sia più soggetta a impugnazione la sentenza di non luogo a procedere, sia divenuta irrevocabile la sentenza di proscioglimento o di condanna o sia divenuto esecutivo il decreto penale di condanna.
3. La qualità di imputato si riassume in caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere e qualora sia disposta la revisione del processo.

(...) il reato di furto è il primo nella graduatoria di tutti e 5 i principali Paesi di origine, anche se con valori differenti. Si passa dal 54 per cento per i nati in Romania, al 48,6 per cento della Moldavia fino ad un minimo del 32,5 per cento per i nati in Tunisia. La rapina è presente solo per i nati in Tunisia, Albania e Marocco. (Istat, 2017, p. 99).

E' interessante anche riportare le associazioni emerse fra tipologia di reato commesso e nazionalità, a questo proposito:

(...) si rileva che il reato di produzione e spaccio di stupefacenti assume la prima posizione della graduatoria per i nati in Tunisia (22,6 per cento), Marocco (17,2 per cento) e Albania (15,9 per cento), mentre per gli imputati nati in Romania emerge il furto (37,5 per cento), seguito a distanza dalle lesioni personali volontarie (10,6 per cento). (...) Gli imputati nati nella Repubblica Cinese offrono, al contrario, un panorama più diversificato, legato soprattutto alla diversa tipologia di attività professionali e lavorative intraprese: il primo reato nella graduatoria è l'omesso versamento di ritenute previdenziali (32,7 per cento), cui segue il reato di "introduzione nello Stato e commercio di prodotti industriali con segni falsi" (9,8 per cento) e la loro vendita (2,9 per cento), e oltre a ricettazione e immigrazione, l'evasione fiscale e contributiva (7,3 per cento). (Istat, 2017, p. 98).

Una specifica attenzione è poi dedicata all'analisi dei dati sui condannati e sulle sentenze di condanna. Ciò che emerge è che, nel periodo di tempo compreso fra il 2000 e il 2015, la stragrande maggioranza dei condannati, pari al 70%, è rappresentata da uomini di cittadinanza italiana, mentre la percentuale di condannati stranieri risulta essere stabile intorno al 30%.

Tra i condannati nati all'estero nelle prime tre posizioni dal 2000 si sono trovati sempre i nati in Romania, Marocco e Albania (ex Jugoslavia nei primissimi anni al posto della Romania), fenomeno ovviamente legato al fatto che le persone provenienti da questi tre Paesi rappresentano le cittadinanze più numerose presenti in Italia; nelle due posizioni successive si sono alternati nel tempo i condannati nati in Tunisia e in Senegal. Negli anni è aumentata la componente cinese dei condannati,

fino a diventare la quinta nazionalità straniera dei condannati, dal 2013. Nel 2015 i rumeni condannati sono il 19,9 per cento tra i nati all'estero, i marocchini il 13,2 per cento, gli albanesi l'8,3 per cento, i tunisini il 7,5 per cento, i cinesi il 4,1 per cento. (Istat, 2017, p. 122).

In continuità con i dati sopra riportati emerge che sia gli italiani sia gli stranieri commettono principalmente reati di furto (semplice e aggravato), ricettazione, violazioni delle leggi in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope e lesioni personali e volontarie. Vi sono però alcune fattispecie delittuose che hanno visto coinvolti in particolare gli italiani, come la truffa, l'evasione fiscale e contributiva, la bancarotta e le violazioni degli obblighi di assistenza familiare. Per quanto riguarda gli stranieri invece:

(...) sono più caratteristici i delitti connessi all'immigrazione, così come quelli inerenti alle falsità (l'introduzione nello stato e commercio di prodotti industriali con segni falsi, la falsità materiale commessa da privati in atti pubblici e la falsa attestazione a pubblico ufficiale su identità o qualità proprie o altrui), nonché la resistenza, violenza o oltraggio a pubblico ufficiale, con poche variazioni rispetto agli anni 2000 e 2001. (Istat, 2017, p. 128-129).

Per quel che riguarda le contravvenzioni³, è diminuito il numero assoluto dei condannati italiani per sole contravvenzioni, ma è aumentato per le persone nate all'estero, passando da 11.145 nel 2000 a 23.234 nel 2015 (+108,5%):

Sono contravvenzioni maggiormente caratterizzanti il collettivo italiano dei condannati quelle relative alle disposizioni in materia di edilizia e urbanistica (anche tutela del paesaggio) e in campo ambientale, mentre caratterizzano maggiormente i condannati stranieri le violazioni alle norme sull'immigrazione, la guida senza patente e in misura minore le contravvenzioni in materia di armi ed esplosivi (Istat, 2017, p. 133).

³ I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni in base alla pena prevista dal codice penale (ex art. 39 c.p.). I delitti, previsti e puniti dal libro secondo del codice penale, prevedono sanzioni più gravi rispetto alle contravvenzioni, in particolare, sono quei reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo, della reclusione, della multa. Le contravvenzioni, disciplinate sia dal libro terzo del codice penale oltre che da numerose disposizioni di leggi speciali, sono invece quei reati per i quali sono previste le pene dell'arresto e/o dell'ammenda (ex art. 17 c.p.).

Nella relazione del Ministero dell'Interno sulla delittuosità in Italia nel periodo 2008-2015, si legge che:

I delitti che vedono maggiormente coinvolti cittadini stranieri, sempre considerando il valore medio dei valori delle persone denunciate/arrestate, risultano essere, in valore assoluto, i furti, con 48.879 segnalazioni, reati connessi al traffico di stupefacenti (24.283), ricettazione (16.157), lesioni dolose (15.580), minacce (10.387) (...). Diversamente, se si prende in esame l'incidenza percentuale della popolazione straniera, segnalata per ogni singola voce di reato sul corrispettivo valore totale di soggetti denunciati/arrestati, il reato con maggior peso risulta essere la contraffazione di marchi e prodotti industriali che registra un valore del 63,42% di cittadini stranieri, seguito dallo sfruttamento della prostituzione e pornografia minorile (56,15%), violazione della proprietà intellettuale (52,57%), i furti (47,49%) e ricettazione (46,88%) (...). (Ministero dell'Interno, 2017, p. 65).

Nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2017 scritta dal Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione si evidenzia invece la problematica relativa al sovraffollamento carcerario e si sottolinea altresì una crescita della popolazione carceraria straniera. In particolare, si legge che "In alcuni distretti meridionali si registra un aumento dei procedimenti connessi ai flussi migratori e all'immigrazione clandestina, spesso controllata da organizzazioni criminali transnazionali" (Corte Suprema di Cassazione, 2017, p. 39). La Relazione annuale al Parlamento del Ministero dell'Interno, sull'attività delle forze di polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata, relativa all'anno 2016, invece, rende noto che 2.301 stranieri sono stati segnalati per "associazione per delinquere", di cui 78 per quella di tipo mafioso, sottolineando come le organizzazioni criminali maggiormente operative in Italia, oltre a quelle autoctone, sono quelle di matrice albanese, romena, cinese, nigeriana e nordafricana. Dall'analisi dei dati relativi all'azione di contrasto effettuata sul territorio italiano dalle Forze di Polizia, emerge che nel 2016:

(...) si riscontrano 261.304 segnalazioni a carico degli stranieri resisi responsabili di attività illecite (riferite a persone denunciate ed arrestate), pari al 29,24% dello specifico totale generale; il dato risulta in diminuzione rispetto a quello del 2015 allorquando le segnalazioni erano state 307.781, pari al 31,99% del totale (Ministero dell'Interno, 2017, p. 61).

Secondo i dati riportati dal Ministero della Giustizia, aggiornati al 28 febbraio 2018, su un totale di 58.163 persone detenute negli istituti penitenziari, 19.765 sono stranieri e, di questi, solo 888 sono donne. Per quanto riguarda invece la posizione giuridica dei detenuti stranieri, la maggioranza di loro, pari a 11.840 soggetti, sono condannati, 7.871 sono imputati⁴ e 54 sono internati.

Questi dati lasciano spazio ad alcune riflessioni. In primo luogo va osservato che, se è vero che gli stranieri sono imputati principalmente per furto, violazione delle norme sugli stupefacenti e lesioni, ovvero reati che hanno un forte impatto sulla percezione di sicurezza della popolazione autoctona, è vero anche che occorre distinguere fra la condizione di immigrato regolare e irregolare. La Legge 15 luglio 2009, n. 94 introduce il reato di "Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato" (conosciuto anche come reato di "clandestinità" o di "immigrazione clandestina"), inserendo l'articolo 10-bis nel Testo Unico sull'Immigrazione (d.lgs. 286/1998), il quale recita:

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.

La condizione di irregolarità incide sui tassi di criminalità apparente ad opera degli stranieri nella misura in cui vi sono alcuni reati ad essa collegati come, ad esempio, le false attestazioni o dichiarazioni a Pubblico Ufficiale su identità o qualità proprie o di altri. E' necessario inoltre tenere in considerazione i molteplici fattori che incidono sulla presenza

⁴ Con il termine imputati si fa riferimento ai detenuti in attesa di giudizio e ai condannati non ancora definitivi.

degli stranieri nelle carceri, si pensi alla minore capacità di difesa nel corso dell'iter processuale o alle difficoltà che possono incontrare ad accedere alle misure alternative alla detenzione.

LA RISPOSTA ALLA PAURA NELLO SPAZIO URBANO

La retorica dell'allarme e della minaccia entro la quale viene presentato il fenomeno dell'immigrazione si riflette inevitabilmente anche sulle strategie elaborate per fare fronte e gestire la percezione di insicurezza dei cittadini e, più in generale, il rischio di devianza e criminalità. Le ansie, le incertezze e le preoccupazioni che nutriamo verso determinati fenomeni, incluso quello migratorio, si manifestano nelle città, i luoghi nei quali mettiamo in scena i rapporti interpersonali, le interazioni sociali basate sulla solidarietà o sul conflitto. Bauman sottolinea come nel contesto attuale siano proprio le città lo spazio della paura:

i luoghi in cui le insicurezze concepite e incubate nella società si manifestano in forma estremamente condensata e perciò particolarmente tangibile. [...] Le minacce autentiche e presunte alla persona e alle proprietà dell'individuo stanno rapidamente diventando i principali fattori da tenere in conto al momento di esaminare pregi e difetti del luogo dove vivere (Bauman, 2014, p. 31).

Le nostre paure possono portarci ad assumere atteggiamenti di esclusione nei confronti dell'altro da sé, del diverso, che si esplicano proprio nello spazio urbano, materializzandosi in una diffusione sempre maggiore di quelli che l'architetto Steven Flusty ha definito, in *Building Paranoia*, "spazi di interdizione" (Flusty, 1994). Si tratta di spazi urbani concepiti non come luoghi di aggregazione e di integrazione fra le diverse culture che popolano la città, ma finalizzati a dividere, segregare ed escludere, spazi estremamente attuali che, secondo Bauman, "sono diventati pietre miliari della disintegrazione della vita collettiva condivisa, localmente radicata" (Bauman, 2014, p. 32).

L'emergente ambiente urbano paranoico descritto da Flusty è generato da strategie di progettazione architettonica difensive, finalizzate cioè a filtrare, escludere e respingere i potenziali utenti. Alcuni esempi sono

rappresentati dallo spazio fuggente (*crusty space*), difficilmente visibile e accessibile a causa di impedimenti fisici come muri, cancelli o punti di controllo; dallo spazio pungente (*prickly space*), difeso da strutture che ne impediscono una comoda fruizione o, ancora, dallo spazio stressante (*jittery space*), in cui si è costantemente osservati e monitorati pattuglie di ronda o da tecnologie di controllo a distanza (Flusty, 1994).

Focalizzandosi sul caso italiano, un esempio di spazio di interdizione lo si ritrova a Padova, città situata nell'Italia nordorientale. E' qui che, nel 2006, l'amministrazione comunale richiede la costruzione di una recinzione di ferro dell'altezza di tre metri finalizzata a separare il quartiere degli immigrati, area di spaccio e prostituzione, dal resto dei residenti italiani. Il cosiddetto "muro di via Anelli" ha creato un vero e proprio ghetto, costruito in risposta ad una dilagante situazione di degrado e criminalità alla quale non si sapeva (o non si voleva) in quale altro modo fare fronte. Oggi, a distanza di più di dieci anni, gli edifici sono stati abbandonati e i negozi chiusi, ma il muro è ancora lì e, con lui, anche il degrado e lo spaccio di sostanze stupefacenti, lasciando abbandonata e inaccessibile un'intera area nel cuore della città. E' così che un quotidiano locale descrive gli effetti del muro:

Le recinzioni trasformarono le palazzine nella fortezza di boss nigeriani e magrebini, che abitavano i piani più alti e da lì dominavano il loro personale esercito di disperati. C'erano stanze segrete, nascondigli per l'eroina e le armi, e giovani africani a fare da vedetta dietro le finestre, pronti a dare l'allarme all'arrivo della polizia. Tra quei muri grigi, ciascuno lottava per conquistarsi la propria fetta di illegalità. E intanto, fuori, i residenti vivevano nella rabbia. (Corriere del Veneto, 2017).

Siamo nell'ambito delle politiche di prevenzione situazionale e quello appena esposto rappresenta uno dei casi più noti ed eclatanti del nostro paese. Le politiche di prevenzione situazionale sono strategie che intervengono sul luogo fisico, basate sulla rimozione di quelle situazioni e di quei fattori che possono favorire la commissione di condotte devianti o la diffusione di atti di inciviltà. Si tratta quindi di misure adottate a beneficio del cittadino al fine di incrementarne la percezione di sicurezza, dissuadendo gli individui dal commettere reati e/o atti di inciviltà. Ne sono

un esempio l'installazione di impianti di video sorveglianza, l'intensificazione dell'illuminazione in zone degradate o, ancora, un incremento della presenza di forze dell'ordine e del dispiegamento militare sul territorio, misure, queste ultime, che continuano ad essere considerate sia dai cittadini sia dalle amministrazioni comunali come maggiormente efficaci per garantire la sicurezza.

Le politiche di prevenzione situazionale costituiscono il risvolto applicativo e operativo di specifiche prospettive teoriche in ambito criminologico. Nel corso degli anni '80 del XX secolo si sviluppa un filone di studi che interpreta il crimine secondo un'ottica situazionale. In particolare, la Rational Choice Perspective, elaborata negli anni '80 da Cornish e Clarke, vede l'autore del reato come un soggetto che agisce con libertà e razionalità in grado di scegliere, fra le alternative disponibili, di adottare il comportamento che gli garantisce il maggior profitto e benessere, valutando i potenziali benefici derivanti dal trasgredire una legge. Secondo questa prospettiva, dunque, i meccanismi che stanno alla base della scelta di adottare un comportamento criminoso non si discostano molto da quelli che sottostanno all'adozione di una condotta conforme nella singole decisioni della vita quotidiana. (Cornish & Clarke, 1986). Fulcro della teoria delle attività di routine di Cohen e Felson, invece, è il concetto che le condotte del criminale siano favorite dalla stabilità delle attività quotidiane. Secondo gli autori, alcuni luoghi sono maggiormente esposti rispetto ad altri proprio per il tipo di attività e per le relazioni in essi presenti. In questa prospettiva, la probabilità di commissione di un reato sarà maggiore in presenza di un soggetto motivato a compierlo, di un bersaglio interessante e dell'assenza di controllo. Se manca anche uno solo di questi tre elementi fondamentali, allora diminuisce la probabilità di commissione del crimine (Cohen & Felson, 1979).

Ma quali effetti producono le politiche di prevenzione situazionale? Se, da una parte, queste possono forse garantire un'efficacia in termini di dissuasione e rassicurazione, dall'altra possono all'opposto rischiare di acuire il sentimento di allarme presso la popolazione. Bisogna poi tenere conto dell'effetto del *deplacement*: se non si agisce sulle cause che generano criminalità dato che quest'ultima non verrà eliminata, ma spostata altrove. Affinché i cittadini possano effettivamente beneficiare

di una maggiore sicurezza occorre prendere in considerazione anche le cause che stanno alla base dell'esclusione di quei gruppi sociali considerati a rischio di devianza. E' esattamente questo l'obiettivo perseguito da un'altra strategia preventiva definita sociale o strutturale. E' stato sottolineato che:

(...) soprattutto a livello locale, vengono realizzati interventi di istruzione e avviamento al lavoro (ad esempio nei confronti di segmenti deprivati quali immigrati o rom, ma anche giovani residenti nelle aree periferiche della città), di mediazione in quartieri sensibili, di recupero e riduzione del danno nei confronti di soggetti marginali (tossicodipendenti, prostitute, ex detenuti). (Battistelli, 2016, p. 109).

Le politiche di prevenzione possono essere applicate allo spazio urbano cercando di costruire città fondate sull'inclusione dei propri abitanti, a cominciare dai gruppi sociali più a rischio. Così Lahosa (2010) sottolinea che, per garantire la sicurezza dei cittadini, ai governi locali spetta il compito di articolare politiche della sicurezza socialmente inclusive, a partire dalla fruibilità degli spazi pubblici che devono essere realmente condivisi, spazi nei quali possa essere favorito lo sviluppo di relazioni interpersonali senza esclusioni legate a età, genere o etnia. L'adozione di politiche di prevenzione sociale deve pertanto tendere al superamento delle dinamiche e degli spazi di segregazione e di esclusione sociale. Al proposito si riporta il punto di vista di Richard Sennett che, in un'intervista rilasciata al settimanale l'Espresso, suggerisce l'esistenza di un rapporto fra urbanistica e comportamento sociale dichiarando che, per affrontare le grandi migrazioni e per raggiungere l'integrazione, sia necessario ripensare l'attuale *design* urbano creando quartieri ed edifici porosi, che siano cioè in grado di facilitare la convivenza fra identità e nazionalità eterogenee:

Il design, il modo in cui costruiamo le nostre città, può cambiare il comportamento della gente, nel corso del tempo. Le forme incomplete, le strutture che possano essere modificate internamente, in modo evolutivo, a seconda dei bisogni di chi le abita, le strutture dove forma e

funzione siano in qualche modo “divorziate”, hanno un potere liberatorio nelle relazioni sociali. E fanno tutt’uno con le capacità dialogiche della gente, abilità che vanno imparate ed esercitate. (Sennett, 2016).

Secondo l’autore la cooperazione può essere vista come un’arte, come una competenza che va acquisita. I legami fiduciari e di solidarietà che si mantengono con i propri simili e l’aggressività e la diffidenza nei confronti di chi non si conosce, di chi è altro da sé, dinamica che Sennett definisce come il «nuovo tribalismo» sono, secondo il sociologo, frutto di un’incompetenza sociale che dipende anche dal modo in cui sono costruite le nostre città. Da una prospettiva diametralmente opposta rispetto a quella di chi vuole costruire nuovi muri, Sennett insiste sull’importanza degli strumenti per allargare i confini e renderli, appunto, più porosi, in modo da favorire e incentivare i contatti tra le persone, anziché ostacolarli. Definisce la chiusura delle frontiere e dei confini come una pura illusione, qualcosa di ridicolo e non funzionale, sottolineando l’impossibilità di evitare il contatto con l’altro e, quindi, la necessità di adottare una politica dell’accoglienza.

CONCLUSIONI

Si è sottolineato come la tendenza di buona parte dei mezzi di comunicazione di massa e di alcuni esponenti politici a presentare la questione migratoria nell’ottica della minaccia e dell’allarme possa indurre la popolazione autoctona ad essere prevenuta nei confronti degli immigrati. Il binomio immigrazione/criminalità è quindi frutto di una costruzione sociale? Dai dati statistici riportati emerge come gli stranieri siano imputati, e condannati, principalmente per furto, violazione delle norme sugli stupefacenti e lesioni, si tratta quindi di quella componente della criminalità maggiormente “visibile” che provoca un forte impatto sulla percezione di sicurezza della popolazione autoctona. Nonostante sia stato registrato, in linea generale, un calo dei reati commessi per mano degli stranieri, va però osservato che la presenza di immigrati irregolari incide inevitabilmente sui tassi di criminalità apparente. Inoltre, la mancanza di una politica legislativa coerente in materia di flussi migratori, le oggettive difficoltà organizzative che si pongono di fronte agli imponenti

arrivi e l'insufficiente preparazione culturale di alcuni attori sociali ed istituzionali complicano notevolmente l'efficacia delle politiche stesse e dei tentativi di integrazione pure presenti.

Il pregiudizio e la reazione della società autoctona nei confronti della presenza della popolazione immigrata vanno ad aggiungersi ad una situazione complessiva già di per sé critica e precaria. Il distacco dai legami con la famiglia di origine, gli ostacoli posti dalle barriere linguistiche, l'assenza di una rete di sostegno nel nuovo paese e la necessità di misurarsi con valori culturali differenti dai propri sono solo alcuni dei fattori che determinano una totale ridefinizione dei progetti di vita dell'immigrato, ponendolo spesso in una condizione di spaesamento, vulnerabilità e fragilità che può ripercuotersi anche sul piano psicologico, esponendolo maggiormente al rischio di vittimizzazione. E' stato osservato come uno dei principali problemi di salute pubblica in Italia e in Europa sia rappresentato dalla salute mentale dei migranti, per i quali è più elevato il rischio di sviluppare disturbi mentali gravi come le psicosi (Cimino, 2015).

La combinazione dei fattori sopra esposti può verosimilmente rappresentare un contesto favorevole alla commissione di condotte devianti e criminali. E' noto come, nella prospettiva sociologica di Merton, una situazione caratterizzata da assenza o precarietà di punti di riferimento, rapporti sociali frammentati, difficoltà nel realizzarsi e nel beneficiare delle garanzie sociali possa portare al manifestarsi di forme di devianza anomica. Gli individui più svantaggiati che non hanno la possibilità di usufruire dei mezzi leciti per conquistare le mete culturalmente prescritte sono soggetti a frustrazione, insicurezza e angoscia e più predisposti a deviare dalle mete e/o dai mezzi legittimi. (Merton, 1966). Richiamando la teoria dei conflitti culturali proposta da Sellin, secondo la quale il conflitto nasce dallo scontro fra i valori delle subculture e quelli della cultura dominante, la convivenza fra gruppi etnici diversi all'interno di una società implica la presenza di sistemi valoriali eterogenei, i quali non necessariamente concordano sulla definizione di comportamento conforme. (Sellin, 1938).

La condotta criminale è generata da una pluralità di cause e si ritiene doveroso richiamare la nota equazione del campo proposta da Kurt Lewin $C = f(P, A)$ che mette in relazione il comportamento (C) ai fattori legati allo spazio di vita (A) ed alla personalità (P), evidenziando come anche l'ambiente influisce in modo determinante sui comportamenti devianti (Lewin, 1965).

E' dunque sulla base di queste consapevolezze che dovrebbero essere elaborate corrette politiche di sicurezza, la cui efficacia nel ridurre criminalità ed episodi di vittimizzazione dipende dalla capacità di adottare misure di prevenzione integrata che agiscano allo stesso tempo sia sul contesto sia sulle cause che generano criminalità e delinquenza, senza prediligere un aspetto a discapito dell'altro. E' stato osservato infatti che "(...) il rischio delle politiche di prevenzione è che esse oscillino tra due eccessi, quello di specializzazione (l'approccio situazionale) e quello di genericità (l'approccio sociale), senza riuscire a trovare un punto di equilibrio" (Sette, 2008, p. 111).

Occorre intervenire con politiche volte ad incentivare e facilitare l'integrazione non solo nell'ambiente urbano, ma anche e soprattutto nei quartieri periferici, attraverso una sempre maggiore attenzione e vicinanza alle esigenze dei cittadini da parte delle istituzioni pubbliche del territorio e proponendo un coinvolgimento attivo della cittadinanza alla vita del quartiere, promuovendo regolarmente attività di scambio sociale e culturale tra autoctoni e stranieri, con particolare riferimento alla fascia più giovane della popolazione. Si condivide la posizione secondo la quale:

Solamente se le seconde generazioni saranno in grado di fungere da ponte tra la famiglia e la società ospitante, valorizzando contemporaneamente una doppia appartenenza culturale, integrate in una realtà sociale che avranno contribuito a modificare facendosi parte attiva, avranno vinto la loro grande sfida. (Sicurella, 2015).

Si vuole concludere con una nota positiva, da attribuire al carattere universalistico delle prestazioni erogate dalle istituzioni scolastiche e sanitarie italiane, le quali offrono preziose opportunità, di integrazione e socializzazione nel primo caso e di assistenza nel secondo.

Scuola e ospedale offrono educazione e assistenza tanto al cittadino straniero quanto a quello autoctono, senza distinzioni. Non chiedono la cittadinanza italiana né chiedono, in caso di cittadinanza straniera, a quale titolo la persona appartenente a quest'ultima categoria si trova sul territorio nazionale: l'ammettono all'interno dell'organizzazione pubblica e forniscono loro il servizio come fanno con tutti i cittadini. (Battistelli, 2016, p. 92).

Non solo le istituzioni scolastiche e sanitarie, ma anche gli attori politici, i mezzi di informazione, i cittadini autoctoni e gli stessi immigrati dovrebbero concorrere per riacquistare quel tipo di collaborazione impegnativa e difficile che, secondo Sennett, abbiamo perduto:

(...) quella che cerca di mettere insieme persone che hanno interessi distinti o configgenti, che non hanno simpatia reciproca, che non sono alla pari o che semplicemente non si capiscono tra loro. La sfida è quella di rispondere all'altro a partire dal suo punto di vista. Che è la sfida in tutti i casi di gestione dei conflitti. (Sennett, 2012, p. 16).

CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Asimismo, la Universidad Católica Luis Amigó no se hace responsable por el manejo de los derechos de autor que la autora haga en sus artículos, por tanto, la veracidad y completitud de las citas y referencias son responsabilidad de la autora.

RIFERIMENTI

- Barretta, P., & Milazzo, G. (2017). *Notizie da paura. Quinto rapporto Carta di Roma 2017*. Reperibile su https://www.osservatorio.it/wp-content/uploads/2017/12/Rapporto-2017_-cartadiroma.pdf.
- Bauman, Z. (2014). *Il demone della paura*. Roma-Bari: Laterza.
- Battistelli, F. (2016). *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*. Roma: Donzelli Editore.
- Battiston, G. (2016). Richard Sennett: "Chiudere i confini è pura illusione". *L'Espresso*. Reperibile su <http://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2016/06/27/news/richard-sennett-chiudere-i-confini-e-pure-illusione-1.274941>.
- Bisi, R. (2015). I flussi migratori: questioni controverse che attraversano la cultura e il diritto nella società contemporanea. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 9(1), 7-17. DOI: 10.14664/rcvs/151.
- Centro Studi e Ricerche IDOS. (2015). *Dossier Statistico Immigrazione 2015*. Roma, Italia: Edizioni IDOS.
- Cimino, L. (2015). Migrazione e salute mentale: un problema emergente. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 9(1), 59-66. DOI: 10.14664/rcvs/156.
- Cohen L. E., & Felson, M. (1979). Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. *American Sociological Review* (52).
- Cornish, D., & Clarke R., (1986). *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*. New York: Springer Verlag.

Corriere del Veneto. (2017). I dieci anni immobili di via Anelli. Viaggio nell'ex ghetto di Padova. Reperibile su <http://corrieredelveneto.corriere.it/veneto/notizie/cronaca/2017/25-luglio-2017/i-dieci-anni-immobili-via-anelli-2401837419104.shtml>.

Corte Suprema di Cassazione. (2017). *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2017*.

Eurispes, (2018). *Rapporto Italia 2018*. Reperibile su http://www.cnos-fap.it/sites/default/files/rapporti/eurispes_sintesi_rapporto_italia_2018.pdf.

European Union. (2017). Standard Eurobarometer 87 – Spring 2017 “Public Opinion in the European Union, First Results”. Reperibile su <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/STANDARD/surveyKy/2142>.

Ferraris, V. (2012). *Immigrazione e criminalità*. Roma: Carocci.

Flusty, S. (1994). *Building paranoia: the proliferation of interdictory space and the erosion of spatial justice*. West Hollywood, EE.UU: Los Angeles Forum for Architecture and Urban Design.

Istituto Nazionale di Statistica (Istat). (2012). *Rapporto Annuale 2012. La situazione del Paese*. Roma, Italia: Istat. Reperibile su <https://www.istat.it/it/files/2012/05/Rapporto-annuale-2012.pdf>.

Istituto Nazionale di Statistica (Istat). (2017a). *Delitti, imputati e vittime dei reati. Una lettura integrata delle fonti su criminalità e giustizia*. Roma, Italia: Istat. Reperibile su <https://www.istat.it/it/files/2017/10/Delitti-imputati-e-vittime-dei-reati.pdf>.

- Istituto Nazionale di Statistica (Istat). (2017b). Rapporto annuale 2017: La situazione del Paese. Roma, Italia: Istat. Reperibile su <https://www.istat.it/it/files/2017/05/RapportoAnnuale2017.pdf>.
- Lahosa i Cañellas, J. M. (2010). Seguridad y ciudad inclusiva. En Pascual i Esteve, J. M. y Godás, X. (Coords.), *El buen gobierno 2.0: la gobernanza democrática territorial: ciudades y regiones por la cohesión social y una democracia de calidad* (pp. 315-342). España: Tirant lo Blanch.
- Lewin, K. (1965). *Principi di psicologia topologica*. Firenze, Italia: Organizzazioni Speciali.
- McCombs, M., & Shaw, D. (1972). The Agenda Setting Function of Mass Media. *The Public Opinion Quarterly*, 36(2), (Summer, 1972), 176-187.
- Merton, R., K. (1966). *Teoria e struttura sociale*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Ministero dell'Interno (2016). *Relazione al Parlamento. Anno 2016*.
- Ministero dell'Interno (2017). *Delittuosità in Italia. Periodo 2008-2015*.
- Osservatorio Europeo sulla Sicurezza (2017). X Rapporto sulla sicurezza e l'insicurezza sociale in Italia e in Europa. Significati, immagini e realtà-Percezione, rappresentazione sociale e mediatica della sicurezza. Reperibile su http://www.fondazioneunipolis.org/wp-content/uploads/2017/02/Fondazione-Unipolis-X-Rapporto-sulla-sicurezza-e-insicurezza-sociale-2017_light.pdf.
- Rapporto di ricerca a cura di DISPOC/LAPS (Università di Siena) e IAI (2017). Gli italiani e la politica estera. Reperibile su http://www.iai.it/sites/default/files/laps-iai_2017.pdf.

Sellin, T. (1938). *Culture Conflict and Crime*. New York, EE.UU.: Social Science Research Council.

Sennett, R. (2012). *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*. Milano, Italia: Feltrinelli.

Sette, R. (2008). *Controllo sociale e prevenzione. Un approccio criminologico*. Bologna, Italia: Clueb.

Sicurella, S. (2015). Le sfide che i figli degli immigrati devono affrontare. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 9(1), 43-53. DOI: 10.14664/rcvs/154.

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). (2017). Europe keydata-2017. Reperibile su <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/62326>.

United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division. (2017). *International Migration Report 2017*. Reperibile su http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf.

SITI WEB CONSULTATI

Cestim: www.cestim.it

Eurispes: www.eurispes.eu/

Eurostat: <http://ec.europa.eu/eurostat>

Ministero dell'Interno: www.interno.gov.it/it

Ministero della Giustizia: www.giustizia.it

Istituto Nazionale di Statistica (Istat): www.istat.it

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR):
<https://www.unhcr.it/>

United Nations Population Division: www.un.org/esa/population/

MEDIACIÓN PENAL: CONTRIBUCIÓN A LA SIMPLIFICACIÓN DEL PROCESO Y LA RESOCIALIZACIÓN DEL DELINCUENTE. POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN EN CUBA

CRIMINAL MEDIATION: CONTRIBUTION TO THE SIMPLIFICATION OF THE PROCESS AND THE CRIMINALIZATION OF THE CRIMINAL OFFENDER. POSSIBILITIES OF IMPLEMENTATION IN CUBA

*Jorge Luis Barroso González**, *Marta González Rodríguez***

Recibido: noviembre 1 de 2017 – **Aprobado:** diciembre 7 de 2017 – **Publicado:** enero 16 de 2018

Artículo de investigación¹

Forma de citar este artículo en APA:

Barroso-González, J. L., y González-Rodríguez, M. (enero-junio, 2018). Mediación penal: contribución a la simplificación del proceso y la resocialización del delincuente. Posibilidades de implementación en Cuba. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 73-101.

DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3109>

Resumen

El objetivo de esta investigación es fundamentar teóricamente la pertinencia de la mediación penal como mecanismo simplificador del proceso y su contribución a la resocialización del delincuente, aspectos que sin duda constituyen valores agregados de los procesos de mediación penal, aunque no son enaltecidos de la forma que merecen. Por el contrario, frecuentemente al abordarse el tema de la mediación penal se le otorga mayor fuerza a lo que dicho proceso le ofrece a las víctimas, obviándose en cierta medida el carácter simplificador del proceso, lo cual resulta trascendente para que los jueces puedan dedicar su tiempo a los casos más complejos; y por otra parte,

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Abogado. Profesor Titular, Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, Cuba (UCLV). Correo electrónico: jorgeb@uclv.edu.cu // jotaaleb82@gmail.com ORCID: 0000-0003-1201-8892.

** Doctora en Ciencias Jurídicas. Abogada. Profesora Titular, Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, Cuba (UCLV). Correo electrónico: martag@uclv.edu.cu.

¹ Investigación elaborada en el marco del proyecto terminado: “Modelo de resocialización de los sancionados penalmente en Cuba”, de la Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, Cuba (UCLV).



también se alude en materia de mediación penal a su contribución a la resocialización del delincuente, no porque la mediación propiamente sea sinónimo de resocialización, sino porque al evitar la imposición de una sanción penal, sin dudas se estará librando al delincuente de una sanción y sus efectos estigmatizantes, lo cual favorece un mejor proceso de resocialización. Se trata de una investigación de carácter teórico, por tanto, la metodología utilizada se corresponde con ello. Los elementos que se desarrollan con arreglo a la teoría permiten cuestionarse si resulta posible implementar la mediación penal en Cuba, reflexión con la que culminamos nuestro trabajo. Se concluye que no solo puede implementarse la mediación penal en Cuba, sino que también constituye una necesidad actual en el país caribeño.

Palabras clave

Justicia restaurativa; Mediación; Proceso penal; Resocialización; Delincuente; Cuba.

