

EDICIÓN

51

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE



Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 51, enero - junio de 2019
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

UNIVERSIDAD DEL NORTE

Adolfo Meisel Roca
RECTOR

Silvia Gloria De Vivo
DECANA DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Juan Pablo Sarmiento Erazo
EDITOR

Esteban Lagos González
ASISTENTE EDITORIAL

COMITÉ EDITORIAL

Viridiana Molinares Hassan
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Juan Luis Goldenberg Serrano
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (CHILE)

Julia Sandra Bernal Crespo
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Fernando López Ramón
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (ESPAÑA)

José María Miquel González
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Angel Menéndez Rexach
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Andrés Botero Bernal
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER (COLOMBIA)

Mario Alberto Cajas Sarria
UNIVERSIDAD ICESI (COLOMBIA)

COMITÉ CIENTÍFICO

Daniel Bonilla
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLOMBIA)

Beatriz Londoño Toro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (COLOMBIA)

María Lourdes Ramírez
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Andrea Macía Morillo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

María Amparo Alcoceba
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (ESPAÑA)

José María Gabilondo
FLORIDA INTERNATIONAL UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

David J. Myers
PENN STATE UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

Ricardo Rivero Ortega
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Pilar Benavente Moreda
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Carlos Mario Molina
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (COLOMBIA)

La REVISTA DE DERECHO es una publicación semestral de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.

Está incluida en:

- Index Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas de Colciencias -PUBLINDEX- **Categoría B** (<http://www.colciencias.gov.co/scienti/publindex/>).
- SCIELO Citation Index - Thompson Reuters
- DOAJ - Directory of Open Access Journals
- Ulrich's Periodicals Directory
- SCIELO: Scientific Electronic Library Online (www.scielo.org.co).
- REDALYC: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (<http://redalyc.uaemex.mx/>).
- LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (www.latindex.unam.mx).
- Bases de datos LEXBASE, EBSCO y DIALNET.
- CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (<http://clase.unam.mx/>)
- ERIH PLUS: European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS). <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/index>

Se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido siempre y cuando se cite la fuente. Los conceptos expresados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/>
rderecho@uninorte.edu.co



Editorial

Dirección postal
División de Derecho, Ciencia Política
y Relaciones Internacionales
Universidad del Norte
Apartado aéreo 1569
Barranquilla (Colombia)

Realización de
Editorial de la Universidad del Norte

Coordinación editorial
Zoila Sotomayor Oliveros

Asistente editorial
María Margarita Mendoza

Arte y diseño
Joaquín Camargo Valle

Diagramación
Álvaro Carrillo Barraza

Procesos técnicos
Munir Kharfan de los Reyes

Corrección de textos
Henry Stein

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 51, enero - junio de 2019
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

CONTENIDO/*CONTENT*

vi **Editorial**

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

1 **Importancia de la negociación en la educación legal chilena. Un análisis comparado**

The relevance of negotiation in Chilean legal education. A comparative analysis

Boris Alejandro Fiegelist Venturelli
Universidad Andrés Bello, Chile

29 **The factors that favoured migration governance in Spain in the decade of the economic miracle**

Los factores que favorecieron la gobernanza de las migraciones en España en la década del milagro económico

Laura García-Juan
Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia
Berta Güell
Universidad de Barcelona, España

47 **Los umbrales de intensidad como criterios de aplicación material de las normas del DIH y el DDHH para nuevos actores de los conflictos armados**

The thresholds of intensity as criteria for the material application of IHL and HRL regulations for new actors in armed conflicts

Carlos Milton Fonseca Lidueña
Universidad Externado de Colombia

73 **Bienes comunes y organización social: la experiencia actual de las comunidades mapuches en Chile**

Commons and social organization: the current experience of the Mapuche communities in Chile

Cecilia Janette Mayorga Muñoz
Ferdinando Treggiari
Universidad de La Frontera, Chile

90 **La jurisprudencia constitucional colombiana sobre ordenamiento territorial, participación ciudadana y su impacto en la actividad minera**

Colombian constitutional jurisprudence about the land management, participation and their impact in mining

Catalina Roldán Pérez
Carlos Alberto Zárate Yepes
Jorge Martin Molina Escobar
Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín

111 **El code y el contrato: nacimiento y desarrollo de una teoría**

The Code Napoleon and the contract: birth and development of a theory

Carlos Julio Giraldo Bustamante
Universidad de Los Andes, Colombia

133 **Transitional Justice before and after Transition: Colombia in Comparative Perspective**

Justicia transicional antes y después de la transición: Colombia en perspectiva comparada

Philip J. Williams
Juanita Duque
University of Florida, Center for Latin American Studies

151 **Regulación y autorregulación de la oferta pública de valores en Colombia, 2008-2016**

Regulation and self-regulation of the takeover bids in Colombia, 2008-2016

Constanza Blanco-Barón
Universidad Externado de Colombia

186 **La independencia del regulador en Francia y en Colombia**

The independence of the regulator in France and Colombia

Javier Sanclemente Arciniegas
Universidad Nacional, Colombia

210 **Intereses geopolíticos de Israel en el conflicto armado en Siria**

Israel's geopolitical interests in the Syrian armed conflict

Janiel David Melamed Visbal
Universidad del Norte, Colombia





Revista *de* Derecho

EDITORIAL

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.51.340.01>

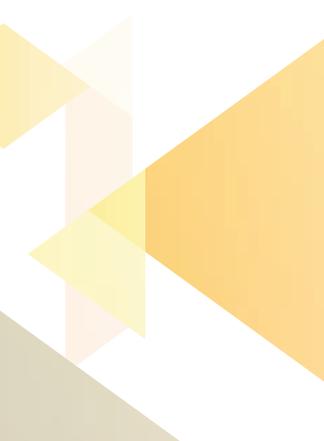
¿Kelsen en Colombia?*

¿Kelsen in Colombia?

A N D R É S B O T E R O - B E R N A L

Profesor titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander.
botero39@gmail.com Orcid: 0000-0002-2609-0265. Scopus ID: 55604950500.

* Agradecimientos al filósofo Edward Orozco (UIS) por su decidida colaboración para culminar este escrito.



En esta edición he tenido el gusto de ser invitado a reflexionar sobre la supuesta intención de Hans Kelsen de viajar a Colombia en 1939, por medio del internacionalista Jesús María Yepes, intención que no se concretó por culpa del gobierno colombiano. Si bien no pretendo demostrar si esa fue o no la voluntad del jurista austriaco, sí es importante hacer una crítica de las fuentes usadas por quienes continuamente dan como cierto que Colombia le cerró las puertas al padre de la Teoría Pura del Derecho. Y qué mejor espacio para esta reflexión general que una de las más prestigiosas revistas de derecho del continente. Empecemos.

Desde hace mucho tiempo existe el rumor de que el prestigioso jurista Hans Kelsen quiso venir a Colombia pero se le prohibió el ingreso. Este comentario lo he escuchado desde que fui estudiante de derecho, y todos lo decían con tal ahínco que era imposible no creerles. Pues bien, en mi trayectoria académica nunca he encontrado algo que pueda sustentar objetivamente tal afirmación, ni siquiera en su autobiografía (Kelsen, 2008). Entonces, di por hecho que todo hacía parte de los rumores, que son cientos por demás, que se tejen sobre las grandes personalidades, incluyendo las de la filosofía del derecho.

Ahora bien, hace poco, en un muy buen escrito de Camilo Sánchez (2016), denominado “Los expedientes judíos de la cancillería”, publicado en una revista cultural, se vuelve sobre el tema en los siguientes términos:

Un veterano miembro de la comunidad judía de Bogotá, quien pidió no ser citado, relata que hace unos treinta años llegó hasta su oficina de la capital un anciano polaco que había logrado escapar de la guerra a través de Suiza. Tras una consulta de trabajo, pasaron a charlar sobre diversos temas. El señor le comentó que en medio de los trámites para venir a Colombia se encontró en el Consulado en Ginebra con un tipo “muy fino, que hablaba un exquisito alemán”. El distinguido personaje le contó que era abogado y académico, y que había vivido la mayor parte de su vida en Austria. Una conversación fugaz entre dos desconocidos que esperan. A la salida, una vez aprobado el pasaporte del polaco, se volvieron a cruzar // El eminente profesor, originario de Praga, le informó que su petición de visa, con la intención de venir a impartir clases en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, había sido rechazada. Ni siquiera la intermediación de su buen amigo, el internacionalista Jesús María Yepes, cónsul de Colombia en Ginebra, tuvo éxito. “Usted debe saber quién es”, le espetó el anciano polaco a la fuente que pidió no ser citada (p. 22).

¡Esa persona sería Kelsen!

Pues vamos por partes. No es la primera vez que se sugiere algo por el estilo, mencionándose, incluso, a Jesús María Yepes:

Algo que no quisiera mencionar, pues resulta poco honroso para Latinoamérica, pero lo hago en homenaje al profesor José María Yepes, ilustre internacionalista colombiano, es el hecho de que éste procuró conseguir visado para que Kelsen pudiera viajar a uno de nuestros países, sin éxito, según lo registra el biógrafo y albacea literario de Kelsen. (Villar, 1999, p. 21)

Lo escribió nada más y nada menos que el ilustre profesor externadista Luis Villar Borda. Claro está que no cita sus fuentes y no afirma que dicho país fue Colombia.

Y la obra a la que se refiere indirectamente Villar es la biografía de Métall (1976), quien dice:

Al estallar la guerra en septiembre de 1939, Kelsen había tomado ya la decisión de abandonar Europa. Durante los críticos días de agosto de 1939, Kelsen se encontraba casualmente en los Estados Unidos, tomando parte en un congreso, en Cambridge. No sin dificultades, regresó a Ginebra a su familia. Ahora pretendía encontrar un empleo fijo en los Estados Unidos, pero no le fue posible en un principio, por lo cual decidió que aun sin empleo emigraría, un tanto al azar, hacia América. Sus amigos de Ginebra, especialmente el cónsul general de Colombia, J. M. Yepes, y el profesor Paul Guggenheim, procuraron obtener para Kelsen la visa de algún país latinoamericano, pero no tuvieron éxito. (pp. 81-82)

No deberíamos dudar de Métall, pues fue un testigo directo de la vida de Kelsen, pero en este caso no menciona sus fuentes. Tampoco indica el país latinoamericano, ni las razones por las que no tuvo éxito esta gestión.

Volvamos al texto de Sánchez. Él sí menciona su fuente, si es que podemos llamarlo así: una persona, que pide no ser citada (algo así como una fuente secreta) señaló que otro le contó, en medio de una charla, que vio a Kelsen en el consulado colombiano pidiendo una visa, pero que le fue negada. Primero la *fuentes* es demasiado imprecisa, no solo porque no puede ser corroborada sino porque además es de oídas. Segundo, suponiendo que sea cierto, del relato no se puede colegir que Kelsen quería residenciarse en Colombia. Sumado que esta afirmación tiene muchos cabos sueltos. Veamos.

Para ese momento Kelsen vivía en Ginebra, ciudad en la que se sentía muy a gusto, pero por el temor a una posible invasión alemana estaba buscando salir del país lo más pronto posible. Ya contaba con muy buenos contactos para viajar a Estados Unidos¹, aunque su inglés dejase mucho que desear en ese momento, país al que prefería por muchos motivos, pero en especial porque allí ya se encontraban muchos de sus discípulos y porque sabía que en dicho lugar podría tener un mejor futuro profesional dado el reconocimiento que ahí tenía y las capacidades de sus instituciones académicas y educativas². Ahora, si le sumamos que él desconocía el español, lo

¹ Para otoño de 1939, cuando supuestamente Kelsen buscó viajar a Colombia, había recibido una propuesta laboral del presidente de la New School for Social Research (Métall, 1976, p. 82). La visa estadounidense la obtuvo al poco tiempo y el 28 de mayo de 1940 sale de Suiza para llegar a Nueva York el 21 de junio del mismo año, a los 60 años de edad.

² Quien mejor analiza este período en Kelsen y las redes de la Escuela Pura del Derecho con Estados Unidos, dando datos sobre las peripecias del autor austriaco para obtener finalmente su visa en dicho país, es Feichtinger (2009).

anterior nos hace ver como poco probable que Kelsen estuviese buscando una visa para irse a Latinoamérica, salvo, si ponemos algo de imaginación, que buscase pasar de allí a Estados Unidos o como una alternativa para huir (mientras llegaba su permiso estadounidense) en caso de una invasión nazi a Suiza. Además, de un lado, suena algo difícil de creer que ese *país latinoamericano* haya sido Colombia (aunque aquí residía su brillante alumno Leopoldo Uprimny y tenía una importante influencia (López, 2004; González, 2011) y no México, Brasil (Siqueira, 2015; Boucault, 2015) o Argentina, donde tenía mayores vínculos académicos y existían instituciones universitarias más preminentes (pensemos para el caso mexicano en García Máynez —UNAM—, o para el argentino en Carlos Cossio —UBA—, por señalar solo dos casos³); y, del otro, que dicho país, el que fuese, le dijese no a un personaje tan reconocido como lo era Kelsen.

En fin, por todo lo anterior, cuando leí esto de Sánchez no le presté mayor atención, primero, porque no es un texto científico (es un buen trabajo de periodismo cultural pero no es un texto académico en sentido estricto), segundo, porque el *quid* de su texto no era el tema de Kelsen, y tercero, porque las propias fuentes mencionadas por él dejan dudas (en el mundo académico se trabaja con el principio de verificabilidad). Sin embargo, un reciente escrito en *Ámbito Jurídico* del reconocido jurista Juan Camilo Restrepo (2016) da por sentado que el asunto está prácticamente demostrado por una *investigación* de Sánchez. Por favor, no le pongamos añadidos innecesarios a lo que hizo Sánchez frente a su afirmación de Kelsen: él simplemente dejó constancia en su escrito periodístico de que se trata de un rumor, al que él le da crédito (pues conoce la fuente), pero nada más. Repito: eso está muy bien en el plano de un escrito periodístico-investigativo, si es que así podemos clasificar ese relato, pero no vale como texto científico o investigativo en sentido estricto. Incluso, si usted, respetado lector, fuese juez (suponiendo que el tema se ventila ante un supuesto tribunal) ¿sentenciaría que existió el hecho a partir de lo que dice Sánchez?