Abstract

The intention of this investigation is to build theoretically the relevance of the criminal mediation as a simplifier mechanism of the process and its contribution to the resocialization of the criminal, aspects that certainly constitute added values to the criminal mediation process, although they are not exalted in the way they deserve. On the contrary, frequently to cover the topic criminal mediation is granted major effort to the corresponding process offered to the victims, without taking into account the simplifier character to the process, which results transcendentalfor judges can empty their time to the more complex cases. On the other hand, it is alluded in matter to criminal mediation and its contribution to criminal resocialization not only because the meditation will be a properly a synonym of resocialization but also to avoid the imposition of a criminal sanction, undoubtedly the criminal will free from a sanction and its stigmatizing effects, what it favors an appropriate resocialization process. It is about an investigation of theoretical character, for this reason, the methodology used is according to this. The elements that will be developed corresponding to the theory allow to question if it is feasible to implement the criminal mediation in Cuba, reflection which is finished our work. It is concluded that is not only to implement the criminal mediation in Cuba, but also it constitutes a current need in the Caribbean country.

Keywords

Restorative justice, mediation, criminal process, resocialization, criminal, and Cuba.

INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos cardinales del derecho penal lo constituye la protección de bienes jurídicos de particular relevancia para la adecuada armonía de las relaciones sociales en general. La justicia penal actual, sin embargo, también se ha proyectado hacia la implementación de vías de soluciones a los conflictos que resulten más expeditas y a la vez menos costosas, así como a la materialización de la resocialización del delincuente.

Cualquier proceso judicial, específicamente el de carácter penal, se estructura por plazos, o sea, lapsos de tiempo que responden a las diversas fases por las que atraviesa el proceso, que regulan su desarrollo y a la vez lo impulsan intentando minimizar la posibilidad de innecesarias dilaciones. Simplificar el proceso penal se traduce entonces en comprimir sus plazos, y con ellos las formalidades y diligencias. Si bien actualmente la mayoría de las normas penales adjetivas implementan disímiles fórmulas en pos de abreviar el proceso, aún se requieren más y mejores prácticas para lograr una justicia pronta, sin que esta deje de ser eficaz.

Tendencias más actuales propugnan por un redimensionamiento del rol de víctimas y victimarios dentro del proceso, en una paulatina desaparición de su tradicional posición estática y contemplativa, para adquirir, en cambio, un particular protagonismo en aras del restablecimiento de ese estado de cosas que resultó violentado por el delincuente, y a su vez procurando satisfacer los intereses de las víctimas y perjudicados en general. Si a lo anterior se adiciona que la resocialización del delincuente se ha procurado de manera persistente y a la vez infructuosa por distintas vías (Muñoz-Conde, 1982; Baratta, 1990; Giménez-Salinas, 1993; Cervelló, 2005; Torres, 2006), existiendo una casi total unanimidad en la doctrina en cuanto a la imposibilidad del logro de este fin por medio de la cárcel (Beristain y De la Cuesta, 1993; Bueno, 1994; Cesano, 2001) y considerando que las sanciones alternativas a la prisión también atraviesan momentos de crisis, entonces no resultará ocioso en modo alguno procurar una trascendencia resocializadora en los procesos mediadores en sede penal.

Este trabajo se propone entonces fundamentar la importancia que reviste la mediación penal no solo como proceso que atiende particularmente a los intereses de las víctimas y las revaloriza como es debido, sino también, y no menos importante, poner de manifiesto su trascendente papel simplificador del proceso penal y su contribución a la resocialización del delincuente. Todo ello en función de reflexionar acerca de su posible implementación en Cuba. El trabajo se ha desarrollado desde una perspectiva teórica, de ahí que la metodología utilizada se corresponda con tales derroteros.

Como antecedentes de esta investigación existen, al menos en Cuba, muy pocos trabajos e investigaciones que se hayan ocupado del tema, al menos con la profundidad que el mismo requiere. De ahí que esta constituye una aportación importante a la visibilización de la importancia que implicaría el proceso de mediación penal en la Cuba actual. El resultado principal al que se arriba es precisamente el relativo al planteamiento de que resulta una necesidad la implementación de la mediación en aquellos procesos penales que así lo ameriten en Cuba. Por tanto, este trabajo, aun planteando elementos del orden teórico, es capaz de aportar elementos que en su momento podrán ser tomados en consideración para la toma de decisiones respecto a la implementación de la mediación penal en Cuba, así como para la forma concreta en que se deberá llevar a vías de hecho, quedando garantizado, entonces, su contribución teórica y sobre todo práctica.

ALGUNAS IDEAS PRELIMINARES

El catedrático norteamericano Erik Luna (2006) ha planteado:

Bajo el sistema tradicional, las víctimas y las comunidades afectadas por la delincuencia quedan en gran parte excluidas del proceso. La justicia se debe al Estado como supuesta víctima, y no a las personas directamente perjudicadas por el delito. (...) un proceso de sanciones bien informado de las relaciones sociales y su violación por una conducta dañina (...) crearía un foro para el diálogo entre la víctima, el delincuente, sus familias, sus partidarios y miembros interesados de la comunidad para considerar las causas y las consecuencias del delito, el cual sería censurado como medio de reafirmar tanto los derechos de la víctima a no ser atacada como

los requisitos básicos de todas las relaciones sociales. Y buscaría la restauración para los afectados por la conducta dañina, ya sea en forma de compensación material por daños físicos o una reparación simbólica a través del remordimiento y las disculpas (p. 102).

Asistimos al florecimiento de criterios como este, los que van cobijándose en un novedoso sistema de categorías que se aúnan en lo que se ha dado en llamar teoría de la justicia restaurativa, y que incluye un sinnúmero de formas entre las cuales se encuentra la mediación. Sobre esta resultan concluyentes Bustos-Ramírez y Hormazábal (1997), al significar que resulta decisiva como forma alternativa de resolución de conflictos, ponderando además los autores lo que aporta a la reparación del detrimento que el injusto provoca tanto a víctimas como a la sociedad en general, y propiciando una disminución en los niveles de sanciones, lo cual contribuirá a una mayor posibilidad de resocialización del delincuente (pp. 165-168). Una oportuna mediación puede resolver tempranamente un conflicto penal sin necesidad de que se desgasten en el tracto procesal, acusados, víctimas y representantes de organismos judiciales, lográndose, por demás, una solución que satisfaga a los involucrados directos y resulte beneficiosa para la sociedad.

Es preciso refrendar que la mediación guarda estrecha relación con el proceso, compartiendo principios comunes a este. Tal es el caso del *principio de inmediatez*, dado que el mediador debe hallarse en constante y estrecho vínculo personal con las partes intervinientes; el *principio de oralidad*, el que garantiza que se cumpla con la inmediatez, al efectuarse la llamada audiencia conjunta, de vital importancia para el acuerdo víctima-victimario; el *principio del impulso procesal de oficio*, requiriéndose de más acometida que el resto de los procesos, eliminando el exceso de formalismo, aunque sin obviarlo completamente, dejando el indispensable para que reine el principio del debido proceso; entre otros.

Por todo lo antes señalado, se justifican hoy estudios cada vez más amplios y pormenorizados sobre la mediación penal como institución que incide en cuestiones relativas a las denominadas formas alternativas para la resolución de litigios en materia penal, determinante en una compactación y agilización de sus procesos, pero a la vez posibilitando que, al término del mismo, exista un saldo de reparación material y espi-

ritual para la víctima, una cuota de arrepentimiento del victimario, quien podría evadir la siempre impactante experiencia de la prisión, institución constantemente vilipendiada por su divorcio con el ideal resocializador y su aporte negativo al aumento de la recidiva penal que experimentan nuestras sociedades modernas.

En la actualidad, este tópico reviste un interés superlativo para la mayoría de los operadores y estudiosos del derecho penal. En referencia a ello, el propio Bustos-Ramírez (1997) ha expresado la necesidad de que se implementen procesos de esta naturaleza, con base a las bondades que presenta, una de ellas la honra al principio de oportunidad, además las cuestiones que favorecen a las partes involucradas, dígase la víctima, pero también el victimario y el propio Estado.

BREVE ACERCAMIENTO A LA TEORÍA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Un autor que ha sistematizado lo concerniente a esta institución, Erik Luna (2006), parte de que la misma expande las tradicionales teorías de la sanción penal en dos dimensiones: la cronología del hecho delictivo y sus involucrados, proveyendo participación de todas las partes afectadas, no solamente el Estado y el delincuente, para abordar lo que ha pasado y lo que debe suceder. Incorpora tres principios básicos referentes: el primero, que el delito no es un acto contra el Estado, sino contra víctimas particulares y la comunidad en general; el segundo, relativo a que el objetivo principal es reparar los daños, sobre todo el causado a la víctima, y no infligir dolor al delincuente; y por último, implica un proceso colaborativo de sanción aglutinador de todos los afectados por el delincuente y el delito, mediante un diálogo desinhibido entre las partes que permita un acuerdo mutuo sobre los pasos a seguir para sanar a la víctima y a la comunidad, así como un plan para enfrentar los factores que contribuyen a la conducta del delincuente y facilitar su desarrollo como un ciudadano respetuoso de la ley.²

² Se recomienda profundizar en la obra citada, además en lo relativo a los principios de inclusión, voluntariedad, apoyo, control del proceso, diálogo no dominado; y las fases de censura, remordimiento, aceptación, planificación y facilitación.

Para Wachtel (1999), la justicia restaurativa reprocha el comportamiento dañino, al tiempo que aprueba y resalta los valores inherentes al individuo. También subraya que no se trata de un modelo sino de una filosofía, debiendo dictar el modo de actuar en todos los ámbitos de nuestras vidas. Considera, además, que dichas prácticas en el orden restaurativo verdaderamente cambiarían la conducta del infractor si se logra una concienciación de este acerca del mal que causó, pero evitando regaños, y reconociendo los valores del victimario a la vez que se desapruueba su actuar ilícito.

El propio Wachtel, de conjunto con McCold (2003), aborda de manera integrada el tema, planteando similares aspectos esenciales y agregando que el modelo de justicia restaurativa se estructura conceptualmente en tres dimensiones diferentes, pero a la vez interrelacionadas: la ventana de la disciplina social, el rol de los involucrados y los tipos de prácticas en el orden restaurativo. Resulta interesante el hecho de que estos autores realizan una clasificación de las personas que guardan relación directa o indirecta con el hecho reprochable, destacando lo que se ha dado en llamar “partes interesadas primarias” (víctimas, familiares y victimarios) y “partes interesadas secundarias” (vecinos y funcionarios), donde las primeras tienen necesidades específicas en el proceso y participan en él de manera activa, mientras que las segundas responden a necesidades colectivas y fungen como elementos de apoyo.

A su criterio, estamos en presencia de un proceso al que se le denomina “parcialmente restaurativo” cuando implica solamente a varias de las “partes interesadas primarias”; por su parte, se podrá hablar de un proceso “mayormente restaurativo” si comprende en un procedimiento como la mediación a las dos partes interesadas principales, no a las comunidades de apoyo. Por ende, será “completamente restaurativo” el proceso donde los tres grupos de partes interesadas primarias adquieren participación protagónica y activa.

Otra definición, quizás más sintética pero correctamente planteada, la ofrecen Echeverri y Maca cuando afirman que se trata de una tipología de justicia que a través de un proceso de encuentro y diálogo donde se enrolan de manera activa y voluntaria la víctima, el victimario y la propia

comunidad, se encarga de alcanzar la reparación del daño causado, la reconstrucción del lazo social y, no menos importante, la rehabilitación del infractor.

En tanto, el español Suanzes (1996) construye su definición a base de una fusión de las brindadas en su momento por el binomio compuesto por Bazemore & Walgrave (1999), estableciendo entonces que la justicia restaurativa o reparadora, como también se le denomina en la nación ibérica, no es más que un proceso al que arriban de manera conjunta y voluntaria todos los afectados por una afrenta, y lo hacen con el objetivo de definir colectivamente el modo de en que abordarán la situación generada por la ofensa y sus implicaciones futuras; también la entiende como acción encaminada fundamentalmente a alcanzar justicia a través de una solución que repare el mal causado por el delito.

A saber, estamos en presencia de un modelo al cual acceden las partes (dígase víctima, victimario, comunidad) de manera absolutamente voluntaria, con el fin de restablecer el estado de cosas que reinaba antes de la comisión del ilícito por parte del infractor, procurando que la víctima sea reivindicada y quede satisfecha de la reparación del daño causado, mientras que se logre una aceptación de los hechos por parte del ofensor, así como un arrepentimiento espontáneo y la disposición a cooperar con el resarcimiento. Por otra parte, se eliminan pasos del proceso que, en definitiva, lo dilatarían si lo abordamos desde su arquetipo tradicional, en el que lo primordial es la respuesta estatal al reprochable, sin ajustarse a los reales intereses tanto de la víctima como de la comunidad afectadas, como tampoco a la economía procesal que requieren los tiempos actuales.

Pero además, y no menos trascendente, aparece el efecto resocializativo que se pretende lograr en el transgresor, toda vez que, si bien en un proceso de mediación generalmente no se trazan estrategias resocializadoras propiamente dichas, el solo hecho de evitar el ingreso del acusado a un establecimiento penitenciario le estaría restando causales de vulnerabilidad al mismo, pues no solo contribuye a la resocialización

aquello que material y efectivamente se realice para alcanzarla, sino también la eliminación, o al menos minimización, de todo lo que provoque en el justiciable un efecto de-socializador.

Se mencionaba a la comunidad como punto de apoyo para el buen funcionamiento de las prácticas restaurativas, y debemos reafirmar este particular por cuanto una de las fases que establece Luna (2006) es la de facilitación, enfatizando en que, a pesar de ser la fase final, resulta la clave para el logro de los objetivos perseguidos. Esto se fundamenta en el hecho de que en el proceso se analizan las causas que dieron lugar al delito y se propone un plan de acción para que el delincuente no vuelva a reincidir; pero si la sociedad que interactúa con el mismo no coadyuva al cumplimiento de dicho plan, entonces el infractor se colocará en la antesala de nuevos y más socialmente peligrosos crímenes.

Otra arista del tema (Jakobs, 1998) advierte el ineludible hecho de que el mero castigo retributivo del delincuente presenta limitaciones para restituir la convivencia social pacífica, dado que desconoce los intereses del perjudicado; tampoco coadyuva a la esperada reinserción comunitaria del infractor.³ De ahí que la fórmula restauradora mira al futuro y no al pasado exclusivamente, garantizando que habida cuenta de la culpa del ofensor, la cual no se diluye, se le otorgue una relevancia cardinal a la procuración de formas de concienciación sobre el mal causado, el reconocimiento de su responsabilidad y el intento por restañar el perjuicio.

LA MEDIACIÓN COMO UNA DE LAS FORMAS DE MATERIALIZAR LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Diversas formas programáticas de materializar la justicia restaurativa han ido surgiendo y desarrollándose de manera gradual. Algunos de dichos programas⁴ los constituyen las Reuniones de Restauración, los Círculos, la Restitución, el Servicio Comunitario, la Asistencia (tanto

³ En tal sentido, Jakobs (1998) advierte sobre lo que debe procurarse con la pena, que esta sea “adecuada”, que no dificulte el camino a la reinserción. De ahí que esta no puede pensarse y aplicarse como mero castigo, sino bajo los principios de que deben siempre imponerse cuando no quepa otra alternativa y en función de la resocialización del delincuente.

⁴ Ver Portal de la Organización Internacional de Justicia Restaurativa, disponible en World Wide Web: <http://www.restorativejustice.org/>.

a las víctimas como a los exdelincuentes) y, por último, la Mediación, objeto esencial de este trabajo y sobre la cual se centrará el mismo en lo sucesivo.

SURGIMIENTO DE LA MEDIACIÓN

Se plantea que el ejemplo típico y más desarrollado de los programas antes referidos es el de la mediación, acaecida entre la víctima y su victimario. Esta consiste en la concertación de un acuerdo entre las partes antes mencionadas, al que se arriba mediante la facilitación de la comunicación por parte de un ente conocido como mediador. El acuerdo procurará contener la forma más efectiva para la reparación del detrimento causado por el ofensor.

La ciudad de Kitchener, en Ontario, Canadá, fue testigo en la década de 1970 del pasado siglo, del origen de la mediación como programa. Surge como idea de un funcionario encargado de la libertad condicional en materia de menores, quien fue capaz de persuadir a un magistrado de que dos jóvenes sentenciados por actos vandálicos debían sentarse a dialogar con las víctimas de sus infracciones. Luego de dos sesiones, el juez dictó la orden de que los jóvenes realizaran una especie de restitución a sus víctimas. Se trataba de una condición sin la cual no se les concedería la libertad condicional. A partir de ese momento se instituyen los programas de reconciliación entre víctima y delincuente como una modalidad de sentencia alternativa emitida con posterioridad a la condena y enfocada en la libertad condicional.

Esta primigenia forma de justicia restaurativa fue evolucionando hasta convertirse en un programa organizado. Al principio recibió donativos por parte de instituciones religiosas, así como subsidios provenientes del Estado, y apoyo de diferentes agrupaciones de índole comunitaria, todo ello en Canadá. Hasta que en 1978 la ciudad de Elkhart, en el estado de Indiana, acoge el primer programa de justicia restaurativa en tierra estadounidense. Unos años después, ya los programas se habían extendido a otras ciudades de ese país e incluso a naciones europeas. Aun cuando la mediación en sus inicios no fue entendida como una

acción reformadora del sistema de justicia penal, sus implementadores comprobaron en breve tiempo sus amplias facilidades, tanto en relación con la restauración del daño como con el consecuente apoyo a la reinserción del ofensor.

LA MEDIACIÓN EN SU CONCEPCIÓN GENÉRICA

La mediación ha sido abordada teóricamente desde múltiples prismas de análisis, y como concepción general se define con principios que son aplicables no solo al derecho penal sino también a otras ramas. Una de estas concepciones teóricas es la adoptada por Caram (2000), quien la define como “sistema alternativo” de resolución de conflictos, en el cual la figura de mediador, a partir de su neutralidad, asiste y acompaña a las partes en un proceso donde estas deberán tomar decisiones respecto a su desencuentro. Agrega algunos atributos del proceso, como la voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, autocomposición de las decisiones, y el énfasis en la satisfacción de los intereses planteados por las partes.

Hagamos una profundización en varios de los antes mencionados rasgos en que, al decir de la referida autora, se bifurca esta conceptualización: *voluntariedad* (dado por el hecho de que las partes no concurren al acto de la mediación obligadas, sino por su soberana voluntad, y permanecen en el proceso hasta que lo estimen; igualmente deciden si acuerdan o no, y en caso positivo, tienen entera libertad para definir el contenido de tales acuerdos); *confidencialidad* (la persona del mediador debe guardar absoluta discreción respecto a los temas debatidos en el proceso, prohibiéndosele al mediador trasladar el contenido de las conversaciones a otros ámbitos, ni siquiera el judicial); *flexibilidad* (el mediador puede utilizar la forma de procedimiento que estime en la búsqueda de una mejor comunicación entre las partes, incluso puede reunirse con estas a la misma vez o por separado); *autocomposición* (se puede resumir en que la solución que se acuerde se elabora conjuntamente entre las partes ayudadas por el mediador, no se impone); *mirada al futuro* (más allá de buscar un culpable a hechos pasados, lo verdaderamente importante es encontrar una solución proyectada hacia el futuro); *énfa-*

sis en las necesidades reales (se enfatiza sobre las verdaderas necesidades que las partes tienen con relación a los hechos que se analizan y que dieron lugar a la mediación).

La conceptualización de Caram (2000) posee similitud con la ofrecida por Martínez (2012), quien señala, coincidentemente, a un “sistema alternativo” de resolución de disputas, así como en la intervención de las partes en pugna y el mediador, tercero neutral encargado de acompañar y facilitar el desarrollo del proceso. Igualmente, estos refieren como elementos distintivos los relativos a lo confidencial, voluntario y flexible del proceso, así como que se encuentra centrado en la relación futura, y donde se ponen de manifiesto las necesidades insatisfechas de las partes. Ambos autores convergen en que las decisiones que se tomen estarán reservadas a estas últimas, quienes podrán tanto concertar el acuerdo como finiquitar el proceso aun sin haber arribado a consenso.

De modo que la mediación, en su concepto genérico, debe concebirse como un sistema de solución de conflictos, donde las partes involucradas se auxilian de un tercero neutral, el cual solo viabiliza el curso de los acuerdos, sin que por ello su criterio sea de obligatorio cumplimiento para los antagonistas. Además, la mediación debe cumplir varios requisitos relativos a la voluntariedad con que se accede y se abandona el proceso: la confidencialidad de los temas tratados; la autocomposición del o de los acuerdos conciliadores; y la búsqueda de soluciones positivas para los litigantes en función de restablecer el orden imperante tomando en cuenta las necesidades de estas con especial énfasis en la garantía de que las decisiones resulten efectivas en un plazo de tiempo futuro.

LA MEDIACIÓN PENAL

Luego de analizar las definiciones de la mediación como figura aplicable a conflictos de índole distinta a la penal, corresponde lógicamente orientar este concepto hacia la mediación efectuada en el contexto del sistema punitivo. En tal sentido varios autores en general han ido esculpiendo todo un maderamen teórico de utilidad en el propósito de implementar la mediación armónicamente con el proceso penal.

Según el criterio de Martínez (2012), anteriormente mencionado, quien suscribe elementos de la mediación ya expresados como la voluntariedad, confidencialidad y neutralidad del mediador en su asistencia a las partes, también declara la interactividad de este proceso como otra de sus cualidades, elemento significativo para alcanzar la pretendida satisfacción de los intereses en juego. Este autor resume algunos aspectos relativos a la privacidad en el proceso, confidencialidad, clima de reserva, construcción de la realidad y los encuentros previos que deben realizarse entre el mediador y las partes. En otro orden introduce el tema del factor tiempo, el cual debe resultar lo más breve posible, en aras de que la solución del caso llegue de forma ágil y que las partes discurran por el procedimiento rápidamente, de modo que no les resulte engorroso llegar al consenso.

Caram (2000), por su parte, agrega una serie de objetivos insoslayables del proceso de mediación penal planteando, por ejemplo, el compromiso de las partes de participar en el mismo activamente y no como meros espectadores, restándole al Estado el protagonismo tradicional que podría desvirtuar en este caso el procedimiento; el rol que debe jugar el mediador para encausar el contacto recíproco que necesariamente deberá lograrse por las partes, pero evitando que se manifiesten sentimientos vengativos o agraviantes que provoquen la victimización de las partes una vez más; el intercambio recíproco de impresiones sobre los hechos, preferiblemente en un local ajeno al tribunal; la búsqueda de soluciones conjuntas que persigan reparar el mal acusado; generar la toma de conciencia por parte del reo sobre los hechos cometidos y sus consecuencias, elementos que de conjunto propicien un sincero arrepentimiento.

Alconada (2006) define a la mediación penal, en primer orden, como medio de resolución alternativa de conflictos, junto a la conciliación y a la conferencia de conciliación con moderador. Aun cuando pudiera tacharse de restrictiva tal clasificación, centrando nuestra atención exclusivamente en su definición de mediación, resulta interesante el énfasis que hace el autor en lo que denomina una “mayor horizontalidad” entre las partes y el mediador; a este último no se le otorga la facultad de identificar los conflictos ni de facilitar sus soluciones, solo podrá colaborar

a las partes en su concienciación del problema. Debe apuntarse que este autor realiza una definición contentiva de elementos negativos porque le interesa delimitar este concepto del relativo a la conciliación, aspecto que será tratado en un acápite posterior. Especial mención realiza el autor, a su vez, sobre el tiempo del proceso, considerándolo breve por regla general, realizado en un máximo de cuatro sesiones (donde incluye las individuales), concluyendo que la mediación se aconseja solo para casos caracterizados por una conflictividad de bajo perfil, donde exista un alto grado de disposición para dialogar, aunque también pudiera efectuarse en casos donde exista o subyazca un conflicto emergente respecto al cual la víctima solamente persiga una satisfacción económica.

Sailor (2000) resalta la capacidad transformadora de la mediación sobre quienes se involucran en ella, inclinándolas hacia posturas más dispuestas a dialogar como una forma de resolución de dificultades sobre la base de la comunicación; por lo que significa no solo el alcance de la mediación centrado en el acuerdo como propósito esencial, sino también el efecto desarrollador de la conciencia que puede generar en las personas. Este propósito se encuentra en estrecha consonancia con la pretendida resocialización del delincuente, propiciando que, de manera individual, voluntaria, él mismo tome conciencia de sus problemas, participe de la solución al conflicto que ha generado, y con ello crezca personalógicamente y tome distancia de la posibilidad de incurrir en nuevos delitos.

Otro experto en mediación, Marcos Edgardo Azerrad (2007), ha entendido a la mediación penal en su condición de procedimiento no adversarial, agregándole principios a los ya referidos, como, por ejemplo, su carácter gratuito e informal. Pondera, por su parte, lo que provee en materia de celeridad y economía procesal. Sobre el diálogo que se produce entre los intervinientes, lo cataloga de directo, claro y sincero. Refleja la neutralidad e imparcialidad del mediador como premisa para que las partes logren clarificar e identificar sus demandas. Solo así se podrá, según el autor, arribar a un acuerdo con ribetes de justicia, equidad y honorabilidad para las partes, sin obviar en este proceso que, ante todo, se procurará contribuir a la preservación de la paz social. Se reproducen

en sus postulados elementos como la neutralidad, imparcialidad, voluntariedad, igualdad, confidencialidad, gratuidad, así como los de inmediatez, celeridad y economía procesal.

En nuestro criterio, este concepto califica como el más completo sobre la mediación penal de los analizados hasta aquí, puesto que el autor menciona, junto a los efectos supremos de la mediación, aquellos que inciden en el tiempo del proceso, o sea, en su simplificación, y también el objetivo de paz social que implica un estado de sosiego y satisfacción en el cual resulta determinante la posición en que queda el ofensor luego de la mediación con respecto a la víctima y sobre todo en el ámbito de su comunidad.

Se advierte, entonces, cierta propensión hacia un sistema en el que las penas tradicionales se apliquen únicamente ante la frustración de los intentos reconstructivos de la concordia social a través de la reparación. En consecuencia, las sanciones penales se reservarán para los casos que de acuerdo a su especial peligrosidad y daño social lesionen el interés público. El propio Roxin (1992) ha manifestado que la reparación debería sustituir o atenuar de manera complementaria a la sanción penal, en hechos donde resulte tan o más efectiva que las propias finalidades de la sanción y resulte más conveniente a los efectos de satisfacer las pretensiones de la víctima. El análisis del impacto y la peligrosidad social del hecho resulta inexcusable, por cuanto reiteramos nuestra adhesión con el parecer de muchos autores cuando refieren que no todos los casos y delitos son susceptibles de transitar y resolverse a través de la mediación penal.⁵

No obstante, esta no se plantea como solución salomónica al fenómeno criminal en general ni al conflicto generado por la comisión de cualquier ilícito penal, puesto que su implementación corre obvios

⁵ A propósito de tal aseveración, se sugiere lo planteado por algunos de los estudiosos que sostienen esta distinción de delitos y delincuentes aptos o no para discurrir por un proceso de mediación penal. Uno de estos es María Elena Caram (2010), quien en este sentido ha enunciado oportunamente que, en efecto, los procesos de mediación pueden contener ciertas limitaciones, sobre todo si se emplean en conflictos donde el centro del debate gira en torno a los más profundos valores de las personas, o donde lo que se pretende es llegar a una decisión judicial, o al descubrimiento de la verdad; también se hace complejo en momentos como los actuales, donde el grado de la violencia obstaculiza la necesaria racionalidad en el tratamiento de los conflictos, coartando con ello la indispensable libertad en la toma de decisiones. También se ha referido a la incapacidad de algunas personas para vincularse a un proceso de mediación, dada su incapacidad para comprender al menos elementalmente las características y exigencias del procedimiento en cuestión, el entablado legal alrededor del conflicto y la concienciación sobre la transgresión cometida.

riesgos y, sobre todo, puede resultar desvirtuada si no se interpreta desde la óptica que signó su surgimiento y desarrollo. Allí donde se ponga en práctica un sistema de mediación penal deben tenerse en cuenta los objetivos ya mencionados, que por supuesto incluyen al acuerdo, pero, además, entienden al arrepentimiento visible del victimario y la toma de conciencia del acto reprochable del que fue protagonista.

Se debe propender por que el mediador penal posea conocimientos, en primer orden, de derecho penal, además de otras disciplinas como gestión de violencia, victimología y la específica de mediación penal. De extraordinaria utilidad resultará crear dispositivos efectivos, capaces de controlar y si es necesario exigir que los acuerdos a los que se arribe sean debidamente cumplidos. Se debe desterrar la idea de que se ha dado un elegante acabado al conflicto solo cuando se logra el consenso víctima-victimario, pues en realidad este se considerará resuelto una vez que el acuerdo se materializa, se cumple satisfactoriamente; caso contrario, habrán sido totalmente nulos los esfuerzos realizados. Si se trabaja por la neutralización de esta causa obstaculizadora de la mediación penal, también se estará contribuyendo a la credibilidad de la justicia que se administra.

Lo analizado hasta aquí muestra elementos positivos para la aplicación de la mediación penal, lo que no evita que se alcen criterios contrarios a su aplicación. Nuestra toma de postura acerca de las diversas posiciones contrarias a tal proceder queda expuesta como sigue.

Primeramente, mostramos desacuerdo con el criterio de algunos detractores de la mediación penal, quienes plantean que la participación de la víctima en la solución del conflicto pretenda retornar a las formas vengativas de antaño, ya superadas por la evolución de la humanidad. Se trata, ni más menos, de una vía alternativa, cuya contribución al mejoramiento de la paz social y la resocialización del delincuente está demostrada, junto a la descongestión del proceso dada su compactación y posibilidad de volcar la labor judicial hacia otros casos de mayor complejidad.

Nada de esto implica, tal y como algunos estudiosos del tema han planteado, que se va a suprimir el sistema penal, ni mucho menos que se renieguen las conquistas logradas en cuanto al principio de legalidad y el respeto a las garantías de los ciudadanos. Está claro, no obstante, que existirán casos en los que esta respuesta no será la más prudente y adecuada. Ahora bien, si la víctima y el acusado convergen, y si tal convergencia no implica un detrimento al interés colectivo, entonces tendrán luz verde para dar solución a su conflicto por los medios alternativos que defiende la mediación penal.

DIFERENCIAS ENTRE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

Por su importancia hemos entendido necesario establecer las sutiles disparidades entre la conciliación y la mediación. Resulta indispensable realizar una distinción entre ambas categorías, por cuanto se utilizan de manera constante, indistintamente, en diversos artículos y publicaciones, intercambiándose entre sí para nombrar a un mismo fenómeno. Para ello nos apoyaremos en lo referido por Alconada (2006). Dicho autor refiere que en la mediación las partes y el mediador se relacionan de manera más horizontal, y enfatiza (lo hace en mayúsculas) que el mediador, tal como se expresó ya con anterioridad, quien no está facultado para aportar la solución ni identificar el conflicto, todo lo contrario, solo podrá (esto también lo acentúa) coadyuvar a su identificación por las partes. Además, concluye que generalmente este es un proceso breve, recomendable para conflictos menores donde las partes muestren una alta disposición a dialogar (otro elemento indispensable).

Por el contrario, la conciliación es un procedimiento en el que el conciliador ocupa una posición más fuerte. Se aconseja, además, para casos en los que las partes se aparecen situadas en una evidente posición de disparidad social. Además, una de las partes debe mantener una baja disposición para dialogar. Se tratará de un conflicto con dos aristas o caras, una emergente y otra subyacente, aunque también podría ocurrir que por cada parte hubiese más de una persona enrolada.

Según este criterio, la conciliación queda reservada, aunque con similares fines restaurativos que la mediación, para casos donde existen condiciones adversas para el diálogo, pero que no resultan tan extremadamente fuertes como para prescindir del mismo. Por otro lado, el conciliador asume una postura más protagónica que el mediador, en el sentido de que puede proveer soluciones al conflicto, algo fuera del alcance del mediador, quien solo fungirá de facilitador, pero no le está permitido identificar cuáles son las dificultades centrales del litigio y mucho menos mostrar las vías de solución que estime, pues ello queda a la libre decisión de las partes.

Resulta interesante lo enunciado por Giménez-Salinas I Colomer (1999), cuando subraya que la conciliación no persigue la rehabilitación del delincuente, si se produce ello pues perfecto, pero de lo contrario no es problema, pues no se lo ha trazado como objetivo primordial. Otra cuestión planteada por la autora, y que calza lo planteado hasta aquí, es la concerniente a hallar una solución expedita y efectiva, dada la tradicional parsimonia que padece la justicia, de hecho, uno de los resortes fundamentales que más ha determinado la aparición de fuertes corrientes relacionadas con la conciliación. Todo ello aleja al fenómeno conciliador del concerniente a la mediación.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS POSIBILIDADES DE IMPLEMENTAR UN PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PENAL EN CUBA

Tomando en cuenta que la mediación penal es ya un hecho cierto en diversas naciones,⁶ con resultados disímiles (con luces y sombras), pero evidenciables en el orden resolutivo, simplificador y resocializador, se impone un breve análisis de su probable efectividad en el ordenamiento jurídico penal cubano. Muchas aristas del proceso penal cubano resultan ensalzables en comparación con lo regulado en diversas naciones, sobre

⁶ Tal es el caso de Bélgica, Argentina, Chile, Brasil, Colombia, entre otras, donde se muestran avances en la implementación de estos procesos, y se comienzan a experimentar las bondades del mismo, dadas en un considerable número de causas que se resuelven primariamente sin que transiten por todo el proceso hasta el juicio y la sentencia, descongestionando los órganos judiciales, los cuales se pueden concentrar más en casos de mayor envergadura. Por otro lado, la aceptación de los pactos logrados entre víctimas y victimarios redundan en bienestar tanto para las primeras, como para la comunidad en general, que aprecia como positiva la conducta reparadora del acusado, y ello permite que sea recibido en el ambiente social de manera distinta, propiciándose una mejor reinserción a su medio social.

todo del área latinoamericana. Sin embargo, el país continúa a la zaga del impacto que ha tenido la justicia restaurativa y específicamente la mediación en muchos ordenamientos jurídico-penales de la región y del mundo, el cual se hace cada vez más ostensible.

Su implementación, en el caso del proceso penal cubano, redundaría en que se podrían resolver sin mayores dilaciones asuntos de menor envergadura, de modo que los operadores judiciales, sobre todo jueces y fiscales, estarían en condiciones de enfocar sus esfuerzos en los casos que revisten un mayor interés de acuerdo a su gravedad. Ahora bien, ¿puede el sistema penal cubano implementar un modelo de mediación? ¿Existen las condiciones indispensables creadas para ello? ¿Acaso no se declara como fines a alcanzar en la sociedad cubana los educativos, resocializadores y de eficiencia judicial, los cuales se verían beneficiados con estas prácticas?

Valoramos que Cuba puede y debe plantearse objetivos concretos con respecto a la justicia que restaure la paz social a que se aspira y que haga más eficiente la actividad de sus órganos judiciales. En reiteradas ocasiones las víctimas se muestran indiferentes con la sanción que se va a imponer al infractor, sea más o menos severa. Lo que más les interesa es restablecer el estado de cosas anterior a los hechos o, de lo contrario, que el delincuente ejecute acciones paliativas del daño sufrido. Sin embargo, el tribunal sanciona, previa demostración de la culpabilidad del delincuente, aun cuando la ley permite atenuaciones de la pena o la aplicación de las sanciones subsidiarias que resulten convenientes. Solo que una vez impuesta una pena en casos de tal naturaleza, ya estos han discurrido por todo el proceso judicial, abarcando la totalidad de etapas del mismo, cuando realmente se pudo y debió arribar a un desenlace previo y en plena concordancia con los intereses de las partes implicadas.

De modo que, en principio, todo análisis favorece a la mediación como práctica. Y es que uno de los derroteros por los que transita el sistema político social cubano es el de luchar por un acercamiento a la justicia social a partir de una participación activa del pueblo en esa administración de justicia. La mediación coadyuva precisamente a ese ideal de justicia, en cuya procuración el pueblo participaría, y aun cuando

se prescinda de la imposición de pena a determinado acusado gracias al éxito de un proceso de mediación, no dejaría de reprochársele a este sujeto su actuar ilícito, de hecho, el reo tendrá que mostrarse verdaderamente arrepentido; además, adquirirá la responsabilidad de acometer las acciones restauradoras que se pacten.

En el caso de Cuba, opinamos que la mediación debe ser apoyada por instituciones fuera del organismo judicial, aunque la Fiscalía y el Tribunal deben prestar especial atención al proceso. Este debe iniciarse solo si una de estas instancias, preferiblemente el Tribunal, entiende que tanto el caso como las circunstancias que lo rodean y la predisposición al diálogo entre víctima y victimario, apuntan al éxito de la mediación.

En el sentido de lo anteriormente planteado, ya se realizan esfuerzos en pos de la mediación por parte de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, a través de la guía a abogados de la materia penal, quienes actualmente transitan por un proceso de especialización por medio de los denominados diplomados sobre mediación, cuyo objetivo esencial radica en que dichos letrados en el futuro se desempeñen como abogados-mediadores.

Pudieran ser precisamente los abogados litigantes quienes protagonizaran una hipotética apertura de los procesos mediadores en sede penal en Cuba. No obstante, en detrimento de tal criterio, sería susceptible aducir el hecho de que las propias características del trabajo que desempeñan tales profesionales del Derecho, más dados a la litis que al consenso, unido al desconocimiento general que aún persiste sobre la institución en cuestión, podrían atentar contra un satisfactorio desenvolvimiento de los procesos de mediación.

Coincidimos, eso sí, como se expresa en gran parte de la doctrina, en que no todos los casos pueden ser mediados. Deben barajarse de conjunto algunas variables a este efecto, tales como la gravedad del hecho, la política penal, la predisposición de la sociedad ante conductas determinadas, la peligrosidad y consecuente connotación social que ten-

gan tanto el delito en abstracto como el caso concreto en cuestión, por lo que se debe realizar un balance riguroso de todas estas cuestiones para tomar la decisión correcta con respecto a la mediación.

En este sentido, no creemos lógico que el menoscabo de bienes jurídicos tales como la vida o el normal desarrollo de las relaciones sexuales, por solo citar algunos ejemplos, puedan repararse o resarcirse por medios económicos o de otra naturaleza. Por otro lado, será preciso establecer la posibilidad de que algún ente, por ejemplo, la propia Fiscalía, vele por la legalidad del acuerdo a que se llegue, a fin de que el mismo no implique, al propio tiempo que satisface a la víctima, un menoscabo de las normas jurídicas, el orden social, como tampoco de los derechos de terceros.

Otro punto a ponderar sería la situación psíquica de la víctima, derivada del delito, es decir, su estado anímico y mental general, así como el de su familia, todo ello estrechamente relacionado con la predisposición a dialogar. Este requisito también puede ser vulnerado por el victimario, pero es posible inferir que en buena parte de los casos el delincuente posea una voluntad positiva al diálogo.

Igualmente, todos los acusados no deben ser beneficiados con la mediación. En ello juegan un papel preponderante las categorías de la reincidencia y la multirreincidencia, y se debe valorar en qué casos de reincidencia cabría una mediación, si es que se admitiría; mientras tanto sostenemos el criterio de que a los multirreincidentes no se les debe proveer, salvo excepciones debidamente definidas por la ley, del derecho a participar de la mediación, aunque la víctima acceda.

Por otra parte, ante determinadas circunstancias excepcionales que definan una política penal específica y coyuntural, como por ejemplo la que ha debido enfrentar Cuba producto del azote de devastadores huracanes como el Sandy (2012), el Matthew (2016), y más recientemente el Irma (2018), entendemos inviable la mediación, por tratarse de individuos que han actuado en franco aprovechamiento de calamidades públicas como las aludidas.

Otros criterios para la implementación de la mediación, con los que concordamos, los propone Bodaño (2016):

La conciencia crítica y autocrítica del victimario después de los hechos, elemento que aunque no debe determinar si influye para que el mediador pueda tener elementos a la hora de enfrentar el conflicto; escaso nivel de violencia empleada por el victimario para la ejecución del delito, o si lo realizó formando parte de un grupo, elemento que de igual forma brindará al mediador elementos necesarios sobre el conflicto; así como la cuantía de los daños ocasionados a la víctima debido al ilícito penal, valorando la posibilidad de poner un tope a los mismos para que puedan ser delitos mediables (p. 54).

Esto globalmente significa que existen pautas que a nuestro parecer clasifican como no negociables por el Estado en cuanto a la mediación, principios que deberán fijarse de manera nítida en la legislación correspondiente.

Hemos planteado nuestra propuesta de que la mediación en Cuba se debe realizar en fases del proceso previas al juicio oral, como sucede en otros países. Ello se justifica por el ánimo de culminar el proceso tempranamente y cumplir con el principio de celeridad y simplificación real del sistema. Ahora bien, resultará polémico valorar si lo anterior significaría una vulneración del conocido principio de presunción de inocencia. Es oportuno, entonces, plantear algunas interrogantes: ¿Cómo tendrá un tribunal plena seguridad de que, en un delito mediado antes del supuesto juicio oral, el que hasta el momento se considera momento clímax para la formación de convicción de los jueces sobre la culpabilidad o no del acusado, el reo verdaderamente es culpable? ¿Y en tal caso, cómo podría formar convicción el tribunal en cuanto a si este es realmente quien cometió el delito que hasta ese momento se le inculpa y no otro, tal como ocurre con cierta frecuencia en fases posteriores del proceso?

Este resulta, sin lugar a dudas, un tema de particular discordancia, que navega entre posturas contrapuestas tanto en el orden académico como por parte de la práctica judicial. Podríamos estar en presencia de una medida de sanción anticipada, como se dispone en materia de medidas cautelares, solo que esta vez no habrá acto procesal que *a posteriori* enmiende tal situación. Una posible solución sería establecer requisitos

similares a los que se tienen en cuenta en Cuba para el actual procedimiento abreviado (“que el delito sea flagrante, o que siendo evidente el hecho y la participación en él del acusado, este se halle confeso”).⁷

Como se observa, el tópico de la mediación no es un camino desprovisto de escollos, por lo que requiere de un pensamiento integral y profundo, previendo las circunstancias que podrían frustrar sus objetivos esenciales, así como procurando vías efectivas para evitar efectos indeseados que sean traducidas por la ciudadanía como deficiencias del sistema penal. Estimamos como muy positivo, por ende, en un futuro cercano, la implantación de esta práctica en Cuba. De este modo propiciaremos un mejor manejo de la justicia social, un agradecido descongestionamiento de nuestras secciones y salas penales y, no menos importante, una opción que acerque más al delincuente con su comunidad, propiciando condiciones resocializadoras con mayores posibilidades de éxito.

CONCLUSIONES

En primer orden, es preciso recapitular que la justicia restaurativa no es más que un modelo revolucionario de justicia penal en el cual las partes involucradas participan de manera voluntaria, persiguiendo en lo posible un restablecimiento del estado de cosas que permanecía instaurado antes de la comisión del hecho delictivo por parte del delincuente (aunque se podría arribar a otro tipo de compensación), procurándose con ello que la víctima quede reivindicada y satisfecha por tal reparación, de acuerdo a sus intereses; se lograría simultáneamente una aceptación de los hechos por parte del infractor, así como un arrepentimiento espontáneo y la disposición a cooperar con el resarcimiento, de modo que también se alcance un efecto resocializador, con un consecuente apoyo de la sociedad en general, y eliminando pasos innecesarios del proceso que coadyuven a su simplificación.

⁷ Artículo 481 de la Ley de Procedimiento Penal cubana.

Por su parte, la mediación desde el punto de vista genérico, es un sistema que procura solucionar conflictos de cualquier índole, en los que las partes involucradas se auxilian de un tercero neutral, quien viabiliza el curso de los acuerdos, sin que por ello su criterio sea de obligatorio cumplimiento para los contendientes. Esta debe cumplir varios requisitos relativos a la voluntariedad con que se entra y sale del proceso; también observa principios del sistema penal como son, por ejemplo: de confidencialidad de los temas tratados, de autocomposición del o los acuerdos conciliadores, y la búsqueda de soluciones positivas para los litigantes en función de restablecer el orden imperante tomando en cuenta las necesidades de estas y con especial énfasis en la garantía de que las soluciones resulten efectivas en un plazo de tiempo futuro.

De manera específica, la mediación penal es entendida como un procedimiento de carácter no adversarial que se caracteriza por la voluntariedad, la informalidad, la inmediatez y la confidencialidad, así como también por su carácter gratuito. Provee efectos positivos en materia de celeridad y economía procesal. El diálogo que se produce entre los intervinientes es directo, claro y sincero. Refleja la neutralidad e imparcialidad del mediador como premisa para que las partes logren clarificar e identificar sus demandas. Solo así se podrá arribar a un acuerdo con ribetes de justicia, equidad y honorabilidad para las partes, sin obviar en este proceso que ante todo se procurará contribuir a la preservación de la paz social. La mediación penal, por añadidura, favorece el ahorro de tiempo y también de esfuerzos, aminora los costos, alivia y humaniza el trabajo de la justicia.

Es importante comprender que existen diferencias entre la mediación y la conciliación, referidas sobre todo a que esta última se realiza ante casos de mayor conflictividad que la mediación, y mediante la conciliación no se persiguen fines rehabilitadores del delincuente, además el conciliador puede proponer soluciones e identificar conflictos, mientras que el mediador no posee estas prerrogativas.

Por último, en Cuba existen condiciones idóneas para implementar un sistema de mediación penal que sería acogido con beneplácito por los operadores del sistema penal y la sociedad, señalándose que para

un exitoso desarrollo de esta práctica se debe realizar un estudio y posterior trabajo legislativo que defina en qué casos, delitos, delincuentes y bajo qué circunstancias sociales, de política penal, entre otras variables, se podrá aplicar la mediación, la cual deberá realizarse por equipos de trabajo fuera del aparato judicial, pero supervisados por este, y previa autorización del tribunal encargado del caso.

Con ello también se logrará un adecuado mecanismo de simplificación del sistema penal que redunde en una mejor labor de los organismos judiciales cubanos, así como un efecto resocializador más efectivo sobre el delincuente, quien tendrá la posibilidad no solo de evadir la prisión sino de crecer como ser humano en un ambiente que propicia la autoevaluación y autocorrección consciente de su conducta.

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Asimismo, la Universidad Católica Luis Amigó no se hace responsable por el manejo de los derechos de autor que los autores hagan en sus artículos, por tanto, la veracidad y completitud de las citas y referencias son responsabilidad de los autores.

REFERENCIAS

- Alconada, J. (2006). *Resolución de conflictos y mediación penal*. Buenos Aires, Argentina: Parma.
- Azerrad, M., Florio, G., y Azerrad de Landenberg, M. (2002). *El secreto profesional y el deber de confidencialidad*. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

- Azerrad, M. (16 de mayo de 2007). *Mediación penal. Derecho nacional y comparado. Principio de oportunidad procesal*. Conferencia sobre mediación penal, Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM), Buenos Aires, Argentina: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.
- Baratta, A. (17 al 21 de septiembre de 1990). Resocialización o control social. (Mauricio Martínez, Trad.), *Seminario Criminología crítica y sistema penal*. Ponencia presentada en Comisión Andina de Juristas y Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, Perú.
- Bazemore, G., & Walgrave, L. (1999). *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, N.Y.: Criminal Justice Press: Willow Tree Press.
- Beristain, A., y De la Cuesta, J. L. (1993). *Cárceles de mañana. Reforma penitenciaria en el tercer milenio*. San Sebastián, España: Editorial Instituto Vasco de Criminología.
- Bodaño, M. (2016). *La mediación penal: posibilidades de implementación en Cuba* (Tesis de Master en Ciencias Penales y Forenses). Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas, Cuba.
- Bueno, F. (1994). Panorama moderno de la pena de prisión. En *Boletín da Faculdade de Dereito, LXX*. Coímbra, Portugal: Universidad de Coímbra.
- Bustos-Ramírez, J. J., y Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen 1. Madrid, España: Trotta.
- Caram, M. E. (2000). Hacia la mediación penal. *Revista La Ley, Suplemento de Resolución de Conflictos*. Buenos Aires, Argentina.

- Cassin, E. (octubre de 2000). *La mediación comunitaria en la justicia de paz y su articulación con la justicia letrada*. XII Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas. XV Congreso de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas. La Habana, Cuba.
- Cervelló, V. (2005). El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social. En AA. VV., *Presente y futuro de la Constitución española de 1978* (pp. 217-233). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Cesano, J. D. (2001). De la crítica a la cárcel a la crítica a las alternativas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (03-05), Recuperado de http://criminet.urg.es/recpc_03-05.html.
- Echeverri, M. C., y Maca, D. Y. (s.f.). Justicia restaurativa, contextos marginales y representaciones sociales: algunas ideas sobre implementación y aplicación de este tipo de justicia. Recuperado de <http://www.justiciarestaurativa.org/news/Articulo%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Colombia.pdf>.
- García-Pablos de Molina, A. Problemas y tendencias de la moderna criminología. *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial (XXIX)*, Serie Penal. San José, Costa Rica: Consejo Superior del Poder Judicial.
- Giménez-Salinas I Colomer, E. (1993). Penas privativas de libertad y alternativas. En *Eguzkilo*, 7, 73-92. Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2169056/09+-+Penas+privativas+de+libertad.pdf>.
- Giménez-Salinas I Colomer, E. (1999). La condición víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador. En AA. VV. (1999). *La mediación penal* (pp. 69-86). Barcelona, España: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Generalidad de Cataluña.

- Jakobs, G. (1998). Sobre la teoría de la pena. *Cuadernos de Conferencias y Artículos, No. 16*. Manuel Cancio Meliá (Trad.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Luna, E. (2006). La justicia restaurativa: un modelo de penas alternativas. En *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil*. Memorias Seminario Internacional del mismo nombre, Ciudad de La Habana, Cuba.
- Martínez, D. (2012). De qué hablamos al hablar de mediación penal. *Revista Ámbito Jurídico*. Recuperado de <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/2364.pdf>.
- Muñoz-Conde, F. (1982). La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. En AA.VV. (1982). *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Antón Oneca*. Salamanca, España: Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- Parlamento cubano. (1987). *Ley No. 62. Ley de Procedimiento Penal*. Cuba.
- Peters, T. (2000). *Alternativas en el campo judicial*. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.
- Roxin, C. (1992). La reparación en el sistema de los fines de la pena. En AA.VV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc S.R.L.
- Sailor, J. G. (2000). Desarrollo de un enfoque transformador para la mediación: consideraciones teóricas y prácticas. En Fried Schnitman, D. (Coord.). *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas*. Buenos Aires, Argentina: Granica S.A.

- Torres, A. (2006). El fundamento de la pena. *Revista Jurídica Justicia y Derecho*, 6.
- Uprimny, R., y Saffon, M. P. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_201.pdf#page=54.
- Wachtel, T. (1999). Justicia restaurativa en la vida cotidiana: más allá del ritual formal. Recuperado de <https://www.iirp.edu/eforum-archive/justicia-restaurativa-en-la-vida-cotidiana-mas-alla-del-ritual-formal>.
- Wachtel, T., y McCold, P. (2003). En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa. Recuperado de <https://www.iirp.edu/eforum-archive/en-busca-de-un-paradigma-una-teori-a-sobre-justicia-restaurativa>.

CONCEPTOS BÁSICOS Y PRÁCTICOS DE LA EXTRADICIÓN EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO: EN LA BÚSQUEDA DE CIMENTAR UN TRATADO DE APLICACIÓN GENERAL Y CON FUNDAMENTO EN LOS DERECHOS HUMANOS

BASIC AND PRACTICAL CONCEPTS OF THE EXTRADITION UNDER COLOMBIAN CRIMINAL LAW: IN SEARCH OF CEMENTING A TREATY OF GENERAL APPLICATION AND BASIS IN HUMAN RIGHTS

Rodrigo Orlando Osorio Montoya*, Omar Huertas Díaz**,
Filiberto Eduardo Manrique Molina***

Recibido: agosto 1 de 2017 – **Aprobado:** septiembre 5 de 2017 – **Publicado:** enero 16 de 2018

Artículo de Investigación¹

Forma de citar este artículo en APA:

Osorio Montoya, R., Huertas Díaz, O., y Manrique Molina, F. (enero-junio, 2018). Conceptos básicos y prácticos de la extradición en el derecho penal colombiano: en la búsqueda de cimentar un tratado de aplicación general y con fundamento en los derechos humanos. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 102-130. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3106>

* Abogado. Especialista en Cultura Política: Pedagogía de los derechos humanos. Magíster en Derecho. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó, Medellín-Colombia. Conjuer de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín-Colombia. Docente universitario, investigador e instructor policial. Correo electrónico: dec.derecho@amigo.edu.co

** Abogado. Investigador asociado. Profesor asociado. Especialista en Derecho Penal y PhD. © en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. PhD en ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre. Máster en DDHH, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá, España. Magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario de la Asociación Colombiana de Criminología. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co

*** Licenciado, Maestro y Ph.D. en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, UAEM-CONACYT PNPC. Estancias de investigación en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Sede Bogotá. Conferencista en México, Perú y Colombia. Miembro de los grupos de investigación: "MANDELA" en Derechos Humanos de la Universidad INCCA de Colombia y Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal "NULLUM CRIMEN SINE LEGE" de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro fundador del CIIDHLEX. Correo electrónico: filiberto.manrique@uaem.edu.mx

¹ Este artículo de investigación es resultado del proyecto de investigación "La extradición y la cooperación internacional: falta de justicia, legitimidad o incapacidad del Estado colombiano", efectuada en la Universidad Católica Luis Amigó con el Grupo de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

Resumen

Bajo la expedición de la Constitución de 1991 en Colombia, se prohibió la extradición de colombianos por nacimiento, todo ello en virtud de la difícil situación social que afrontaba el país con los carteles de la droga que influenciaban sobre las decisiones políticas de la época. Sin embargo, estableció que, si hubieren cometido un delito en el exterior, considerado como tal en la legislación nacional, serían procesados y juzgados en Colombia. Esta situación cambió con ocasión del Acto Legislativo 01 del 16 de diciembre de 1997, que modificó el artículo 35 de la Carta Política permitiendo de nuevo la extradición de colombianos (Osorio, 2015).

Por lo tanto, el objetivo de esta investigación se centra en entender que en este instrumento de cooperación internacional se encuentran unas excepciones de cara a la aceptación de las solicitudes de extradición. La primera de ellas es la conveniencia nacional, es decir, por motivos políticos, económicos o sociales, y la segunda tiene relación con la soberanía del Estado. Las anteriores deben ser del análisis del ejecutivo, pues la potestad de esta figura jurídica recae sobre éste.

Se entiende, entonces, que la extradición debe funcionar con arreglo a la Constitución, a la ley, a los tratados internacionales y a los principios del derecho penal, de penal internacional y el derecho internacional; teniéndose claridad que, con fundamento a lo anterior, no opera la extradición cuando se trate de delitos políticos, o que no siendo políticos se efectuaran por un colombiano por nacimiento antes del 17 de diciembre de 1997; que los delitos por los que está siendo requerido sean conductas constitutivas de criminalización en Colombia; que la pena para estas no sea inferior a cuatro años de prisión y que la persona se encuentre vinculada jurídica y formalmente a un proceso penal por resolución de acusación o su equivalente (Osorio, 2015).

Sin embargo, son muchas las violaciones a los derechos humanos que se cometen con este tipo de procedimientos, y más aún cuando los Estados hacen a un lado la regulación de tan importante figura jurídica. La normativa de la extradición como cooperación internacional debe estar contenida en tratados internacionales que den cuenta del respeto por los derechos y garantías inherentes a los seres humanos, sus constituciones y leyes, pues aquel que ha cometido un delito jamás puede ser despojado de su humanidad y convertido en una cosa.

En cuanto a la metodología, esta investigación se realizó mediante la recopilación documental y lectura sistemática de fuentes de carácter primario y secundario. Las fuentes primarias son los documentos oficiales que comprenden: informes de gestión gubernamental, leyes, decretos y resoluciones, crónicas noticiosas, comunicados de las organizaciones sociales y políticas, entre otros; las fuentes secundarias se refieren a la lectura de revistas, análisis y columnas de opinión de medios. Luego de esta revisión, una segunda etapa consistirá en clasificar y sistematizar la información obtenida, a partir de las fichas de contenido textual y descriptivo. En una tercera ha de elaborarse

la secuencia de redacción de la síntesis y procesos inferenciativos que dieron nacimiento al resultado final del texto. Particularmente en esta investigación se busca, a partir del método de análisis documental, aplicando la metodología cualitativa, evaluar y presentar resultados al conocimiento del derecho.

Palabras clave

Extradición; Cooperación; Derechos humanos; Tratado; Derecho penal.

Abstract

Under the issue of Colombia of 1991 Constitution, banned the extradition of Colombians by birth, all under the difficult social situation facing the country with the drug cartels influencing the political decisions of the time. However, it was established that, if they have committed a crime abroad, considered as such in national legislation, they would be processed and judged in Colombia. This situation changed on the occasion of the legislative act 01 of December 16, 1997, amending article 35 of the plitical charter allowing again extradition of Colombians (Osorio, 2015).

Therefore, the aim of this investigation is to understand that in this instrument of international cooperation there are exceptions for the acceptance of extradition requests. The first one is national convenience, that is to say, for political, economic or social reasons, and the second is related to the sovereignty of the state. The previous ones must be of the analysis of the executive, because the power of this legal figure falls on this one.

It is understood, then, that extradition must operate in accordance with the constitution, the law, international treaties and the principles of crimlnal law, international criminal law and international law. It is being clear that, based on the foregoing, extradition does not operate in the case of political crimes, or hat, not being political, they will be carried out by a Colombian by birth before December 17, 1997. Besides, that crimes for which it is being requested are behaviours constituting criminalization in Colombia and the penalty for these is not less than four years of imprisonment and the person is legallyand formally linked to a criminal process by indictment or its equivalent resolution (Osorio, 2015).

However, there are many human rights violations that are committed with this type of procedure, and even more when the States do away with the regulation of such an important legal figure. The rules of extradition, such as international cooperation, must be the containment of human rights and the guarantees of human rights, their constitutions and laws, and the fact of having committed a thing.

Regarding the methodology, this research was carried out through the documentary collection and systematic reading of primary and secondary sources. The primary sources are official documents that include: government management reports, laws, decrees and resolutions, news reports, communiqués from social and political organizations,

among others; Secondary sources refer to the reading of journals, analyzes and media opinion columns. After this review, a second stage will consist of classifying and systematizing the information obtained, based on the textual and descriptive content sheets. In a third, the sequence of writing of the synthesis and inferential processes that gave birth to the final result of the text must be elaborated. Particularly in this research is sought, from the method of documentary analysis, applying the qualitative methodology, evaluate and show results to the knowledge of law.

Keywords

Extradition, cooperation, human rights, treaty, and criminal law.

INTRODUCCIÓN

Resulta de vital importancia que antes de entrar a los temas específicos se reconozca el significado de la extradición, cuántas clases existen y las garantías que deben sustentar este tipo de figuras jurídicas internacionales.

Las dos grandes guerras y los atentados del 11 de septiembre cambiaron el paradigma del derecho penal internacional y, con esto, la figura de la cooperación internacional por excelencia, trayendo consigo la retoma de conceptos, principios y doctrinas, como seguridad nacional, soberanía, agilización de los procedimientos de petición y entrega, entre otros, además de la preocupación por incorporar el amparo de los derechos humanos de la persona solicitada, su familia y las víctimas (Fernández, 2007), siendo los derechos humanos la sustancia para la tutela de los bienes jurídicos máximos e inherentes de toda persona humana –y que obligan a los estamentos a su reconocimiento y amparo– sustrato para la realización de la normativa en materia de extradición (Fiore, 1880).

Estamos de cara a una figura jurídica fundamento de la cooperación entre los pueblos, la cual tiene la finalidad de impedir que una persona que ha cometido un delito en el exterior burle la acción de la justicia, refugiándose en un país distinto de aquel en el que cometió el crimen. La génesis de esta institución internacional es la de luchar en contra de la impunidad, por ello supone un procedimiento de derecho penal, de penal internacional y de derecho internacional con el propósito de velar porque no se burle la justicia, las conductas punibles queden impunes, y, a su vez, se respeten los derechos humanos (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

En materia de extradición no se puede hablar de una manera simple, por el contrario, es un concepto y una temática compleja, dado que son varias las clases y tipos. De conformidad con la actuación del estamento, la extradición será de naturaleza activa o pasiva. Estaremos frente a la primera cuando es el Estado ofendido quien eleva la solicitud con fines de extradición o privación de la libertad del solicitado preventivamente por haber ofendido con acto criminal el país solicitante. De la segun-

da hablaremos cuando el país es requerido para que capture y entregue al procesado penalmente y que se esconde en el estamento requerido (González, 2004).

Así mismo, se habla de *extradición diferida* cuando se solicita a una persona que está siendo juzgada o purgando pena en el país requerido y se acepta la extradición; pero se difiere la entrega de la persona hasta que termine su proceso y cumpla la condena (Monroy, 1987). Seguidamente encontramos la *reextradición*, la cual se presenta cuando un país obtiene la extradición de una persona, sin embargo, recibe una nueva solicitud por parte de un tercero para que ese mismo sujeto sea enjuiciado u obligado a cumplir una pena en su territorio. Hablamos de *extradición en tránsito* cuando el Estado que no es parte solicitante ni requirente, autoriza que transitoriamente se encuentre por tránsito en su territorio una persona solicitada en extradición mientras se hace la entrega (Monroy, M. 1987). También se conocen las *extradiciones simplificadas*, presentándose cuando una persona solicitada en extradición renuncia de manera formal ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de forma libre, espontánea, voluntaria y sin apremio o vicio del consentimiento alguno, a los términos y procedimiento establecidos legalmente, con la intervención de la defensa y el Ministerio Público para que su entrega al país solicitante proceda en no más de 20 días (Congreso de la República de Colombia, 2011).

El derecho moderno proscribire que se defina la naturaleza jurídica de la extradición como un acto simple, cuya realización dependa exclusivamente de la rama del poder público que lo profiera: una autoridad jurídica o una administrativa, pues sería un criterio de índole organizacionista que debió haberse recogido en pro del Estado social y constitucional de derecho, en el que todas las decisiones sean objeto de un control de legalidad con base y reflejo de la democracia y las garantías fundamentales de sus asociados.

DE LAS NORMAS RECTORAS DE LA EXTRADICIÓN

También se hace diáfano que cuando se habla de extradición no se está de cara a un proceso, sino a un procedimiento, pues es un acto que no implica juzgamiento al no versar sobre la existencia del delito, autoría, ni sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió la conducta, y menos sobre la culpabilidad de la persona requerida (Corte Constitucional de Colombia, 2000). Sin embargo, este procedimiento debe estar permeado por las normas rectoras y los principios del derecho constitucional, el derecho penal y el derecho penal internacional, toda vez que estamos frente a una figura que limita y puede llegar a vulnerar los derechos humanos, haciéndose necesario que sea iluminada desde una normativa rectora con fundamentos en la carta magna y en el bloque de constitucionalidad protector de estos. Dichas normas y principio son los siguientes:

- **Legalidad.** Se hace necesario que cada Estado reglamente de forma clara y precisa el proceso y/o procedimiento de extradición: procedimiento, delitos, vigencia, obligaciones, derechos, entre otros (Monroy, 2011).
- **Especialidad.** Se proscribe el juzgamiento de la persona extraditada por conductas punibles y penas distintas del o de las que específicamente se consignaron en los cuadernillos de extradición (Monroy, 2011).
- **Non bis in idem.** Bajo esta norma rectora se prohíbe procesar y/o imponer sanción penal a una misma persona por la misma conducta criminal; de esta manera, no se podrá acceder a la solicitud de extradición de una persona que fue procesada por la conducta que fundamenta el requerimiento de extradición (Corte Constitucional de Colombia, 2001).
- **Juez natural.** Este principio presta la garantía que la persona será juzgada ante juez natural u ordinario y no ante tribunales de facto que apliquen normativa hecha a la medida para un caso en concreto (Velásquez, 2004).

- Prohibición de doble incriminación. Para dar cumplimiento a esta disposición, el delito por el cual se efectúa la solicitud de extradición deberá estar tipificado tanto en el Estado Requirente como en el Estado Requerido (Velásquez, 2004). De la misma manera, el artículo 493 de la Ley 906 de 2004 versa que para conceder la extradición es indispensable que el hecho que la motiva esté previsto en Colombia como delito y que el mismo se encuentre reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años.
- Aut dedere aut judicare. Este principio hace referencia a la obligación de extraditar o juzgar a las personas que se presume o que cometieron una conducta delictiva que afecte internacionalmente. Este principio encuentra su fundamento en las convenciones de Ginebra de 1949, en los protocolos de 1977, en la Convención sobre la tortura de 1984 y en los diferentes tratados en contra del terrorismo (Osorio, 2015).
- Reciprocidad. En virtud del derecho internacional público, un estado ayuda y sirve al Estado que lo ayuda y le sirve o está dispuesto a hacerlo (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).
- No devolución o non refoulement. Cuando una persona ostente la condición de refugiado, en virtud de la salvaguarda de los derechos humanos, nace la obligación del Estado de no extraditar a la persona bajo este amparo (Corte Constitucional de Colombia, 2009a).
- No entrega al Estado requirente. En caso de ser juzgado por tribunales excepcionales, el órgano jurisdiccional que va a juzgar a la persona solicitada en extradición debe ser un ente jurisdiccional previamente establecido en la ley, imparcial e independiente que se encuentre bajo las obligaciones dadas en la Constitución. Esta norma rectora está permeada por el debido proceso de cara a la legalidad, a un juicio justo y al juez natural.
- Irretroactividad de la ley penal. Estamos frente a un problema de aplicación de la ley en el tiempo, ligado a que todo hecho se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia o "Tempus regit actus"; es decir, la ley penal aplicable será la vigente al momento

de la exteriorización de la conducta punible (Corte Constitucional de Colombia, 2002). En Colombia está proscrita la extradición cuando se trate por conductas cometidas con anterioridad al 17 de diciembre del año de 1997.

- De la competencia. Esta norma rectora se sustenta en la soberanía de cada Estado y en la legalidad. Se genera en la inoperancia de la figura cuando se trate por delitos políticos, la no criminalización de la conducta en el país que recibe la solicitud de cooperación, que la pena sea inferior a 4 años de prisión, que la conducta no tenga medida de aseguramiento privativa de la libertad, que el estamento requirente no tenga vinculado jurídica o formalmente a un proceso penal a la persona solicitada mediante resolución de acusación o acusación, imputación o similar: "Indectment" (Osorio, 2015).
- Entrega condicionada. El gobierno nacional o el poder ejecutivo, como quiera que posee la potestad de la extradición, debe condicionar la entrega de las personas solicitadas a unas obligaciones básicas en virtud de los derechos humanos en la esfera internacional y en consideración a los intereses de la nación, siendo estos:
- No extraditar la persona hasta tanto no sea juzgada y condenada; que se tenga la obligación y el derecho de repatriación cuando se genere archivo, preclusión o inocencia del procesado; que se aplique inmediatamente la deportación cuando se cumpla la pena impuesta; que no se pueda juzgar y menos condenar por delitos o conductas, las cuales no fueron fundamento de la solicitud de extradición; prohibir al estamento solicitante la imposición de cadena perpetua, pena de muerte, tratos crueles, inhumanos y degradantes, torturas, desaparición forzada, destierro (ONU, 1966); además, condicionar la extradición hasta tanto no cumpla o afronte los procesos por los cuales está siendo juzgado dentro del país al que se le hace la solicitud o no cumpla o garantice la reparación de las víctimas (Corte Suprema de Justicia, 2010) y que el extraditado goce de la garantía de acercamiento familiar y a la no incomunicación, es decir, que a su familia y abogados no

se les nieguen o impongan trabas burocráticas o administrativas para el ingreso al país solicitante y al lugar de reclusión de la persona (Castro, 2016).

- Inmunidad o fuero diplomático. Protección a los suyos y persona internacionalmente protegida. El artículo 490 de la Ley 906 de 2004 afirma que la persona podrá ser extraditada por haber cometido delitos en el exterior. Sin embargo, los que cometan el delito en territorio del estamento requerido en donde la víctima tenga inmunidad o fuero diplomático, o sea considerada como internacionalmente protegida, puede ser solicitada en extradición y considerarse que la conducta criminal se cometió en territorio del país solicitante por este principio conocido generalmente como protección a los suyos (Corte Suprema de Justicia, 2014).

DEL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN

Han sido de tres clases los procedimientos para aplicar esta figura de cooperación internacional:

El primero de ellos es la vía administrativa o gubernativa. En este sistema, el ejecutivo, de manera exclusiva, detenta la potestad para conocer y resolver sobre la solicitud de extradición; haciendo desaparecer la teoría del acto complejo o compuesto y, por ende, desapareciendo el control judicial de esta figura, la cual puede llegar a vulnerar los derechos humanos y fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, 2009). El segundo sistema es el judicial, donde se conoce únicamente la autoridad jurisdiccional, siendo un sistema simple y pudiendo, también como el primero, convertirse en una dictadura de línea judicial. Por último se encuentra el sistema mixto, adoptado por la mayoría de países occidentales; este se genera ante dos ramas del poder público institucional: el ejecutivo posee la potestad facultativa, y el poder judicial, que en el caso colombiano es la Corte suprema de Justicia en su Sala Penal, analiza con base en los preceptos de la Constitución y la ley en la materia y emite con concepto favorable o desfavorable para la entrega de la persona al estamento requirente (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

Es claro que es un procedimiento y no un proceso, pues en este no se trata de conocer de la responsabilidad o no penal del requerido, no media un proceso de conocimiento jurisdiccional y menos una garantía de solicitudes probatorias, aporte de elementos materiales probatorios y práctica de los anteriores, con la finalidad de esclarecer responsabilidad sobre las conductas criminales enrostradas. Así las cosas, es un procedimiento que tener apego y no desconocer las garantías fundamentales y la ley.