El hecho de que alguien diga que conoce a otra persona que le dijo que algo existió no es prueba suficiente, en la academia, para afirmar que eso sí existió. ¿Acaso no es esta la estructura del chisme? “Imagínate que alguien me contó, pero no puedo decir quién, que a él alguien le dijo que vio a Pedro haciendo tal cosa”. No obstante, queda un asomo de duda razonable al confrontar lo dicho por Sánchez con lo señalado por Métall.

Ahora bien, el texto de Sánchez, bueno por demás, tiene un objetivo muy diferente: poner en evidencia el tratamiento discriminatorio y la terrible política pública de impedir que los judíos perseguidos en Europa pudiesen viajar a Colombia. Él pone el dedo en la llaga sobre un asunto histórico que debería avergonzarnos. Desviar ese profundo debate que propone Sánchez a un tema

³ Incluso, ellos dos estuvieron siempre animosos de concretar una visita de Kelsen a sus países, la cual se realizó para Argentina en 1949 y para México en 1960 (con visitas frustradas en 1943 y 1947). Ver Sarlo (2010); Flores (2007, 2014).

tan secundario como el de Kelsen, y con pruebas tan frágiles, no es justo, pienso yo. Sánchez, creo, añadió el tema de Kelsen como un argumento adicional (no es parte de su argumento principal: los archivos de la Cancillería) a su intención comunicativa, y actuó éticamente al dejarle en claro al lector cómo llegó a sus oídos la información del pretendido viaje de Kelsen a Colombia, esto es, reconociendo que no parte de fuentes determinantes. Sería responsabilidad del lector analizar con claridad esa información y darle el valor que corresponde dentro del contexto del texto.

Ya pasando de Sánchez, me propuse indagar con especialistas, entre ellos el amigo Gregorio Robles⁴ (a quien agradezco sus comentarios a este escrito), y atender la prensa de la época y los archivos del Ministerio de Relaciones Exteriores (o Cancillería) y de la Universidad Nacional, al respecto. Frente a lo primero, no encontré a nadie que me diese información precisa y contundente sobre este asunto, salvo la continua remisión a lo dicho por Méta. Frente a lo segundo, luego de búsquedas infructuosas, no hallé noticia alguna al respecto y el propio Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó que no tienen información alguna sobre una solicitud hecha por Hans Kelsen:

Le comunico que una vez adelantadas las acciones necesarias, encaminadas a encontrar dicha información, se verificaron los archivos de visas y bases de datos que reposan en el Archivo Central, sin embargo, no se logró hallar datos que coincidan con su solicitud. Así mismo, se llevó a cabo una segunda búsqueda en la documentación histórica pero no se encontró información alguna⁵.

Tampoco tuve suerte en el Archivo Central e Histórico de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Luego de una exhaustiva búsqueda en los documentos que allí reposan de la Facultad de Derecho, entre 1938 y 1941, no encontré información alguna, ni siquiera indirecta, de un posible viaje del famoso iusfilósofo a Colombia. Eso sí, encontré el nombramiento de un profesor y diplomático alemán Hermann Meyer-Lindenberg, quien salió de Europa hacia Colombia, a finales de la década de los 30, huyendo del nazismo; la carrera académica de José María Ots Capdequi, refugiado de la guerra civil española; y algunas cartas de académicos europeos manifestando su interés en ser profesores de dicha Facultad, para evadir así la hitlerismo o la guerra mundial, las cuales, hasta donde pude apreciar, no fueron respondidas⁶. Pero el hecho de que no se encuentre

⁴ Quien está muy bien documentado sobre la vida del austriaco. Ver, por ejemplo, Robles (2013). Más ampliado: Robles (2014). Especialmente, pp. 145 y ss.

⁵ Respuesta escrita de la directora administrativa y financiera de la Cancillería colombiana, del 25 de julio de 2016, corroborada por la coordinadora del Grupo Interno de Trabajo Determinación de la Condición de Refugiado, de la misma Cancillería, del 2 de agosto de 2016.

⁶ Por ejemplo, Alexander Marcuse, con una misiva del 14 de febrero de 1936, firmada en Berlín. A. Moles Caubet 25 de enero de 1937, desde París. Curt Joel (alemán), del 16 de marzo de 1939 desde Bogotá. Leonhard Israel Stein (alemán), 17 de enero de 1941, supuestamente firmada en Hamburgo pero por el contexto de la carta parecería que fue enviada desde Italia. Un caso especial fue el de Oldrich Modrák, representante del gobierno checoslovaco en Colombia, quien remitió una carta desde Bogotá, el 27 de noviembre de 1943, para ponerse al

en archivos alguna noticia clara sobre un viaje de Kelsen a Colombia no es prueba de que no se hizo algún trámite al respecto. Empero, en la academia no se trabaja de esta forma.

En conclusión, no puede descartarse que Kelsen haya intentado venir a Colombia, aunque suena raro que no haya sido encontrada noticia alguna de ello hasta el momento. También pudo suceder que nunca se formalizó esta intención, lo que explica que no haya registro de la misma. Pero para afirmar algo es necesario que aparezca alguna fuente verificable que lo confirme. Ante la desaparición de los posibles testigos del hecho, habría que buscar en nuevos fondos archivísticos, no solo del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Universidad Nacional de Colombia, aunque la ambigüedad de la información de la supuesta invitación o del probable interés de Kelsen no orienta mucho como para saber qué se busca (¿quién lo invitó?, ¿cuándo lo invitaron?, ¿qué trámite se hizo?, ¿ante quién se hizo?, etc.). Entonces, mientras no aparezca una prueba confiable, no es prudente que sigamos dando cuerda (por lo menos no desde el mundo académico) a un rumor como si fuese un hecho demostrado, pues no lo está.

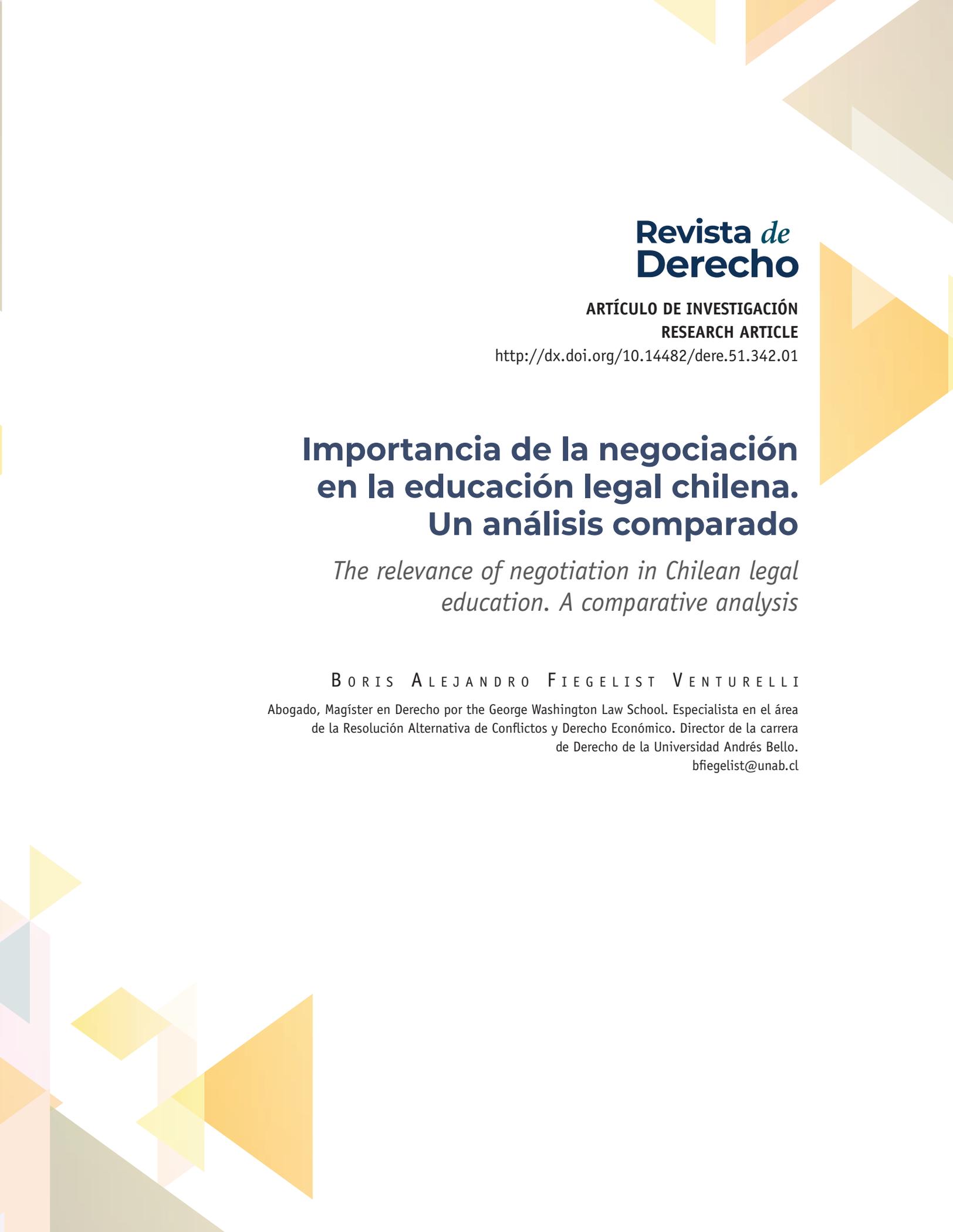
Eso sí, invito al lector ya no a preocuparse sobre si Kelsen quiso venir o no a Colombia, y mejor deje llevar sus reflexiones críticas hacia dos destinos más provechosos, uno sobre las políticas públicas y el otro sobre la circulación del pensamiento jurídico. El primero de dichos destinos, planteado por Sánchez (2016), versa sobre lo que fue la política pública de migraciones en Colombia en aquella época y sus efectos socioculturales. El segundo, planteado por López (2004), entre otros, sobre la circulación y la reconstrucción de las ideas de Kelsen en nuestro país, lo que impide pensar que estamos ante un trasplante (metáfora sugerida por Watson (1974) que sugiere que se traslada *algo* a un cuerpo cuyas reacciones se limitan a aceptarlo o rechazarlo), para pensar mejor en una transformación de su pensamiento, destino que exige que el iushistoriador coordine su labor con el iusfilósofo para no quedar aquel en una mera descripción de dicha circulación ni este en una mera interpretación del pensamiento del austriaco. Así, se podría dar un paso más adelante, significativo por demás, el cual sería señalar críticamente las variantes interpretativas resultantes de dicha circulación - transformación y su correspondencia o no con el pensamiento matriz, sin dejar de lado, claro está, la comprensión del porqué de dichas variantes en el contexto jurídico y político colombiano que les dio origen. De esta manera, podría comprenderse y explicarse de mejor manera cómo Kelsen, en Colombia, terminó siendo leído como un autor del *formalismo jurídico latinoamericano* (López, 2004, p. 130) al lado de otros autores con los que el austriaco no tendría casi nada en común en otras latitudes.

Creo, pues, que estos dos destinos serían más provechosos que seguir dando por sentados rumores (aún) no demostrados.

servicio de la Facultad y pide su ingreso como estudiante a la vez que ruega se le reconozcan varias materias que cursó en Venezuela. A él se le respondió de forma positiva.

REFERENCIAS

- Boucault, C. (2015). Hans Kelsen – A Recepção da “Teoria Pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil. *Seqüência* (Florianópolis), 71, 95-106.
- Feichtinger, J. (2009). Transatlantische Vernetzungen. Der Weg Hans Kelsens und seines Kreises in die Emigration. En W. Ogris, T. Olechowski & R. Walter (Eds.), *Hans Kelsen, Leben - Werk - Wirksamkeit* (pp. 315-332). Viena: Hans Kelsen-Institut.
- Flores, I. (2007). *Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra*. México: UNAM.
- Flores, I. (2014). Una visita a Hans Kelsen en México. *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 8, 53-94.
- González, J. (2011). Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. En M. Montoya y Montoya, N. (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas* (pp. 227-237). Medellín (Colombia): Eafit.
- Kelsen, H. (2008). *Autobiografía*. (Luis Villar Borda, trad.). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia.
- Métall, R. (1976). *Hans Kelsen: Vida y Obra*. (Javier Esquivel, trad.). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Restrepo, J. C. (7 de julio de 2016). ¿Por qué Kelsen no vino a Colombia? *Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/relaciones-exteriores-e-internacional/por-que-kelsen-no-vino-colombia>
- Robles, G. (2014). *Hans Kelsen: Vida y Obra*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Robles, G. (2013). Hans Kelsen: vida y obra. *Revista de Ciencias Sociales*, 62, 13-37.
- Sánchez, C. (mayo de 2016). Los expedientes judíos de la cancillería. *Revista El Malpensante*, 174, 18-25.
- Sarlo, O. (2010). La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El “frente sur” de la teoría pura. *Ambiente jurídico, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales*, 12, 401-425.
- Siqueira, G. (2015). O parecer de Kelsen sobre a Constituinte brasileira de 1933-1934. *Revista Direito & Práxis*, 6(11), 348-374.
- Villar, L. (1999). Presentación: Kelsen y Walter. En R. Walter, *La doctrina del Derecho de Hans Kelsen*. (Luis Villar, trad.) (pp. 11-26). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Watson, A. (1974). *Legal transplants: An approach to comparative law*. Edinburgh: Scottish Acad. Press.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.51.342.01>

Importancia de la negociación en la educación legal chilena. Un análisis comparado

*The relevance of negotiation in Chilean legal
education. A comparative analysis*

BORIS ALEJANDRO FIEGELIST VENTURELLI

Abogado, Magíster en Derecho por the George Washington Law School. Especialista en el área de la Resolución Alternativa de Conflictos y Derecho Económico. Director de la carrera de Derecho de la Universidad Andrés Bello.
bfiegelist@unab.cl

Resumen

Este trabajo tiene por objeto determinar cuál es la importancia que tiene la destreza de la negociación en la enseñanza del Derecho en Chile, para luego contrastar dicha realidad con la experiencia sobre este tema en el sistema norteamericano, y así poder proponer medidas de mejoras al sistema chileno. Para ello, se analizarán las razones que justifican la incorporación de la destreza de la negociación en la educación legal chilena. Luego, se describirá cómo los perfiles de egreso y planes de estudio de las escuelas de Derecho chilenas recogen la destreza de la negociación, y cómo los Criterios de Acreditación vigentes para las carreras de Derecho en Chile se hacen cargo de la misma. Por último, se contrastará la realidad chilena con la experiencia norteamericana en torno a esta materia en los últimos años.