En consecuencia, el trámite de extradición contempla tres momentos:

Un primer momento que es de carácter preliminar y que corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho; allí se conceptúa sobre la normatividad que debe aplicarse con miras a que la Corte Suprema de Justicia rinda su concepto. Un segundo momento donde se presenta la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que inicia el trámite dando traslado a la persona requerida y lo finaliza con la emisión del concepto dentro de los parámetros de la Ley procesal penal. Y un tercero, compuesto por la etapa administrativa dentro de la cual se expide la resolución que concede o niega la extradición (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Ante este organismo institucional encontramos la primera de las instancias referente al procedimiento de extradición, por ser una figura jurídica de carácter internacional. Dentro de este Ministerio se debe acudir a la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales a radicar la solicitud por parte del estamento requirente, que ofrezca o se conceda la extradición de persona quien este formalmente vinculada a una investigación de

carácter penal o criminal o condenado en el exterior. Este primer paso deberá hacerse por la vía diplomática y, en casos excepcionales, por vía consular o de gobierno a gobierno (Congreso de la República de Colombia, 2017).

La radicación de dicha solicitud deberá ir acompañada de la copia o transcripción auténtica de la sentencia, en el caso que la persona solicitada en extradición este ya condenada; si el proceso se encuentra en etapa de investigación, se deberá aportar la resolución de acusación o su equivalente; se deberá aportar además la indicación en tiempo, modo y lugar de la conducta o las conductas que generan la solicitud de extradición, soportadas con la copia de las disposiciones penales aplicables para el caso en concreto y que demuestren que dichos hechos constituyen un daño a un bien jurídico tutelado penalmente en el país requirente, además de todos los datos con que se cuente para establecer la plena identidad e identificación de la persona reclamada (Congreso de la República de Colombia, 2017).

Los anteriores documentos deberán ser aportados en copias auténticas y ser traducidos al idioma del estamento al que se le efectúa la solicitud; en el caso colombiano al castellano. En esta instancia se concluye que la Oficina Jurídica de este Ministerio es un verificador de los requisitos de validez formal de la documentación aportada, la plena identidad del requerido, el principio de doble incriminación y la equivalencia de la providencia dictada por el país solicitante (Congreso de la República de Colombia, 2017).

DEL TRÁMITE ANTE EL MINISTERIO DE JUSTICIA O QUIEN HAGA SUS VECES

Seguidamente, el Ministerio de Relaciones Exteriores, por intermedio de su oficina jurídica, es el encargado de enviar al Ministerio de Justicia los cuadernillos que conforman el expediente de solicitud de requerimiento de una persona con fines de extradición. Recibido por el Ministerio de Justicia, le cuentan término de cinco (5) días para efectuar el estudio correspondiente de los documentos de petición, debiendo efectuar un

análisis de cumplimiento de los elementos sustanciales en el expediente. De encontrar el Ministerio de Justicia que faltan alguno o algunos elementos, remitirá el expediente al Ministerio de Relaciones Exteriores y, a su vez, este último notificará al Estado requirente de los elementos faltantes para que subsane y devenga en el perfeccionamiento del expediente (Congreso de la República de Colombia, 2017).

DEL TRÁMITE ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Una vez revisada la documentación requerida en materia del expediente o carpeta de extradición por el Ministerio de Justicia, o quien haga sus veces, este Ministerio o su equivalente radicará la solicitud ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. El órgano de cierre jurisdiccional dará traslado del expediente a la persona requerida y a su defensor para que, en un término de diez días, efectúen las solicitudes probatorias que a bien tengan (Congreso de la República de Colombia, 2017).

Ahora bien, vencido el término del traslado para conocimiento de la solicitud y solicitudes probatorias, la Sala Penal se pronunciará sobre estas y correrá de nuevo un término de diez (10) días para que se practiquen las pruebas que se hallan decretado bajo el concepto de “indispensables”. Una vez vencido el término para la práctica de pruebas, las sumarias pasarán a la secretaria de la Alta Corporación de togados por cinco (5) días, en aras de que las partes presenten sus alegatos conclusivos. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su sala Penal, en un lapso de quince días, emitirá una resolución donde se concede o se niega la extradición de la persona requerida por un Estado extranjero.

DEL TRÁMITE POR PARTE DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Una vez la Corte Suprema de Justicia emita un resultado sobre el estudio de envío de una persona por requerimiento de comparecencia hacia la justicia extranjera, este se puede presentar en dos vías:

La primera, que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal niegue la extradición; caso en el cual, la persona requerida recuperará inmediatamente la libertad, en el caso que estuviere privado de ella. El presidente de la República, una vez conozca del concepto negativo, deberá acatar la libertad del procesado obligatoriamente sin reparo o acción judicial alguna. La segunda vía se genera dado que la extradición es una facultad del gobierno nacional, y una vez se conozca por parte del primer mandatario de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, se dará vía libre al envío del requerido por concepto positivo. Sin embargo, el ejecutivo puede obrar de dos formas: extraditarlo o no enviarlo, según las conveniencias de la nación (Monroy, 2011).

DEL TRÁMITE DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Toda vez, que el gobierno nacional ha obtenido el concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia y resuelve que no existen afectaciones a las conveniencias nacionales ni de orden social, económico o político, pasa a ordenar la extradición de la persona enviando solicitud con copia de la resolución positiva de la Corte Suprema y de la presidencia a la Fiscalía General de la Nación, en aras de que la entidad proceda a ordenar la captura del solicitado (Osorio, 2015). La orden de captura deberá atender en su literalidad a la identidad inequívoca de la persona, las circunstancias de haber sido emitida sentencia condenatoria, resolución de acusación o su equivalente, es decir lo que se conoce en materia de derecho penal internacional como el “indictment” y la urgencia de la medida de privación de la libertad (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

En caso de que la persona privada de la libertad no sea colombiana y que el país solicitante no sea del cual es ciudadano, se entiende por derechos humanos la obligación a que se le notifique a la persona capturada el derecho que le asiste al acceso efectivo a su consulado o embajada, mediante notificación consular, lo cual se debe efectuar sin demora alguna o trabas administrativas. Los delegados diplomáticos del país del capturado deben contactarse con la persona para brindarle la asistencia e información jurídica que requiera; así mismo, el estamento que priva de la libertad deberá informar de la situación jurídica y del desarrollo del proceso al consulado de su nación (Osorio, 2015).

DE LOS RECURSOS

Los recursos frente a la resolución proceden por parte de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, únicamente por violación al debido proceso en las etapas de trámite de la solicitud de extradición, fundamentándose en los principios de la figura de cooperación internacional. Es de aclarar que la Sentencia SU.110/02 de la Corte Constitucional afirma que: “Contra el acto administrativo que concede la extradición cabe la acción contencioso-administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho”. Sin embargo,

(...) esa vía no es eficaz para brindar protección frente a la efectiva remisión al exterior de un ciudadano con base en una decisión administrativa eventualmente contraria a la Constitución y a la ley. Por la naturaleza, tanto del trámite de extradición, que es inmediato, y por virtud del cual, en firme el acto que la concede, la remisión del ciudadano al exterior puede hacerse en cualquier momento, como del proceso contencioso administrativo, que, en razón de las ritualidades procesales, cuya justificación la Corte no desconoce, se extiende de manera prolongada en el tiempo, el pronunciamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sería, de ordinario, posterior a la remisión al exterior del sujeto extraditado. En esas condiciones, el pronunciamiento del juez administrativo ya no sería eficaz para brindar la protección que se pretende, habida cuenta de que para ese momento el ciudadano extraditado se encontraría ya bajo la jurisdicción del Estado requirente, cuyo concurso sería necesario para retrotraer los efectos de la decisión de extraditar cuando se encuentre que la misma no se ajustó a la Constitución y a las leyes colombianas (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

En mérito de lo expuesto, el recurso inmediato de cara a una resolución favorable por parte de la Corte suprema de Justicia para remitir a una persona a otro país que lo solicita por extradición sería la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en búsqueda de una acción constitucional de tutela por posible vía de hecho por parte de la alta judicatura (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Sin embargo, agotados los recursos y las etapas en el ámbito nacional, la resolución positiva de extradición puede ser recurrida ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interponiendo medida cautelar, alegando violaciones al debido proceso por la falta de un adecuado análisis sobre las garantías diplomáticas aportadas por el estamento requirente; incidencia de la extradición en la protección del derecho a la vida e integridad personal de la persona solicitada; por aplicación de cadenas perpetuas, penas de muerte, tratos inhumanos o degradantes o por encontrarse en una situación de riesgo; y posteriormente las demás acciones y etapas procesales a que haya lugar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2013).

DE LOS TÉRMINOS EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN

Los términos en el procedimiento de extradición se contabilizan como días hábiles, teniéndose en cuenta que, desde el Código Político y Municipal a principios del siglo XX, la Ley cuarta de 1913, se consagraba en su artículo 62 –el cual subrogó el artículo 70 del Código Civil– que: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario”. Norma ratificada por los decretos 1400 y 2019 de 1970, Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 121 dice: “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho.”

DE LAS CAUSALES DE LIBERTAD EN LOS PROCESOS DE EXTRADICIÓN

Procede libertad de carácter incondicional y de forma inmediata para la persona privada de su libertad en virtud de procedimiento de extradición, en tres eventos específicos:

El primero de estos es cuando la Corte Suprema de Justicia emita resolución negativa de extradición, en cuyo caso la persona deberá ser liberada inmediatamente, sin dilación alguna o trámite administrativo innecesario, es decir, más allá del certificado por parte del INPEC o jueces de la República, de no ser requerido por otra autoridad judicial. El segundo evento es cuando el Estado requirente, pasados 60 días calendario, no haya efectuado la formalización de solicitud de extradición, término que será contado a partir de la privación efectiva de la libertad de la persona. Y el último evento, circunstancia o causal de libertad, se presenta cuando, contados 30 días calendario, el país requirente no procedió al retiro o traslado de la persona, término que debe contabilizarse a partir de la puesta a disposición del solicitado al estamento requirente (Congreso de la República de Colombia, 2017).

DE LA CARTA O DOCUMENTO DE CONDICIONAMIENTOS

Son varias las circunstancias que rodean esta figura jurídico-política. La primera de estas es llamada entrega diferida, presentándose cuando el presidente de la República puede condicionar la extradición de una persona hasta tanto no sea juzgada, se genere preclusión, se declare su inocencia o cumpla la pena, por delitos cometidos en el país requerido.

La segunda se da cuando el ejecutivo condiciona la entrega al país requirente a una futura deportación², cuando responda por sus actuaciones ante el Estamento requirente. Es importante aclarar que, si no se generó el condicionamiento de la deportación, Colombia deberá solicitar a la persona por extradición cuando salde sus obligaciones penales en el extranjero y deba venir a responder al país (Osorio, 2015).

La tercera son las condiciones con base en derechos humanos a que no podrá ser juzgado por hechos diversos al manifestado en la solicitud de extradición, ni sometido a torturas, desaparición forzada, destierro, cadena perpetua o algún acto degradante o inhumano; así como sanciones diferentes a las impuestas en la condena, y si dado el caso el país cuenta con pena capital, esta deberá ser conmutada. De cara a esta última circunstancia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó que el Gobierno Nacional está en la obligación de supeditar la entrega de la persona solicitada en extradición, la cual tenga concepto positivo y potestad ejecutiva de transmisión al Estado requirente, también deberá imponer al estamento demandante, en orden de salvaguardar los derechos fundamentales del reclamado, la obligación de facilitar los medios necesarios para garantizar su repatriación³ en condiciones de dignidad y respeto, en caso de llegar a ser sobreseído o absuelto. Además, la Corte

² “La deportación equivale, según el Decreto 400 de 2004, a una sanción de carácter oficial por parte de un Estado que aloja a un extranjero, consistente en enviarlo a su país de origen o de procedencia, impidiéndole su regreso por un término determinado; siendo las causas para deportar a un extranjero: ingresar o salir del país sin el cumplimiento de los requisitos legales para ello; el no pago de la sanción económica impuesta por la autoridad migratoria, cuando transcurridos 2 meses del acto sancionatorio, no se efectuó el pago o al menos un abono mínimo del 50 % de la obligación; obtener la visa mediante fraude o simulación; así como, formular declaración falsa en la solicitud de la misma o presentar documentación falsa o que induzcan al error; efectuar actividades diferentes, para las cuales se le autoriza el ingreso al país; ser una molestia en el país y obtener la calificación de persona non grata; no abandonar el país dentro de los 30 días calendario siguientes a la cancelación de la visa; la no cancelación de las obligaciones con el Estado y la comisión de conductas punibles dolosas o preterintencionales, dentro de su estadía en el país” (Osorio, 2015).

³ “Esta figura es la devolución de una persona o cosa a su país de origen, es una figura humanitaria o de asistencia social, a las personas que por cualquier motivo se han quedado sin la posibilidad de retornar a su país y desean hacerlo voluntariamente o por solicitud de sus familiares. Es una institución con similitudes a la anterior; sin embargo, los ciudadanos repatriados que han sido condenados y aún están pagando la pena, se pondrán a disposición de las autoridades competentes (INPEC) para terminar de cumplir las condenas emitidas en el exterior; y los niños serán entregados en primera instancia al ICBF o a sus familias, si ya existe acreditación de ello. Para finalizar esta temática debemos decir: La extradición es una figura inacabada, con visos de injusticia por donde se mire, y se efectúa esta afirmación con base en los innumerables procesos de extradición que han sido fallidos, en donde las personas no son las requeridas, los delitos no existieron, entre otros. Lo que se demuestra o se prueba, luego de meses o años de detención en el país de la captura y en el Estado requirente. Pues, el proceso de extradición en Colombia convierte a los funcionarios en referendarios documentales de lo solicitado por la ley; tanto en los ministerios, como en la etapa probatoria, ante La Corte Suprema de Justicia; es urgente una reforma sustancial a la extradición, tanto de manera legal, como la elaboración y ratificación de un tratado de esta naturaleza, con los Estados que no se tenga. Tratados y reforma legal que deben exigir más que unos meros indicios y causa probable al Estado requirente y Colombia, debe ir con sus funcionarios a un verdadero análisis de identidad y de los elementos materiales probatorios” (Osorio, 2015).

agregó que se deberá condicionar la entrega al ofrecimiento de las posibilidades racionales y reales para que el solicitado pueda tener contacto regular con sus familiares más cercanos, considerando que el artículo 92 de la Constitución Política de Colombia del año 1991 autoriza visas, entrada a centros penitenciarios, reclusorios o de paso, entre otros.

Finalmente se advirtió que, en virtud del numeral 2° del artículo 189 de la Constitución, el Presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado, debe efectuar el seguimiento a que se cumplan las condiciones generadas de manera formal en la carta o aparte de condicionamientos de la figura de cooperación internacional o las consecuencias por el incumplimiento de las mismas (Castro, 2016).

DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS SOLICITADAS A EXTRADICIÓN

Conforme a las figuras jurídicas del poder potestativo, al deber de prevención y la entrega diferida del ejecutivo, se requiere efectuar un análisis de las conveniencias nacionales y que exista un riesgo real de vulneración de sus derechos humanos en el país requirente para poder: no ser juzgado por hecho diverso al manifestado en la solicitud de extradición, ser sometido a torturas, desaparición forzada, destierro, cadena perpetua o algún acto degradante o inhumano; sanciones diferentes a las impuestas en la condena o la no posibilidad de los medios necesarios para garantizar su repatriación y a tener contacto regular con sus familiares.

Las violaciones a los derechos humanos de las personas solicitadas en extradición no son casos aislados en Colombia, son repetitivos y como muestra del vapuleo a las garantías fundamentales tenemos algunos de ellos:

CASO CONSUEGRA

Padre e hijo, Gabriel Consuegra Martínez y Gabriel Jr., eran personas de escasos recursos económicos, de linajes campesinos y oriundos del corregimiento de la Unión, en zona rural del municipio de Pinillos, Bolívar. Dedicados a la venta, al menudeo o por unidades de plátanos en la plaza de mercado de la ciudad de Barranquilla, y Junior, además, se dedicaba a estudiar una técnica como enfermero. Estos hombres vivían en el barrio Villanueva, un sector subnormal ubicado junto al caño arriba en las cercanías del mercado (Guarnizo, 2014).

Todo cambió el día 12 de junio del año 2005 cuando, siendo las 5:30 de la mañana, un grupo de hombres del desaparecido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en cumplimiento de una orden judicial, los capturan por narcotraficantes solicitados en extradición por los Estados Unidos de América, en desarrollo de una acción de carácter internacional denominada “Operación Mallorca”, en la cual privaron de la libertad a unas 81 personas en Estados Unidos, Canadá, República Dominicana, Curazao y Colombia. En el operativo confiscaron 7,2 millones de dólares, y en la casa Consuegra hallaron: barro, agua estancada, un baño letrina, tejas de “Eternit” sin cielo raso y los vestigios de la brecha enorme de desigualdad social y pobreza que vive este país sudamericano (Corte Suprema de Justicia, 2006a).

Los Consuegra fueron llevados a la Cárcel de Cómbita, Boyacá. Allí permanecieron 16 meses, para posteriormente ser entregados a la DEA, quien los presentó a la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, acusados mediante el indictment No. S1 05 Cr. 56, dictada el 14 de abril de 2005, bajo los cargos de concierto para distribuir e importar cocaína, y en el caso del padre, de ser el titular de varias cuentas bancarias en diversos países de la cuenca del Caribe que eran utilizadas para lavar activos procedentes del negocio del narcotráfico en participación con su hijo desde Colombia. La judicatura norteamericana los mandó a la Cárcel Federal de Nueva York durante 2 años y 3 meses (Guarnizo, 2014).

A los hombres de la familia Consuegra les asignaron abogados de oficio, quienes les recomendaron que preacordaran con la Fiscalía y se allanaran a cargos mínimos, recibiendo de condena el tiempo que ya habían estado privados de la libertad, lo cual sería mucho menos que lo que tendrían que pagar si afrontaban todo el juicio. Desesperados y sin tener con qué cancelar los altos honorarios de un litigante particular, se declararon responsables. El 29 de noviembre de 2007 les llegó la libertad, enviándolos a las oficinas de Inmigración en donde pasaron varios días antes de ser deportados a Colombia, llegando a Bogotá y teniendo que pasar por varias penurias para poder llegar a Barranquilla (Guarnizo, 2014).

CASO MARLON GUERRERO ROMÁN

Este caso es de hechos muy parecidos a los anteriores, dado que el sujeto activo es una persona humilde de una comunidad pobre de Cartagena. Su oficio conductor de taxi (no propio), con esposa e hijos. Guerrero fue privado de la libertad el 9 de diciembre de 2005 bajo cargos de ser uno de los integrantes de una red internacional para introducir cocaína a los Estados Unidos de América. El capturado fue llevado inicialmente a la Cárcel de máxima seguridad de Cúmbita, Boyacá, donde pasó once meses, para luego ser extraditado a Estados Unidos y comparecer por el tráfico de toneladas de cocaína ante los Tribunales de los Distritos de la Florida, Columbia y Nueva York (Corte Suprema de Justicia, 2006).

El cargo base, que es el de conspiración, nace de que este cartagenero transportaba información en sobres sellados, los cuales contenían el movimiento de los barcos en las costas de Colombia. En las pruebas de estos hechos fácticos no se encontró certeza. Sin embargo, sin recursos económicos y tiempo para afrontar un juicio justo, y luego de permanecer 23 meses en una cárcel de Estados Unidos, decide pre acordar con la Fiscalía y declararse culpable de un cargo menor para recobrar su libertad (Guarnizo, 2014).

ARIEL JOSUÉ MARTÍNEZ

Un hombre de orígenes campesinos dedicado a la carpintería en el Departamento de Caquetá, municipio del Caguán. Resultó siendo solicitado en extradición por la corte del distrito sur de Florida de los Estados Unidos. El indictment No. 13-20556-CR-UNGARO/TORRES, dictada el 30 de julio de 2013, por el delito de conspiración para el blanqueo de capitales producto del narcotráfico a través de cuentas bancarias movidas a través de medios electrónicos en los años 2008 y 2009 (Corte Suprema de Justicia, 2014a).

Martínez fue capturado y llevado al patio de extraditables de la cárcel La Picota en la ciudad de Bogotá, donde estuvo medio año privado de la libertad mientras su defensa solicitara en repetidas oportunidades pruebas que le fueron negadas mediante interlocutorio CSJ AP3938 – 2014 del 16 de julio del 2014. El abogado dirigió sus solicitudes hacia la Corte en los Estados Unidos para la revisión una y otra vez de las pruebas, lo que al final se hizo, arrojando el resultado de un error judicial: no era Ariel Josué Martínez el solicitado. La embajada de los Estados Unidos le envió a la Fiscalía colombiana una notificación de retirar el pedido de extradición. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ya había emitido concepto favorable CP141-2014, bajo Radicación No. 43.825, Acta No. 261 del 13 de agosto de 2014, y el Presidente de la República ya había firmado la extradición.

CASO CARLOS ANTONIO ORTEGA

Capitán de aviación, capturado el primero de septiembre de 2011 por los delitos conspiración –cargo que encuentra equivalencia en Colombia en el concierto para delinquir–, así mismo, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, contenidos en el indictment No. 10-20798-CR-COOKE(s), de la Corte del Distrito Sur de Florida, fechado el 7 de junio de 2011 (Corte Suprema de Justicia, 2012). La Corte Suprema de Justicia colombiana avaló la extradición y el 28 de junio de 2012 fue entregado a los Estados Unidos. Sin embargo, tan solo al 31 de agosto de ese año fue dejado en libertad tras haber demostrado que el benefi-

ciario del derecho de delación y colaboración (principio de oportunidad) mentía para obtener la rebaja de pena correspondiente; pero ya había perdido un año de su vida en la cárcel (Guarnizo, 2014).

NELSON VARGAS RUEDA

Campesino colombiano capturado en el año 2000 y preso en la penitenciaría de máxima seguridad de Combita Boyacá por 30 meses. Fue extraditado en mayo del 2003 como responsable del asesinato de los indígenas Larry Gay, Ingrid Washinawatok y Terence Freitas, ocurrido el 4 de marzo de 1999. Estos tres estadounidenses fueron asesinados realmente por Carlos Julio Ávila, alias el 'Marrano', guerrillero de las FARC. El 28 de julio de 2004, Nelson Vargas Rueda recuperó su libertad en Estados Unidos, por falta de pruebas de cara a la identidad. En mayo del 2008, el ejército colombiano dio de baja en combate a Carlos Julio Ávila, el verdadero "El Marrano", y guerrillero de las FARC (Revista Semana, 2009).

CONCLUSIONES

La extradición en Colombia carece de regulación mediante un tratado internacional que vele por el respeto a los derechos humanos y garantías fundamentales. Se hace necesario, entonces, tener más rigurosidad no solo en el análisis de la solicitud de la extradición, sino en el análisis que se hace de esta por parte de todos los intervinientes.

De esta manera, la oficina jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Justicia deben encargarse de la revisión pormenorizada de los documentos que se exigen por la ley y que soportan las solicitudes que se formulan por parte de los gobiernos extranjeros, por conducto de sus embajadas en Colombia, con miras a la detención preventiva con fines de extradición de una persona: ciudadano colombiano o residentes en el país. Es decir, la revisión de que se anexen los elementos exigidos por la normativa en el tema y que estos cuenten con su validez formal.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia debe cumplir con su papel de organismo judicial y no convertirse en otro revisor documental similar a los dos anteriores, de cara a la magistratura. Primero, debe velar por un debido proceso y por los principios que le son propios a esta figura jurídica de cooperación entre los pueblos. Segundo, debe hacer un análisis de los elementos de prueba que soportan la solicitud, teniéndose claro que la extradición es un procedimiento y no un proceso que implica llevar a cabo en Colombia el juzgamiento, buscando que las pruebas sean claras, precisas, lógicas y razonables, que den conocimiento de circunstancias y aspectos tan básicos y necesarios como la plena identidad del solicitado, su intervención en los hechos materia del delito y la infracción al bien jurídicamente tutelado.

Lo anterior alude a que a las pruebas allegadas no se les debe permitir por parte de la Corte Suprema estar fundamentadas en conjeturas, declaraciones juramentadas de policías infiltrados que no vieron o compartieron con la persona requerida, es decir, imposibilitados para identificar al solicitado; declaraciones del fiscal, de unos informes que no lo identifican o establecen en el lugar de los hechos materialmente. Así entonces, se tendría por cierto que las autoridades judiciales extranjeras efectuaron una investigación integral, lo favorable y desfavorable para el implicado.

Lo anterior implica que el papel de la Corte es el de revisar jurídicamente la acusación, verificando que se guarde estrecha relación entre los hechos suministrados y los delitos o su equivalencia en los contenidos en el código penal colombiano; además de estar plenamente determinada y delimitada en las conductas punibles, dado que no se pueden tolerar en las sumarias que soportan este tipo de solicitudes que la argumentación fáctica sea pobre, deficiente y estabilizada en hechos superfluos.

Además, se deben verificar la claridad, el detalle y la certeza de la plena identificación del acusado, que no solo consiste en un documento de identidad, y que de no contarse con ella es necesario disponer de las pruebas solicitadas, pues, de lo contrario, se generan dudas que desembocarían en equívocos de identidad que pueden reprochar y hacer

inaceptables las acusaciones en blanco o con grado de indeterminación. En conclusión, tener estrictos controles en la identificación de la persona requerida.

Por otra parte, las personas capturadas con fines de extradición no son llevadas ante un juez de control de garantías que avale la captura, lo que limita desde el principio su derecho de defensa, situación que se agrava cuando el ente jurisdiccional tampoco ejerce control material sobre la idoneidad y suficiencia del material probatorio aportado para concluir que se ofendió o se hizo daño a otro Estado o a los suyos con la transgresión efectiva a un precepto penal, como sí debiera hacerse, teniendo en cuenta los principios y los análisis de las pruebas con que cuenta el Estado requirente.

Así las cosas, indudablemente en Colombia no se cuenta con una legislación clara en el tema de extradición, haciéndose en cada proceso de este tipo la violación generalizada y sistemática a los derechos humanos; y más teniéndose en cuenta los innumerables casos absurdos de personas inocentes detenidas por años, arrancadas de sus familias, de sus trabajos, de sus vidas, que son condenadas por hechos por los cuales no fueron solicitadas, que se prueba por el otro estamento que no eran las requeridas, y a aquellas otras que se llevan y no se les hace un control posterior de los condicionamientos, pues son olvidados como si dejasen de ser personas. Por ello se hace necesario, con urgencia, una legislación que desarrolle un procedimiento que se funde en principios, garantías, derechos humanos y jurisprudencia nacional e internacional en la materia.

Las consideraciones en la materia están contrapuestas de cara a la existencia de una regulación actual vigente. Unos juristas opinan que la materia está regulada por medio del estatuto procedimental penal, mientras que otros consideran que el tratado internacional con EEUU suscrito el 14 de septiembre de 1979 está vigente, dado que las partes no lo han dado por terminado y menos aún se tiene uno nuevo; sin embargo, la primera legislación es norma regla, carente de regulación de cara a la protección de garantías fundamentales, principios y derecho humanos, y la segunda carece de ratificación, lo cual impide que se incorpore al

ordenamiento jurídico colombiano, pues las leyes 27 y 68 de los años 1980 y 1986, respectivamente, fueron declaradas inexecutable por vicios de forma. Así las cosas, los colombianos están regulados en materia de extradición básicamente por los artículos 490, 493, 495 y 502 de la Ley 906 de 2004 y estando expuestos a la vulneración de sus mínimos derechos como seres humanos, haciéndose imperioso la regulación inmediate de la extradición, la revisión de la normativa internacional para actualización y/o la expedición de una normativa que incorpore de nuevo los tratados internacionales en la materia a la legislación interna (Corte Suprema de Justicia, 2017).

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Asimismo, la Universidad Católica Luis Amigó no se hace responsable por el manejo de los derechos de autor que los autores hagan en sus artículos, por tanto, la veracidad y completitud de las citas y referencias son responsabilidad de los autores.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Castro, J. (2016). *¿Referendo o plebiscito?* Bogotá, Colombia: Ámbito Jurídico.
- Cobos, I. (1979). La otra cara del problema: la extradición. *Revista de la Facultad de Derecho*, 56, 167-206.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>.

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1453. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*. Bogotá, Colombia: Legis.

Congreso de la República de Colombia. (2017). *Código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004*. Bogotá, Colombia: Legis.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia C-1106*. República de Colombia. [M. P. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C-554*. República de Colombia. [M. P. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia C-763/09*. República de Colombia. [M. P. J. Araujo].

Corte Constitucional de Colombia. (2002a). *Sentencia SU.110/02*. República de Colombia. [M. P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-612/03*. República de Colombia. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia C-243/09*. República de Colombia. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional de Colombia. (2009a). *Sentencia C-893/09*. República de Colombia. [M. P. Mauricio González Cuervo].

- Corte Suprema de Justicia. (2006). *Sentencia de Corte Suprema de Justicia–Sala de Casación Penal n° 25076 de 16 de mayo de 2006*. República de Colombia. [M. P. Sigifredo Espinoza Pérez].
- Corte Suprema de Justicia. (2006a). *Sentencia de Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal n° 24095 de 7 de marzo de 2006 (Caso Gabriel Consuegra)*. República de Colombia. [M. P. J Zapata].
- Corte Suprema de Justicia. (2010). *Radicado 32568 – 17 de febrero de 2010. Sala Penal*. República de Colombia. [M. P. José Leonidas Bustos Martínez].
- Corte Suprema de Justicia (2012). *Sentencia de Corte Suprema de Justicia–Sala de Casación Laboral n° T 37824 de 24 de septiembre de 2014 (Caso Ariel Josué Martínez)*. República de Colombia. [M. P. González].
- Corte Suprema de Justicia. (2014). *CP047-2014/Radicación n° 42119. Sala de Casación Penal*. República de Colombia. [M. P. María del Rosario González Muñoz].
- Corte Suprema de Justicia. (2014a). *Concepto de Corte Suprema de Justicia–Sala de Casación Penal C.P.141-2014 del 13 de agosto de 2014*. República de Colombia. [M. P. Patricia Salazar Cuéllar].
- Corte Suprema de Justicia. (2017). *C.P.132- 2017. Sala Penal*. República de Colombia. [M. P. P. Salazar].
- Fernández, C. (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, España: Editorial Dilex.
- Fiore, P. (1880). *Tratado de derecho penal internacional y de la extradición*. Madrid, España: Imprenta de la Revista de Legislación.

- González, R. (2004). Extradición en Derecho Internacional. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Serie H Estudios de Derecho Internacional Público*. 24, 1-478.
- Guarnizo, J. (2014). *Extraditados por error*. Bogotá, Colombia: Editorial Planeta.
- Ministerio de Justicia de Colombia. (1970). *Decreto 2019. por el cual se hacen unas modificaciones y correcciones al Código de Procedimiento Civil, expedido mediante el Decreto-ley número 1400 de 1970*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Monroy, M. (1987). *Régimen jurídico de la extradición*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Monroy, M. (2011). *Derecho penal internacional*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, EE.UU.: ONU. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.
- Osorio, R. (2015). *Derecho penal internacional*. Bogotá: Colombia: Ed. Leyer.
- Presidencia de la República. (1970). *Decreto 1400 de 1970*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Revista Semana. Extraditados por error. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/enfoque/articulo/extraditados-error/108787-3>.
- Velásquez, F. (2004). *Manual de derecho penal, parte general*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

EL ALCANCE DE LOS PRESUPUESTOS PARTICIPATIVOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE SCOPE OF PARTICIPATORY BUDGETS IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES

*Juan Camilo Puentes Sánchez**

Recibido: noviembre 9 de 2017 – **Aprobado:** diciembre 13 de 2017 – **Publicado:** enero 16 de 2018

Artículo de investigación¹

Forma de citar este artículo en APA:

Puentes Sánchez, J. C. (enero-junio, 2018). El alcance de los presupuestos participativos en la implementación de políticas públicas. *Summa Iuris*, 6(1), pp. 131-158. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3107>

Resumen

Dentro de la literatura académica sobre participación ciudadana se ha prestado mucha atención a los mecanismos participativos y relativamente poca a la relación entre dichos instrumentos democráticos y los ciclos de las políticas públicas. ¿Sabemos, por ejemplo, cuáles son las trayectorias que toman las propuestas surgidas de los presupuestos participativos en su fase de implementación? ¿Podemos explicar la diversidad de dichas trayectorias? El objetivo de este artículo se centrará en estas cuestiones examinando algunos factores potenciales que explican este fenómeno, se parte de la premisa de que al final de los procesos son los gobiernos locales los que escogen selectivamente qué proposiciones implementar o rechazar. Para corroborar lo anterior, se ha realizado una revisión de la literatura desde enfoques tanto teóricos como empíricos, que incluyen el estudio de conceptos más abstractos como *democracia participativa* o *democracia deliberativa*, y de mecanismos de participación ciudadana como las asambleas populares, los consejos consultivos y, por supuesto, los presupuestos participativos. Todo esto teniendo como eje transversal la incidencia de los factores contextuales en la fase de implementación de políticas públicas por los gobiernos lo-

* Doctor (c) en Estado de Derecho y Gobernanza Global, Universidad de Salamanca España. Magíster en Democracia y Buen Gobierno de la misma Universidad. Abogado. Docente investigador de la Universidad Santo Tomás, Medellín-Colombia. Correo electrónico: juan.puentes@ustamed.edu.co.

¹ Artículo de investigación culminada, resultado del proyecto de investigación denominado “El alcance de los presupuestos participativos en la implementación de políticas públicas”, desarrollado en el marco de la Maestría en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, España.



cales. Por lo tanto, en esta investigación terminada, se aplicó el método de análisis doctrinal, usando la metodología cualitativa, a través de la revisión doctrinal, lo cual permitió evaluar y presentar resultados.

Palabras clave

Democracia participativa; Propuestas ciudadanas; Presupuestos participativos; Implementación de políticas públicas; Gobierno.

Abstract

In the academic literatura about participatory citizenship it has paid more attention to the participatory mechanisms and it has given less relevance to the relation between democratic instruments and cycles of public policies. Do we know the paths that follow the proposals emerged from the participatory budgets in their implementation phase? Can we explain the diversity of corresponding paths? The purpose of this paper is focused on these issues examining some potential factors that explain this phenomenon, it is taken as a starting point the premise that at the end of the process are the local governments those who choose selectively what proposals implement or reject. To corroborate the previously mentioned, it has been carried out a literatura review from theoretical and empirical approaches that include the study of concepts more abstract as participatory deliberative democracy, and participatory citizenship mechanism such as popular assemblies, advisory councils and participatory budgets. All of this having as a transversal point the incidence of contextual factors in the stage of implementation of public policies by local governments. Therefore, in this finished investigation, it was applied the doctrinal analysis method, using a qualitative methodology, through doctrinal revision, which allowed to evaluate and show results.

Keywords

Participatory democracy, citizenship proposals, participatory budgets, public policies implementation, and government.

INTRODUCCIÓN

Con relación a la extensa literatura sobre participación ciudadana, es más bien poca la que ha estudiado los presupuestos participativos² y, en concreto, las trayectorias que toman las propuestas de los ciudadanos al final del proceso participativo. Debido a esto, para fundamentar teóricamente la presente investigación se ha realizado una revisión más global incluyendo estudios sobre diversos mecanismos de participación ciudadana que puedan brindar algunos elementos básicos para comprender este fenómeno. Así, uno de los asuntos en que coinciden los autores es que los factores potenciales que explican el destino exitoso o no de las propuestas ciudadanas se enmarcan en dos grandes grupos: uno relativo al contexto y otro a las propuestas en sí mismas (Font & Smith, 2013; Font, Smith, Galais & Alarcón, 2015; Labonne & Chase, 2009).

Dentro de los factores relativos al contexto aparecen unos vinculados directamente al municipio y otros relativos al diseño del proceso participativo. En el primer grupo se muestran factores que, se piensa, afectan a todos los procesos participativos llevados a cabo dentro de una misma circunscripción territorial. En este apartado se encuentran variables como el tamaño poblacional del municipio, los recursos económicos disponibles, la cultura organizacional, la ideología política del gobierno de turno, entre otras.

A continuación, se abordan particularmente algunos factores relativos a esta categoría que pueden brindar respuestas a la pregunta por cuáles son las trayectorias que toman las propuestas surgidas de los presupuestos participativos en su fase de implementación y, en definitiva, por qué existe una diversidad de resultados en la fase final de las políticas públicas. Todo lo anterior, sin olvidar la hipótesis de que son los gobiernos locales los que en un proceso de *cherry picking* o *selective listening* terminan escogiendo discrecionalmente cuáles propuestas ciudadanas son ejecutadas o rechazadas al final del proceso democrático.

² En adelante PP.

TAMAÑO DEL MUNICIPIO

El primero de los factores en esta categoría es el tamaño del municipio. Es de anotar que cuando se habla de tamaño no solamente se refiere a una medida de orden poblacional. De acuerdo con Dahl (1998), tanto el número de personas adscritas a una unidad política, como la extensión del territorio tienen consecuencias importantes en la consolidación democrática. Más concretamente, cuando habla del dilema democrático entre la participación ciudadana y el sistema representativo expone que “cuanto más pequeña sea la unidad democrática más alto será el potencial de participación ciudadana (...) y cuanto más grande, mayor la necesidad de los ciudadanos de delegar las decisiones” (p.110). Esta teoría es avalada igualmente por Bryan (2004), quien sostiene que el tamaño, en especial el poblacional, puede llegar a afectar la decisión de participar de una comunidad o de abstenerse de hacerlo.

Es difícil, particularmente en tiempos modernos, imaginar un sistema político en el cual todos los ciudadanos puedan participar en las discusiones públicas³. Y aunque esto fuera posible, la organización y coordinación a gran escala de los individuos no resultaría una tarea sencilla (Held, 2006, p. 211). En otros modelos democráticos como la democracia participativa, enfrentar el problema de las comunidades grandes también es complejo, en parte dadas las restricciones al ejercicio deliberativo. Autores como Baiocchi (2009) sostienen que este tipo de democracia funciona mejor en comunidades pequeñas donde es posible el encuentro cara a cara de los participantes, mientras que en comunidades más extensas un proceso de deliberación significativo sería imposible.

Parece razonable pensar que en unidades democráticas más pequeñas los ciudadanos tienen mayor acceso a reuniones, debates y otras herramientas deliberativas que inciden en la calidad del proceso democrático. Esto significa, entre otras cosas, una participación más activa en el planteamiento de temas para su discusión, en el proceso de toma de decisiones, en la conformación de la agenda y, por supuesto, en el acceso a instrumentos de monitoreo y verificación (Young, 2002, p. 228). En

³ Contrario a lo expuesto, Smith (2009) sostiene que la idea de la democracia directa en comunidades extensas puede ser posible gracias a los recursos tecnológicos disponibles, que permitirían a los ciudadanos tomar decisiones legislativas o referentes a políticas públicas, por ejemplo, desde sus hogares.

otras palabras, esto significa que las instituciones y los procesos participativos, los instrumentos de control, seguimiento y transparencia, al igual que la autodeterminación de los participantes, entre otros factores, tienden a funcionar mejor en unidades políticas de menor tamaño (p. 230).

Esto depende, claro está, no solo del número de ciudadanos que se congregan en torno a un interés común, sino también de la actitud de las administraciones frente a los procesos de toma de decisiones. Aunque en su estudio sobre los gobiernos italianos, Putnam, Leonardi & Nanetti (1994) concluyeran que no existe ninguna relación entre el tamaño de las ciudades o la densidad poblacional y el éxito o fracaso de los gobiernos regionales, implícitamente se ha considerado que el desempeño institucional tiende a ser menor en regiones más urbanizadas. De hecho, en términos más abstractos, se ha pensado que un buen rendimiento institucional se encontraría más bien en las ciudades de tamaño medio, y no tanto en las grandes metrópolis modernas o los pequeños municipios del campo (Putnam et. al., 1994).

Sea como fuere, es necesario advertir que en el contexto latinoamericano la relación entre tamaño poblacional y desempeño institucional ha sido un tema de estudio más recurrente. Al investigar sobre las innovaciones democráticas brasileñas, Baiocchi, Heller & Silva (2011) han demostrado que no solo el tamaño de la ciudad influye en los objetivos fiscales y gubernamentales, sino también otros criterios menos obvios, como la geografía o el espacio urbano, entre otros. Muestra de ello es que municipios con contextos políticos, sociales y económicos similares (incluido el tamaño poblacional) han mostrado resultados muy diversos en las reformas institucionales, principalmente en la adopción o rechazo de programas de participación ciudadana como el presupuesto participativo.

Siguiendo esta línea discursiva, Wampler (2009) ha expresado que el tamaño de la población presenta resultados relevantes desde la perspectiva de la democracia participativa. Comúnmente se intuye que, a medida que la población de un municipio crece, así mismo lo hace la disposición de recursos para el funcionamiento del proceso participativo; sin embargo, las reglas que emplean los gobiernos locales distan, en

algunos casos, de brindar el apoyo necesario para el adecuado funcionamiento de estos mecanismos. Más bien, fundamentan su quehacer en la premisa de que “lo pequeño es mejor” (Baiocchi et. al., 2011), lo que implica para las mismas administraciones un ahorro en recursos, en tiempo y en trámites administrativos.⁴

Desde una mirada más cooperativa, la relación directa entre el incremento de la población y la disposición de recursos es asumida por las organizaciones de la sociedad civil. En los municipios de mayor población, estas organizaciones se convierten en los actores clave de la participación y juegan un papel trascendental debido a que son capaces de comprometerse con los mismos gobiernos, ya sea para cooperar o, en el caso contrario, para defender una posición desafiante (Wampler, 2009, pp. 96-97). Esto no ocurre en las áreas menos pobladas, donde las organizaciones de la sociedad civil tienen menor autonomía para tomar sus decisiones y menor capacidad para formar alianzas con otras organizaciones. En otras palabras, estos colectivos son capaces de ejercer mayor presión mientras exista un capital humano suficiente que respalde sus iniciativas, capital que encuentra sustento generalmente en las ciudades más pobladas.

El tamaño de la población no solo puede tener un impacto en los resultados de los procesos participativos, sino también en las propias decisiones tomadas en estos procesos. Así, por ejemplo, en el momento de distribuir los recursos del presupuesto participativo, las regiones que manifiestan una elevada carencia de un *bien público* y cuyos habitantes son más numerosos, tienen mayores oportunidades de obtenerlos (Avritzer, 2009, p.154). Es decir, que además de los criterios técnicos para otorgar estos recursos, tales como la viabilidad, existen otros correspondientes a la justicia social donde se incluyen el nivel de privación del bien y el tamaño de la población (Baierle, 2010, p. 55). En ese entendido, si una región (en este caso brasilera) ya ha obtenido ese bien público, o si por el contrario sus habitantes son muy pocos, tendrá menores posibilidades de ejecutar proyectos del PP.

⁴ Un ejemplo de ello es el diseño institucional de procesos participativos para las políticas medioambientales. En este escenario las unidades políticas autónomas, autosuficientes y de menor tamaño son preferidas, ya que es posible la participación cara a cara en el proceso de toma de decisiones (Smith, 2001, p. 75).

Particularmente en la literatura sobre presupuestos participativos, el tamaño de la población, además de ser un criterio importante para la distribución de recursos, puede generar impactos disímiles en la implementación de las propuestas dependiendo del contexto que se estudie. En Latinoamérica, especialmente en Brasil, es mucho más probable que se implementen programas de presupuesto participativo en municipios más poblados debido, en parte, a la vida asociativa que tradicionalmente han desarrollado dichas ciudades (Baiocchi, Heller, Chaudhuri & Silva, 2006). No obstante, las experiencias europeas han mostrado un resultado contrario ya que el tamaño de la población no es un factor preponderante para su implementación (Ganuza & Sintomer, 2011, p. 61). Ya sea lo uno o lo otro, lo cierto es que la relación entre la ejecución de los proyectos y el tamaño de la población depende tanto de los contextos como de las aproximaciones teóricas que se tomen en consideración.

RECURSOS DEL MUNICIPIO

El segundo de los factores es el de los recursos económicos del municipio. Es evidente que el hecho de que un municipio no cuente con partidas presupuestarias suficientes limita la ejecución de proyectos surgidos de instituciones de participación ciudadana. A este respecto, los presupuestos participativos son un buen ejemplo con que ilustrar esta afirmación. Baiocchi (2005) ha demostrado que un presupuesto municipal restrictivo puede conllevar dificultades y limitaciones al momento de traducir las propuestas en políticas públicas. De hecho, al estudiar el caso de Porto Alegre, este autor ha atribuido su éxito participativo a la disponibilidad de recursos de la ciudad (en comparación con otras ciudades con presupuestos locales más bajos) y a las políticas de gravámenes adicionales destinadas a este rubro.

Aunque puede pensarse que el manejo que se dé al presupuesto municipal sea discrecional y dependa de la voluntad política de los gobernantes de turno –ya sea creando blindajes presupuestarios, utilizando financiación externa o priorizando los proyectos de los presupuestos participativos sobre otros (Wampler, 2007)– no se puede desconocer el impacto positivo de la disponibilidad presupuestaria. Ciertamente,

Boulding & Wampler (2010), al investigar sobre los presupuestos participativos y su relación con el bienestar, han demostrado que aunque se generen espacios de participación y disponibilidad gubernamental que fomenten la formulación de políticas públicas, sin los recursos necesarios es poco probable que los municipios puedan permitir la implementación de ciertas propuestas, específicamente si ellas están relacionadas con el bienestar social.

Esto no quiere decir, claro está, que la implementación de los proyectos ciudadanos dependa únicamente de los recursos disponibles de la administración. El desarrollo de las políticas participativas es un fenómeno en el que intervienen otros factores como las motivaciones institucionales, la existencia de una cultura organizacional previa, entre otras. No obstante, como afirman Font, Sesma & Fontcuberta (2014), la existencia de los recursos públicos puede llegar a ser un factor crucial para la ejecución de dichas políticas. En efecto, tanto los juicios políticos emitidos por los gobernantes de turno, la urgencia de las necesidades de bienes públicos, las problemáticas relativas a los procedimientos de las políticas públicas, así como los recursos económicos y técnicos, son los factores que terminan configurando un determinado modelo de participación (Bishop & Davis, 2002, p. 21).

En el contexto brasileño, por ejemplo, primordialmente en el funcionamiento del presupuesto participativo, los recursos de la administración generan una gran influencia sobre la participación. Cuando las administraciones cuentan con amplios recursos económicos es más probable que los ciudadanos puedan seleccionar directamente los resultados de las políticas públicas; en otras palabras, a mayor flexibilidad financiera, mayor la influencia que los ciudadanos pueden ejercer sobre la selección de los proyectos que quieren implementar (Wampler, 2007, p. 25). Prueba de ello es que, para los ciudadanos más desfavorecidos, es decir, para aquellos que viven con altos niveles de pobreza o con ingresos muy bajos, el uso eficiente de los recursos públicos puede generar un efecto positivo gracias a que un mayor número de proyectos pueden llegar a ser implementados (Wampler, 2007).

En la situación contraria, cuando las administraciones no poseen los recursos suficientes para implementar las decisiones ciudadanas, los proyectos elegidos quedan encauzados en una lista de trabajos por ejecutar sin que se especifique la fecha de implementación. Al respecto, Baiocchi et. al., (2011) han registrado que, si los gobiernos locales son capaces de obtener los recursos con financiación externa, es decir, con recursos estatales o federales (especialmente en el caso de estados federales como Brasil), los proyectos se implementarán con mayor celeridad; mientras que, si dichos recursos no son obtenidos y el municipio no los posee directamente, los proyectos tardarán mucho más tiempo en ejecutarse. El proceso de presupuesto participativo en Ipatinga representa muy bien el primer episodio, ya que la disponibilidad presupuestaria en dicho municipio (indiferentemente de la procedencia de la financiación) ha permitido implementar propuestas ciudadanas que favorecen a los participantes del proceso (Wampler, 2009, p. 140).

En el contexto europeo el problema de los recursos afecta de igual forma la implementación de los proyectos. En su investigación sobre presupuestos participativos en Francia, Alemania y Reino Unido, Röcke (2014) ha manifestado que la participación de los ciudadanos se limita únicamente a la presentación de proposiciones que pueden ser tenidas en cuenta discrecionalmente por las autoridades. De hecho, cuando los ciudadanos demandan mayores espacios de deliberación o que sus propuestas sean de imperativo cumplimiento, las administraciones, en ocasiones, suelen recurrir al argumento de “falta de recursos” para evadir sus requerimientos. Esto se puede explicar, en parte, como un ejercicio de *selective listening* de los funcionarios competentes, o bien, porque realmente las administraciones no cuentan con los recursos disponibles. Esto último, en tiempos de crisis económica, hace de la ejecución de los proyectos del PP una tarea aún más compleja.

En estos casos, una solución ante el déficit fiscal de los municipios es posponer los estipendios de ciertos rubros. Es claro que los recursos destinados inicialmente para los gastos sociales disminuyen (entre ellos los de los procesos participativos), dándole prioridad a otros sectores más urgentes. Esto genera que, al final de cuentas, se terminen ejecutando muy pocas propuestas, lo que a su vez conduce a dos consecuencias

contraproducentes: la primera, una incongruencia entre el ciclo de presupuesto participativo y el calendario tributario; y la segunda, un descontento social porque los proyectos seleccionados por la comunidad no reciben la atención necesaria por parte de las autoridades (World Bank, 2008). En cualquier caso, un déficit fiscal termina afectando el desarrollo óptimo del mismo proceso participativo y, ante todo, la confianza de los ciudadanos en una participación efectiva.

Por citar un ejemplo, durante el 2002 y el 2004 la administración municipal de Porto Alegre acumuló una deuda aproximada de \$138 millones de reales, lo que deterioró severamente la facultad de responder a las demandas ciudadanas (World Bank, 2008, p. 42). Esto causó que los proyectos del PP que se habían seleccionado para ese periodo se represaran y, por tanto, que la comunidad pusiera en duda su ejecución. Sin embargo, este no fue el único inconveniente, ya que el municipio tuvo grandes desafíos para satisfacer en los años siguientes todas aquellas propuestas que seguían surgiendo en el programa de presupuesto participativo. Ante este panorama, se podría inferir que la discrecionalidad de la administración fuera más recurrente de lo común y se rechazara una mayor cantidad de propuestas ciudadanas, ya fuera por su costo económico, su costo político, etc.

Dos soluciones que se plantearon en su momento sirvieron para entender mejor el funcionamiento del presupuesto participativo como una institución democrática. La primera era que aquellas propuestas que no fueran implementadas en su momento fueran automáticamente priorizadas en el ciclo posterior del PP. Esto implicaba que aunque se retrasara la ejecución de las mismas, la administración no abandonaba las propuestas y daba un parte de seguridad y de confianza a los participantes (World Bank, 2008, p. 47). La segunda, un poco más problemática, se basaba en la idea de que el gobierno local, al no tener flexibilidad presupuestaria, no podría considerar el programa de presupuesto participativo como un instrumento para priorizar recursos. Por ende, implicaba transformar la naturaleza del PP de una versión participativa en las finanzas municipales a un mero instrumento educativo de la democracia participativa (Wampler, 2007, p. 48).

CULTURA ORGANIZACIONAL

En términos generales, este concepto se refiere a la seriedad y a la disposición con la que las autoridades administrativas son capaces de organizar y fomentar la intervención ciudadana en las diversas instancias de participación pública. Se sabe que muchos de los inconvenientes y fracasos de las prácticas participativas se deben en parte a la falta de experiencia administrativa de los gobiernos locales en la materia (Abers, 2003, p. 202). Frecuentemente se cree que la implementación de los mecanismos participativos solo ocurre cuando existen los recursos financieros necesarios para satisfacer las demandas ciudadanas; no obstante, a lo largo del proceso no solo se tornan relevantes variables como la asignación presupuestal para su ejecución, sino también otros factores, como los recursos humanos (personal encargado, funcionarios públicos, etc.), la capacidad operacional de las instituciones, o las disposiciones legales y normativas correspondientes.

En este escenario, la cultura organizacional no se considera como un mero adorno burocrático propio de algunas administraciones, sino más bien como un requisito *sine qua non* para garantizar un ejercicio democrático efectivo. En este sentido, Fung (2004) resalta que la provisión de recursos para la movilización social, la formación ciudadana o la facilitación, inciden en el proceso de toma de decisiones garantizando una participación inclusiva y una deliberación justa. Este planteamiento, en palabras más simples, sostiene que las acciones de las administraciones tienen dos repercusiones importantes: la existencia del proceso participativo y la calidad de la deliberación y la participación. De aquí que otros autores como Font et al., (2016) argumenten que mientras más cultura organizacional demuestre un municipio más probabilidad existe de que tome en consideración las propuestas de la ciudadanía.

Igualmente, no debe olvidarse que subsumida a esta categoría se encuentra lo que se denomina la "tradicón participativa". Esta idea versa sobre cómo, cuántos y por cuánto tiempo las autoridades han desarrollado programas de participación ciudadana en el pasado que les ha permitido mejorar su cultura organizacional. En palabras de Gaventa (2004), el hecho de que una administración local o nacional incluya en

su agenda política la apertura de espacios de participación implica, a su vez, la visibilidad del poder democrático de dichos espacios. Para este autor, las experiencias participativas previas les proporcionan a los gobiernos locales conocer los desaciertos y errores de los procesos, superarlos y, en última instancia, diseñar mejores instituciones de innovación democrática. Esto permite, en ese sentido, que aquellos municipios con una tradición participativa fuerte sean más propensos a crear ambientes para incorporar las proposiciones de los ciudadanos y no deslegitimar la confianza en el proceso mismo (Font et al., 2015, p. 5).

Algunos estudios de caso han demostrado cómo la tradición participativa ha creado una forma de “continuismo” con relación a la implementación de ciertas políticas públicas (Font et al, 2014, p. 56). Cuando existen experiencias participativas previas, los gobiernos locales conciben como una mejor opción seguir cumpliendo los compromisos adquiridos por administraciones anteriores que construir nuevas agendas políticas. En sentido contrario, cuando las administraciones no poseen referentes de procesos participativos surgen mayores inconvenientes para fomentar la participación de los ciudadanos. El caso más llamativo es Porto Alegre, donde en 1989, después de que el Partido de los Trabajadores (PT) llegara al poder, la inexperiencia administrativa del gobierno municipal trajo consigo serios problemas financieros que retrasaron la puesta en marcha del que sería el mecanismo paradigmático de la ciudad: el presupuesto participativo (Novy & Leubolt, 2005, p. 2027).

Esto no quiere decir, claro está, que toda administración municipal que decida implementar un nuevo mecanismo de participación ciudadana se sujete exclusivamente a contraer efectos negativos. *A contrario sensu*, lo que esta idea manifiesta es que para iniciar la implementación de dichos instrumentos (como ocurre con el PP) los gobiernos locales deben articular una serie de reestructuraciones y transformaciones internas con el ánimo de instaurar nuevos procedimientos en el proceso de toma de decisiones (Wampler, 2009, p. 57). En cualquier caso, aunque esta transición implica un costo económico importante para las administraciones (que en algunas ocasiones no están dispuestas a asumir),

sí es cierto que en última instancia la decisión de implementar o no un proceso participativo depende de la voluntad política del gobierno de turno (Harvard University, 2003, p. 63).

En el contexto brasileiro, estas transformaciones institucionales han llevado a descentralizar las funciones de la administración municipal con el objetivo de conocer más de cerca las demandas ciudadanas. Especialmente en los programas de presupuesto participativo, por ejemplo, se han creado procedimientos para la presentación de información de los procesos a los participantes, la realización de talleres y seminarios formativos en políticas públicas, el trabajo directo de funcionarios y personal operativo con la ciudadanía o la adecuación de la normatividad para garantizar la implementación de los proyectos ciudadanos (Wampler, 2009, p. 36). En este punto es oportuno recordar que estas transformaciones de la cultura organizacional han sido estudiadas desde enfoques asociacionistas donde se ha afirmado que suelen ser más exitosas cuando los municipios cuentan con una fuerte tradición democrática y una alta organización de la sociedad civil (Souza, 2001, p. 176).

Algunos datos presentados por Setzler (2000) permiten pensar que, en el caso específico de Porto Alegre, el éxito participativo tiene un vínculo directo con los altos niveles del asociacionismo en la ciudad, la confianza de las comunidades en las instituciones participativas y la conciencia política de los participantes. Este pensamiento también se evidencia en otros hemisferios brasileiros, v. gr., en Belo Horizonte y Betim. En estas ciudades, tal como lo relata Nylen (2002), el éxito del PP se debe en gran parte a la cultura organizacional no solo en cabeza de la administración, sino también de los grupos sociales. En ese sentido, resalta que muchos de los que ejercieron como delegados en los procesos de presupuesto participativo en el año de 1998, ejercían una actividad asociativa fuerte antes de la implementación del PP; es decir, que la presencia de un instrumento de participación social como el asociacionismo contribuyó a la consolidación de los primeros programas institucionales de participación ciudadana, especialmente los de presupuesto participativo.

En otros contextos geográficos, aparte del latinoamericano, la tradición participativa también se ha visto ligada a la efectividad de los procesos de participación ciudadana en ambos sentidos: desde una perspectiva institucional y otra social. En su estudio sobre presupuestos participativos en Asia, Fölscher (2007) asegura que el éxito de este tipo de iniciativas depende de cuatro factores determinantes: i) la madurez del sistema político; ii) la naturaleza de la cultura política de un país o una región; iii) la existencia de un ambiente institucional adecuado; y iv) que las iniciativas estén sometidas a un diseño organizativo a través del cual se pueda garantizar su implementación. Omitiendo la primera condición, resulta claro que, en el contexto estudiado (Bangladesh, India, Indonesia, Filipinas y Tailandia), la cultura organizacional (incluida la tradición participativa) es una variable que incide en la efectividad de los procesos institucionales y, en última instancia, en la posible implementación de las propuestas ciudadanas.

Si en Asia como en Latinoamérica se han observado puntos convergentes, en Europa el panorama parece seguir el mismo patrón. Además del presupuesto participativo, han coexistido una serie de mecanismos de innovación democrática como las asambleas populares, los consejos consultivos, los *mini-publics*, los procedimientos de legislación directa, entre otros (Smith, 2009; Della Porta, Reiter & Alarcón, 2014), que permiten a los ciudadanos ser parte de los procesos de toma de decisiones institucionales. No obstante, la relación entre el PP y la tradición participativa parece ser menos armoniosa, específicamente, en la implementación de los proyectos ciudadanos. Esto se debe a una incompatibilidad entre las propuestas que surgen de los PP con las que surgen de los canales participativos tradicionales, lo que genera, a su vez, una indecisión por parte de la administración para acoger todas las demandas de la ciudadanía (Ganuza & Sintomer, 2011, p. 204). En palabras más simples, mientras la administración no destine un lugar claro y conciso para los procesos participativos en su organigrama institucional, estas tensiones entre mecanismos de participación ciudadana se seguirán manifestando (Ganuza & Sintomer, 2011).

Lo anterior demuestra que los presupuestos participativos (y general cualquier instancia de participación ciudadana) no existen de una forma aislada. Por el contrario, ellos pertenecen a una cultura organizacional en la cual intervienen múltiples agentes y procedimientos como funcionarios gubernamentales, disposiciones normativas y, por supuesto, los mismos participantes (Cabannes, 2004, p. 40). Por este motivo, el grado en que una administración esté comprometida con el desarrollo de los procesos participativos es crucial para garantizar el éxito de su funcionamiento. Desde luego, debe recordarse que la cultura participativa de los grupos sociales también es un factor esencial: en el caso de los PP, se ha advertido que aquellos procesos donde existe una cultura participativa más fuerte tienden a tener más posibilidad de ser desarrollados y sostenidos a lo largo del tiempo (Cabannes & Lipietz, 2018, p. 14).

IDEOLOGÍA

Grosso modo, este concepto puede ser entendido como la facultad que tienen ciertos gobiernos locales para aceptar o rechazar las propuestas ciudadanas con base en sus filiaciones políticas. Aunque la literatura sobre participación ciudadana no se concentra específicamente en este asunto, sí existen algunos autores que han relacionado la implementación de ciertos procesos participativos con la ideología de las administraciones (Baiocchi, 2005; Ganuza & Baiocchi, 2012; Alarcón & Font, 2014; Navarro, 2010). Sin embargo, es necesario comentar que, al menos en principio, la ideología no es un factor determinante en la decisión de implementar o rechazar un instrumento de participación ciudadana. Como afirma Navarro (1999), las disposiciones normativas ponen en las manos de los gobiernos locales todo el poder decisorio, por lo que resulta poco probable que las administraciones tanto de izquierda como de derecha quieran distribuirlo entre los ciudadanos.

Excepcionalmente, algunos gobiernos locales han promovido la divulgación y adopción de instrumentos que permiten el empoderamiento de los individuos en los procesos de toma de decisiones. Empero, el éxito de estas iniciativas se ve enfrentado con diversos agentes estatales como élites políticas y económicas, burócratas de las mismas

administraciones, entre otros, que se resisten a perder el control sobre la capacidad decisoria (Abers, 2003, p. 200). De acuerdo con Pearce (2010), una posible explicación a este fenómeno se fundamenta en una interacción más amplia entre la ideología y las experiencias participativas. Especialmente en el contexto latinoamericano, tanto los partidos políticos como las asociaciones cívicas juegan un papel definitivo en la configuración de la participación. Esto significa que la cesión de espacios decisorios no solamente depende de las posturas ideológicas de los funcionarios públicos, sino también de otro tipo de factores como las posturas ideológicas de las comunidades, las convergencias y oposiciones de los partidos políticos, o las relaciones entre estos últimos y los movimientos sociales en la búsqueda de la cooperación (Pearce, 2010).

Tradicionalmente se ha percibido que los gobiernos de izquierda, en contraste con los de derecha, promueven de manera más activa políticas participativas en los contextos locales (Font, Della Porta & Sintomer, 2014). Incluso, cuando las municipalidades deciden adoptar por primera vez algún mecanismo de innovación democrática, generalmente han sido los partidos de izquierda los que han generado esta transformación, mientras que los de derecha prefieren mantener los mecanismos participativos ya existentes (Alarcón & Font, 2014, p. 10). Contrario a lo anterior, cabe destacar que en tiempos más recientes los sectores de derecha también han utilizado los mismos procedimientos para promover este tipo de iniciativas, aunque sus razones no sean tan claras: para continuar las experiencias participativas de administraciones anteriores y optimizar los recursos públicos; como un mecanismo de impulso político para sus programas de gobierno; para hacer oposición a otro partido político; o bien, como respuesta a la presión de movimientos sociales que reivindican gobiernos más efectivos (Font et al., 2014, p. 199).

Lo cierto del asunto es que los nuevos gobiernos de derecha han asimilado prontamente la cesión de espacios participativos a los ciudadanos, lo que ha permitido una disposición administrativa más gentil y menos retardataria. De hecho, estos gobiernos han implementado avances en el área participativa de sus respectivas administraciones estableciendo disposiciones reglamentarias o contratando profesionales expe-

rimentados y capacitados (Alarcón & Font, 2014, p. 10). Esta tendencia se debe en parte a las nuevas necesidades exigidas por los ciudadanos que se apartan de los programas de un discurso político concreto y que, más bien, exigen soluciones más neutrales. En otras palabras, lo que la sociedad termina demandando de las administraciones es un mayor compromiso institucional, una mayor transparencia en sus actuaciones, una gobernanza más efectiva y un trabajo mancomunado entre las comunidades y los funcionarios públicos (Eversole, 2011; Sintomer, Herzberg & Röcke, 2008).

En el contexto latinoamericano y europeo, varios autores (Baiocchi, 2005; Fung, 2004; Pogrebinschi, 2012; Röcke, 2014) coinciden en que los partidos de izquierda han sido los encargados de liderar la promoción e implementación de los presupuestos participativos. En el caso de Brasil, a finales de la década de los 80, el Partido de los Trabajadores inició una serie de transformaciones que tuvieron un impacto significativo en la manera de diseñar las políticas públicas y de concebir el proceso de toma de decisiones (Pogrebinschi, 2012, p. 64). Su legado más ejemplar fue la implantación en 1989, en la ciudad de Porto Alegre, del *Orçamento Participativo*, un programa que buscaba la asignación de recursos públicos a ciertas iniciativas ciudadanas, a través del empoderamiento de los sectores más marginados de la población (Montambeault, 2012, p. 101). Rápidamente, el presupuesto participativo se convirtió en el programa electoral más exitoso del PT (Fung, 2004, p. 238) lo que incentivó a que otros gobiernos locales en Brasil, como en otros hemisferios geográficos, comenzaran a implementarlo en sus respectivos municipios.

A comienzos de la década del 2000, algunas administraciones europeas, especialmente aquellas lideradas por partidos de izquierda, comenzaron a promover el programa de PP en sus respectivas instituciones (Della Porta, 2013). Un ejemplo de ello fue Francia, donde los miembros del Partido Comunista se encargaron de diseñar e implementar el programa piloto de presupuesto participativo en París (Nez & Talpin, 2010). Aunque no eran parte del gobierno municipal, esta iniciativa sirvió para que tiempo después, bajo la administración de la socialista Anne Hidalgo, se inaugurara en 2014 el primer programa oficial de PP en esta ciudad (Cabannes, 2017). De hecho, de los 25 presupuestos participativos

que se han iniciado en este país hasta ahora, 21 de ellos han tenido lugar en ciudades gobernadas por partidos de izquierda como el Partido Socialista, el Partido Verde o el mismo Partido Comunista (Madénian & Scully, 2017).⁵

Al igual que los demás procesos participativos cuya promoción e implementación en los últimos tiempos ha sido liderada por partidos de derecha, también podría decirse lo mismo de los presupuestos participativos. Aunque desde una mirada conservadora se ha considerado que estos mecanismos son ante todo antidemocráticos e inestables y que, por ende, no promueven la eficiencia administrativa (Goldfrank, 2007, p. 97), existen algunos casos que demuestran lo contrario. Con el cambio de administración municipal en Porto Alegre en el año 2004, de un gobierno de izquierda a uno de derecha, se pensaba que el presupuesto participativo iba a desaparecer; no obstante, este programa estaba institucionalizado hasta tal punto (de hecho, contaba con más de diez años de existencia) que la nueva administración no se atrevió a abolirlo (Wainwright, 2009). Aunque no se rechaza que este fue un avance significativo para la ciudad, si se evidenció que el compromiso institucional con el PP disminuyó de tal forma que hasta los funcionarios públicos desertaban de las reuniones comunales e, incluso, solo un porcentaje muy bajo de las propuestas ciudadanas llegaron a implementarse (Wainwright, 2009).

Con todo lo anterior, no se debe concluir, entonces, que la promoción de los procesos participativos esté condicionada por una ideología en particular. Como se ha resaltado en reiteradas ocasiones (Ganuza & Baiocchi, 2012; 2014), la difusión del PP ya no depende de un color político determinado; si bien tradicionalmente fueron los partidos de izquierda los encargados de liderar su implementación, en la actualidad, estos mecanismos son incorporados por múltiples fuerzas políticas sin distinción alguna⁶. De todos modos, todavía no se tiene tan claro si existe

⁵ Otro ejemplo importante en Europa fue el Reino Unido. A pesar de que los partidos de izquierda no intercedieron en el proceso de implementación del PP, fueron, en cambio, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y los grupos comunitarios los que presionaron a los gobiernos municipales para adoptar este mecanismo (Röcke, 2014, pp. 96-97).

⁶ A este respecto cabe mencionar las palabras de Goldfrank (2006): "El PP ya no es más un proyecto exclusivo de la izquierda. (...) De hecho, desde sus comienzos, el PP ha generado un amplio espectro de interpretaciones ideológicas, que podemos llamar: las de la nueva izquierda, las liberales, las ortodoxas y las conservadoras". (pp. 5-6).

una mayor propensión a que partidos de un sector político, ya sea de izquierda, centro o derecha, propendan por incorporar en mayor medida las propuestas ciudadanas. El caso ya mencionado de Porto Alegre es un leve indicio de que los partidos de derecha ejecutan en menor cantidad las demandas ciudadanas; pero esta afirmación está condicionada a una coyuntura política *sui generis*, a una tradición participativa fuerte, entre otros factores más, que no se deben omitir.