PALABRAS CLAVE

Destreza de negociación, enseñanza del Derecho, análisis comparado.

Abstract

The purpose of this study is to determine the importance of negotiation skills in the Chilean legal education and then to compare this reality with the experience of this subject in the North American system; and thus, be able to propose measures of improvements to the Chilean system. In order to do so, we will analyze the reasons that justify the incorporation of the negotiation skill in the Chilean legal education. Then, the exit profiles and curricula of the Chilean Law Schools incorporating the negotiation skill will be described; and how the Law School Accreditation Standards currently in force in Chile, takes care of it. Finally, the Chilean reality will be contrasted with the North American experience in this matter, in the recent years.

KEYWORDS

Negotiation skill, legal education, comparative analysis.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la enseñanza del Derecho en Chile se ha concentrado en la entrega de contenidos eminentemente teóricos vinculados al análisis de normas jurídicas, de doctrina y de jurisprudencia, descuidando otros aspectos de la formación de los futuros abogados, tales como la transmisión y entrenamiento de destrezas asociadas al ejercicio práctico de la profesión. Es así como la incorporación de la destreza de negociación en los planes de estudio de las carreras de Derecho en Chile es un fenómeno relativamente reciente, y ha sido desarrollado de manera disímil y por un número reducido, pero ascendente, de escuelas de Derecho, como más adelante lo veremos.

Este trabajo tiene por objeto determinar cuál es la importancia que tiene la destreza de la negociación en la enseñanza del Derecho en Chile, para luego contrastar dicha realidad con la experiencia sobre este tema en el sistema norteamericano, y así poder proponer medidas de mejoras al sistema chileno, a partir de las conclusiones que puedan obtenerse de tal análisis comparativo.

Para alcanzar el objetivo antes descrito hemos dividido nuestro estudio en cuatro partes, más las conclusiones y recomendaciones.

En primer término, se analizarán las razones que justifican la incorporación de la destreza de la negociación en los perfiles de egreso y planes de estudio de las carreras de Derecho en Chile.

En la segunda parte se describirá cómo los perfiles de egreso y planes de estudio de las escuelas de Derecho en Chile recogen la destreza de la negociación. Para este efecto se limitará nuestro estudio a aquellas escuelas de Derecho adscritas al Sistema Único de Admisión del Consejo de Rectores, dado que los estándares de transparencia de las instituciones adscritas a dicho sistema garantizan la obtención de la información necesaria para realizar el presente análisis.

Acto seguido, se revisarán los Criterios de Acreditación vigentes para las carreras de Derecho en Chile establecidos por la Comisión Nacional de Acreditación (en adelante CNA) para establecer si los mismos contienen o no estándares de acreditación vinculados a la destreza de la negociación.

Por último, se contrastará la realidad chilena con la experiencia norteamericana en torno a la enseñanza de la negociación en los últimos años.

Finalizaremos nuestro trabajo con la exposición de las conclusiones que emanen del antes aludido análisis comparativo.

1. IMPORTANCIA DE LA DESTREZA DE LA NEGOCIACIÓN EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA

Tradicionalmente, la enseñanza del Derecho en Latinoamérica se ha estructurado en currículos rígidos y concentrados en el estudio dogmático de la ley, de la doctrina y la jurisprudencia (Montoya, 2014, pp.178 -181; Peña, 2000). Es decir, la educación legal ha consistido esencialmente en la entrega y análisis de conocimiento jurídico, organizados en torno las ramas troncales del derecho, tales como el Derecho civil, procesal, constitucional y penal, prescindiendo del entrenamiento en las habilidades o competencias asociadas al ejercicio mismo de la abogacía. Por tanto, en este contexto, la destreza de negociación tenía una nula o escasa importancia en la formación de los futuros abogados. Prueba de ello es el hecho de que previo al año 2000 ninguna escuela de Derecho chilena consideraba dentro de sus planes de estudio alguna asignatura vinculada a la negociación y la resolución alternativa de conflictos, pues en esa época el estudio y difusión de esa temática en Chile había sido liderada fundamentalmente por las escuelas de Psicología y Trabajo Social (Fiegelist, 2000).

No obstante, en la actualidad es posible apreciar que en Latinoamérica se ha gestado un proceso de reforma de la educación legal que ha perseguido flexibilizar los planes curriculares e incorporar en los mismos la enseñanza de las destrezas y competencias que un alumno debe haber adquirido al momento de finalizar sus estudios de derecho (Montoya, 2014, pp.178 -181). Entre las causas que han motivado este proceso es posible destacar la influencia que han tenido los aportes del proceso del Espacio Europeo de Educación Superior¹ y, en el caso particular de Latinoamérica, los trabajos y conclusiones del proyecto Alfa Tuning América Latina (EEES)² (Musse, 2014).

Tal como lo expresa el profesor Aedo, la incorporación de la formación por competencias en la educación legal supone un proceso de rediseño curricular que, en primer término, implica definir un perfil de egreso que

reúne el conjunto de conocimientos, habilidades y actitudes que todo egresado debe poseer como requisito indispensable para obtener el grado de licenciado y el título que lo habilita para ejercer su profesión. Además contiene la descripción de las competencias destinadas a la formación profesional. (Aedo, 2014, p.109)

¹ Para mayor información véase página web del Espacio Europeo de Educación Superior. Disponible en: <http://www.uma.es/eees/>

² Para mayor información véase página web del Proyecto ALFA Tuning América Latina. Disponible en: www.tuningal.org/

La segunda fase de dicho proceso supone la construcción de la malla curricular que debe contener los cursos necesarios para cumplir con el perfil de egreso declarado por la respectiva escuela de Derecho.

En este contexto, para determinar si la destreza de la negociación tiene o no relevancia dentro de la formación de los futuros abogados, debemos preguntarnos si la misma está dentro de las habilidades o competencias que todo alumno de derecho debe tener al momento de completar sus estudios.

Asimismo, resulta pertinente determinar si la destreza de la negociación corresponde a una competencia genérica o específica en la formación de los futuros abogados³.

Para dar respuesta a las interrogantes antes expuestas procederemos a revisar si en los ámbitos de desempeño en que normalmente debería ejercer un abogado recién titulado debe o no utilizar la destreza de la negociación para cumplir adecuadamente sus funciones.

Para este efecto, si realizamos una revisión selectiva de los perfiles de egreso de las carreras de Derecho en Chile⁴, existe consenso en que las dos áreas básicas del ejercicio de la abogacía son las siguientes:

- La litigación, que comprende el diseño, selección y ejecución de las estrategias para hacer valer o defender en juicio los intereses de los clientes o mandantes (sean entes públicos y/o privados) ante los órganos jurisdiccionales y administrativos; y

³ En este contexto, las competencias genéricas son aquellas que son necesarias en cualquier desempeño o situación laboral, tales como la capacidad de trabajar en equipos. Por su parte, las competencias específicas son aquellas que se requieren para ejercer una profesión en particular (Clavijo, 2015).

⁴ Para los efectos de esta revisión selectiva se ha utilizado los perfiles de egreso de carreras de Derecho tradicionales y de privadas no tradicionales que se encuentran adscritas al Sistema Único de Admisión del Consejo de Rectores de Chile. A marzo de 2017 se encuentran adscritas a dicho sistema de admisión 27 universidades que imparten la Carrera de Derecho cuyos perfiles de egreso accedidos en los siguientes links: 1) Pontificia Universidad Católica de Chile; 2) Universidad de Chile; 3) Universidad de Concepción; 4) pontificia Universidad Católica de Valparaíso; 5) Universidad de Valparaíso; 6) Universidad Católica de la Santísima Concepción; 7) Universidad de Talca; 8) Universidad Diego Portales; 9) Universidad Alberto Hurtado; 10) Universidad de los Andes; 11) Universidad del Desarrollo; 12) Universidad Andrés Bello; 13) Universidad Católica de Temuco; 14) Universidad Católica del Norte; 15) Universidad Austral de Chile; 16) Universidad de Antofagasta; 17) Universidad de la Serena; 18) Universidad de la Frontera; 19) Universidad de Magallanes; 20) Universidad Arturo Prat; 21) Universidad de Tarapacá; 22) Universidad de Atacama; 23) Universidad Mayor; 24) Universidad Finis Terrae; 25) Universidad Adolfo Ibáñez; 26) Universidad Católica Silva Henríquez y 27) Universidad de Santiago de Chile.

- ▶ La Asesoría jurídica, que abarca la asistencia, análisis, absolución de consultas y diseño de estrategias y soluciones frente a los problemas jurídicos planteados, tanto por personas naturales como por instituciones públicas o privadas. También se incluye dentro de esta la preparación de actos jurídicos y la representación de intereses de los clientes o mandantes frente a terceros.

No obstante, cabe destacar que fuera de estas dos áreas en las cuales existe consenso, algunas universidades agregan adicionalmente otras áreas de desempeño, tales como el ejercicio de la función jurisdiccional⁵, vale decir, el trabajo desarrollado por los jueces, y la actividad académica⁶, que comprende básicamente la docencia e investigación jurídica.

Ahora bien, si analizamos las áreas de desempeño de un abogado antes enunciadas, es posible concluir que, salvo para aquellos que ejercen la profesión exclusivamente en el campo académico, la negociación es una competencia específica fundamental para el ejercicio de la abogacía, sea que actúe como juez, asesor o litigante, pues el trabajo en todas esas áreas supone, en una mayor o menor medida, la utilización profesional de la destreza de negociación, como a continuación lo demostraremos.

Tal como lo indicamos anteriormente, para un abogado que labora exclusivamente en la actividad académica, un manejo profesional de la herramienta de la negociación puede resultar prescindible o secundario, ya que ni la docencia ni la investigación suponen necesariamente el desarrollo de procesos de negociación.

Por su parte, si bien un juez cuando dirime una controversia o asunto sometido a su decisión no necesita aplicar la destreza de la negociación, ello no significa que la misma le sea completamente ajena al ejercicio de sus funciones, pues deberá utilizarla cada vez que prepare las bases de la conciliación que propondrá a las partes para que estas alcancen un acuerdo, como también cada vez que el juez dirija la audiencia misma de conciliación, que es un trámite obligatorio en la gran mayoría de los procedimientos en Chile.

De igual modo, resulta evidente que para todo abogado asesor, ya sea que trabaje en el sector público o privado, resulta clave manejar adecuadamente las herramientas de negociación cada vez que deba representar los intereses de su cliente o mandante frente a terceros. Así, por ejemplo, ello ocurre habitualmente cuando un abogado participa en las tratativas para celebrar o modificar un contrato.

⁵ A modo de ejemplo se hace mención de esta área de desempeño en el perfil de egreso de la Carrera de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez.

⁶ A modo de ejemplo se hace mención de esta área de desempeño en el perfil de egreso de la Carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Finalmente, en el área del litigio, pudiese pensarse que las herramientas de negociación son irrelevantes para el ejercicio profesional, dado que la función esencial del abogado en este caso es litigar. Sin embargo, ello no es así, pues en la práctica una parte importante de su tiempo debe destinarlo a negociar. Tal como lo destaca el profesor John Lande, no solo hay negociación respecto del resultado final del conflicto, sino que el litigio implica un proceso continuo de búsqueda de acuerdos sobre una amplia gama de cuestiones sustantivas y de procedimiento, a menudo se desarrollan desde el principio mismo del procedimiento judicial (Lande, 2014, p.58).

A continuación procederemos a enunciar las principales instancias en que un abogado litigante puede verse obligado a utilizar la destreza de la negociación para defender los intereses de su cliente:

En primer lugar, cada vez que un abogado es contratado para defender un caso, sea como demandante o como demandado, la primera decisión que debe tomar, en conjunto con su cliente, es determinar si litigará o negociará.

En segundo término, incluso en el evento de que el abogado haya elegido el litigio como la mejor estrategia para cautelar los intereses de su cliente o mandante, de igual manera se verá, usualmente, obligado a negociar con su contraparte en una o más instancias de la tramitación del pleito ante los tribunales. Así, por ejemplo, puede ser utilizada como una forma de colocar término anticipado a un juicio o en la o las audiencias de conciliación que el juez realiza durante la tramitación del proceso, entre otras situaciones.

En tercer lugar, en el ámbito de litigación es innegable la importancia que ha ido adquiriendo en los últimos años en Chile, como en el resto de Latinoamérica, la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), tal como lo ha destacado el profesor Juan Enrique Vargas Vianco (2004), que ha calificados a estos mecanismos como una de las herramientas “más prometedoras para reformar y mejorar los sistemas de tutela jurídica” (p.65). Entre la negociación y los métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC) existe una estrecha vinculación, pues la gran mayoría de ellos, como por ejemplo la mediación, supone necesariamente el desarrollo de un proceso de negociación entre las partes en disputa. En consecuencia, resulta fundamental el conocimiento y adecuado uso de las técnicas de negociación para quienes pretendan ejercer la abogacía en esta área.