CONCLUSIONES

Aunque la literatura sobre participación ciudadana no se concentra a profundidad en los factores contextuales y relativos a las propuestas, sí ha desarrollado tangencialmente las implicaciones que tienen estas variables en la implementación de los proyectos ciudadanos. Desde investigaciones más teóricas que desarrollan conceptos como democracia participativa, democracia deliberativa o democracia de proximidad, pasando por investigaciones sobre diversos mecanismos de participación ciudadana, hasta llegar puntualmente a estudios sobre presupuestos participativos, toda la literatura indica que el estudio de este fenómeno en particular todavía se encuentra en sus etapas iniciales. Por este motivo es lógico que algunas variables como el tamaño del municipio, los recursos financieros o la calidad deliberativa, encuentren un mayor sustento teórico que otras variables como la cantidad de propuestas o el costo económico, cuyo desarrollo investigativo es apenas incipiente.

Si bien las múltiples experiencias del PP en el mundo siguen modelos similares, es cierto que, dados los contextos particulares de los municipios, estos programas tienden a tener características, objetivos y resultados diferentes. Casos paradigmáticos como el de Porto Alegre en Brasil suelen ser materia de estudio de forma recurrente por los investigadores. No obstante, para comprender de manera más imparcial este fenómeno, es necesario que la literatura comience a enfocar su atención en aquellos casos que no han tenido resultados tan positivos. Esta comparación entre casos exitosos y no exitosos permitiría enriquecer la literatura sobre presupuestos participativos y, más concretamente,

develar el comportamiento de las variables contextuales en ambientes participativos disímiles. No hacer esto, como afirman Baiocchi et al. (2011), implicaría una limitación muy seria al momento de brindar explicaciones, pues sería muy difícil aislar el impacto de la participación y comprender verdaderamente cómo actúa.

En el caso concreto, la revisión de la literatura sirvió como punto de partida para conocer las diversas perspectivas y contextos desde los cuales se ha estudiado el fenómeno en cuestión. Con base en lo anterior, es posible profundizar ahora en casos más cercanos a la realidad latinoamericana (especialmente la colombiana) que incluyan tanto procesos participativos paradigmáticos como aquellos procesos no tan exitosos. Esta especialización, además de brindar un fundamento epistemológico a la materia, genera un gran aporte a la literatura sobre mecanismos de participación ciudadana y, en especial, a la de los presupuestos participativos en el contexto colombiano, literatura que, en comparación con los avances brasileiros y europeos, aún se encuentra en un estado inicial.

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Asimismo, la Universidad Católica Luis Amigó no se hace responsable por el manejo de los derechos de autor que los autores hagan en sus artículos, por tanto, la veracidad y completitud de las citas y referencias son responsabilidad de los autores.

REFERENCIAS

- Abers, R. N. (2003). Reflections on What Makes Empowered Participatory Governance Happen. En A. Fung & E. O. Wright (Eds.), *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance* (pp. 200-207). Londres, Reino Unido: Verso.
- Alarcón, P., & Font, J. (2014). Where Are the Boundaries of Deliberation and Participation? A Transatlantic Debate. *Journal of Public Deliberation*, 10(2). Recuperado de <https://www.publicdeliberation.net/jpd/vol10/iss2/art11>.
- Avritzer, L. (2009). *Democracy and the Public Space in Latin America*. Princeton, EE.UU.: Princeton University Press.
- Baierle, S. G. (2010). Porto Alegre: Popular Sovereignty or Dependent Citizens? En J. Pearce (Ed.), *Participation and Democracy in the Twenty-First Century City* (pp. 51-75). New York, EE.UU.: Palgrave Macmillan.
- Baiocchi, G. (2005). *Militants and Citizens: The Politics of Participatory Democracy in Porto Alegre*. Stanford, EE.UU.: Stanford University Press.
- Baiocchi, G. (2009). Politicizing the Public: Participatory Budgeting in Porto Alegre. En P. Silva & H. Cleuren (Eds.), *Widening Democracy: Citizens and Participatory Schemes in Brazil and Chile*. Boston, EE.UU.: Brill.
- Baiocchi, G., & Ganuza, E. (2014). Participatory Budgeting as if Emancipation Mattered. *Politics & Society*, 42(1), 29-50. DOI: <https://doi.org/10.1177/0032329213512978>.

- Baiocchi, G., Heller, P., Chaudhuri, S., & Silva, M. K. (2006). Evaluating Empowerment: Participatory Budgeting in Brazilian Municipalities. En R. Alsop, M. F. Bertelsen & J. Holland (Eds.), *Empowerment in Practice: from Analysis to Implementation* (pp. 94-124). Washington, D.C.: World Bank.
- Baiocchi, G., Heller, P., & Silva, M. (2011). *Bootstrapping Democracy: Transforming Local Governance and Civil Society in Brazil*. Stanford, EE.UU.: Stanford University Press.
- Bishop, P., & Davis, G. (2002). Mapping Public Participation in Policy Choices. *Australian Journal of Public Administration*, 61(1), 14-29. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-8500.00255>.
- Boulding, C., & Wampler, B. (2010). Voice, Votes, and Resources: Evaluating the Effect of Participatory Democracy on Well-being. *World Development*, 38(1), 125-135. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2009.05.002>.
- Bryan, F. M. (2004). *Real Democracy: The New England Town Meeting and How It Works*. Chicago, EE.UU.: University of Chicago Press.
- Cabannes, Y. (2004). Participatory Budgeting: a Significant Contribution to Participatory Democracy. *Environment and Urbanization*, 16(1), 27-46. DOI: <https://doi.org/10.1177/095624780401600104>.
- Cabannes, Y. (2017). Participatory Budgeting in Paris: Act, Reflect, Grow. En Y. Cabannes (Ed.), *Another City is Possible with Participatory Budgeting* (pp. 179-203). Montréal/New York/London: Black Rose Books.

- Cabannes, Y., & Lipietz, B. (2018). Revisiting the Democratic Promise of Participatory Budgeting in Light of Competing Political, Good Governance and Technocratic Logics. *Environment and Urbanization*, 30(1), 67-84. DOI: <https://doi.org/10.1177/0956247817746279>.
- Dahl, R. (1998). *On Democracy*. New Haven, London: Yale University Press.
- Della Porta, D. (2013). *Can Democracy Be Saved? Participation, Deliberation and Social Movements*. Cambridge, England: Polity Press.
- Della Porta, D., Reiter, H., & Alarcón, P. (2014). Institutional Participatory Initiatives and Democratic Qualities. En J. Font, D. D. Porta & Y. Sintomer (Eds.), *Participatory Democracy in Southern Europe: Causes, Characteristics and Consequences* (pp. 71-114). London, New York: Rowman & Littlefield International.
- Eversole, R. (2011). Community Agency and Community Engagement: Re-theorising Participation in Governance. *Journal of Public Policy*, 31(01), 51-71. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0143814X10000206>.
- Fölscher, A. (2007). Participatory Budgeting in Asia. En A. Shah (Ed.), *Participatory Budgeting* (pp. 157-190). Washington, D.C.: The World Bank. DOI: <https://doi.org/10.1596/978-0-8213-6923-4>.
- Font, J., Della Porta, D., & Sintomer, Y. (2014). Conclusion. En J. Font, D. D. Porta & Y. Sintomer (Eds.), *Participatory Democracy in Southern Europe: Causes, Characteristics and Consequences* (pp. 191-204). London, New York: Rowman & Littlefield International.

- Font, J., Sesma, D., & Fontcuberta, P. (2014). The Causes of Local Participation. En J. Font, D. D. Porta, & Y. Sintomer (Eds.), *Participatory Democracy in Southern Europe: Causes, Characteristics and Consequences* (pp. 37-70). London, New York: Rowman & Littlefield International.
- Font, J., & Smith, G. (septiembre de 2013). The Policy Effects of Participation: Cherry-picking Among Local Policy Proposals? Paper presentado en ECPR General Conference, Session Local Political Participation: What Difference Does It Make? Bordeaux, Francia.
- Font, J., Smith, G., Alarcón, P., & Galais, C. (Septiembre-Octubre de 2015). From Participatory Policy Proposals to Local Policies: Explaining Diverse Trajectories. Paper presentado en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas, Madrid, España.
- Font, J., Smith, G., Galais, C., & Alarcón, P. (Marzo de 2016). Cherry-picking Participation: Explaining the Fate of Proposals from Participatory Processes. Paper presentado en la Conferencia Political Studies Association, Brighton, England.
- Fung, A. (2004). *Empowered Participation: Reinventing Urban Democracy*. Princeton, EE.UU.: Princeton University Press.
- Ganuzo, E., & Baiocchi, G. (2012). The Power of Ambiguity: How Participatory Budgeting Travels the Globe. *Journal of Public Deliberation*, 8(2). Recuperado de <https://www.publicdeliberation.net/jpd/vol8/iss2/art8>.

- Ganuza, E., & Sintomer, Y. (2011). *Democracia participativa y modernización de los servicios públicos: Investigación sobre las experiencias de presupuesto participativo en Europa*. París, Francia: La Découverte.
- Gaventa, J. (2004). Towards Participatory Governance: Assessing the Transformative Possibilities. En S. Hickey & G. Mohan (Eds.), *Participation: from Tyranny to Transformation? Exploring New Approaches to Participation in Development* (pp. 25-41). London, United Kingdom: Zed Books.
- Goldfrank, B. (2007). Lessons from Latin America's Experience with Participatory Budgeting. En A. Shah (Ed.), *Participatory Budgeting* (pp. 91-126). Washington, D.C.: The World Bank. DOI: <https://doi.org/10.1596/978-0-8213-6923-4>.
- Harvard University Center for Urban Development Studies. (2003). *Assessment of Participatory Budgeting in Brazil*. Washington, D.C.: Inter-American Development Bank.
- Held, D. (2006). *Models of Democracy*. Stanford, EE.UU.: Stanford University Press.
- Labonne, J., & Chase, R. S. (2009). Who is at the Wheel When Communities Drive Development? Evidence from the Philippines. *World Development*, 37(1), 219-231. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2008.05.006>.
- Madénian, H., & Scully, P. L. (2017). *Participatory Budgeting in Paris, France*. En *Participedia*. Recuperado de <https://participedia.net/en/cases/participatory-budgeting-paris-france>.

- Montambeault, F. (2012). Learning to Be “Better Democrats”? The Role of Informal Practices in Brazilian Participatory Budgeting Experiences. En K. E. Sharpe, E. Hershberg, & M. A. Cameron (Eds.), *New Institutions for Participatory Democracy in Latin America: Voice and Consequence* (pp. 99-122). New York, EE.UU.: Palgrave Macmillan.
- Navarro, C. J. (1999). El sesgo participativo: innovación democrática en municipios del sur de Europa (1960-1995). Córdoba, España: Editorial CSIC–CSIC Press.
- Navarro, Z. (2010). Porto Alegre: From Municipal Innovations to the Culturally Embedded Micro-Politics of (Un)Emancipated Citizens: The Case of Rubbish Recyclers. En J. Pearce (Ed.), *Participation and Democracy in the Twenty-First Century City* (pp. 76-99). New York, EE.UU: Palgrave Macmillan.
- Nez, H., & Talpin, J. (2010). France – Démocratie participative et communisme municipal en banlieue rouge. En Y. Sintomer & M.-H. Bacqué (Eds.), *La démocratie participative inachevée. Genèse, adaptations et diffusion* (pp. 209-227). Paris, France: Editions Yves Michel.
- Novy, A., & Leubolt, B. (2005). Participatory Budgeting in Porto Alegre: Social Innovation and the Dialectical Relationship of State and Civil Society. *Urban Studies*, 42(11), 2023-2036. DOI: <https://doi.org/10.1080/00420980500279828>.
- Nylen, W. R. (2002). Testing the Empowerment Thesis: The Participatory Budget in Belo Horizonte and Betim, Brazil. *Comparative Politics*, 34(2), 127-145. DOI: <https://doi.org/10.2307/4146934>.
- Pearce, J. (Ed.). (2010). *Participation and Democracy in the Twenty-First Century City*. New York, EE.UU.: Palgrave Macmillan.

- Pogrebinschi, T. (2012). Participation as Representation: Democratic Policymaking in Brazil. En K. E. Sharpe, E. Hershberg, & M. A. Cameron (Eds.), *New Institutions for Participatory Democracy in Latin America: Voice and Consequence* (pp. 53-74). New York, EE.UU.: Palgrave Macmillan.
- Putnam, R. D., Leonardi, R., & Nanetti, R. Y. (1994). *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton, EE.UU.: Princeton University Press.
- Röcke, A. (2014). Framing Citizen Participation: Participatory Budgeting in France, Germany and the United Kingdom. New York, EE.UU.: Springer.
- Setzler, M. (Marzo de 2000). Democratizing Urban Brazil: Institutional Legacies and Determinants of Accountability in Local Elections and Legislatures. Paper presentado en el Encuentro Anual de LASA, Miami, EE.UU.
- Sintomer, Y., Herzberg, C., & Röcke, A. (2008). Participatory Budgeting in Europe: Potentials and Challenges. *International Journal of Urban and Regional Research*, 32(1), 164-178. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2427.2008.00777.x>.
- Smith, G. (2009). *Democratic Innovations: Designing Institutions for Citizen Participation*. Cambridge, England: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/CB09780511609848>.
- Souza, C. (2001). Participatory Budgeting in Brazilian Cities: Limits and Possibilities in Building Democratic Institutions. *Environment and Urbanization*, 13(1), 159-184. DOI: <https://doi.org/10.1177/095624780101300112>.

- Wainwright, H. (2009). *Reclaim the State: Experiments in Popular Democracy*. London, United Kingdom: Seagull Books.
- Wampler, B. (2007). A Guide to Participatory Budgeting. En A. Shah (Ed.), *Participatory Budgeting* (pp. 21-54). Washington, D.C.: The World Bank. DOI: <https://doi.org/10.1596/978-0-8213-6923-4>.
- Wampler, B. (2009). *Participatory Budgeting in Brazil: Contestation, Cooperation, and Accountability*. College Park, EE.UU: Penn State University Press.
- World Bank. (2008). Brazil–Toward a More Inclusive and Effective Participatory Budget in Porto Alegre: Main Report (English) (Public Expenditure Review (PER)) (pp. 1-122). Washington, D.C.: World Bank. Retrieved from <http://documents.worldbank.org/curated/en/778301468019774995/Main-report>.
- Young, I. M. (2002). *Inclusion and Democracy*. Oxford, England: Oxford University Press.

VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN EL CONTRATO No. 638 DE 2013

VIOLATION OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL PRINCIPLES IN CONTRACT No. 638 OF 2013

Rodrigo Giraldo Quintero Valencia*, Elkin Octavio Giraldo Valencia**

Recibido: agosto 15 de 2017 – **Aprobado:** septiembre 20 de 2017 – **Publicado:** enero 16 de 2018

Artículo de Investigación¹

Forma de citar este artículo en APA: Giraldo Quintero Valencia, R., y Giraldo Valencia, E. O. (enero-junio, 2018). Violación de principios constitucionales y legales en el contrato No. 638 de 2013. *Summa Juris*, 6(1), pp. 159-182.
DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3110>

“No existe tiranía peor que la ejercida a la sombra de las Leyes
y con apariencia de justicia”

Montesquieu

Resumen

El objetivo de la investigación, se enmarca en determinar los principios de la contratación estatal violados en el contrato No. 638 de 2013. Por tanto, este estudio investigativo es de tipo cualitativo, con método hermenéutico y el enfoque empleado es descriptivo analítico. En consecuencia, se busca en la interpretación del contrato estatal de la máquina tapahuecos de Bogotá, permitir identificar y descomponer las partes o elementos del fenómeno y así observar sus causas, la naturaleza y los efectos. En la dinámica del diseño metodológico se realizó una triangulación teórica jurídica (constitucional, jurisprudencial y normativa), partiendo de fuentes bibliográficas y web gráficas

¹ Este artículo de investigación es resultado del proyecto de investigación, denominado principios de la contratación estatal en el régimen jurídico colombiano. Universidad Católica Luis Amigó. Manizales, Caldas, Colombia, el cual se desarrolló durante los meses de junio 2016 y junio de 2017.

* Doctorado en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Maestría en Derecho, Universidad de Manizales. Especialización en Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Abogado. Universidad de Manizales, Docente e investigador: Universidad de Manizales, Universidad de Caldas, Universidad Católica Luis Amigó-Manizales. Correo electrónico rodrigogiraldoquintero@hotmail.com

** Abogado, Universidad Católica Luis Amigó. Miembro y monitor del Semillero de investigación “El derecho de la contratación Estatal”. Manizales, Caldas, Colombia. Correo electrónico elkin.giraldoabogado@gmail.com.



de normas constitucionales, legales, reglamentarias, jurisprudencia de las Altas Cortes, doctrina especializada en contratación estatal e informes proferidos en la actuación administrativa por parte de los órganos de control fiscal. Se empleó la recolección de datos documentales, que proporcionaron diversas interpretaciones en los análisis de los principios violentados en la contratación estatal. La investigación, se concluye determinando que en el contrato No. 638 de 2013, fueron violados los principios de planeación, eficacia, eficiencia, economía, publicidad y los principios constitucionales y fundamentales de la prevalencia del interés general, los fines esenciales del Estado en conexidad con el derecho fundamental de igualdad.

Palabras clave

Contrato estatal; mantenimiento vial; violación; principios constitucionales; principios legales y no reglados.

Abstract

The purpose of this research was to find the principles of contracting in contract n. ° 638 of 2013. The study is qualitative, the hermeneutic method, the approach used is analytical descriptive in the interpretation of the state contract of the fill holes machine of Bogotá, identify and decompose the parts or elements of the phenomenon and thus observe its causes, the nature and the effects. In the dynamics of the methodological design a legal theoretical triangulation was carried out (constitutional, jurisprudential and normative), starting from bibliographic and graphic web sources of the constitutional, legal, regulatory norms, jurisprudence of the High Courts, specialized doctrine in the contracting of goods and reports proffered in The administrative action by the fiscal control bodies. The data collection was used from different sources, which provided diverse interpretations in the analysis of the violated principles of State contracting, through bibliographic cards, reading cards, analytical summaries and documentary analysis. The investigation concluded that the contracts No. 638 of 2013 violated the principles of planning, effectiveness, efficiency, economy, publicity and the constitutional and fundamental principles of the prevalence of the general interest, the essential purposes of the State in connection with the right fundamental equality.

Keywords

State Contract; Road Maintenance; Violation; Constitutional Principles; Legal and non-regulated principles

INTRODUCCIÓN

Frente a la visita fiscal realizada por la Contraloría de Bogotá a la Unidad de Mantenimiento Vial, mediante denuncia de la Veeduría Ciudadana del Distrito Capital, se profirió evaluación al proceso precontractual y contractual del contrato No. 638 de 2013 (Contrato de la máquina tapahuecos de Bogotá), en el cual se estableció que la entidad estatal del Distrito Capital, violó los principios constitucionales y legales de eficacia, eficiencia y economía.

Además de los principios que conceptuó la Contraloría de Bogotá, se logró establecer la violación de los principios de planeación, transparencia, publicidad en relación con los principios fundamentales de la prevalencia del interés general y los fines esenciales del Estado en conexidad con el derecho fundamental de igualdad.

ESTRUCTURA DEL ESTADO COLOMBIANO

El Estado colombiano a la luz de la Ley 489 de 1998 y la Constitución Política de Colombia de 1991 en sus artículos 1 y 287, señala que la estructura de organización está determinada en forma de República Unitaria, descentralizada administrativamente, dividida territorialmente y como lo expresa Manrique (2010), “la descentralización con autonomía de las entidades territoriales reconoce la gran diversidad cultural en todo el territorio colombiano” (p. 68); la descentralización concede competencias a los diferentes órganos del poder público, para que puedan administrarse por sí mismos en aras a propender por el interés general; por ello, se define la descentralización como el principio de acción que permea todos los entes territoriales establecidos; por mandato superior (Constitución de 1991, art. 286), las entidades territoriales son: los distritos, departamentos, municipios y territorios indígenas.

En virtud de la Constitución Política Colombiana de 1991, en su artículo 287, los entes territoriales cuentan con autonomía administrativa y financiera para la gestión de sus intereses, pero en el marco de los límites establecidos en la carta política y la Ley; la función pública de

las entidades territoriales debe siempre garantizar la efectividad de los principios constitucionales, legales y los no reglados, máxime cuando se trata del contrato estatal, que invierte recursos públicos aportados por todas las personas para la realización de obras o la prestación de servicios públicos a la comunidad.

Además, según Rodríguez (2007), “la función pública entendida en sentido lato que permea a todos los funcionarios de la administración pública y los particulares” (p. 219). Por consiguiente, la actuación de la administración Estatal siempre debe estar encaminada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado que deben propender por la satisfacción material, efectiva y positiva del bienestar general de las personas que habitan el Estado colombiano por encargo constitucional.

Por otra parte el mandato superior (Constitución de 1991, art. 113) y legal (Ley 1437 de 2011, art. 3.10), contempla el principio de colaboración armónica en la actividad estatal; se trae a colación lo dicho por Tafur (1995), “el principio de colaboración armónica se debe manifestar y materializar en todas las actuaciones de las entidades públicas a cargo de las autoridades administrativas” (p. 27), así debe ser porque la función pública está al servicio del Estado y la comunidad, como reza en la Constitución de 1991 (art. 123), por tanto los servidores públicos en su función pública o administrativa deben encaminar su actuación para lograr el estricto cumplimiento de los fines esenciales del Estado conforme al art. 3, y satisfacer el interés general y la dignidad humana como reza la Carta Magna (art. 1).

Del mismo modo para concretar los mandatos constitucionales, el Estado hace uso del contrato estatal conforme a la Ley 80 de 1993 (art. 32); no obstante como lo menciona Vidal (2008), “en las etapas precontractual y contractual, las autoridades públicas deben dar aplicación obligatoria y estricta a los principios constitucionales, legales, e incluso los no reglados por el legislador, aplicables al contrato Estatal” (p. 39); a saber, los principios encuentran sustento jurídico en la Constitución de 1991 (art. 209, art. 267), en la Ley 80 de 1993 (art. 23), la Ley 1150 de 2007 (art. 2, párr. 2), la Ley 1437 de 2011 (art. 3), y la Ley 489 de 1998 (art. 3) y demás normas concordantes.

DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL Y EL CONTRATO ESTATAL

La Unidad de Mantenimiento Vial y el Instituto de Desarrollo Urbano, son entidades pertenecientes al Distrito Especial de Bogotá, con obligación legal de propender por la calidad de la malla vial de la capital colombiana; para tal fin ambas entidades públicas deben colaborar armónicamente máxime cuando se trata del contrato estatal.

La Unidad de Mantenimiento Vial, fue creada mediante Acuerdo No. 257 de 2006 y señala que es una entidad del Distrito Especial de Bogotá, descentralizada, de carácter técnico, con personería jurídica, con autonomía administrativa y presupuestal, con patrimonio propio y adscrita al sector movilidad. Su finalidad es programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial ya construida en Bogotá.

El Instituto de Desarrollo Urbano, fue creado mediante el Acuerdo No. 19 de 1972, el cual es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y con domicilio en la capital colombiana. Su finalidad es ejecutar obras viales y de espacio público para el desarrollo urbano de Bogotá.

Ahora bien, el objeto contractual del contrato No. 638 de 2013 fue el parcheo de los huecos de la malla vial de Bogotá, en donde se pactó un plazo de ejecución de 6 meses, y fue celebrado por un valor de \$11.822'552.148 pesos colombianos.

El contrato No. 638 fue suscrito el 27 de diciembre de 2013 entre Unidad de Mantenimiento Vial, con la empresa privada Green Patcher, sociedad mercantil constituida 6 meses antes a la celebración del contrato de la máquina tapahuecos, justo el 5 de junio del mismo año 2013; para ese entonces, la empresa contaba con solo con \$5.000.000 de pesos colombianos de capital social efectivamente pagado para ejecutar un contrato por valor de casi \$12.000.000.000 de pesos colombianos.

SOBRE LOS PRINCIPIOS VIOLADOS EN EL CONTRATO NO. 638 DE 2013

En el año 2014, la Contraloría de Bogotá evidenció que el contrato No. 638 de 2013 violó los principios constitucionales y legales de eficacia, eficiencia y economía; en este orden de ideas, la investigación encontró que se violó el principio de planeación que ha sido creado por la doctrina especializada y la jurisprudencia de las Altas Cortes en Colombia. En este sentido, también se encontraron violados los principios de transparencia, publicidad y los principios fundamentales del interés general y los fines esenciales del Estado en conexidad con el derecho fundamental de igualdad.

En este orden de ideas, el principio de planeación se debe acatar estrictamente en la etapa precontractual en la gestión del contrato estatal durante proceso de selección justo antes de pactar con el oferente en potencia, por ser un principio transversal en relación con los demás principios y que permea toda la actuación administrativa.

El respeto del principio de planeación garantiza la determinación con certeza del tipo de contrato, la modalidad contractual, la elaboración de los estudios previos que soporten el contrato; además debe contener, la disponibilidad presupuestal, las necesidades, las cualidades y calidades del contratista y la obra, el objeto a contratar para obtener economía en el tiempo de ejecución sin dilaciones y economía a favor de las arcas públicas, -lograr el mayor bien para el mayor número de personas y hacer más con menos-, así lo ha desarrollado la doctrina especializada en contratación estatal:

A nivel normativo hay ausencia de un desarrollo expreso, pero existen referentes conceptuales sobre la materia ...lo expuesto en el artículo 209 de la Constitución Política implica entender la planeación como un tema atinente y transversal a la administración y funciones públicas, que hace parte del contenido de cada uno de los principios allí enunciados (Aponte, 2014, pp. 177-207).

Así mismo el Consejo de Estado ha establecido en su jurisprudencia, sobre el principio de planeación lo siguiente:

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993 (...) según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013).

Razón por la cual, el principio de planeación fue violado en la etapa precontractual en el contrato No. 638 de 2013, porque se pactó con base en los estudios previos fechados el 26 de diciembre del 2013, un día antes de firmarse el contrato de la máquina tapahuecos de Bogotá el día 27 de diciembre de 2013.

El estudio previo se basó en resultados contenidos en un informe descargado de internet identificado con código: CON-FM-039 de mayo del 2013, proveniente de una entidad pública estatal de los Estados Unidos que resalta las ventajas del uso de la tecnología Velocity Patching en Norte América, sustento que tomó la Unidad de Mantenimiento Vial, para tipificar el contrato No. 638 de 2013, como de ciencia y tecnología en modalidad de contratación directa, argumentando que dicha tecnología no había sido aplicada en la capital colombiana. Pero lo más grave es que dicha tecnología no era, ni es nueva en el mundo, porque desde los años ochenta se viene utilizando en América del Norte, Europa y Asia.

Es de mencionar que de los estudios previos se desprende que el objeto a contratar fue el precio por metro cúbico de parcheo, con relación con la rehabilitación y mantenimiento de las calles y carreteras de la capital colombiana, razón por la cual el contrato No. 638 de 2013 se debió tipificar como contrato de obra y celebrarse a través de la modalidad de licitación pública, permitiendo la concurrencia de pluralidad de oferentes

de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, en igualdad de condiciones a participar en la etapa precontractual de elección del oferente, que cumplieran los requisitos legales del ordenamiento jurídico colombiano en materia de contratación estatal.

Más grave aún en los estudios previos no reza ni se constata que Green Patcher, fuera único oferente o tuviese propiedad exclusiva de los derechos industriales de la tecnología Velocity Patching; por lo tanto, el órgano de control fiscal determinó:

El Doctor Juan David Castro García abogado especialista en Propiedad Intelectual, estableció que la sociedad mercantil Green Patcher no posee la exclusividad de la tecnología Velocity Patching (Inyección a Presión Neumática), entonces Green Patcher no era único oferente porque la propiedad industrial de dicha tecnología es de la sociedad mercantil Velocity UK con sede en Inglaterra. (Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero de 2014).

Por consiguiente, se violó el principio de planeación por parte del contratante, porque tipificó el contrato erróneamente como de ciencia y tecnología, y en realidad fue un contrato de obra que debió pactarse en modalidad de licitación pública con la concurrencia de pluralidad de oferentes en igualdad de condiciones. Es por ello que el contrato No. 638 de 2013 no cumplió con los requisitos de la Ley 29 de 1990, para ser considerado como un contrato de fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico.

Pero tampoco cumplió los requisitos legales para ser tipificado y pactado como de ciencia y tecnología, porque el Decreto No. 591 de 1991 en su artículo 2), reza: "(...), investigación científica y desarrollo tecnológico; difusión científica y tecnológica; servicios científicos y tecnológicos; proyectos de innovación; transferencia tecnológica y cooperación científica (...)", por tanto, dicha tecnología no es nueva en el mundo: (...), porque la tecnología Velocity Patching ya se viene utilizando desde los años ochenta en países como: Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y La India. (Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero del 2014).

Además, la Unidad de Mantenimiento Vial no certificó que el contratista, tenía la propiedad industrial exclusiva de la tecnología Velocity Patching; tampoco justificó la escogencia de la modalidad de contratación directa; la Ley exige:

Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes: (...) 2. Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la Ley, su proveedor exclusivo. Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación. (Decreto 2474 de 2008, art. 81.2).

Se tiene pues que la entidad pública contratante violó el principio de planeación en la fase precontractual, porque el contrato No. 638 de 2013 en realidad es un contrato de obra y no de ciencia y tecnología; se reprocha porque en el estudio previo reza claramente que se trata de un contrato de obra pública pero no se respetó:

(...), la propuesta de la sociedad mercantil Green Patcher cumple con los requisitos del artículo 1501 del código civil en cuanto al elemento esencial de todo contrato de obra: “tipo de obra pública: contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado para la prestación de servicios de mantenimiento y reparcho de calles, avenidas, carreteras de la ciudad de Bogotá (...)” (Propuesta Green Patcher Colombia S.A.S, en estudios previos contratación directa) (...) además porque el contrato cumple con los requisitos legales “Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación (...)” (Ley 80 de 1993, Artículo 32.1) (...), precios unitarios presentados por Green Patcher por metro cúbico por valor de \$649.824. (Unidad de Mantenimiento Vial, 2013).

El Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto, aclarando que:

(...), cuando en un contrato estatal se estipulan precios unitarios se trata de un contrato de obra pública (...) por precios unitarios, es aquel contrato en el que se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como metro cúbico. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 de 2002).

De modo similar la Contraloría de Bogotá se pronunció:

(...), al pactarse precios unitarios, por lo tanto, Green Patcher Colombia se comprometió a responder por obligaciones que corresponde a un contrato de obra. En consecuencia, la UMV debió celebrar el contrato estatal 638 de 2013, en modalidad de licitación pública por ser un contrato de obra (...). (Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero del 2014).

Por otra parte, la Unidad de Mantenimiento Vial violó el principio de transparencia, conforme al imperativo legal reglado en la Ley 489 de 1998 (art. 3), la Ley 1437 de 2011 (art. 3), y la Ley 80 de 1993 (art. 24.3, par. 3.2), porque no permitió en la etapa precontractual la participación de pluralidad de oferentes en el contrato Estatal, como era su deber legal; en cambio solo contactó y valoró a un único oferente que no tenía la exclusividad, ni la propiedad industrial de la tecnología Velocity Patching, excluyendo multiplicidad de mejores oferentes que pudieron haber participado en igualdad de condiciones, con el lleno de los requisitos legales, para ser merecedor de ser escogido y pactar el contrato Estatal, conforme reza en la Constitución de 1991 (art. 13).

Así entonces, la Unidad de Mantenimiento Vial no procedió de manera transparente, por cuanto la actuación Estatal es de dominio público conforme lo ordena el ordenamiento jurídico colombiano: Constitución de 1991 (art. 74), Ley 1437 de 2011 (art. 3.8), Ley 80 de 1993 (art. 24), Ley 489 de 1998 (art. 3), la Ley 1150 de 2007 (art. 2, par. 2); ahora bien, se tiene entonces que la regla general es que la actuación precontractual de las entidades estatales, en la gestión del contrato estatal debe ser pública y transparente. Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado:

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc. La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin

justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta. (Consejo de Estado, Selección tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016).

Siendo las cosas así, resulta claro que el contrato No. 638 de 2013 implicó gasto público, entonces a la luz de la Constitución de 1991 (art. 1) Colombia es un Estado Social, por lo tanto el Estado colombiano está en la obligación de propiciar obras y servicios públicos de calidad máxima si todas las personas son obligadas a contribuir a las arcas estatales, conforme al imperativo contenido en el art. 95.9; por consiguiente, todas las personas tienen derecho a participar en el proceso de selección del mejor oferente en igualdad de condiciones a los demás, para ser escogido como contratista del Estado, sin que la entidad contratante discrimine o realice maniobras o incurra en falta de moralidad administrativa, ni manifieste en su actuación administrativa interés particular o familiar y sin que favorezca a terceros con oscuras intenciones; por tanto todas las personas pueden colaborar con el Estado conforme a la Constitución de 1991 (art. 2, art. 13), la doctrina jurisprudencial al respecto ha dicho:

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”. Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con

la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de enero del 2011).

De modo similar en la etapa precontractual se violó el principio de publicidad con sustento en la Constitución de 1991 (art. 74, art. 209), el Decreto 1510 de 2013, (art. 19), la Ley 1437 de 2011 (art. 3.9), la Ley 80 de 1993 (art. 24), la Ley 489 de 1998 (art. 3), y la Ley 1150 de 2007 (art. 2, par. 2.1), porque no hizo público el proceso de selección del contratista, cercenando la participación de múltiples oferentes para la elección del mejor, que cumpliera con los requisitos legales para contratar con la entidad territorial y para favorecer la economía del contrato Estatal.

Por otra parte, la Unidad de Mantenimiento Vial obvió dar aplicación al Decreto 1510 de 2013 (art. 2), que contempla las diferentes modalidades de selección del contratista; de su lectura e interpretación se desprende una clara diferenciación entre la modalidad de contratación directa a través de la tipificación de contrato de actividades científicas y tecnológicas, distinto a la modalidad de contratación de licitación pública a través de la tipificación de contrato de obra.

En síntesis, la entidad contratante violó el principio de publicidad conforme al mandato superior (Constitución de 1991, art. 1, art. 2, art. 58), porque no promovió la participación de todas las personas en la actividad política, administrativa y económica del Estado; en otras palabras, por mandato de la Constitución de 1991, art. 95.9), si los asociados tienen la obligación constitucional de contribuir con las cargas económicas *públicas*, con mayor razón les asiste el derecho a participar del contrato estatal. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha dicho:

(...), la publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, los derechos que les asisten, y las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público... la información relativa a los procesos de contratación, se ajusta a la Carta Política, en tanto se cumplan las condiciones que permitan: (i) la imparcialidad y transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial de las decisiones adoptadas por la administración; (ii) la oportuna y suficiente posibilidad de participación de los interesados en el proceso contractual, así como los órganos de control y (iii) el conocimiento oportuno de la información relativa a la contratación estatal, que garantice los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos. (Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 2012).

Para concluir, se destaca la conexidad y transversalidad del principio de planeación con los principios de publicidad y transparencia en la etapa precontractual, ya que estos principios garantizan la imparcialidad y la no desviación del poder por parte de los funcionarios y autoridades públicas de las entidades Estatales. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

Las actuaciones de la Administración deben ser puestas en conocimiento de los administrados con lo cual ha de garantizarse su transparencia; con mayor razón cuando se trata de adelantar alguno de los procedimientos de selección de contratistas, puesto que de su efectiva aplicación se ha de derivar la posibilidad real de asegurar y permitir amplia participación de todas las personas que estén interesadas en presentar sus ofertas para la ejecución de proyectos de interés público. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007).

Con lo hasta ahora expuesto, se tiene que el contrato No. 638 de 2013, violó el principio de economía como consecuencia de no respetar el principio de colaboración armónica como era deber constitucional y legal respetar por la entidad contratante; conforme reza la Constitución de 1991 (art. 113, art. 209, art. 267), la Ley 1437 de 2011 (art. 3.10, art.

3.12), la Ley 489 de 1998 (art. 3), la Ley 80 de 1993 (art. 25) y la Ley 1150 de 2007 (art. 2), porque tanto la Unidad de Mantenimiento Vial (UMV) como el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), ambas entidades pertenecientes al Distrito Especial de la capital colombiana con el mismo objeto legal de creación, en el año 2013 tenían estipulados precios por metro cúbico, para el contrato de obra de parcheo de huecos en Bogotá.

El IDU, para la fecha del contrato de la máquina de Bogotá, tenía establecido el valor de \$674.414,60 por m³ de parcheo y la propia UVM tenía como valor \$491.331 por m³ de parcheo; no obstante, la UVM pactó con Green Patcher Colombia el contrato No. 638 de 2013 por un precio de \$743.795 por m³ de parcheo, superando el precio del IDU en \$72.320,4 y de la propia UVM en \$252.464. (Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero del 2014).

En otras palabras, con la violación al principio de economía en la etapa precontractual se infiere que el pacto del contrato de la máquina tapahuecos de Bogotá, generó un detrimento a las arcas públicas estatales, recursos económicos con los cuales el Estado colombiano debe propender por cumplir con los fines esenciales del Estado en la prevalencia del interés general de todas las personas que habitan Colombia.

Así las cosas, resulta claro que por mandato de la Constitución de 1991 (art. 51, art. 366), el Estado debe reducir recursos económicos, priorizando el gasto público en la población humana colombiana más necesitada, para mejorar la calidad de vida, brindando solución a las necesidades insatisfechas de educación, salud, vivienda, saneamiento ambiental y agua potable.

Del mismo modo la Unidad de mantenimiento Vial, en la etapa contractual violó el principio de economía porque pasados más de 2 meses desde la firma del contrato que se realizó el día 27 de diciembre de 2013, al día 25 de febrero del 2014 cuando la Contraloría de Bogotá expidió el informe de visita fiscal, no se había firmado acta de inicio del contrato, toda vez que no estaba expedida póliza de cumplimiento, lo que impidió que se diera comienzo a la ejecución del contrato No. 638 de 2013.

No obstante, la violación del principio de economía se debe entender en sentido lato esto es (más allá del dinero), por cuanto el tiempo de ejecución del contrato estatal pactado fue de 6 meses, entonces la obra debió finalizar el 27 de junio de 2014 y esto no sucedió. Gravemente a noviembre del 2015, el contrato aún seguía vigente y ejecutándose, la entidad contratante publicó a través de su oficina de prensa lo siguiente: “La meta es inyectar 15.684 metros cúbicos de mezcla asfáltica en frío, al finalizar este gobierno, teniendo a la fecha 10.736 metros cúbicos inyectados con un avance del 70%” (Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, Informe de prensa del 6 de noviembre del 2015).

La doctrina especializada en contratación Estatal, ha dicho lo siguiente:

El principio de economía tiene aplicabilidad tanto en la etapa precontractual y contractual, está orientado por los principios de eficiencia, que buscan la celeridad y eficacia en los procedimientos, encaminados al cumplimiento de los fines del Estado, por lo cual debe entenderse que este no solo hace alusión a la economía de los recursos financieros, sino, también, a la economía de tiempo y al cumplimiento de las etapas y términos que se exigen en cada uno de los procedimientos que hacen parte de las diferentes modalidades de selección. (Rosero, 2012, p. 42).

La Honorable Corte Constitucional no ha sido ajena a este proceso; al respecto también se ha pronunciado así:

La Corte en cuanto al principio de economía, ha enfatizado que constituye una orientación, una pauta, para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo, sin que ello lo convierta en un fin en sí mismo. (Sentencia C-849 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería).

Por otra parte se violaron los principios de eficacia y eficiencia ambos con estrecha relación entre sí y con los principios de colaboración armónica y planeación, porque en los estudios previos del contrato No. 638 de 2013 se tipificó el contrato estatal incorrectamente como de ciencia y tecnología sin serlo, toda vez que Green Patcher no era único oferente y por haber pactado la obra por m³ de parcheo a precio superior al

establecido por el Instituto de Desarrollo Urbano y la propia Unidad de Mantenimiento Vial para el mismo tipo de obra pública de parcheo de huecos. Al respecto se trae a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado:

Los principios de planeación, economía y transparencia que, entre otros, orientan la contratación estatal, tienen como finalidad asegurar que todas las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual se cumplan con eficiencia y eficacia; que los procedimientos de selección sean ágiles, agotando los trámites estrictamente necesarios; que todo proyecto esté precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para la viabilidad económica y técnica de la obra; que en la ejecución del contrato se optimicen los recursos y se eviten situaciones dilatorias que ocasionen perjuicios a una de las partes contratantes. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007).

Por consiguiente, de haberse respetado los principios de eficacia y eficiencia en el contrato No. 638 de 2013, se hubiese logrado acatar el mandato constitucional de cumplir con los fines esenciales del Estado, para lograr la satisfacción de la prevalencia del interés general, para propender por mejorar la calidad de vida de todas las personas con la obra pública Estatal, impactando de manera positiva la capital colombiana, pero reduciendo costos económicos.

Lo anterior en cuatro sentidos, primero en cuanto al impacto de la obra pública que beneficia a todas las personas, segundo porque la prestación de los servicios públicos y la creación de obras públicas deben ser continuos y de calidad, tercero respecto a permitir la participación de todas las personas en igualdad de condiciones, que cumplan los requisitos legales de la contratación Estatal en calidad de oferentes en el proceso de selección del contratista, y cuarto en reducir los costos en el contrato estatal de la entidad territorial.

Ahora bien, se trae a colación la doctrina jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional respecto a los principios de eficacia y eficiencia:

En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye una cualidad de la acción administrativa en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo. Así mismo añade que, en definitiva, la eficacia es la traducción de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado. Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos-beneficios. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-826 de 2013).

JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES, OBLIGACIÓN DE RESPETO A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Se puede resumir a continuación que la investigación demostró que los principios constitucionales, legales y los nos reglados, aplicables a la contratación estatal no debieron ser violados por la Unidad de Mantenimiento Vial en el contrato No. 638 de 2013, por cuanto los principios ordenan y determinan un comportamiento actual, socialmente justo, encaminados a la prevalencia de: el interés general, la moralidad administrativa y la transparencia, sin desviación del poder por parte del Estado en la actuación administrativa de la entidades territoriales descentralizadas públicas, en cabeza de las autoridades y funcionarios del Estado colombiano.

Los principios están instituidos y dirigidos para que el Estado en su función pública y administrativa, satisfaga el interés general y de manera prioritaria solucione las necesidades de toda la comunidad en especial de la población más vulnerable, es por ello que debe minimizar al máximo el gasto público (hacer más con menos), materializando efectiva-

mente los fines esenciales del Estado y la prevalencia del interés general que se impone a: el interés particular y la empresa criminal corrupta; el Consejo de Estado ha plasmado enfáticamente en doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir; los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas; corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interese al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre del 2007).

Finalmente se trae a colación lo establecido por la doctrina jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional, en cuanto a la fuerza normativa y vinculante de los principios constitucionales y legales:

Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos, su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente,

una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/92).

CONCLUSIONES

Se concluye que el principio de planeación es transversal a todos los principios de la contratación Estatal y de suma importancia respetarlo en la etapa precontractual y contractual, para asegurar el éxito del contrato Estatal; por tanto si la entidad Estatal contratante, en el contrato No. 638 de 2013 hubiese acatado los principios de la contratación Estatal, tanto los reglados y los no reglados, habría evitado la violación del derecho fundamental de igualdad e incurrido como aconteció en: la exclusión sin fundamento de la participación de pluralidad y mejores oferentes, la errónea tipificación del contrato como de ciencia y tecnología, la incorrecta elección de modalidad de contrato directo, el detrimento patrimonial de las arcas públicas, la tardanza en la ejecución del término de tiempo estipulado.

Debido a lo ya expuesto, por motivo de la irregular planificación precontractual, la entidad contratante en los estudio previos no constató que Green Patcher no cumplía con los requisitos legales contemplados en la Ley 29 de 1990, pero en especial en lo establecido en el Decreto 591 de 1991 en su artículo 2, por dos razones: la primera porque el contratista Green Patcher Colombia S.A.S. no era dueño de la propiedad industrial de la tecnología Velocity Patching, segundo porque dicha tecnología no era nueva en el mundo ya que desde los años ochenta se ha venido usando en otros continentes.

Por consiguiente el objeto contractual pactado en el contrato No. 638 de 2013, reunió todas las condiciones para ser considerado un contrato de obra pública y no un contrato de ciencia y tecnología, porque el contratista Green Patcher por escrito en su oferta a la entidad contratante expresó que el contrato a pactar era de obra pública y ofreció precios unitarios por m³ de parcheo de huecos, además también ofreció tiempo

determinado para la obra de mantenimiento y reparación de la malla vial de Bogotá, por lo tanto se debió pactar en modalidad de licitación pública.

Sobre la base de las ideas expuestas la Unidad de Mantenimiento Vial incurrió en grave violación al principio de colaboración armónica y por ende trasgredió el principio de economía en la etapa precontractual del contrato No. 638 de 2013; como consecuencia se generó detrimento económico a las arcas públicas, porque se contrató el m³ de parcheo de huecos por valor unitario de \$743.795 por m³, pero dicho precio superó los precios para la misma obra establecidos y vigentes que tenía tanto la Unidad de Mantenimiento Vial como el Instituto de Desarrollo Urbano.

Finalmente, el contrato No. 638 de 2013 en la etapa contractual, violó el principio de economía en sentido lato porque no cumplió a cabalidad el tiempo de ejecución pactado de 6 meses, desde el 27 de diciembre del 2013 hasta la entrega de la obra el 27 de junio del 2014 como quedó pactado, pero a noviembre del año 2015, apenas se había ejecutado en un 70% la obra contratada.

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Asimismo, la Universidad Católica Luis Amigó no se hace responsable por el manejo de los derechos de autor que los autores hagan en sus artículos, por tanto, la veracidad y completitud de las citas y referencias son responsabilidad de los autores.

REFERENCIAS

- Acuerdo No. 19 de 1972 del Concejo de Bogotá D.C. "Por el cual se crea y reglamenta el funcionamiento del Instituto de Desarrollo Urbano".
- Acuerdo No. 257 de 2006, artículo 109 del Concejo de Bogotá D.C. "Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones".
- Aponte, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia*, 11, 177-207. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087>
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 de 2002, Consejero Ponente: María Elena Giraldo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, Consejero Ponente: Mauricio Eduardo Rosasco Estupiñan.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre del 2007, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de enero del 2011, Consejera Ponente: Olga Melida Valle De la Hoz.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero del 2014.

Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia C-826 de 2013, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-406/92, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Constitución Nacional de Colombia. 1991.

Decreto No. 591 de 1991, "Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas".

Decreto No. 2474 de 2008, "Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones".

Ley No. 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

Ley No. 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

Ley 489 de 1998. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

Ley 1437 de 2011. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ley 29 de 1990. Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias. Recuperado de <https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/upload/reglamentacion/ley-29-1990.pdf>

Manrique, A. (2010). *Fundamentos de la Organización y del Funcionamiento del Estado Colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Dike.

Rodríguez, L. (2007). *Derecho Administrativo general y colombiano*. 15ª edición, Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Rosero, B. C. (2012). *Contratación Estatal: Manual Teórico Práctico*. Bogotá: Ediciones de la U.

Tafur, A. (1995). *Derecho Administrativo General*. Bogotá, Colombia: Editorial Ciencia y Derecho, segunda edición.

Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, Informe de prensa del 6 de noviembre del 2015

Unidad de Mantenimiento Vial, Programa de Ciencia y Tecnología. Alcaldía de Bogotá – Contrato 638 de 2013/2013

Sentencia C-849 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2005/c-849-05.htm>

Vidal, J. (2008). *Derecho Administrativo*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

CÓDIGO DE CONDUCTA

La Revista Summa Iuris es una publicación seriada, de acceso abierto y financiada por la Universidad Católica Luis Amigó. En este entendido, la Revista no cobra a los autores por ninguna actividad del proceso editorial ni por la publicación, por lo anterior, no dispone de compensación económica a los autores ni a los miembros de los comités. En consecuencia, los procedimientos y decisiones se rigen por criterios de calidad científica, académica e investigativa, respondiendo así a los principios del Committee of Publication Ethics (COPE).

El código de conducta y la guía para autores, serán las directrices a seguir en el proceso de divulgación, estas disposiciones que norman la Revista Summa Iuris, responden a derechos de autor y de la información, de esta manera, se responde a las normativas colombianas e internacionales, ajustándose así a los requerimientos de calidad de los sistemas de indexación y resumen.

En este orden de ideas, y para garantizar la calidad, científicidad y transparencia, la Revista Summa Iuris cuenta con el siguiente equipo de apoyo:

Director / Editor
 Eyder Bolívar Mojica
 Doctor (c) en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional
 Universidad de Valencia
 Investigador Asociado Colciencias

COMITÉ CIENTÍFICO

Nombre	Nivel de formación	Filiación institucional
José Elías Estevé Moltó	Doctor	Universidad de Valencia, España
Natalia Barbero	Doctora	Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED, España
Daniel Montero Zendejas	Doctor	Universidad Autónoma de Morelos, México
Lorenzo Cotino Hueso	Doctor	Universidad de Valencia, España
José Heriberto García Peña	Doctor	Tecnológico de Monterrey, México
Jorge Luis Barroso González	Doctor	Universidad de La Habana, Cuba

Summa Iuris cuenta con el apoyo de investigadores y académicos, quienes, a través de su trayectoria y conocimiento, hacen que las publicaciones respondan a los estándares de calidad en materia de publicaciones científicas. Con lo cual, establecen de manera conjunta con el Director/Editor la política editorial y la toma de decisiones encaminadas a direccionar la Revista a niveles de calidad científica, en consecuencia, pueden fungir investigadores invitados, además apoyan la divulgación en redes académicos y científicas.

COMITÉ EDITORIAL

Nombre	Nivel de formación	Filiación institucional
Edgar Andrés Quiroga Natale	Postdoctor	Universidad Nacional de Colombia
Valter Moura Do Carmo	Doctor	Universidad de Marília, Brasil
Edmer Leandro López Peña	Doctor	Universidad de la Coruña, España
Andrés Rodríguez Gutiérrez	Doctor	Universite Montesquieu Bordeaux IV, Francia
Deiby Alberto Sáenz Rodríguez	Doctor	Universidad Santo Tomás, Colombia
Pedro Alfonso Sánchez Cubides	Doctor	Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Órgano de expertos y especialistas en las temáticas de la Revista, son quienes garantizan los parámetros de la política editorial, la pertinencia y calidad científica de los artículos postulados. Además, sugieren a otros expertos como pares académicos y promueven la difusión de la Revista en medios académicos.

CONSEJO EDITORIAL

Nombre	Cargo	Filiación institucional
Isabel Cristina Puerta Lopera	Vicerrectora de Investigaciones	Universidad Católica Luis Amigó (Colombia)
Carlos Alberto Muñoz	Jefe Oficina de Comunicaciones y RRPP	Universidad Católica Luis Amigó (Colombia)
Paula Andrea Montoya Zuluaga	Representante de los docentes investigadores	Universidad Católica Luis Amigó (Colombia)
Carolina Orrego Moscoso	Coordinadora del Fondo Editorial	Universidad Católica Luis Amigó (Colombia)
Álvaro Osorio Tuberquia	Jefe Departamento de Biblioteca	Universidad Católica Luis Amigó (Colombia)
David Esteban Zuluaga Mesa	Representante de los directores editores de Revistas científicas	Universidad Católica Luis Amigó (Colombia)
Juan Diego Betancur Arias	Representante de los editores de Revistas de divulgación	Universidad Católica Luis Amigó (Colombia)

ENFOQUE

La Revista Summa Iuris es una publicación digital, de acceso abierto y con periodicidad semestral, la cual divulga artículos científicos y presenta resultados de investigaciones en Ciencias Jurídicas y Derechos Humanos; tiene por finalidad construir y fortalecer el debate académico y la apropiación social del conocimiento, además contribuir al desarrollo de la ciencia del derecho en torno a desafíos epistemológicos, disciplinares y profesionales.

Está dirigida a investigadores y profesionales del ámbito nacional e internacional que tengan interés por las Ciencias Jurídicas y los Derechos Humanos.

REVISIÓN EDITORIAL, POLÍTICA ANTIPLAGIO Y EVALUACIÓN

Los artículos se evalúan en la medida que su resultado sea pertinente con los ejes temáticos de la Revista, así como la estructura y las normas de citación, previo cumplimiento de los criterios descritos en la guía de autores. En consecuencia, si el artículo cumple, pero debe mejorarse, se solicitará adecuarlo y realizar correcciones en un máximo de 5 días hábiles; una vez verificadas las correcciones, se dará paso a la segunda etapa del proceso de evaluación. Y de no cumplir con este protocolo se regresa al autor.

POLÍTICA ANTIPLAGIO

Atendiendo a principios éticos y de derecho de autor, los artículos deben ser originales e inéditos, por lo tanto y para evitar vulneración de derechos, las investigaciones recibidas serán revisadas por programas tecnológicos con el fin de identificar similitud con otros artículos divulgados, incluso con las publicaciones académicas enmarcadas en Crossref. Con lo cual, el programa tecnológico genera un reporte e índice de similitud; si este último es superior al 20%, el artículo es descartado; si por el contrario es hasta del 20%, el artículo continúa el proceso. Con el reporte arrojado por el programa, se busca también identificar errores en el manejo de las citas y referencias, uso de fuentes y credibilidad de la información.

EVALUACIÓN POR PARES

Los artículos se someterán a evaluación por pares bajo la modalidad de doble ciego, en esta etapa del proceso la información es confidencial y no se darán a conocer datos personales ni conceptos evaluativos entre los autores y evaluadores. Iniciada la evaluación, los autores se comprometen a no retirar el artículo hasta la finalización del proceso.

Se contempla un tiempo estimado de un (2) meses entre la recepción del artículo y la evaluación, teniendo en cuenta que este periodo puede variar según la temática del artículo y otros procesos editoriales.

SELECCIÓN DE EVALUADORES

Por cada artículo, se asignarán dos pares evaluadores los cuales deben ser académicos expertos en el tema a evaluar, además de tener un nivel académico superior al de los autores. No pueden pertenecer al comité editorial o al científico de la Revista, ni a la Universidad Católica Luis Amigó; si es colombiano, debe estar reconocido como investigador por Colciencias, en caso contrario, tener título de posgrado y un índice H5 mayor a 2.

REVISIÓN

La dirección de la Revista entrega a los pares el artículo acompañado de un formato de evaluación en el que se tratan los siguientes elementos formales y temáticos:

- Pertinencia del artículo de acuerdo con los intereses de la Revista
- Correspondencia del título con el tema
- Vigencia del tema
- Utilización de términos y conceptos según la disciplina
- Pertinencia de gráficas, tablas y figuras
- Utilización adecuada de las citas y referencias
- Actualidad de las referencias
- Novedad del trabajo
- Rigor teórico-metodológico
- Coherencia del texto

SOBRE LA DECISIÓN DE LOS PARES

- El formato de evaluación presenta tres alternativas de dictamen: 1. “Se publica sin modificaciones”; 2. “Se publica con correcciones”; 3. “No se publica”.
- En el evento que los dos evaluadores consideren que el artículo “no se publica”, la dirección de la Revista comunicará la decisión al autor y envía como soporte el resultado de las evaluaciones.
- Si ambos evaluadores coinciden en que el artículo “se publica sin modificaciones”, se informa al autor la decisión y se remite el artículo a la fase de edición.
- Si un evaluador considera que el artículo debe publicarse sin modificaciones y otro indica que “se publica con correcciones”, se informará al autor acerca de los cambios que debe implementar y la fecha en que debe hacer llegar el documento con las correcciones solicitadas.
- Si uno de los dos evaluadores evalúa el artículo como “no publicable”, mientras el otro lo favorece, la dirección de la Revista nombrará un tercer evaluador para dirimir la controversia. (manteniendo la modalidad “doble ciego”) Una vez recibida la tercera evaluación, se comunicará al autor la valoración.

EN RELACIÓN A LAS CAUSALES DE RECHAZO

Se tendrán como tales:

- El plagio y el autoplagio, la adulteración, invento o falsificación de datos del contenido y del autor.
- Que el artículo haya sido publicado total o parcialmente, perdiendo el carácter de inédito.
- Que el contenido no tenga un nivel de originalidad igual o superior al 80%.

- La existencia de conflictos de interés, por lo tanto, es deber de los autores notificar a la Revista cualquier situación que pueda influir en los resultados o interpretación de su escrito.
- El incumplimiento de las directrices de la Revista (código de conducta y guía para autores).
- La escritura en términos obscenos, abusivos, difamatorios, injuriosos o que de cualquier modo vayan en contravía de la dignidad humana o del buen nombre de una persona natural o jurídica.
- La detección tanto de datos recogidos sin los permisos necesarios de las personas naturales o jurídicas, como de hallazgos falsos o convenidos.
- Toda información o acto que vaya en contravía de las leyes nacionales e internacionales de Derechos de Autor y de protección a menores.

CAUSALES DE SUSPENSIÓN

La detección durante cualquier etapa del proceso de alguno de los términos de rechazo descritos en este apartado.

Duda o disputa de autoría y coautoría.

Solicitud de los autores de cualquier tipo de privilegios.

TRANSPARENCIA

- Los comités velarán durante todo el proceso por la calidad académica y científica de la Revista.
- El Director/Editor, los comités y los evaluadores tendrán libertad para emitir su opinión sobre la viabilidad de publicación del artículo.

- La Revista no revelará a los evaluadores los nombres de los autores, y viceversa, mientras se cumpla el proceso de edición y revisión de los textos. El grupo evaluador será publicado en las páginas preliminares de cada número.
- En ningún caso, la dirección de la Revista exigirá al autor la citación de esta o de alguno de los miembros de su equipo de colaboradores.
- Los evaluadores declararán la inexistencia de conflictos de interés, con lo cual su concepto no estará sesgado por ningún tipo de conveniencia: financiera, laboral, profesional, personal o cualquier otra de la que pueda desprenderse un juicio no objetivo sobre el artículo.

COMUNICACIÓN

Las decisiones editoriales se informarán de manera oportuna, en términos respetuosos y procurando el mutuo aprendizaje.

Cada etapa del proceso editorial, de publicación y divulgación será notificada a los autores, quienes en uso de sus derechos podrán hacer y solicitar cambios al texto hasta antes de ser informados de la disposición pública del material diseñado.

ÉTICA DE LA PUBLICACIÓN Y BUENAS PRÁCTICAS

RESPONSABILIDADES DEL DIRECTOR/EDITOR

- El Director/Editor atendiendo al código de conducta, es la persona encargada de seleccionar los artículos que harán parte de los volúmenes de la Revista. Por lo tanto, y para la selección de los artículos se observará el nivel académico y la pertinencia temática, en consecuencia, es de aclarar que la discriminación por género, orientación sexual, nacionalidad, origen étnico o manifestaciones religiosas o políticas, no será motivo o criterio de selección.
- El Director/Editor, podrá discutir las decisiones con respecto a la selección de artículos que tomen otros órganos de la publicación, siempre bajo los criterios de calidad.
- En relación con los autores, el Director/Editor, debe mantener la confidencialidad de las decisiones que se tomen.
- Por último, el Director/Editor, no tramitará artículos que deriven en conflictos de intereses como resultado de alguna relación posible con estos.

RESPONSABILIDADES DE LOS EVALUADORES

- Los evaluadores deben mantener la confidencialidad sobre los artículos que reciben.
- Por principios éticos, académicos y científicos, es importante la objetividad, la razonabilidad y la neutralidad a la hora de formular observaciones.
- En este orden, pueden apoyar al Director/Editor y al autor con sus sugerencias, siempre en pro de mantener la calidad académica de los artículos que han evaluado.

- Se deben abstener de usar para su beneficio o de un tercero el material a arbitraje, además hacer parte de procesos de evaluación de los cuales pueda derivarse algún conflicto de intereses.
- Se espera que los evaluadores cumplan los tiempos asignados para su arbitraje y comuniquen al Director/Editor sobre su posibilidad de revisar de manera oportuna e idónea los artículos enviados a evaluar.

RESPONSABILIDADES DE LOS AUTORES

- Atender las normas de publicación y el código de ética que acoge Summa Iuris, razón por la cual, los artículos, deben ser originales e inéditos y no estar en proceso de evaluación en otra Revista.
- Los investigadores deben buscar el aporte y desarrollo de las Ciencias Jurídicas y los Derechos Humanos, en consecuencia, en sus artículos se comprometen a presentar datos veraces y confiables, referencias y fuentes completas, con el fin que otros investigadores puedan corroborar, discutir o apoyar lo que en ellos se expone.
- Se debe dar el respectivo reconocimiento de su autoría a las personas que participaron en la construcción y redacción del artículo. Además, respetar la integridad de las comunidades que participan en la investigación y garantizar la presentación de los formatos que dan cuenta de la participación voluntaria y digna de estas.
- En este orden de ideas, la información sobre las fuentes de financiación en la investigación debe ser transparente.
- Por último, investigadores deben poner en conocimiento sobre errores o inexactitudes que se hayan publicado en su propia investigación.

PROCEDIMIENTO PARA DIRIMIR CONFLICTOS:

Quien realice reclamación alguna, debe identificar la concurrencia de un comportamiento que contraviene los principios éticos de la Revista, razón por la cual se deben aportar las respectivas pruebas que demuestren y sustenten el reclamo.

RECLAMACIONES

Si una vez publicado el artículo: 1. El editor descubre plagio, adulteración, o falsificación de datos del contenido y del autor o errores de fondo que atenten contra la calidad o científicidad, podrá solicitar su retiro o corrección. 2. Si un tercero detecta el error, es obligación del autor retractarse de inmediato y se procederá al retiro o corrección pública. 3. Durante el proceso de edición, los autores deberán reportar al Director/ Editor cualquier error o inexactitud que identifiquen en el material enviado; si el artículo es publicado con dichas faltas, deben solicitar a la Revista la corrección o retractación inmediata.

En consecuencia, las opiniones contenidas en los artículos son atribuibles de modo exclusivo a los autores; por lo tanto, la Universidad Católica Luis Amigó no es responsable de lo que estas pudieran generar.

Toda reclamación se recibirá por escrito mediante correo electrónico a summaiuris@amigo.edu.co

El plazo máximo de respuesta será de tres (3) días hábiles a partir de la recepción de la no conformidad.

DERECHOS DE AUTOR Y ACCESO A LA PUBLICACIÓN

Derechos morales. Se reconoce a los autores la paternidad de la obra y se protege la integridad de esta. Los autores pueden tener derechos adicionales sobre sus artículos, según lo establecido en su acuerdo

con la Revista. Además, ellos son moral y legalmente responsables del contenido de sus textos, así como del respeto a los derechos de autor de las obras consultadas y de las citadas en estos; por lo tanto, no comprometen en ningún sentido el pensamiento de los comités, del equipo editorial, los evaluadores, ni de la Universidad Católica Luis Amigó.

LICENCIA

La Revista y los textos individuales que en esta se divulgan están protegidos por las leyes de copyright y por los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional. © 2018 Universidad Católica Luis Amigó. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden encontrarse en <http://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/>

PUBLICACIÓN Y DIVULGACIÓN

Summa Iuris es de carácter semestral. Publica dos números por año, correspondientes a los periodos enero-junio y julio-diciembre.

La Revista completa y los textos individuales se publican en formatos PDF y HTML en el Open Journal Systems en el siguiente enlace: <http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/index>.

La Revista y cada artículo cuentan con Digital Object Identifier (DOI), lo que facilita su localización en internet, esta herramienta garantiza la preservación de acceso al contenido de la Revista en caso que deje de publicarse.

La Revista usa la publicación anticipada, con el propósito de responder a las necesidades de vigencia del contenido y a los requerimientos de los autores y del medio. Este recurso se utiliza una vez se tengan los conceptos satisfactorios de los pares evaluadores; la publicación

provisional contiene la última versión enviada por los autores, sin que aún se hayan realizado la corrección de estilo, la traducción y la diagramación.

Summa Iuris utiliza, entre otros medios, las redes sociales y académicas para la divulgación de su contenido.

<https://www.facebook.com/summaiuris/>

<http://funlam.academia.edu/Summaluris/>

RECEPCIÓN DE CONTRIBUCIONES

Los artículos se deben remitir mediante el Open Journal System (OJS), software de administración y publicación de Revistas que permite el seguimiento a los documentos en sus distintas etapas. También pueden enviarse al correo electrónico de la Revista (summaiuris@amigo.edu.co).

Los envíos en línea requieren de usuario y contraseña, que pueden solicitarse en: <http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/user/register>

No se recibirán artículos impresos ni versiones parciales del texto, toda vez que se deben ajustar a alguno de los tipos de artículos descritos en la guía para autores de la Revista.

La dirección de la Revista dará respuesta en un máximo de tres (3) días acerca de la recepción del documento, pero esto no supone ni obliga su publicación.

Las consultas para la remisión pueden enviarse al correo electrónico de la Revista (summaiuris@amigo.edu.co).

COMPROMISO DE LOS AUTORES Y CESIÓN DE DERECHOS

Una vez el Director/Editor verifique el cumplimiento de los requisitos mínimos, solicitará a los autores que: 1) declaren que el trabajo es original, inédito, no está siendo evaluado simultáneamente en otra Revista, además se comprometan a no retirar el artículo luego de la evaluación de pares, si esta determina la viabilidad de la publicación, bien sea en el estado actual o con modificaciones; 2) declaren la inexistencia de conflictos de intereses y manifiesten la cesión de derechos patrimoniales a favor de la Universidad Católica Luis Amigó. 3) autoricen el tratamiento de sus datos personales.

PUBLICACIÓN DE DATOS DE AUTOR.

Una vez enviado el artículo, se entiende que el autor autoriza la publicación de los datos personales relacionados en la nota de autor.

AUTORIZACIÓN PARA TRATAMIENTO DE DATOS

La Universidad Católica Luis Amigó como responsable del tratamiento de los datos y dando cumplimiento a la Ley 1581 de 2012 y al Decreto 1377 de 2013, manifiesta que los datos personales de los integrantes de los comités, evaluadores y autores se encuentran incluidos en las bases de datos institucionales y son de uso exclusivo de la Universidad. Según la política de privacidad, la cual puede consultar en nuestro sitio web www.ucatolicaluissamigo.edu.co, los datos no son compartidos o suministrados a terceros sin la autorización previa del titular. Además, la Institución cuenta con los medios tecnológicos idóneos para asegurar que sean almacenados de manera segura y confiable.

De acuerdo con lo anterior, es obligación durante el proceso de edición de Summa Iuris, autorizar a la Universidad Católica Luis Amigó para el tratamiento de los datos personales, para las finalidades propias de la Institución.

Declaración de privacidad. Todos los datos de autores, comités, evaluadores y demás colaboradores de Summa Iuris introducidos en la plataforma OJS y/o en los artículos, se usarán exclusivamente para la inclusión de la Revista en Sistemas de Indexación y Resumen y los fines declarados por la misma y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

CIERRE DE EDICIÓN

La recepción de los artículos es permanente, pero se establecen como fechas de cierre para su selección: el último día del mes de febrero para el número correspondiente al periodo de julio-diciembre; y el último día del mes de agosto para el número que se publica en enero-junio.

Posterior a estos vencimientos, se inicia con la corrección de estilo, la diagramación, la revisión de muestras y demás, propias del proceso de disposición pública del material. Dado el número de artículos que se reciben, el proceso de revisión y evaluación se realiza según el orden de llegada; el tiempo fijado entre la recepción de los artículos de investigación y su publicación es de cuatro (4) meses.

AVAL DEL COMITÉ DE ÉTICA

A manera de evidenciar que se cuenta con los permisos necesarios de las personas naturales y jurídicas implicadas en la investigación, se debe enviar a la Revista el aval del Comité de Ética y del consentimiento y asentimiento informado de la investigación.

GUÍA PARA AUTORES

Summa Iuris acepta artículos resultado de investigaciones en Ciencias Jurídicas y Derechos Humanos que respondan a los lineamientos de la presente guía para autores; por tal razón, la continuidad de los artículos postulados está supeditada tanto a la comprensión y aceptación de los autores de las políticas de la Revista, como al cumplimiento de los criterios que se describen a continuación.

FORMACIÓN ACADÉMICA Y FILIACIÓN DE LOS AUTORES

Se reciben artículos de autores con nivel académico de maestría, doctorado y posdoctorado, y de estudiantes de posgrado que escriban en coautoría con docentes o investigadores titulados en alguno de los niveles mencionados.

Para velar por la exogamia institucional, prevalecerá la publicación de textos de autores externos a la Universidad Católica Luis Amigó, sin que esto prime sobre la calidad del contenido.

IDIOMA Y TIPOLOGÍA DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos deben ser originales e inéditos, escritos en español, inglés, portugués, francés, italiano o alemán siempre y cuando su estructura responda a uno de los tipos descritos por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias en el Documento guía para la indexación, emitido en febrero de 2010 (p. 7), que se citan en esta sección:

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA

Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura contiene seis partes importantes: introducción, metodología, resultados, discusión, conclusiones y referencias.

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN DERIVADA DE INVESTIGACIÓN

Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

ARTÍCULO DE REVISIÓN

Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

Aunque la Revista privilegia los tres tipos de artículos antes descritos, considera, además:

REPORTE DE CASO

Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

CARTAS AL EDITOR

Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la Revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia (Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias en el Documento guía para la indexación, emitido en febrero de 2010 (pp. 7-8).