El análisis antes expuesto sobre la importancia de la destreza de la negociación para el abogado litigante en Chile es refrendado si analizamos las estadísticas del Poder Judicial chileno relativas a las formas de término de los procesos. En este sentido, resulta interesante constatar que la formas de término del proceso que involucra una negociación, como la conciliación, la mediación y los avenimientos es muchísimo mayor en los procedimientos ya reformados que en los procesos civiles tradicionales; pues en los tribunales de familia las formas de término

vinculadas con estos mecanismos representan un 47,62 % respecto de las formas de términos totales (Mediación 39,34 %, Conciliación: 6,6 % y Avenimiento: 1,68 %) y en los juzgados de letras del trabajo las mismas equivalen a -un 51,69 % de las formas de términos totales (Conciliación: 41,12 % y Avenimiento: 10,57 %), lo cual contrasta con el 1,88 % que esas mismas formas representan en los tribunales de letras civiles (Instituto Nacional de Estadísticas, 2015). No obstante, es posible prever que esa bajísima tasa de uso de tales mecanismos alternativos en el proceso civil debiera ser revertida cuando sea aprobada la reforma al sistema procesal civil, actualmente en estudio, ya que en las legislaciones que se han utilizado como referentes, tales como la alemana o la española, se contemplan como un elemento importante dentro de sus respectivos sistemas procesales civiles⁷.

Finalmente, la conclusión de que la negociación es una competencia profesional específica que debe ser incluida en la formación de los futuros abogados en Chile, es avalada por estudios que se han realizado sobre la materia en otras jurisdicciones.

A nivel latinoamericano es posible destacar en esta materia el “Proyecto Alfa Tuning América Latina”, que ya hemos citado, proyecto independiente, impulsado y coordinado por universidades de distintos países, tanto latinoamericanos como europeos, cuya meta es identificar e intercambiar información y mejorar la colaboración entre las instituciones de educación superior para el desarrollo de la calidad, efectividad y transparencia. En el contexto de esta iniciativa se han definido las Competencias Específicas asociadas a la Carrera de Derecho, una de las cuales se encuentra asociados al tema de la negociación, la competencia específica número 6: “Promover la cultura del diálogo y el uso de medios alternativos en la resolución de conflictos” (Musse, 2014, p.32).

Por su parte, en Estados Unidos, como más adelante lo veremos, la Sección de Educación Legal y Admisión a la Barra de la American Bar Association (en adelante ABA) ha dedicado importantes esfuerzos para estudiar las habilidades y destrezas asociadas al ejercicio de la profesión de abogado. Es así como dicha institución en 1992 emitió el llamado “MacCrate Report” (ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 1992); cuyo capítulo V procede a enumerar y analizar las destrezas y habilidades que estima fundamentales para el ejercicio de la abogacía, entre las cuales destaca la Negociación (N° 7) y la resolución alternativa de conflictos(N° 8).

⁷ Para profundizar esta materia véase: Núñez (2009); De La Oliva Santos y Palomo Vélez (2007); García y Leturia (2006, pp. 345 - 384).

2. LA NEGOCIACIÓN EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CHILE

En Chile, la Carrera de Derecho es una carrera universitaria conducente al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas⁸ y al título profesional de abogado, el cual es otorgado por la Corte Suprema de Chile, conforme a lo establecido en el título XV “Los abogados” del Código Orgánico de Tribunales⁹.

Por su parte, los estudios de Derecho en Chile se encuentran estructurados con base en un currículo semirrígido, con una duración de cinco años, dividido en asignaturas semestrales o anuales. Tal como lo expresamos al comienzo de nuestro trabajo, desde el punto de vista del contenido, los planes de estudio se encuentran concentrados fuertemente en el estudio y análisis de normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia organizadas en asignaturas que cubren las principales ramas de las Ciencias Jurídicas, como el Derecho civil, procesal, constitucional y penal; y otras disciplinas afines al Derecho, como la Filosofía o la Economía.

Desde la perspectiva de la metodología de enseñanza, esta se ha enfocado esencialmente en la memorización de contenido, descuidando otros aspectos de la formación de los abogados, como lo son el desarrollo de destrezas y habilidades complementarias al conocimiento de las normas positivas (González, 2003, p.141)¹⁰.

Para proceder a describir cómo los perfiles de egreso y planes de estudio de las escuelas de Derecho en Chile recogen la destreza de la negociación, limitaremos nuestro estudio a aquellas escuelas de Derecho adscritas al Sistema Único de Admisión del Consejo de Rectores (CRUCH)¹¹,

⁸ El marco legal que regula a las instituciones de educación superior en Chile está contenido en los artículos 52 y siguientes de la Ley General de Educación, cuyo texto refundido fue fijado por la Ley N°20.370, promulgada el 16 de diciembre de 2009.

⁹ Los requisitos para obtener el título de abogado en Chile se encuentran contenidos en el Título XV del Código Orgánico de Tribunales. Dicha normativa legal se complementa con el Acta N°192/2005 de la Corte Suprema de Chile sobre “Instructivo para la tramitación de expedientes de juramento de abogadas y abogados”.

¹⁰ En el mismo sentido véase: Coloma (2006, p.141).

¹¹ El Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas (CRUCH) se creó el 14 de agosto de 1954, en virtud a lo establecido en la Ley N° 11. 575, artículo 36, letra c, que define al CRUCH como un organismo de coordinación de la labor universitaria de la nación. Se le asigna también la tarea de mejorar el rendimiento y calidad de la enseñanza universitaria a través de un trabajo propositivo.

En 1985, mediante el D.F. L. N° 2 se confirma que el Consejo de Rectores es una persona jurídica de derecho público, de administración autónoma con domicilio en la ciudad de Santiago. En esta norma se establece como preocupación especial de este organismo la confección anual de planes de coordinación de las investigaciones científicas y tecnológicas. En la actualidad, el Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas está integrado por los rectores de las veintisiete universidades estatales y no estatales con vocación pública del país y lo preside el ministro(a) de Educación.

dado que los estándares de transparencia de las instituciones adscritas a dicho sistema garantizan la obtención de la información necesaria para realizar el presente análisis.

A marzo de 2017, treinta y seis universidades chilenas se encontraban adscritas al Sistema Único de Admisión del CRUCH¹². De ese total existen nueve casas de estudio (universidades privadas no tradicionales¹³), que no son miembros de dicha organización, pero sí se encuentran adscritas a su sistema de admisión. Por su parte, del total de las instituciones que son parte de este sistema de admisión, solo veintisiete de ellas imparten actualmente la Carrera de Derecho.

Si analizamos los perfiles de egreso de las carreras de Derecho que forman parte del sistema de admisión del CRUCH, es posible constatar que solo un 22,22 % incluyen la competencia de la negociación¹⁴. Ahora bien, si tan solo restringimos nuestro análisis a las carreras que dentro de este grupo se encuentran acreditadas, ese porcentaje se eleva significativamente a un 31,57 %¹⁵.

De igual modo, si este mismo examen lo acotamos únicamente a las universidades que son miembros plenos del CRUCH, ese valor alcanza a un 16,66 % del total de esas instituciones¹⁶. En cambio, dentro del grupo de las Universidades privadas no tradicionales, ese mismo porcentaje asciende a un 33,33 %¹⁷.

Por otro lado, es posible observar diferencias en la forma en que se incorpora la destreza de la negociación en los distintos perfiles de egreso. En un extremo encontramos, por ejemplo, el perfil de egreso de la Universidad de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), el cual describe detalladamente los resultados esperados que sus licenciados deben adquirir respecto de la competencia de la negociación¹⁸, definiéndola como

¹² Información disponible en: <http://sistemadeadmisión.consejodirectores.cl/>.

¹³ Esta categoría de universidades corresponde a las universidades privadas en Chile, creadas luego de la reforma de 1981 al sistema de educación universitaria.

¹⁴ En esta categoría se encuentran las escuelas de Derecho de las siguientes universidades: 1) Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; 2) Universidad de Valparaíso; 3) Universidad Diego Portales; 4) Universidad Andrés Bello; 5) Universidad Católica de Temuco y 6) Universidad Alberto Hurtado.

¹⁵ A abril de 2017, 19 de las 27 carreras de Derecho adscritas al Sistema Único de Admisión del CRUCH se encuentran acreditadas por la Comisión Nacional de Acreditación de Chile.

¹⁶ Del total de 18 Universidades miembros pleno del CRUCH que imparten la Carrera de Derecho tan sólo tres contemplan en sus perfiles de egreso la destreza de la negociación en sus perfiles de egreso: 1) Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; 2) Universidad de Valparaíso y 3) Universidad Católica de Temuco.

¹⁷ Del total de 18 universidades miembros pleno del CRUCH que imparten la Carrera de Derecho tan solo tres contemplan en sus perfiles de egreso la destreza de la negociación en sus perfiles de egreso: 1) Universidad Diego Portales; 2) Universidad Andrés Bello y 3) Universidad Alberto Hurtado.

¹⁸ En idéntica línea, aunque con un menor grado de detalle, encontramos el perfil de egreso de la Universidad Alberto Hurtado, que al enunciar su tercera competencia señala que ella consiste en "Tutelar de una manera

La capacidad de desarrollar un comportamiento estratégico dirigido a modificar pretensiones encontradas en vista a la producción de un acuerdo. Implica la capacidad de dirigir discusiones, planificar alternativas y escenarios con ese fin. Centrarse en el problema y no en las personas. Supone la habilidad para crear ambientes propicios para el logro de acuerdos y control emocional del contexto de negociación.

En este ámbito, el licenciado PUCV visualiza posibles escenarios en el que destaquen los intereses de las partes involucradas, discrimina situaciones en las que la negociación aparece como un curso recomendable de acción respecto de otros, y es capaz de jerarquizar sus objetivos en los correspondientes escenarios y definir su margen de acción para negociar. (PUCV, 2015)

En una zona intermedia encontramos el perfil de egreso de la Universidad Andrés Bello (UNAB), que menciona expresamente la destreza de la negociación al describir los ejes de formación de su perfil de egreso, aunque sin entrar a detallar los resultados esperados concretos respecto a la misma (UNAB, 2017). En la misma línea encontramos los perfiles de egreso de la Universidad de Valparaíso (2017) y la Universidad Católica de Temuco (2017), que hacen una referencia general a los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias sin tampoco entrar a precisar cuáles son los resultados esperados respecto a esas competencias.

En una última categoría encontramos el perfil de egreso de la Universidad Diego Portales, que si bien no hace una referencia expresa a la negociación o a la Resolución Alternativa de Conflictos, sí es posible deducir de él que incluye esta destreza dentro de los procesos de aprendizaje esperados de sus licenciados, al señalar que el mismo comprende “Su formación en la dogmática jurídica y sus destrezas asociadas les habilitan para desempeñarse en cualquier ámbito de la profesión legal, preparándoles para luego poder especializarse en cualquier de estos” (Universidad Diego Portales, 2017).

Como es posible apreciar de la información presentada previamente, la incorporación de la negociación en los perfiles de egreso, como una de las competencias que las escuelas de Derecho en Chile se comprometen a entregar, aún es bastante incipiente. No obstante ello, es dable resaltar que todas las universidades que lo han hecho se han sometido a un proceso de acreditación. Lo cual, preliminarmente, nos puede inducir a pensar que los procesos de acreditación tienen algún grado de influencia en la incorporación de esta destreza en la actualización y perfeccionamientos de los perfiles de egreso con miras a la obtención de la acreditación, tema que será abordado en extenso en el capítulo siguiente.

efectiva, y desde una perspectiva jurídica, intereses relevantes de terceros”. Más adelante precisa, como una de las dimensiones que abarca la misma, lo siguiente: “Negociar oportunamente posibles soluciones que resguarden suficientemente los intereses de la persona a la cual representa” (Universidad Alberto Hurtado, 2017).

De igual modo, resulta llamativa la diferencia que existe en esta materia entre las universidades miembros del CRUCH y las universidades privadas no tradicionales adscritas a su sistema de admisión, que prácticamente duplican a las primeras en cuanto al porcentaje de incorporación de la negociación en sus perfiles de egreso.

Por otra parte, si analizamos el número de casas de estudio que han incorporado en sus currículos asignaturas vinculadas con la negociación, ya sea como una asignatura obligatoria o electiva, es posible apreciar una mayor penetración de esta temática que la observada en relación con los perfiles de egreso. Es así como marzo de 2017, un 44,44 % de las escuelas de Derecho adscritas al Sistema Único de Admisión del CRUCH incorporaron en sus mallas curriculares a lo menos un curso vinculado con la competencia de la negociación¹⁹. Del total de las doce universidades que se encuentran en la categoría antes enunciada, ocho de ellas ofrecen estas asignaturas como parte del plan obligatorio de estudio²⁰ y las restantes cuatro, solo lo hacen en la calidad de asignatura electiva²¹. Particularmente llamativo, resultan los casos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso²² y de la Universidad Católica de Temuco²³, las cuales contemplan dos asignaturas obligatorias vinculadas al tema. Como denominador común, en ambos casos es posible constatar que se trata de programas acreditados por la CNA y que se han

¹⁹ Se hace presente que este número podría ser mayor, ya que para recopilación de la información de las mallas curriculares, nos basamos únicamente en la información disponible de las universidades en sus respectivas páginas web. Es así como 9 universidades contemplaban en sus planes de estudio asignaturas electivas u optativas, pero no tenían información disponible de la oferta de estos cursos, por lo que fueron catalogadas en la categoría sin información, dado que eventualmente esa oferta podría contener una asignatura vinculada con la materia: en esta categoría se encuentran las siguientes universidades: 1) Universidad Católica del Norte, 2) Universidad de Antofagasta; 3) Universidad de la Frontera; 4) Universidad de Tarapacá; 5) Universidad Arturo Prat; 6) Universidad Finis Terrae; 7) Universidad Adolfo Ibáñez; 8) Universidad del Desarrollo y 9) Universidad Católica Silva Henríquez.

²⁰ En esta categoría se encuentran las siguientes universidades: 1) Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; 2) Universidad Católica de Temuco; 3) Universidad Andrés Bello; 4) Universidad de Concepción; 5) Universidad de Valparaíso; 6) Universidad de Talca; 7) Universidad Mayor; 8) Universidad Alberto Hurtado.

²¹ En esta categoría se encuentran las siguientes universidades: 1) Universidad Católica de la Santísima Concepción; 2) Pontificia Universidad Católica de Chile; 3) Universidad Diego Portales; 4) Universidad de Los Andes.

²² La PUCV contempla en su plan de estudio dos asignaturas obligatorias vinculadas a la negociación: la primera en el sexto semestre, "Negociación", y la segunda en el séptimo semestre, relativa a "Mediación". Asimismo, contempla una línea completa de 8 asignaturas dedicadas a la enseñanza de las competencias genéricas y profesionales de la abogacía. Malla curricular disponible en: http://www.pucv.cl/uuaa/site/artic/20160913/asocfile/20160913153547/malla_curricular_derecho.pdf

²³ La Universidad Católica de Temuco considera en su Malla Curricular dos asignaturas obligatorias vinculadas a la negociación: la primera en el segundo semestre, "Introducción a la Resolución Colaborativa de Conflictos", y la segunda en el noveno semestre, sobre "Negociación, Mediación y Arbitraje". Malla Curricular disponible en: <https://admisión.uct.cl/mallas/derecho.pdf>

adjudicado Proyecto MECESUP²⁴ para reformar sus planes curriculares y mejorar sus metodologías de enseñanza²⁵. Asimismo, en ambos casos es posible apreciar que sus planes de estudio han dado una gran importancia a la enseñanza de las destrezas asociadas al ejercicio de la profesión, pues contemplan asignaturas específicas vinculadas con competencias genéricas, tales como la argumentación y comunicación, como también otros cursos relacionados con competencias profesionales de la abogacía, como la litigación oral y la misma negociación.

Al igual que en el caso de los perfiles de egreso, si tan solo restringimos nuestro análisis a las carreras acreditadas que forman parte del Sistema Único de Admisión del CRUCH, el porcentaje de programas que incorporan cursos vinculados con la competencia de la negociación también se incrementa de manera relevante a un 63,15 %²⁶. Además, es interesante constatar que todas las carreras que no se han sometido a un proceso de acreditación no contemplan ninguna asignatura vinculada a la negociación.

Asimismo, si únicamente consideramos a las universidades miembros del CRUCH ese valor alcanza un 38,88 %²⁷ del total. En cambio, en las universidades privadas no tradicionales ese porcentaje asciende a un 55,55 %²⁸.

²⁴ MECESUP es un programa del Gobierno de Chile, cuyo objetivo es el mejoramiento de la calidad de la educación terciaria. En virtud de este programa se han financiado proyectos consistentes en acciones de mejoramiento académico e infraestructura de diversas universidades chilenas. Información disponible en: <http://www.mecesup.cl/>.

²⁵ En el caso de la Universidad Católica de Temuco, la Facultad de Derecho se ha adjudicado dos proyectos: En 2002, Proyecto Código: UCT0201 “Derecho e Innovaciones Pedagógicas. Un Acercamiento Necesario”. Disponible en: <http://www.uctemuco.cl/mecesup/pr/5uct0201/5uct0201.html> (última vez visitado en: 8 de abril de 2017) y en 2007, Proyecto Código UCT707, “Medición del impacto del Proyecto MECESUP UCT0201 en el grado de alineación curricular del Plan de Estudios 2004 de la Carrera de Derecho de la UC Temuco y sus efectos en el aprendizaje de los estudiantes”. Disponible en: <http://www.uctemuco.cl/mecesup/pr/23uct0707/23uct0707.html>. Por su parte, la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso se adjudicó en 2007 el Proyecto Código UCV0603 sobre “Innovaciones a la enseñanza y aprendizaje de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales a la luz de los requerimientos del Sistema Judicial Chileno”. Disponible en: <http://www.uci.ucv.cl/site/proyectos/UCV0603.pdf>.

²⁶ En esta categoría encontramos a las siguientes universidades: 1) Universidad Católica de Temuco; 2) Universidad Católica de la Santísima Concepción; 3) Pontificia Universidad Católica; 4) Universidad de Concepción; 5) Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; 6) Universidad Valparaíso; 7) Universidad de Talca; 8) Universidad Diego Portales; 9) Universidad Mayor; 10) Universidad Andrés Bello; 11) Universidad de los Andes; y 12) Universidad Alberto Hurtado.

²⁷ En esta categoría encontramos las siguientes universidades: 1) Universidad Católica de Temuco; 2) Universidad Católica de la Santísima Concepción; 3) Pontificia Universidad Católica; 4) Universidad de Concepción; 5) Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; 6) Universidad Valparaíso; 7) Universidad de Talca.

²⁸ En esta categoría encontramos las siguientes universidades: 1) Universidad Diego Portales; 2) Universidad Mayor; 3) Universidad Andrés Bello; 4) Universidad de los Andes, y 5) Universidad Alberto Hurtado.

Por otra parte, si comparamos los porcentajes incorporación antes expuestos entre los perfiles de egreso y los planes curriculares, es posible concluir que existen algunas universidades que no contemplan la destreza de la negociación en sus perfiles de egreso, pero que sí incorporan cursos relativos a esta área.

En este mismo sentido, es posible observar en relación con estos porcentajes que también se presenta una diferencia entre las universidades miembros del CRUCH y las universidades privadas no tradicionales, aunque no tan marcada como la observada en relación con los perfiles de egreso. Una explicación probable de dicho fenómeno se podría atribuir al hecho de que en muchos casos los planteles del CRUCH tienen estructuras organizativas complejas, que tornan más lento la adopción de este tipo de reformas. En cambio, los planteles privados no tradicionales poseen un mayor incentivo para adoptar tales cambios, para de ese modo poder posicionarse y marcar un sello distintivo con las otras casas de estudio de su competencia.

3. CRITERIOS DE ACREDITACIÓN VIGENTES PARA LAS CARRERAS DE DERECHO EN CHILE VINCULADOS A LA DESTREZA DE LA NEGOCIACIÓN

El marco regulatorio del aseguramiento de la calidad de la Educación Superior en Chile se encuentra contenido en la Ley N° 20.169, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de noviembre de 2006, la cual se encuentra complementada por una serie de normas reglamentarias²⁹.

Conforme a la Ley N° 20.169, la CNA³⁰ es el órgano responsable de la implementación y control de los procesos de acreditación institucional de las universidades, como también de los programas de pre- y postgrado impartidas por las mismas. En el caso de estos dos últimos, la ley otorga facultades a agencias de acreditación privadas para que bajo la supervisión de la CNA lleven a cabo los procesos de acreditación (Cancino y Schmal, 2014, p.45). Asimismo, la acreditación de las carreras

²⁹ Entre estas normas reglamentarias es posible destacar las siguientes: 1) Resolución Exenta N°4 del Ministerio de Educación de Chile, de fecha 24 de noviembre de 2016, que “Aprueba Reglamento que fija procedimiento para el desarrollo de los procesos de acreditación de carreras profesionales y técnicas de nivel superior y programas de pregrado”; 2) Resolución Exenta N°13 del Ministerio de Educación de Chile, de fecha 25 de noviembre de 2014, que “Aprueba reglamento que fija procedimiento de autorización para el funcionamiento de Agencias de Acreditación, condiciones de operación y supervisión” y 3) Resolución Exenta N°9 del Ministerio de Educación de Chile, de fecha 24 de Octubre de 2014, que “Aprueba reglamento que fija el procedimiento para el desarrollo de los procesos de acreditación institucional”.

³⁰ Conforme al artículo 6 de la Ley 20.169, la Comisión Nacional de Acreditación (CNA) es un organismo autónomo que gozará de personalidad jurídica y patrimonio propio cuya función será verificar y promover la calidad de las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica autónomos, y de las carreras y programas que ellos ofrecen. La CNA, en el desempeño de sus funciones, gozará de autonomía y se relacionará con el presidente de la República a través del Ministerio de Educación.

de pregrado³¹ también es un proceso voluntario, y a diferencia de la acreditación institucional, su obtención no se encuentra vinculada al hecho de que los estudiantes puedan optar a becas u otros fondos públicos para cursar sus estudios. No obstante, las universidades buscan la acreditación de sus programas de pregrado como una forma de certificar su calidad y de diferenciación con miras a capturar la preferencia de los postulantes durante los procesos de admisión.

Con el fin de orientar la actividad de las Agencias Acreditadoras y de las carreras que se someten a dicho proceso, la CNA ha establecido ciertos criterios generales que deben seguirse para la acreditación de programas de pregrado³², como también ha creado criterios específicos por carreras. Entre los programas de pregrado que cuentan con tales criterios específicos se cuenta la Carrera de Derecho³³.

Para el objeto del análisis de este estudio tan solo revisaremos los criterios específicos que la CNA ha establecido para las carreras de Derecho, pues los Criterios Generales que la CNA ha fijado para la acreditación no contienen estándares particulares sobre el contenido o destrezas que deben cumplir las carreras respecto a los perfiles de egreso y planes de estudio.

En este sentido, del análisis del perfil mínimo de egreso definido los criterios específicos de la CNA para las carreras de Derecho es posible apreciar que el mismo se encuentra centrado esencialmente en la adquisición de conocimiento y competencias relacionadas con el análisis de normas y con la captación e integración de información jurídica, sin hacer una mención expresa a otras competencias vinculadas con el ejercicio práctico de la profesión de abogado, tales como la litigación o la negociación, por mencionar algunas, pues señala que “El currículo conducente a la formación del Licenciado en Ciencias Jurídicas debe comprender todos los aspectos esenciales de la disciplina y conferir una formación general y científica necesaria para el adecuado desempeño profesional”.

Por otra parte, cuando este instrumento hace referencia, en sus “Consideraciones Preliminares” y en el cuarto criterio sobre “Estructura Curricular”, a los estándares mínimos que deben cumplir los currículos de las carreras de Derecho, nuevamente encontramos un marcado sesgo hacia la adquisición y análisis de contenidos, ya que solo se hace una referencia general de las destrezas y

³¹ Conforme al artículo 26 de la Ley 20.169, la acreditación de las carreras de pregrado tiene “por objeto certificar la calidad de las carreras ofrecidas por las instituciones autónomas de educación superior, en función de los propósitos declarados por la institución que la imparte y los estándares nacionales e internacionales de cada profesión y disciplina y en función del respectivo proyecto de desarrollo académico”.

³² Comisión Nacional de Acreditación. Resolución Exenta N°DJ009-4, de fecha 3 de agosto de 2015, que “Aprueba criterios de evaluación para la acreditación de carreras profesionales, carreras profesionales con licenciatura y programas de licenciatura”. Vigente a partir del 14 de agosto de 2016.

³³ Comisión Nacional de Acreditación de Chile. *Criterios de evaluación para Carreras de Derecho*.

habilidades necesarias para el posterior ejercicio profesional. Es así como la letra c) de las “consideraciones generales” de dicho documento establece que “El currículo debe contemplar programas de entrenamiento profesional que, considerando la vinculación con el medio externo, provean a los estudiantes del conocimiento, habilidades y destrezas necesarias para el posterior ejercicio profesional”. De igual modo, el punto 4.4 del Criterio “Estructura Curricular” señala que “...El plan de estudios deberá comprender una combinación equilibrada de objetivos relativos a los conocimientos, las habilidades, las destrezas y los criterios necesarios para la formación jurídica...”.

Como es posible apreciar, tales estándares no definen un número mínimo de horas o créditos, que los Planes de Estudios deben destinar a dichas destrezas y habilidades, ni tampoco precisa cuáles son las destrezas o habilidades esenciales que todo egresado de derecho debe dominar, ni cómo las mismas deben integrarse en los planes de estudio.

En consecuencia, los criterios específicos actualmente vigentes para la acreditación de las carreras de Derecho fijados por la CNA establecen un amplio margen de discrecionalidad para las universidades que imparten esta carrera para que puedan determinar qué destrezas y habilidades, vinculadas con el ejercicio de la profesión, se incorporan a sus respectivos planes curriculares, como también la forma y gravitación que las mismas tienen dentro de esos planes, tal como se demostró en el análisis de los perfiles de egreso y planes estudios de las carreras acreditadas realizado en el capítulo anterior.

A pesar de lo antes expuesto, es posible constatar que los criterios antes descritos han tenido un impacto en el proceso de reforma y actualización de los perfiles de egreso y planes de estudio de las carreras de Derecho en Chile; pues, como lo destacamos precedentemente, todos los programas que han incorporado asignaturas vinculadas a la negociación se encuentran acreditados. De igual modo, es posible observar que dentro de ese grupo existe, en general, una mayor cobertura de asignaturas vinculadas con la enseñanza de las competencias genéricas y específicas asociadas al ejercicio práctico de la abogacía, aunque con un nivel de desarrollo disímil, como lo destacamos anteriormente.

Asimismo, refuerza lo antes expuesto el hecho de que las carreras de Derecho no acreditadas dentro del grupo de universidades adscritas al Sistema Único de Admisión del CRUCH³⁴ mantienen, en general, una estructura curricular clásica centrada fundamentalmente en la entrega de

³⁴ A abril de 2017, las carreras de Derecho no acreditadas dentro del grupo de universidades adscritas al Sistema Único de Admisión del CRUCH corresponden a las siguientes universidades: 1) Universidad de Chile; 2) Universidad de Antofagasta; 3) Universidad de la Serena; 4) Universidad de la Frontera; 5) Universidad de Magallanes; 6) Universidad Adolfo Ibáñez; 7) Universidad del Desarrollo y 8) la Universidad de Santiago.

contenidos organizados en torno a las ramas troncales del Derecho, sin que exista un claro desarrollo de la enseñanza de destrezas, fuera de la o las asignaturas de Clínica Jurídica³⁵.

4. LA ENSEÑANZA DE LA NEGOCIACIÓN EN LAS ESCUELAS DE DERECHO NORTEAMERICANAS

A diferencia de lo que ocurre en Chile, como también en el resto de Latinoamérica, en Estados Unidos los estudios de Derecho tienen la categoría de programas de postgrado, ya que para poder postular a una escuela de Derecho, el alumno debe haber obtenido de manera previa un grado de “Bachelor of Arts” o “Bachelor of Science” en cualquier disciplina (Cobas y Mirow, 2015, p.16).