CADA NÚMERO CONTIENE:

Presentación. Documento redactado por el Director/Editor, quien da cuenta de los propósitos de la Revista y de los artículos que componen el número en particular.

Editorial. Documento que recoge orientaciones y reflexiones sobre el dominio temático de la Revista escrita por un miembro de los comités o un investigador invitado.

Excepcionalmente se publicarán reseñas de libros, que deberán ser escritas por un autor-investigador reconocido y obedecer a textos que se consideren de importancia para las disciplinas que cubre la Revista. Por decisión del Comité editorial, las reseñas podrán ocupar el lugar del editorial.

CARACTERÍSTICAS DE FORMA DEL DOCUMENTO

- Digitado en Word, en tamaño carta.
- Las márgenes utilizadas serán de 3 centímetros en todos los lados: superior, inferior, derecha e izquierda de cada página.
- Letra Arial, tamaño 12 puntos.

- Texto en interlineado a 1,5 líneas, justificado y sin sangría en el primer párrafo de cada apartado; desde el segundo párrafo debe utilizarse sangría de 0,5 a la izquierda. En tablas y figuras el tamaño de letra debe ser de 10 puntos y el interlineado será en espacio sencillo.
- Todas las figuras y tablas se ubican dentro del texto en el sitio que les corresponde. Las tablas no tienen líneas separando las celdas.
- La extensión mínima es de 4.000 palabras y la máxima de 7.000, incluyendo tablas, ilustraciones y notas, y exceptuando referencias.
- La norma que se sigue para citas, referencias, tablas y gráficos es APA (6ta edición en inglés, 3ra en español).
- El título del artículo se escribe en mayúsculas sostenidas, negrilla y centrado. Los subtítulos se escriben en negrillas y alineados a la izquierda, con la primera palabra en mayúscula inicial –las demás en minúscula, exceptuando los nombres propios–. Los entre títulos tendrán negrilla, cursiva y mayúscula solo en la letra inicial.
- Indicaciones para la redacción

Además de cumplir los lineamientos generales de ortografía y gramática propios del idioma en el que se presenta el artículo, la redacción debe ser clara y precisa, sin utilizar eufemismos ni discriminaciones en el lenguaje, como lo estipula el Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA, 2010, pp. 61-84). En ese sentido, las diferencias en cuanto al género, orientación sexual, grupo étnico o racial, discapacidades o edad deben mencionarse solo cuando sean relevantes para la comunicación.

Es de aclarar que, el listado de referencias no hace distinción entre doctrina, jurisprudencia y normas, particularmente para Summa Iuris se adoptan los criterios de BLUEBOOK, indicados al final de este

documento; el uso del ampersand (&) será exclusivamente para citas y referencias en inglés; y deben incluirse los dos apellidos de los autores hispanoamericanos, cuando así se firman en el trabajo consultado.

En esta línea, es importante usar las cursivas para los títulos de libros, revistas, periódicos, películas y programas de televisión, la primera vez que presente un término nuevo o clave, las anclas de una escala y para las palabras en otro idioma.

Se debe evitar el uso de citas secundarias o “citas de citas”; en su lugar es recomendable citar a los autores originales.

Y se recomienda el uso de la cita literal para presentar ideas que requieran precisión o discusión de términos.

El título debe tener una extensión de máximo 10 palabras; si incluye subtítulo, la extensión máxima total es de 15 palabras. En este se identifican las variables y asuntos teóricos que se investigan. Incluye nota al pie de página indicando el nombre del proyecto de investigación del que se deriva el artículo, las entidades financiadoras, el código del proyecto, fase de desarrollo y fechas de inicio y finalización.

La nota de autor (para cada uno de los autores) debe contener lo siguiente: declarar su máximo nivel de formación académica y el programa del que egresó, su filiación institucional, correo electrónico, número de registro en ORCID y su perfil en Google Académico. Para la creación de este último se recomienda el siguiente tutorial: <https://www.youtube.com/watch?v=Xc3IUyjjYX8>. Se entiende que quienes firman como autores han contribuido de manera sustancial a la investigación. Para ampliar información sobre quién merece autoría, remitirse al Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA, 2010, p. 18).

Los autores deben incluir el nombre y apellidos bibliográficos, es decir, como comúnmente firman las publicaciones científicas. La normalización de este dato permite la trazabilidad de la producción del autor.

El resumen debe ser analítico, estructurado de la siguiente manera: introducción, método, resultados y conclusión, y con un máximo de 180 palabras. En el caso de los artículos de reflexión derivada de investigación, el resumen debe, del mismo modo, expresar clara y sucintamente el objetivo del artículo, los principales supuestos de los que parte, los argumentos que utiliza como soporte y la tesis que lo estructura. Jamás deben aparecer citas ni referencias en un resumen.

Las palabras clave, sin excepción, deben ser extraídas del Tesoro de la Unesco, disponible en: <http://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/>. Deben ser entre tres y cinco, separadas por; y escritas con mayúscula inicial.

Los autores deben traducir al inglés el título, el resumen y las palabras clave. No se recomienda hacerlo a través de softwares o páginas web.

Las notas al pie de página únicamente se utilizan para aclaraciones o digresiones, jamás para referencias ni para información importante. Cuando sean necesarias las notas al pie, deben ir en letra Arial tamaño 10 puntos.

ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

En la Introducción se plantea el problema de investigación, los antecedentes y el marco teórico, las hipótesis y los objetivos específicos. En **método** se describe cómo se estudió el problema: caracterización del estudio, de los participantes, el procedimiento del muestreo y las técnicas de recolección de datos. En **resultados** se da cuenta de los hallazgos de la investigación; si es necesario, se hace uso de tablas y figuras. En la **discusión** se muestra la significación de los resultados en diálogo con los antecedentes y el marco teórico. En las **conclusiones** se escucha la voz propia de los autores, con las implicaciones que tiene la investigación realizada y la contribución teórica o práctica que hace a la disciplina en que se enmarca.

En el financiamiento el autor(es) relaciona las instituciones que financiaron la investigación de la que se deriva el artículo. Con el Conflicto de intereses el autor(es) declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Cualquier ayuda técnica –funciones de apoyo como recolección o ingreso de datos, reclutar participantes, dar sugerencias para el análisis estadístico o lectura y análisis del artículo– o apoyo financiero recibido – tipo contrato o beca–, amerita agregar una sección de agradecimientos.

Por último, en las referencias deben ir listadas todas las obras a que se hizo mención en el artículo. Es importante cotejar todas las partes de cada referencia con la publicación original, de manera que no se omita información para su fácil ubicación, incluyendo los DOI o las URL si están disponibles.

ESTRUCTURA DE LAS CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y referencias se deben adecuar al Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA, 2010). Esto implica que debe haber plena correspondencia entre unas y otras. De acuerdo con las indicaciones de la APA, solo se listan en las referencias las obras efectivamente citadas, bien haya sido de forma directa o indirecta. Es importante verificar que siempre se respete la manera como se firman los autores, esto es, que, si lo hacen con dos apellidos, así aparezcan tanto en el momento de la cita como en el listado de referencias. Igualmente es necesario conservar el orden de aparición de los autores en las fuentes consultadas, pues obedece al grado de contribución en la investigación.

Cita textual (o literal) corta: es cuando se reproduce con exactitud una idea de un autor compuesta por hasta 39 palabras. No se debe alterar ningún término del texto y en caso de precisar o introducir algo, se debe poner entre corchetes. La cita corta va entre comillas y luego de ellas se abren paréntesis para incluir el o los apellidos de los autores, el año y el número de la(s) página(s) de donde se tomó la idea textual. Este tipo de citas nunca van en cursiva y todo énfasis debe indicarse a quién pertenece (si se encuentra en el original o es un énfasis que se quiere

hacer). Ejemplo: “Es infinitamente más cómodo, para cada uno de nosotros, pensar que el mal es exterior a nosotros [cursivas añadidas], que no tenemos nada en común con los monstruos que lo han cometido” (Todorov, 1993/2004, pp. 163-164).

La referencia correspondiente:

Todorov, T. (1993/2004). Gente común. En Frente al límite (2ª ed., pp. 129-167). México: Siglo XXI.

Citas literales o textuales de más de 40 palabras: las citas literales que tienen más de cuarenta palabras se escriben en párrafo aparte y sin comillas ni cursiva. Para efectos de su clara identificación para la diagramación, en Summa Iuris se escriben en un tamaño de 10 puntos, con sangría a 2,54 cm. y sin comillas. Concluida la cita, se escribe punto antes de la referencia del paréntesis y posterior a este.

Ejemplo: La enfermedad mental tiene implicaciones tanto personales como familiares. Tanto los estilos de afrontamiento como la conducta de enfermedad varían en función de los recursos que el sujeto pone en juego, entre los recursos ambientales el principal es la familia, de aquí la especial importancia que cobra el grupo familiar en el tratamiento de la persona con enfermedad mental (García Laborda y Rodríguez Rodríguez, 2005, p. 45).

LA REFERENCIA CORRESPONDIENTE:

García Laborda, A. y Rodríguez Rodríguez, J. C. (julio-diciembre, 2012). Afrontamiento familiar ante la enfermedad mental. Cultura de los cuidados, (18), 45-51. DOI: <http://dx.doi.org/10.14198/cuid.2005.18.08>

Paráfrasis o cita no literal: este tipo de cita toma las ideas de una fuente original y las reproduce, pero no con los términos originales, sino con las propias palabras del autor. Se utiliza para exponer ideas generales. Ejemplo: los trabajos de Matthew Benwell (2015) intentan potenciar una mirada renovada en el campo de la geografía social.

LA REFERENCIA CORRESPONDIENTE:

Benwell, M. (December, 2015). Reframing Memory in the School Classroom: Remembering the Malvinas War. *Journal of Latin American Studies*, 48(2), 273-300. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0022216X15001248>

Trabajos de múltiples autores: cuando se cite un trabajo de dos autores, siempre deben ponerse los apellidos de ambos. Ejemplo: (García Laborda y Rodríguez Rodríguez, 2005). Cuando el trabajo comprenda de tres a cinco autores, se citan todos los autores en la primera aparición. En las demás citas del mismo texto, se escriben los apellidos del primer autor y se termina con et al., indicando el año y la página. Ejemplo: 1ª cita: (García del Castillo, López-Sánchez, Turiñes, García del Castillo- López y Ramos, 2014). 2ª y demás citas: (García del Castillo et al., 2014). Si el texto tiene de seis autores en adelante solo se ponen los apellidos del primer autor seguido de et al. (sin cursiva) desde la primera aparición de la cita. Ejemplo: (Torres Pachón et al., 2015).

Las referencias correspondientes a los tres trabajos citados en estos ejemplos y organizadas alfabéticamente:

García del Castillo, J. A., López-Sánchez, C., Tur-Viñes, V., García del Castillo-López,

A. y Ramos, I. (2014). Las redes sociales: ¿adicción o progreso tecnológico? En A. Fernández (coord.), *Interactividad y redes sociales* (pp. 261-279). Madrid: Visión.

García Laborda, A. y Rodríguez Rodríguez, J. C. (julio-diciembre, 2012). Afrontamiento familiar ante la enfermedad mental. *Cultura de los cuidados*, (18), 45- 51. DOI: <http://dx.doi.org/10.14198/cuid.2005.18.08>

Torres Pachón, A., Jiménez Urrego, Á. M., Wilchez Bolaños, N., Holguín Ocampo, J., Rodríguez Ovalle, D. M., Rojas Velasco, M. A., Cárdenas Posada, D. F. (enero-junio, 2015). *Psicología social y posconflicto: ¿reformamos o revolucionamos?* *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 6(1), 176-193. DOI: <http://dx.doi.org/10.21501/22161201.1432>

Autor corporativo: cuando el autor es una entidad con sigla muy conocida, en la primera cita se escribe el nombre completo y en las siguientes se abrevia a la sigla conocida. Ejemplo: (American Psychological Association [APA], 2010). Sigüientes citas: (APA, 2010).

Citas secundarias: corresponde a las citas de citas, es decir, cuando un texto fue leído por un autor diferente a quien redacta el artículo. En este caso, debe indicarse claramente el autor que citó directamente la fuente. No es recomendable hacer uso de este tipo de citas. Únicamente es aceptable emplearlas cuando el trabajo original ya no se imprime, no se encuentra a través de bases de datos y demás fuentes de internet o no está disponible en español. Es aconsejable consultar directamente la fuente primaria. Ejemplo: "la mayoría de los sandieguinos se oponía a fortalecer los vínculos entre San Diego y Tijuana, y el 54% de los entrevistados declaró nunca haber visitado esta ciudad" (Nevins, 2002, p. 82, como se citó en Muriá y Chávez, 2006, p. 39). En ese caso, en las referencias irán Muriá y Chávez (2006).

Citas en otro idioma: las citas en otro idioma deben traducirse, generalmente en una nota al pie de página. Puede citarse la traducción en el cuerpo del texto, o dejar la cita en el idioma original. En este caso, deberá escribirse en cursiva.

Citas de entrevistas: el material original, producto de entrevistas, grupos focales o conversatorios, no se incluye en la lista de referencias. Al citar en el cuerpo del texto, se procede así: (Codificación del informante. Comunicación personal, fecha exacta de la comunicación). Ejemplo: "Nuestras historias son parecidas, aunque no iguales" (P5, 3:3. Comunicación personal, 25 de septiembre, 2015).

Autocitas: no son recomendables las citas que aluden a trabajos previos del autor o autores de un artículo, pues "La autocita es equivalente a autopremiarse por reconocimientos que otros debieran hacer, si un autor es merecedor de tal distinción" (Valderrama Méndez, 2008, p. 1). La referencia de esta cita es:

Valderrama Méndez, J. O. (2008). Las autocitas en artículos de revistas de corriente principal. *Información tecnológica*, 19(5), 1.
DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-7642008000500001>

Lista de referencias: El listado de referencias se escribe al final del texto en orden alfabético, sin viñetas, y con sangría francesa. A continuación, se detalla cómo se referencian las principales fuentes que se utilizan en un artículo.

Libros. Consta de: Apellidos del autor, iniciales del nombre del autor. (Año). Título del libro. Ciudad: Editorial. Se escribe a continuación el título. Nótese cómo se omiten las palabras editoriales, fondo editorial o librería. Ejemplos:

Cisneros Estupiñán, M. y Olave Arias, G. (2012). *Redacción y publicación de artículos científicos: enfoque discursivo*. Bogotá: Ecoe.

Todorov, T. (1993/2004). *Frente al límite*. 2ª ed. México: Siglo XXI.

Libro con editor, compilador, director u organizador. Luego del nombre del responsable se consigna su grado de responsabilidad: si es un editor, se escribe (ed.); si es compilador (comp.), director (dir.), organizador (org.). Ejemplo:

Díaz, F., Bordas, M., Galvão, N., e Miranda, T. (orgs.). (2009). *Educação inclusiva, deficiência e contexto social: questões contemporâneas*. Salvador: Universidade Federal da Bahia.

Número de edición. En los casos en que entre la primera publicación del libro y la que leyeron los autores del texto, haya transcurrido un tiempo importante, se indica la primera fecha de publicación y de la versión consultada, así: (1993/2004). Si el material no tiene fecha de publicación, se escribirá la abreviatura (s.f.). Si está a punto de publicarse, se escribe (en prensa).

Trabajos con ocho autores o más. Incluya los nombres de los seis primeros, luego se escriben puntos suspensivos y el último autor. Ejemplo:

Torres Pachón, A., Jiménez Urrego, Á. M., Wilchez Bolaños, N., Holguín Ocampo, J., Rodríguez Ovalle, D. M., Rojas Velasco, M. A., Cárdenas Posada, D. F. (enero-junio, 2015). Psicología social y posconflicto: ¿reformamos o revolucionamos? *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 6(1), 176-193. DOI: <http://dx.doi.org/10.21501/22161201.1432>

Capítulos de libro. Se cita al autor de la parte o el capítulo, procediendo del mismo modo que en autores de libros completos, seguido de la palabra En y a continuación las iniciales de los nombres y los apellidos completos de los autores o compiladores y el título del libro, luego del cual van las páginas que comprende el capítulo consultado. Ejemplo:

Sánchez Upegui, A. A. (2012). Revisión sobre el análisis lingüístico de artículos científicos: una estrategia de alfabetización académica de orden superior. En A. A. Sánchez Upegui, C. A. Puerta Gil, L. M. Sánchez Ceballos y J. C. Méndez Rendón, *El análisis lingüístico como estrategia de alfabetización académica* (pp. 15- 50). Medellín: Católica del Norte Fundación Universitaria. Recuperado de

<http://www.ucn.edu.co/institucion/sala-prensa/Documents/el-analisis-linguis-tico-estrategia-alfabetizacion.pdf>

Artículos de Revista. No es necesaria la fecha de recuperación, pero sí es importante que se agregue la página de recuperación si tiene disponibilidad en línea. Ejemplo:

Baeza Duffy, P. (2011). La reconstrucción de la memoria en *La Hija del General*. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (21), 41-68. Recuperado de <http://www.re-dalyc.org/articulo.oa?id=45924228003>

Artículo de Revista con DOI. Si un artículo o capítulo tiene DOI no se requiere página de recuperación, en cambio se debe agregar el enlace completo del DOI:

Strait, D. L., Kraus, N., Parbery-Clark, A., & Ashley, R. (March, 2010). Musical experience shapes top-down auditory mechanisms: Evidence from masking and auditory attention performance. *Hearing Research*, 261(1-2), 22-29. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.heares.2009.12.021>

Artículos de periódicos. Si especifica el autor, la referencia va de la siguiente manera:

Castrillón, G. (9 de septiembre de 2012). Farc quieren a un militar activo en la mesa de negociaciones. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/paz/articulo-373674-farc-quieren-un-militar-activo-mesa-de-negociaciones>

En caso de que no especifique el autor, en el listado de referencias anote el título del artículo empezando por la primera palabra importante (excluir los artículos definidos e indefinidos). Ejemplo:

Revive temor por “casas de pique” en Buenaventura. (19 de enero de 2015). *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/revive-temor-por-casas-pique-buenaventura>

Tesis. Se deben referenciar así: Apellidos, A. A. (año). Título (Tesis de maestría o doctorado). Nombre de la institución, Lugar. Ejemplo:

De la Cruz Lichet, V. (2010). Retratos fotográficos post-mortem en Galicia (siglos XIX y XX) (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/11072/1/T32199.pdf>

Ponencias o conferencias. Ejemplo:

Lanero, A., Sánchez, J. C., Villanueva, J. J. y D'Almeida, O. (septiembre, 2007). La perspectiva cognitiva en el proceso emprendedor. En X Congreso Nacional de Psicología Social: un encuentro de perspectivas. Universidad de Cádiz, Cádiz. Recuperado de <http://psi.usal.es/emprendedores/documentos/Lanero07.pdf>

Películas y medios audiovisuales. Director, B. B. (Director) y Productor, A. A. (Pro- ductor). (Año). Título de la película [Película]. País de origen: Estudio. Ejemplos:

Amenábar, A. (director), Cuerda, J. L. y Otegui, E. (productores). (1996). Tesis [Película]. España: Las producciones del Escorpión.

Centro de Memoria Histórica (productor). Rubio, T. (director). (2010). Mampuján. Crónica de un desplazamiento. [Documental]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=9v_rsVojQt8#t=1145.398308

Fotografías y obras de arte. Ejemplos:

Arango, D. (1948). Masacre del 9 de abril. Acuarela.

Brodsky, M. (1996). Buena memoria. [S e r i e fotográfica]. Recuperado de <http://www.marcelobrodsky.com/intro.html>

Para los demás tipos de referencias recomendamos la serie denominada Cápsulas APA realizada por el Fondo Editorial Luis Amigó.

SOBRE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA

1. Citación de fuentes jurídicas:

a. Constitución Política:

Nombre oficial de la Constitución [abreviación]. Artículo citado. Fecha de promulgación Editorial / Recuperado (País)

Constitución Nacional de Colombia [Const.] (1991) Artículo 15 [Título III]. Ed. Temis. Colombia

Modelo de cita: (Const., 1991, art. 15)

b. Leyes:

Organismo oficial que la decreta. Número y año de la ley. Asunto. Fecha de promulgación. Número en el Diario Oficial / Recuperado (país)

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Código penal colombiano. [Ley 599 de 2000]. DO. Xxxxxx / Web (Colombia)

c. Códigos:

Título oficial del Código [abreviación]. Número y año de la ley a que corresponde. (país) Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2016). Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO. Xxxxxx / Web (Colombia)

d. Decretos / ordenanzas / acuerdos / resoluciones:

Número y año del decreto [con fuerza de ley]. Organismo oficial que la decreta. Asunto. Fecha de promulgación. Número en el Diario Oficial (país)

Decreto número 1269 de 2017, por el cual se adiciona la Sección 2 al Capítulo 5 al Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia, por el cual se

dictan disposiciones sobre tratamientos penales especiales respecto a miembros de la Fuerza Pública, reglamentando la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones. Julio 28 de 2017. D.O. N° xxxxx. Colombia

Número y año del decreto / ordenanza / acuerdo / resolución [Organismo oficial que la decreta]. Asunto. Fecha de promulgación del acto. Ente que lo promulgó. (País)

Ordenanza número 135 de 2015, por medio del cual se adopta la política pública de diversidad sexual e identidades de género para el Departamento de Bolívar. La Honorable Asamblea del Departamento de Bolívar. 30 de noviembre de 2015. Colombia

e. Jurisprudencia:

Tribunal que profiere la sentencia. Sala o sección (en caso de ser aplicable). Número de la sentencia o del proceso. Radicado (Magistrado / consejero ponente / Juez; fecha).

Consejo de Estado. Sección segunda subsección b. Radicación: 1001031500020160227700. Actor: Constructora Alhambra SAS. Accionado: Magistrada a cargo del despacho 006 de la subsección B de la sección cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y otros. Clase de Proceso: Acciones de Tutela. Agosto 24 de 2016

2. Organismos internacionales:

a. Jurisprudencia

Tribunal que profiere la sentencia. Sala o sección (en caso de ser aplicable). Número de la sentencia o del proceso (Magistrado / consejero ponente / Juez; fecha).

Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 347.

b. Convenciones, tratados y acuerdos internacionales –bilaterales y multilaterales:

Nombre de la convención, tratado y acuerdo. Asunto. Participantes (X – Y). Artículo. Fecha. Organismo

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (B-32) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

c. Casos ante tribunales de derecho internacional:

Tribunal de derecho internacional. Nombre del caso. Número de sentencia. Referencia. Número del caso. Tipo de proceso. Participantes (X vs Y). V# (número de Volumen) y nombre de la publicación de la decisión. Página. (Fecha).

Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 347.

d. Arbitrajes internacionales:

Institución. Participantes (X vs. Y). Número del caso, Tipo de proceso. Número del párrafo (Fecha)

Centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Coca Cola vs Pepsi CO Número 1234. Medidas cautelares. Junio 7 de 2017

e. Pronunciamientos de los Organismos Internacionales:

Organismo. Título del informe oficial. Subdivisión del órgano (si se tiene). Número de Sesión. At, (El punto de la citación). Número de documento. (Fecha). Organismo.

Comité de derechos humanos de la ONU. 90º periodo de sesiones. Observación general N° 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. I. Consideraciones generales. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007.

f. Resoluciones:

Organismo. Número de resolución. Párrafo. Número de la sesión. Suplemento anexando el número de designación. Párrafo. (Fecha).

Consejo de Seguridad de la ONU. Resolución 1368 (2001). Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001. Reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, decidido a combatir por todos los medios las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo. Reconociendo el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

g. Reportes / Informes:

Comité. Subcomité. Título del reporte. Número del documento. (Fecha). Nombre del subtítulo (opcional) Organismo.

Comité de Derechos Humanos. Informe. Volumen I. 97º período de sesiones. (12 a 30 de octubre de 2009). 98º período de sesiones. (8 a 26 de marzo de 2010) 99º período de sesiones. (12 a 30 de julio de 2010). Asamblea General. Documentos Oficiales Sexagésimo quinto período de sesiones Suplemento N° 40 (A/65/40).

ENVÍO DEL ARTÍCULO

Los artículos podrán enviarse a través del Open Journal de la Revista y hacer el registro de los metadatos allí requeridos en <http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summauris/user/register>. También se reciben a través del correo electrónico summauris@amigo.edu.co

Los campos solicitados nunca deben diligenciarse con mayúscula sostenida.

Con mayúscula inicial se escriben los nombres propios y también los comunes.

Ingresar las referencias correctamente en concordancia con las normas APA.

Verificar que se cumplen los criterios del Manual para la estructuración de artículos.

Leer las Políticas; con estas deberá estar de acuerdo para participar efectivamente del proceso de edición y publicación –que incluye tanto el suministro de documentación, la autorización de tratamiento de sus datos personales, como ajustes a la propuesta de publicación–.

Si el artículo ha sido postulado previamente a otra revista, proporcione esta información en Comentarios al editor.

REVISIÓN DE PRUEBAS

Si un artículo es aceptado para su publicación, luego de la evaluación por pares, se procede a la normalización y corrección de estilo. A los autores se les remite el documento corregido para que realicen la revisión correspondiente y envíen su aprobación u observaciones, de manera que prosiga con la diagramación. Una vez el artículo se diagrama, se le remite el pdf a los autores con el objetivo que examinen si existe algún error tipográfico. En ningún caso se podrán hacer modificaciones de contenido ni adicionar material.

POLICIES AND ETHICS OF SUMMA IURIS

1. Focus

Summa Iuris journal publishes unprinted and original articles resulting from scientific research in the area of Legal and Political Sciences, in order to build and strengthen the academic debate and knowledge of this lore.

2. Target audience and scope

Summa Iuris is aimed at students, researchers, professionals and people in the national and international scope who have an interest in the Legal and Political Sciences.

3. Intellectual property

3.1 Economic rights. The magazine and the individual texts that are disclosed herein are protected by copyright laws and by the terms and conditions of the Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative 4.0 International License. © 2017 Luis Amigó Catholic University. Authorizations that go beyond what is covered by this license can be found at <http://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/>

3.2 Moral rights. The authors are recognized as authors of the work and the integrity of the work is protected. Authors may have additional rights to their articles, as established in their agreement with the journal. In addition, they are morally and legally responsible for the content of their articles, as well as complying with the copyrights of the consulted works and those cited therein; therefore, do not commit in any way the thoughts of the Committees and Editorial Team, the Evaluators or the Luis Amigó Catholic University.

4. Item management

4.1 Means and terms for reception. The proposed texts are sent through the Open Journal Systems (OJS), administration software and publication of journals that allows the tracking of documents in their different stages. Online submissions require a username and password, which can be requested at

<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/about/submissions#onlineSubmissions>. No printed articles or partial versions of the text will be received, that is, those that structurally do not follow any of the types of article described in the Summa Iuris manual.

The management of the journal will respond within a maximum of three (3) days of the receipt of the document, but this does not imply or require its publication.

The questions for the referral can be sent to the e-mail of the magazine (summaiuris@amigo.edu.co).

4.2 Commitment of the authors and assignment of rights. Once the Editor verifies compliance with the minimum requirements, it will request the authors: i) to declare that the work is: original, unpublished, is not being evaluated simultaneously in another journal; ii) that they commit not to withdraw the article after the peer evaluation, if this determines the viability of the publication, either in the current state of the article or with modifications; iii) declare the inexistence of conflicts of interests, and state the transfer of economic rights in the Luis Amigó Catholic University.

4.3 Guarantee of the Ethics Committee. In order to demonstrate that you have the necessary permits of all natural and legal persons involved in the investigation of which the document is a product, each article referred to these actors must send the journal a copy of the endorsement of the Ethics Committee of the informed consent of the research.

4.4 Closure of edition. The reception of research articles is permanent, but they are established closing dates for the selection of the articles: the fifteenth (15th) of March for the number published in July-December; and the fifteenth (15th) of September for the number published in January-June. From these expirations, the activities of style correction, diagramming, samples review and others typical of the process of public disposition of the material will begin.

4.5 Publication of data. Once the article is sent, it is understood that the author authorizes the publication of the personal data related in the author's note.

5. Evaluation process

5.1 Thematic evaluation, structure and citation rules. It is evaluated if the writing is pertinent with the thematic axes of the journal and if it meets the criteria described in the authors' guide. In case it does not answer to the theme of the publication, it is returned to the author. If the formal or background presentation should be improved, you are asked to make the corrections and make a new submission in a time adjusted to the editing schedule. If the article meets the aforementioned conditions, the second stage of the evaluation process will be carried out.

5.2 Analysis of similarity with other publications. In order to identify if the articles are original and unpublished and to avoid possible copies and plagiarism, technology is used to compare the manuscripts with others already disseminated through different digital media, including the academic publications participating in Crossref. The technological system generates a report and index of similarity; if the latter is greater than 20%, the article is discarded; If on the other hand, the index is up to 20%, the article continues to the third stage of the process. From the report, errors in the handling of citations and references, adequate use of primary sources and credibility of the information are identified.

5.3 Peer Evaluation. The articles are subject to peer evaluation under the double blind modality, that is, that the information of the authors for the reviewers is confidential, and vice versa; it is added that among the latter, personal data and evaluative concepts are not disclosed. Once the evaluation of the article has begun, the authors agree not to remove it until the end of the process.

5.3.1 Selection of evaluators: the journal has a database of national and international academic researchers, with experience in the fields of Law, Legal and Political Sciences. For each article, two evaluating pairs are assigned that comply with: having an academic level equal to or higher than that of the authors; not belonging to the editorial or scientific committee of the journal nor the Luis Amigó Catholic University. If you are Colombian, you must be recognized by Colciencias, otherwise, have a post-graduate degree or an H5 index greater than 2.

5.3.2 Review of the articles: the management of the journal gives the arbitrators the article accompanied by the guide for authors and an evaluation form in which the following formal and thematic elements are addressed:

- Relevance of the article according to the interests of the journal
- Correspondence of the title with the theme
- Validity of the topic
- Use of terms and concepts according to the discipline
- Relevance of graphs, charts and figures
- Proper use of citations and references
- Current references
- Novelty of work
- Theoretical-methodological rigor
- Consistency of the text

5.3.3 Decision: the format closes with three results: 1. "It is published without modifications"; 2. "It is published with corrections"; 3. "It is not published." If both reviewers consider that the article "is not published", the magazine's board communicates the decision to the author and sends, as support, the result of the evaluation delivered by the arbitrators. If both evaluators agree that the article "is published without modifications", the author is informed of the decision and the article is sent to the editing phase. If an evaluator considers that the article should be published without modifications and another indicates that "it is published with corrections", the author is informed about the changes that must be implemented and the date on which the document must be sent with the requested corrections. If one of the two qualifies the text as "not publishable", while the other favors it, the journal's board will appoint a third arbitrator (maintaining the "double blind" modality) to settle the controversy. Once the third evaluation has been received, the author will be informed of the opinion.

6. Publication and disclosure

Once the inclusion of the texts in the journal is approved, the advance publication is generated, with the purpose of responding to the needs of validity of the content and the requirements of the authors and the conditions. This provisional edition contains the latest version sent by the authors, without the style correction, the translation or the layout being made yet.

The complete magazine and the individual texts are published in PDF and HTML formats. Each contribution is assigned a Digital Object Identifier (DOI), which facilitates its location on the internet.

Summa Iuris uses, among other media, social and academic networks to disseminate its content.

7. Ethics and publication good practices

Summa iuris is an open access journal and adheres to the procedures dictated by the Committee on Publication Ethics (COPE) that can be consulted at www.publicationethics.org. It is also managed under the following principles:

7.1 Causes of rejection. The following are considered grounds for rejection:

- Plagiarism and self-plagiarism, adulteration, invention or falsification of content and author data, and that the article is not original and unpublished.
- That the content of the texts does not have a level of originality equal to or greater than 80%.
- The existence of conflicts of interest. It is the duty of the authors to notify the Summa iuris magazine of any existing conflict of interest that may influence the results or interpretation of its writing. Likewise, they must report to the editor any error or inaccuracy that they identify in the material sent.
- Non-compliance with the guidelines for authors.
- Writing in obscene, abusive, defamatory, abusive terms or in any way contrary to human dignity or the good name of a natural or legal person.
- The detection of data collected without the necessary permissions of the natural or legal persons involved.

7.2 Information for and from the authors

- The editorial decisions will be informed to the authors in a timely manner, in respectful terms and seeking mutual learning.
- Each stage of the editorial process and the publication will be notified to the authors, who in use of their rights may make and request changes to the text until they are informed of the public disposition of the designed material.

- The writer will commit to respect the national and international laws of Copyright and Child Protection.
- In case of doubt or dispute of authorship and co-authorship, the editing process and the publication of the text will be suspended until it is resolved.
- Academic or personal data in addition to those requested in the author's note, will be used only for the inclusion of the journal in Indexing and Summary Systems.

7.3 Collaborating teams

Regarding transparency in the processes:

- The committees will ensure the academic quality of the journal; therefore, their opinions are consulted periodically and they will be aware of the online layout of the final magazine.
- The Editor-Director, the Committees and the evaluators will be free to express their opinion on the feasibility of publishing the article.
- The Editor-Director of the journal will not reveal the names of the authors to the evaluators, and vice versa, as long as the editing and revision of the texts is completed.
- In no case, the journal management will require the author to cite it or publish articles with conflict of interests.
- The evaluators declare the inexistence of conflicts of interest; that is to say, that their concept is not biased by any type of convenience: financial, labor, professional, personal or any other from which a non-objective judgment on the text may arise.

7.4 Collections and payments to collaborators

- The journal does not charge the authors for any activity of the editorial process or publication.
- No economic rewards are generated for the authors who contribute to the journal or for the members of the committees.
- All costs of editorial production, publication and dissemination are assumed by the Luis Amigó Catholic University.

7.5 Claims

- If once the article is published: 1) the publisher discovers plagiarism, adulteration, invention or falsification of data of the content and the author or substantive errors that attempt against the quality or scientificity, may request its removal or correction. 2) If a third party detects the error, it is the author's obligation to retract immediately and proceed to the public removal or correction.
- The opinions contained in the articles are attributable exclusively to the authors; therefore, Luis Amigó Catholic University is not responsible for what they may generate.
- All claims will be received in writing by email (summaiuris@amigo.edu.co). The maximum response time will be five business days from the receipt of the claim.

7.6 Privacy statement.

The names and email addresses entered in Summa Iuris will be used exclusively for the purposes declared by this journal and will not be available for any other purpose or any other person.

La contribución debe enviarse únicamente mediante el OJS:
<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris>

Universidad Católica Luis Amigó
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Transversal 51A N° 67B - 90. Medellín, Antioquia - Colombia
Tel: (574) 448 76 66
www.ucatolicaluisamigo.edu.co