Asimismo, los estudios de Derecho en Estados Unidos son conducentes al título profesional de “Juris Doctor”³⁶ (Cobas y Mirow, 2015, pp. 19-20). Por su parte, el currículo de las escuelas de Derecho estadounidense se caracteriza por su gran flexibilidad, ya que normalmente solo en el primer año contiene asignaturas obligatorias o básicas para la comprensión del Derecho. En el segundo y tercer año las asignaturas son fundamentalmente electivas, y los estudiantes, según sus intereses y con la guía de un profesor, pueden elegir una variada oferta de cursos entre en las más diversas áreas del derecho, como también respecto de otras disciplinas (Cobas y Mirow, 2015, pp. 22-24).

En la actualidad, las escuelas de Derecho estadounidenses cada vez están poniendo mayor atención en la enseñanza clínica y de las destrezas profesionales asociadas al ejercicio de la abogacía (Cobas y Mirow, 2015, pp.24-32). En este contexto, la docencia e investigación en el área de la negociación y de la Resolución Alternativa de Conflictos ha alcanzado un nivel de desarrollo muy relevante. Prueba de ello es que todas las universidades que se ubican entre las veinticinco primeras posiciones en el “ranking” de las mejores escuelas de Derecho de los Estados Unidos de la revista *US News* de 2017 tienen dentro de su oferta de cursos, a lo menos, una asignatura de negociación³⁷.

³⁵ Cabe destacar que son una excepción a esta regla las escuelas de Derecho de la Universidad del Desarrollo y de la Universidad Adolfo Ibáñez, que si bien no contemplan una asignatura obligatoria vinculada con la negociación, es posible apreciar en ambos casos una línea de asignaturas que se orientan al desarrollo de competencias asociadas al ejercicio práctico de la abogacía.

³⁶ Estos estudios constituyen la preparación profesional primaria para los abogados, ya que para poder ejercer la abogacía ante los tribunales de justicia norteamericanos se requiere haber aprobado previamente el denominado “Bar Exam”, que sería equivalente al otorgamiento del título de abogado por parte de la Corte Suprema en Chile.

³⁷ Conforme al “Ranking” de 2017 de la revista *US. News* las primeras 25 escuelas de Derecho de Estados Unidos son las siguientes: 1) Yale University; 2) Stanford University; 3) Harvard University; 4) University of Chicago; 5) Columbia University; 6) University of New York; 7) University of Pennsylvania; 8) University of Michigan Law School; 9) University of Virginia; 10) University of Duke; 11) Northwestern University 12) University of

No obstante, cabe destacar que la relevancia que hoy tiene la enseñanza de las destrezas profesionales en Estados Unidos ha sido fruto de un proceso relativamente reciente y gradual, ya que hace aproximadamente cuarenta años, tal como ahora ocurre en nuestro país, se criticaba el hecho de que la enseñanza del Derecho en ese país se encontraba centrada en el estudio y análisis teórico del Derecho (Gerst y Hess, 2009, p. 513). Así, por ejemplo, en 1973, Warren Burger, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en un discurso ofrecido en la Escuela de Derecho de Fordham señaló que la educación tradicional ofrecida por las escuelas de Derecho no estaba entregando a sus graduados una formación adecuada sobre las habilidades profesionales de la abogacía (Boyd, 1993, p.90).

Inicialmente, los esfuerzos para superar esa falencia se encontraron enfocados, principalmente, en las habilidades profesionales vinculadas con las destrezas de litigación (Boyd, 1993, pp. 90-91).

Más adelante,³⁸ una serie de iniciativas lideradas por la ABA y el mundo académico se han avocado a evaluar las fortalezas y debilidades del sistema de enseñanza del Derecho Norteamericano, proponiendo la adopción de medidas para su perfeccionamiento (Gerst y Hess, 2009, p.514).

Un primer hito relevante en esta materia, es el informe sobre las competencias de los abogados encomendado por la ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, conocido como “Cramton Report” del año 1979 (Cramton, 1981, p.13). En la materia de nuestro interés; dicho informe, tal como lo destacan los profesores Stephen Gerst y Gerald Hess, establece que, a la época, el sistema de educación legal entregaba a sus estudiantes un sólido conocimiento de la ley y las instituciones legales, y en el ámbito de las destrezas. Asimismo, concluía que los estudiantes adquirirían una sólida base en cuanto al análisis legal y alguna experiencia en torno a la investigación y redacción jurídica. Sin embargo, se hacía notar como un tema a mejorar el desarrollo de algunas habilidades profesionales fundamentales, que se encontraban subvaloradas por el sistema de enseñanza legal tradicional (Gerst y Hess, 2009, p. 514). Sobre el particular, la tercera recomendación de dicho informe sugería que

Las Escuelas de Derecho deben proveer instrucción en aquellas habilidades críticas para las competencias de una abogado. Además, de ser capaz de analizar problemas legales y realizar investi-

Berkeley; 13) University of Cornell; 14) University of Texas – Austin; 15) Georgetown University; 16) University of California Los Angeles; 17) Vanderbilt University; 18) Washington University in St Louis; 19) University of Southern California; 20) University of Iowa; 21) University of Notre Dame; 22) Emory University; 23) Boston University; 24) University of Minnesota y 25) Arizona State University.

³⁸ Cabe destacar que en el periodo previo a 1970 es posible encontrar en Estados Unidos algunas iniciativas que hacían presente la necesidad de reforzar la enseñanza clínica y de destrezas profesionales en las escuelas de Derecho norteamericanas. Sobre el particular véase: Joy y Kuehn (2008, pp.183 - 190).

gación jurídica, un abogado debe ser capaz de efectivamente ... escribir, comunicarse oralmente, reunir información, entrevistar, aconsejar y negociar. (Gerst y Hess, 2009, p.514)

Posteriormente, en 1992 la ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, emite un nuevo informe, denominado "MacCrate Report" (ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 1992). Uno de los aspectos fundamentales a que se avocó dicho reporte fue establecer cuáles eran las habilidades y destrezas asociadas al ejercicio de la profesión de abogado. Para el cumplimiento de esa tarea, tal como se relata en el capítulo IV del mismo, se procedió a revisar la literatura pertinente al tema, practicar encuestas y escuchar la opinión de los diversos actores involucrados en la profesión legal. Luego, en el capítulo V del mencionado reporte se procede a enumerar y analizar las destrezas y habilidades que estima fundamentales para el ejercicio de la abogacía, y que a continuación reproducimos: 1) Resolución de problemas; 2) Análisis legal; 3) Investigación jurídica; 4) Investigación de hechos; 5) Comunicación oral y escrita; 6) Asesoría; 7) Negociación; 8) Litigación y resolución alternativa de conflictos; 9) Organización y administración de trabajo legal, y 10) Reconocer y resolver dilemas éticos.

En relación con la competencia de la negociación, este Reporte la describe genéricamente en los siguientes términos:

para negociar efectivamente, un abogado debe estar familiarizado con las destrezas, conceptos y procesos que van envueltas en la preparación para negociar, en el desarrollo de una negociación, en el asesoramiento de un cliente sobre los términos obtenidos de la otra parte en una negociación, y en la implementación de la decisión del cliente. (ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 1992, p.185)

A continuación dicho informe detalla los resultados de aprendizaje esperados para cada uno de los aspectos que comprende esta competencia profesional en tres áreas específicas: primero, la preparación efectiva de una negociación; segundo, en cuanto al desarrollo de una negociación; y, tercero, en relación con el asesoramiento de un cliente sobre los términos obtenidos de la otra parte en una negociación, y en la implementación de la decisión del cliente.

Asimismo, este Reporte, al comentar la destreza antes descrita, señala que la negociación es una parte fundamental del ejercicio de la profesión legal, y que en la formulación de la misma se trató de balancear y cubrir los aspectos teóricos y prácticos de dicha competencia que son necesarios para un desarrollo básico mínimo en todos los ámbitos de desempeño de la profesión legal.

Finalmente, el MacCrate Report, al igual que el Cramton Report, establece una serie de recomendaciones para mejorar la enseñanza del derecho; entre las que solo destacaremos las siguientes, por su relación con el tópico de este trabajo:

- 1) La enseñanza de destrezas y valores relacionados con la práctica legal es una parte central de la misión de las escuelas de Derecho;
- 2) las escuelas de Derecho deben evaluar la extensión en que sus planes curriculares abordan las destrezas y valores profesionales y deben desarrollar un currículo coherente de instrucción de tales destrezas y valores; y
- 3) las escuelas de Derecho deben continuar enfatizando las habilidades de análisis legal, investigación y razonamiento jurídico, y deben desarrollar o expandir la enseñanza de la resolución de problemas, investigación de hechos, comunicación, asesoría, negociación y litigación.

En este mismo sentido, también es posible destacar los aportes formulados por el Carnegie Report de 2007³⁹, elaborado por la The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching. En el área de nuestro interés este Reporte, siguiendo la línea de los informes antes descritos, vuelve a destacar que una de las debilidades del sistema de educación legal norteamericano es que las escuelas de Derecho ponen insuficiente atención al entrenamiento de destrezas prácticas (Gerst y Hess, 2009, p. 518).

Desde el punto de vista de las metodologías de enseñanza es interesante resaltar el aporte realizado por el "The Best Practice Project" de 2007, elaborado por The Clinical Legal Education Association, que junto con efectuar recomendaciones en la misma línea de los reportes antes descritos (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2013), también formula una serie de recomendaciones de buenas prácticas generales y específicas para el desarrollo de diferentes tipos de cursos clínicos y de entrenamiento de habilidades, los cuales genéricamente denomina como "cursos experienciales"⁴⁰. Dentro de dicha categoría, los cursos de negociación se catalogan como "cursos basados en simulación" ("Simulation Based Courses"), que son aquellos en los que una parte significativa del aprendizaje descansa en actividades en que los estudiantes asumen y desarrollan tareas propias de abogado con base en situaciones hipotéticas, bajo la supervisión y con la oportunidad de reflexionar y recibir retroalimentación por parte de un docente. Las recomendaciones específicas para esta clase de curso se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) se debe asegurar que cada ejercicio de simulación es apropiado para los participantes y que las

³⁹ Un resumen del Carnegie Report puede ser descargado de la siguiente dirección de Internet: http://archive.carnegiefoundation.org/pdfs/elibrary/elibrary_pdf_632.pdf.

⁴⁰ Conforme *The Best Practice Project*, los cursos experienciales son aquellos que se basan en la educación experiencial como una parte significativa o como método primario de enseñanza. En las escuelas de Derecho, el mismo envuelve el uso de la experiencia de los estudiantes en desarrollo de roles propios de los abogados o en la observación de estos de la práctica de abogados o jueces para guiar el aprendizaje de los estudiantes (The Clinical legal Education Association, 2007, p.121).

instrucciones y objetivos de tales ejercicios sean claros para estos; b) estos cursos deben articular adecuadamente los aspectos teóricos de los mismos, con sus aspectos prácticos; c) Cada ejercicio de simulación debe equilibrar el apego a la realidad, la complejidad y la utilidad del mismo; d) los ejercicios de simulación deben revisarse con todos los estudiantes del curso, sin perjuicio de la retroalimentación individual y e) las escuelas de Derecho deben contar con instalaciones, equipos y personal apropiadas para alcanzar los objetivos educacionales de cada tipo de curso de simulación (The Clinical Legal Education Association, 2007, pp. 132 - 138).

Todos los aportes previamente descritos han jugado un rol significativo en las discusiones para modificar los estándares de acreditación de las escuelas de Derecho de la ABA.

Desde 1952 el Consejo de la Sección de Educación Legal y Admisión a la Barra de la ABA (Council of the ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar) ha sido reconocida por el Departamento de Educación de los Estados Unidos de Norteamérica como la Agencia Nacional de Acreditación de los programas de Juris Doctor Degree de la Escuelas de Derecho en ese país⁴¹.

En lo relativo al objeto de nuestro trabajo, la versión 2016-2017 de los Estándares y Reglas de Procedimiento para la Aprobación de las Escuelas de Derecho de la ABA (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2016), en su capítulo tercero sobre “Programa de Educación Legal” contiene, a diferencia de lo que ocurre en Chile, un cuerpo detallado de normas que instruyen cómo deben incorporarse y desarrollarse en los currículos de las escuelas de Derecho la enseñanza clínica y de destrezas profesionales.

En este sentido, el Estándar 302 sobre “Resultados de Aprendizaje” establece que “Una Escuela de Derecho debe establecer resultados de aprendizaje que, como mínimo, deben incluir competencias en: ... (d) Otras destrezas profesionales requerida para una competente y ética participación como miembro de la profesión legal” (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2016, p.15). La interpretación de dicho estándar señala que la determinación de las “otras destrezas profesionales” es de resorte de las propias escuelas de Derecho, sugiriendo su texto la incorporación, entre otras, de las destrezas relativas a la negociación, técnicas de litigación y resolución de conflictos, en consistencia con las competencias profesionales establecidas en el MacCrate Report.

Asimismo, a diferencia de los criterios de acreditación actualmente vigentes en Chile, los estándares de acreditación de la ABA fijan un número mínimo de créditos que los planes de estudios

⁴¹ Al igual que en Chile, si bien la acreditación de las escuelas de Derecho por parte de la ABA no es obligatoria, su importancia radica en el hecho de que, en la gran mayoría de los estados de la Unión, los egresados de una escuela no acreditada por la ABA no pueden rendir el Examen de la Barra para representar los intereses de sus clientes ante los tribunales de dicho estado.

de las escuelas de Derecho deben dedicar al desarrollo de habilidades profesionales, como también se definen y regulan las modalidades que pueden asumir los cursos experienciales destinados a satisfacer dicho requerimiento.

Es así como el Estándar 303 relativo a “Curriculum” prescribe que

Una Escuela de Derecho debe ofrecer un currículo que requiera a cada estudiante completar satisfactoriamente, al menos lo siguiente: (a)... (3) Uno o más cursos experienciales que totalice al menos seis horas de créditos. Un curso experiencial debe ser un curso de simulación, un curso clínico o de práctica profesional externa. Para satisfacer este requerimiento el curso de ser primariamente de naturaleza experiencial y debe: (i) integrar doctrina, teoría, destrezas y ética profesional e involucrar al estudiante en el desempeño de una o más de las destrezas profesionales identificadas en el Estándar 302; (ii) desarrollar los conceptos implícitos en la destreza profesional que está siendo enseñada; y (iii) proveer oportunidades para la autoevaluación. (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2016, p.16)

Si consideramos que las horas promedio para completar los estudios del grado de Juris Doctor en Estados Unidos, dicho valor se ubica en torno a las 88 horas crédito (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2012, p. 49); ello significa que a lo menos un 6,81 % del currículo de las escuelas de Derecho debe estar destinado a este tipo de cursos.

En la misma línea, el Estándar 304 detalla los requerimientos específicos que deben cumplir los cursos de simulación, clínica jurídica y práctica profesional externa. En el caso concreto de los cursos de negociación, que como lo analizamos previamente son un tipo de cursos de simulación, se deben cumplir los siguientes requerimientos:

a) Un curso de simulación provee una experiencia sustancial, sin la participación de un cliente real, razonablemente similar a la experiencia de un abogado que asesora o representa a un cliente o que participa en otras labores de abogado en relación a un conjunto de hechos y circunstancias ideadas o adoptadas por un profesor de la Escuela, y que debe incluir lo siguiente: (i) supervisión directa del estudiante por parte de un profesor de la Escuela; (ii) oportunidades para desarrollar simulaciones, para recibir retroalimentación por parte de un profesor de la Escuela, y para la autoevaluación por el propio estudiante; y (iii) un componente de instrucción en clases. (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2016, p.17)

Cabe destacar que los diagnósticos y sugerencias contenidos en los reportes y estándares de acreditación previamente descritos no solo se han quedado en el plano meramente teórico, sino que se han traducido en cambios concretos en los currículos de las escuelas de Derecho norteamericanas. Así, por ejemplo, la encuesta sobre “Currículo de las Escuelas de Derecho” elaborada por la Sección de Educación Legal y Admisión a la Barra de la ABA (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2002), determinó que ya en 2002 un 78 % de las escuelas

de Derecho aprobadas por la ABA ofrecían a lo menos una sección de cada uno de las siguientes cursos: “Resolución Alternativa de Conflictos”, “Negociación” y “Mediación”, y un 90,1 % de dichas escuelas ofrecía a lo menos una sección del curso de “Resolución Alternativa de Conflictos”.

Por su parte, dicha encuesta fue repetida en 2010 por la ABA y uno de los hallazgos interesantes que se constató en ella, cuando se consultó por los factores que influyeron en la reforma y actualización de sus planes curriculares, fue la relevancia que tuvieron en ese proceso los reportes y criterios de acreditación descritos previamente. Entre otros, las escuelas encuestadas mencionaron los siguientes factores: el “Carnegie Foundation Report” (64 %); el “Best Practices for Legal Education Report” (61%); el “MacCrate Report” (39 %); y los cambios en los estándares de acreditación de la ABA (36%) (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2012, pp. 183 - 184).

Asimismo, otro de los aspectos más destacados de esta misma encuesta de 2010, en comparación con el trabajo de 2002, fue el hecho de que las escuelas encuestadas habían incrementado todos los aspectos de la instrucción de destrezas, incluidos los cursos de clínica, de simulación y de pasantías para cumplir con el estándar de Acreditación 302 (a)(4). Es así como dicha encuesta constata que un 50 % de las escuelas objeto de su análisis ofrecen diez o más cursos relativos a habilidades profesionales en sus planes de estudio (Carpenter, 2012). En el plano específico de la negociación, un 88 % de las escuelas acreditadas por la ABA, en 2012 ofrecía un curso de Negociación para cumplir el mencionado estándar (ABA, Section on Legal Education and Admissions to the Bar, 2012, p.74).

CONCLUSIONES

De lo expuesto en los capítulos precedentes es posible extraer las siguientes conclusiones:

Primero, la negociación es una competencia profesional específica que resulta fundamental para el ejercicio de la abogacía en la gran mayoría de sus áreas de desempeño.

Segundo, y como consecuencia de lo anterior, dicha destreza debería ser incorporada de alguna manera a los perfiles de egreso de las carreras de Derecho, como una de las competencias que sus estudiantes debieran adquirir al tiempo de licenciarse. Para lo cual también sus planes de estudio debieran contemplar este tópico, ya sea como parte del contenido de una o más asignaturas o como una asignatura independiente, en concordancia al proyecto de educativo de cada institución de educación superior, en el cual se combinen la entrega de conocimiento teóricos con el desarrollo de ejercicios de juegos de roles y análisis de casos, de modo de brindar la oportunidad al estudiante, bajo la supervisión de un docente, de colocar en práctica las distintas destrezas, técnicas y conocimientos teóricos asociadas al proceso de negociación, y de recibir retroalimentación por parte del profesor y sus compañeros respecto de su desempeño en tales actividades.

Tercero, la enseñanza de la negociación debe articularse adecuadamente con la instrucción de las restantes habilidades profesionales de la abogacía, de modo de lograr un aprendizaje armónico y secuencial de las mismas. Así, por ejemplo, esta asignatura siempre debería ubicarse antes de los cursos clínicos, y luego de otros u otros cursos relativos a otras destrezas básicas como la comunicación oral o la argumentación.

Cuarto, actualmente la educación legal en Chile se encuentra concentrada eminentemente en la enseñanza y análisis de normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia, descuidando aspectos relacionados con las destrezas prácticas asociadas al ejercicio de la profesión de abogado. A pesar de que en los últimos años se puede observar un incipiente, pero inorgánico, desarrollo de la enseñanza de destrezas profesionales en algunas escuelas de Derecho. Dicha situación contrasta con el importante desarrollo que esta temática ha tenido en la educación legal norteamericanas. No obstante, se debe resaltar que hace cuarenta años en ese país existía una situación muy similar a la que existe hoy en la materia antes descrita. Por ende, resulta útil revisar y considerar la experiencia de Estados Unidos para superar la falencia en la formación de destrezas que hoy presentan las carreras de Derecho en Chile.

Quinto, en cuanto a la enseñanza de la destreza de la negociación, consistente con lo expuesto precedentemente, presenta en Chile un desarrollo bastante pobre, si lo comparamos con la realidad norteamericana, ya que en Chile menos de la mitad de las universidades tienen alguna asignatura vinculada a esta temática, lo que contrasta con el casi noventa por ciento de escuelas de Derecho estadounidenses que ofrecen a lo menos un curso de negociación.

Sexto, en relación con los criterios de acreditación vinculados a la destreza de la negociación también es posible observar una diferencia relevante entre el sistema de acreditación chileno y estadounidense, ya que si bien el primero contiene estándares en la materias, los mismos son extremadamente vagos en comparación con los criterios norteamericanos que establecen requerimientos específicos en cuanto al número mínimo de horas créditos que se deben dedicar al área de destreza, estableciendo cuáles son los tipos de cursos y los requerimientos básicos que los mismos deben cumplir para satisfacer la normativa establecida en esta materia.

Séptimo, la diferencia que existe entre la educación legal de Chile y Estados Unidos en torno a la importancia que se le asigna a las destrezas prácticas, entre ellas a la negociación, puede explicarse por los siguientes factores: a) la mayor flexibilidad de los planes curriculares estadounidense, que favorece la innovación y competencia en materia de oferta académica; en contraposición a los planes de estudios rígidos o semirrígidos chilenos; b) la investigación que instituciones como la ABA o Carnegie Foundation han realizado en el campo de la educación legal norteamericana, y que han culminado con propuestas de mejoras concretas para la misma, a diferencia del caso chileno, en que la investigación en esta área es aún muy incipiente; y c) la existencia de estándares de acreditación específicos que en el área de destrezas prácticas ha establecido la ABA y que ha obli-

gado a las escuelas de Derecho a reformular sus currículos para adaptarse a los mismos, los cuales distan de los criterios genéricos que la Comisión Nacional de Acreditación de Chile ha establecido en la materia. Aun cuando no se puede desconocer que los mismos han tenido alguna incidencia en la actualización y reforma de los planes de estudio en Chile, ya que, como lo hicimos notar en su oportunidad, solo dentro del grupo de las carreras de Derecho acreditadas es posible encontrar Escuelas que ofrecen asignaturas vinculadas a la negociación.

Octavo, tomando en consideración las conclusiones precedentes, para revertir la escasa relevancia que hoy tiene en la educación legal chilena la enseñanza de la negociación, como también de otras destrezas prácticas, se propone adoptar las siguientes medidas: uno, fomentar el desarrollo de investigaciones de campo que evalúen el estado actual de la educación legal en Chile, y que formulen propuestas de reformas concretas para la mejora de la misma; y dos, reformar los estándares de acreditación relativos a los Perfiles de Egreso y al Currículo.

En relación con los Perfiles de Egreso, se deberían incorporar estándares específicos relativos a las destrezas profesionales fundamentales, entre las cuales ciertamente debería considerarse a la negociación, pues, como lo destacamos en su oportunidad, los actuales criterios solo se concentran en aquellas competencias relacionadas con la adquisición y análisis de normas jurídicas e información.

En cuanto a la Estructura Curricular, siguiendo el modelo de los Estándares de Acreditación de la ABA, se debería exigir un número mínimo de créditos o porcentaje de los Planes de Estudios, destinados a la formación de las destrezas críticas para el ejercicio práctico de la abogacía; estableciendo cuáles son las destrezas esenciales, y fijando los tipos de cursos y los requerimientos básicos que los mismos deben cumplir para satisfacer la normativa establecida en esta materia.

REFERENCIAS

- Aedo, C. (2014) Formación por competencias y enseñanza del Derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 1(1), 104 – 113. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/files/journals/147/articles/N1/8-AedoBarrena.FormacinporcompetenciasyenseanzadelDerecho.pdf> .
- American Bar Association. Section of Legal Education and Admissions to the Bar (2012). A Survey of Law School Curricula: 2002-2010. ABA Book Publishing. Disponible en: <https://shop.americanbar.org/eBus/Store/ProductDetails.aspx?productId=214828&term=A+Survey+of+Law+School+Curricula+2002+2010>
- American Bar Association. Section of Legal Education and Admissions to the Bar (1992). *Legal Education and Professional Development – An Educational Continuum. Report of the Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the gap*. Disponible en: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report\).authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report).authcheckdam.pdf)

- American Bar Association. Committee on the Professional Educational Continuum, Section on Legal Education and Admissions to the Bar (2013). *Twenty Years After the MacCrate Report: A Review of the Current State of the Legal Education Continuum and the Challenges Facing the Academy, Bar, and Judiciary*. Disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/council_reports_and_resolutions/june2013council-meeting/2013_open_session_e_report_prof_educ_continuum_committee.authcheckdam.pdf
- American Bar Association. Section on Legal Education and Admissions to the Bar (2016). *2016-2017 Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools. Committee on the Professional Educational Continuum*. Disponible en: http://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/standards.html
- American Bar Association. Section on Legal Education and Admissions to the Bar (2004). *A Survey of Law School Curricula, Section of Legal Education and Admissions to the Bar. 1992 - 2002*. Disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/1992_2002_survey_of_law_school_curricula.authcheckdam.pdf
- Boyd, S. (1993). *The ABA's First Section Assuring a Qualified Bar*". Section of Legal Education and Admissions to the Bar American Bar Association. American Bar Association. Disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/1993_abas_first_section.authcheckdam.pdf
- Cancino C., V. y Schmal S., R. (2014). Sistema de Acreditación Universitaria en Chile: ¿Cuánto hemos avanzado? *Estudios Pedagógicos*, 40(1), 41- 60. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estped/v40n1/art03.pdf>
- Carpenter, C. (2012). Recent Trends in Law School Curricula: Findings from the 2010 ABA Curriculum Survey. *The Bar Examiner*. Disponible en: http://ncbex.org/assets/media_files/Bar-Examiner/articles/2012/810212beCarpenter.pdf
- Clavijo, D. (2015). El enfoque de competencias en la formación del abogado del Siglo XXI. *Justicia*, 27(1), 185-212. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27a11.pdf>
- Cobas, M. y Mirow, M C. (2015). Educación Legal en los Estados Unidos I: Facultades de Derecho y el Juris Doctor. *Inter-American Law Review*, 46(1), 1-38. Disponible en: http://ecollections.law.fiu.edu/faculty_publications/108
- Coloma, R. (2006). Hacia una enseñanza del derecho efectiva. *Revista Escuela de Derecho. Universidad Católica de Temuco*, 7(1), 123-141.
- Comisión Nacional de Acreditación de Chile. *Criterios de evaluación para Carreras de Derecho*. Disponible en: <https://www.cnachile.cl/Criterios%20de%20carreras/derecho.pdf>
- Comisión Nacional de Acreditación. *Resolución Exenta N°DJ009-4, de fecha 3 de agosto de 2015, que "Aprueba criterios de evaluación para la acreditación de carreras profesionales, carreras profesiona-*

les con licenciatura y programas de licenciatura". Disponible en: <https://www.cnachile.cl/Criterios%20y%20Procedimientos/DJ%20009-4%20Criterios.pdf>

- Cramton, R. (1981). Lawyer Competence and the Law Schools. *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, 4(1), 1-15. Disponible en: <http://lawrepository.uarl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1418&context=lawreview>
- De La Oliva, A. y Palomo, D. (Ed) (2007). *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fiegelist Venturelli, B. (2000). La Mediación: más allá de la terapia familiar. *La Semana Jurídica*, 156. Santiago, Chile.
- García, J. y Leturia, F. (2006). Justicia Civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 33(2), 345 - 384.
- Gerst, S. & Hess, G. (2009). Professional Skills and Values in Legal Education: The GPS Model. *Valparaíso University Law Review*, 43(2), 513-594. Disponible en: <http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1106&context=vulr>
- González, F. (2003). Cultura Judicial y Enseñanza del derecho en Chile: una aproximación. *Colección de Informes de Investigación*, 14, 293-319. Disponible en: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Informes_derecho_Informes_de_investigacion/14_Culturaljudicial_ensenanza_FelipeGonzalez.pdf
- Instituto Nacional de Estadísticas. Justicia (2015). *Informe Anual 2015*. Disponible en: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/justicia_web.pdf .
- Joy, P. y Kuehn, R. (2008). The evolution of ABA Standards for Clinical Faculty. *Tennessee Law Review*, 75, 183-232. Disponible en: http://www.cleaweb.org/Resources/Documents/clinical_standards_art.pdf
- Lande, J. (2014). A framework for advancing negotiation theory: Implication from a study of how lawyers reach agreement in pretrial litigation. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 16(1), 1-62. Disponible en: http://cardozojcr.com/wp-content/uploads/2014/11/Lande_Framework-for-Advancing-Negotiation-Theory.pdf
- Macfarlane, J. y Manwaring, J. (2006). Reconciling Professional Legal Education with the Evolving (Trial-less) Reality of Legal Practice. *Journal of Dispute Resolution*, (1),1-20. Disponible en: <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2006/iss1/16> .
- Montoya, J. (2014). Estado actual de la reforma de la educación jurídica en América Latina: una valoración crítica. *REDU. Revista de Docencia Universitaria*, 12(3), N° Extraordinario, 177-200. Disponible en: http://red-u.net/redu/documentos/vol12_n3_completo.pdf
- Musse F. (Ed.) (2014). Educación Superior en América Latina: reflexiones y perspectivas en Derecho. *Publicaciones Universidad de Deusto*. Disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/tuning/tuning101.pdf>

- Núñez, R. (2009). *Negociación, Mediación y Conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*. Santiago Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Peña González, C. (2000). *Características y desafíos de la enseñanza legal latinoamericana*. Ponencia presentada en la Conferencia sobre educación legal. Disponible en: http://w1.cejamerica.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/4062-characteristics-and-challenges-of-latin-american-legal-education-document-in-spanish.html
- Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2017). Perfil de Egreso Carrera de Derecho. Disponible en: <http://www.pucv.cl/uuaa/site/artic/20160614/asocfile/20160614103001/perfilegreso.pdf>
- The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching. *Resumen del Carnegie Report* (2007). Disponible en: http://archive.carnegiefoundation.org/pdfs/elibrary/elibrary_pdf_632.pdf
- The Clinical Legal Education Association (2007). *The Best Practice Project. A Vision and A Road Map*. Disponible en: http://www.cleaweb.org/Resources/Documents/best_practices-full.pdf .
- Thies, D. (2010). Rethinking Legal Education in Hard Times: The Recession, Practical Legal Education, and the New Job Market. *Journal of Legal Education*, 59(4), 598-622. Disponible en: <http://jle.aals.org/home/vol59/iss4/> .
- Tokarz, K. y Appell, A. (2010). Introduction: New Directions in ADR and Clinical Legal Education. *Journal of Law & Policy*, 34(1), 1-9. Disponible en: http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol34/iss1/2
- Universidad Alberto Hurtado (2017). *Manual del Estudiante de Derecho*. Disponible en: <http://derecho.uahurtado.cl/web2013/wp-content/uploads/2013/05/ManualEstudianteFINAL.pdf>
- Universidad Andrés Bello (2017). *Perfil de Egreso de Carrera de Derecho*. Disponible en: <http://facultades.unab.cl/derecho/carreras/derecho/>
- Universidad de Valparaíso (2017). *Perfil de Egreso de Carrera de Derecho*. Disponible en: <http://www.derechouv.cl/descargas/ingresados%20desde%202010/NUEVO%20PLAN%20DE%20ESTUDIOS.pdf>.
- Universidad Católica de Temuco (2017). *Perfil de Egreso de Carrera de Derecho*. Disponible en: <http://derecho.uct.cl/perfil-de-egreso/>
- Universidad Diego Portales (2017). *Perfil de Egreso de Carrera de Derecho*. Disponible en: <http://derecho.udp.cl/carrera/por-que-estudiar-derecho-en-udp/perfil-de-egreso/>
- US. News. *The Best Law Schools Ranked in 2017*. Disponible en: <https://www.usnews.com/best-graduate-schools/top-law-schools/law-rankings>
- Vargas Viancos, J. (2004). Problemas de los MARC como alternativa de política pública en el sector judicial. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, 6, 65-72. Santiago, Chile.

The factors that favoured migration governance in Spain in the decade of the economic miracle*

*Los factores que favorecieron la gobernanza
de las migraciones en España en la
década del milagro económico*

L A U R A G A R C Í A - J U A N

PhD in Human Rights, Democracy and International Justice from the Human Rights Institute of the University of Valencia (Spain). Associate Professor and Head of Research of the Faculty of Law and Political Sciences of the Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.
laura.garciaj@upb.edu.co SCOPUS Author ID: 55983016200

B E R T A G Ü E L L

PhD in Sociology and postdoctoral researcher at the Autonomous University of Barcelona, Barcelona, Spain.
berta.guell@uab.cat SCOPUS Author ID: 56922000100

* This article is the result of the Research Project "Exploring new paths in comparative migratory law that promote citizen coexistence and democratic values (Phase I)" (Ref. 069C-04 / 18-37), financed by the Universidad Pontificia Bolivariana and led by the Law Research Group (COL0008924). We appreciate all the support provided by the Integrated Center for the Development of Research of the UPB (CIDI).

Abstract

Between 1998 and 2008, Spain lived a phenomenon that had not occurred until then, and that made it the first country to receive migratory flows in the European Union, even before Germany. In only ten years, the immigrant population from third countries (non-EU countries) increased exponentially, starting a gradual decline in 2011, coinciding with the deepening of the economic crisis. The massive and sudden arrival of immigrants poses new economic, political and social challenges to the host countries that are difficult to solve if they are not prepared for it. However, in just one decade Spain managed to build solid foundations that favoured the governance of migration and prevented the rupture of coexistence and social peace. This article analyses the key aspects of the Spanish migratory system that made it possible for several millions of international immigrants to integrate peacefully into Spanish society, some of which were contrary to the guidelines of the European Union.

KEYWORDS

Migration law, integration policies, political discourse, EU policy framework, European Union.

Resumen

España vivió entre 1998 y 2008 un fenómeno que hasta el momento no se había producido y que la convirtió en el primer país receptor de flujos migratorios de la Unión Europea, incluso delante de Alemania. En solo diez años la población inmigrante procedente de países terceros (no comunitarios) aumentó exponencialmente, comenzando un descenso progresivo a partir de 2011, momento que coincidió con la profundización de la crisis económica. La llegada masiva y repentina de inmigrantes plantea nuevos retos económicos, políticos y sociales a los países de acogida que son difíciles de resolver si no se está preparado para ello. Sin embargo, en solo una década España logró construir unas bases sólidas que favorecieron la gobernanza de las migraciones e impidieron la ruptura de la convivencia y la paz social. Este artículo analiza los aspectos clave del sistema migratorio español que hicieron posible que varios millones de inmigrantes internacionales se integraran de forma pacífica en la sociedad española, siendo algunos de ellos contrarios a los lineamientos de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE

Derecho migratorio; políticas de integración; discurso político; marco político de la UE; Unión Europea.

INTRODUCTION

Transnational flows of labour migration and the policies to manage them closely relate to the social, economic and political changes constantly taking place across countries and continents. Global competition for qualified human resources, as well as the need for low-skilled workers, has become one of the most notable triggers of international migration. People move from one country to another with the aim of working on a more or less temporary basis, joining a labour market that is different to that in their country of origin. This type of movement is motivated most commonly by differences in wages, unemployment rates, the needs of hiring organizations, violent conflicts, vulnerability in their country of origin, etc. (ILO, 2014).

The main argument of this paper is twofold. On the one hand, we identify and analyse the key successful factors of the immigrants' reception policies adopted in Spain during the economic boom towards the accommodation of newcomers and the prevention of discrimination in a rather hostile European context in matters of immigration. This part refers mainly to the migration governance and the factors that contributed to its construction in this country. On the other hand, we argue how certain countries that could experiment similar challenges can use such policies as an inspiration to promote the integration of newcomers in the face of rising incomes of population flows.¹

We focus on the migration linked to labour purposes from one country to another, adopting a transnational perspective. We start with a brief note on current global migration trends; we continue with the analysis of the migration phenomenon in Spain (1998-2008), contextualised in the framework of European integration policies, and we finish by drawing key lessons by the Spanish experience.

¹ In the interest of clarity, it is worth to differentiate between international migrants and internal migrants, as well as between displaced people, refugees and asylum seekers. The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) has recently called attention to the pressing need for the media to make this distinction in its messages, since it is of the utmost importance both to the populations affected and the governments of the countries these populations move through. The International Organization for Migration currently defines migration as “[the] movement of a person or a group of persons, either across an international border, or within a State [...] encompassing any kind of movement of people, whatever its length, composition and causes”. This definition comprises a wide variety of groups, including refugees, displaced persons, uprooted people, asylum seekers and economic migrants that move for different reasons (e.g. economic, political, social, environmental). Yet, according to the same organisation, labour migration has a restricted definition bound to the movement of people from one country of origin to another with the exclusive aim of improving their working conditions and benefits (IOM, 2006). “Labour migration is addressed by most States in their migration laws. In addition, some States take an active role in regulating outward labour migration and seeking opportunities for their nationals abroad.”

This investigation lays on a deductive-analytical and critical-evaluative methodology with an analysis of constitutional, primary and secondary law sources, at the international, EU and Spanish national level. We consulted official statistical sources and other instruments and reports from European, national and local levels. Moreover, we examined doctrinal positions regarding the analysis of the evolution of political discourse in Spain on migration policies between 1998 and 2008. Finally, we reviewed further equally valuable documents, such as non-binding legal acts and other documents from European, national and regional institutions, such as strategic plans and programs, studies, reports, newsletters, web pages and other publications.

1. THE DECADE OF THE ECONOMIC MIRACLE

Between 1998 and 2008, Spain became one of the world's countries experiencing the most rapid and profound social changes in the shortest space of time, thanks to the unexpected mass influx of transnational labour migration. At the beginning of the decade, the number of foreign nationals registered in Spain amounted to 1.6 per cent of the total population, with 637,085 people. Large-scale immigration from abroad had begun at the start of the 1990s, but five years later Spain was receiving the second highest number of immigrants worldwide in absolute terms, surpassed only by the United States. According to the census carried out by the Spanish National Institute of Statistics (Instituto Nacional de Estadística, INE), in 2008, 11.3 per cent of the total population were foreign nationals (INE, 2008).

We can see that in a single decade this figure had soared by almost ten percentage points, with some 5,220,600 people of non-Spanish nationality residing in the country.² The presence of 5.2 million foreign nationals in a country of 46 million inhabitants positioned Spain as tenth in the world regarding the numbers of non-nationals living within its borders (as a proportion of the country's total population). During the early years of the twenty-first century, Spain became one of the countries with the highest immigration rates in the world (Cebrián, 2009, p. 53).

The figures show that Spain is the second country in the European Union in numbers of residents with a nationality different to that of the country they are living in. The first country on the list is Germany. In light of these figures, the terms usually employed to describe the initial development of the migratory phenomenon in Spain are *crecimiento exponencial* ("exponential growth") and

² This data can be considered precise thanks to the mechanism known as the *padrón municipal* or municipal register of inhabitants which provides a completely up-to-date record of local populations through the records of the residents of each municipality. Its creation, maintenance, revision and custody falls to the corresponding local council, while it is updated yearly in January. The INE coordinates the municipal registers of the 8,211 municipalities in Spain.

brevedad temporal (“short space of time”) (Zapata-Barrero, 2009). The following table shows this phenomenon.

TABLE 1. EVOLUTION OF THE POPULATION OF FOREIGN NATIONALS IN SPAIN

Year	Foreign nationals registered	Percentage of the total population
1991	360.655	0.91%
1996	542.314	1.37%
1998	637.085	1.60%
2000	923.879	2.28%
2001	1 370 657	3.33%
2002	1 977 946	4.73%
2003	2.664.168	6.24%
2004	3.034.326	7.02%
2005	3.730.610	8.46%
2006	4.144.166	9.27%
2007	4.449.434	10.0%
2008	5.086.295	11.3%
2009	5.386.659	12.0%
2010	5.402.579	12.2%
2011	5.312.441	12.2%
2012	5.236.030	12.1%
2013	5.072.680	11.7%
2014	4.677.059	10.7%
2015	4.417.517	9.5%
2016	4.419.621	9.4%

Source: INE, 1991–2016

However, the effects of the economic crisis in Spain in 2008 turned this strong demographic growth – the result of immigration and births among foreign population – into an emigration movement that is still ongoing (Romero, 2017, p. 168). Spain has shifted from second to ninth place in the ranking of Member States of the European Union (EU) with the greatest percentage of immigrants, falling behind countries such as Luxembourg, Ireland, Austria and Germany. Meanwhile, an equally important figure shows that the majority of immigrants that arrived in Spain during those years came from Latin America (36.21 per cent), followed by Western Europe

(21.06 per cent), Eastern Europe (17.75 per cent) and Maghreb (14.76 per cent) (Acosta & Geddes, 2013, p. 184). It is worth reminding that these figures refer solely to labour or economic migrants, as mentioned at the start of the article, and do not include data on other types of transnational movements of people.³

The figures dating from 1 January 2015, indicate that the population resident in Spain shrank by 72,335 people over the course of 2014 to 46,439,864 inhabitants. The number of Spaniards increased by 156,872 while the population of foreign nationals decreased by 229,207. The fact that some people went through the process of acquiring Spanish nationality (205,870 residents) influences these results. During 2014, Spain registered a negative migration balance of 102,309 Spaniards and foreign nationals, which went down to 59.3 per cent on 2013. Immigration increased by 9.4 per cent, while emigration fell by 23.1 per cent as compared with the previous year. The migratory balance among Spaniards stood at -37,507, 8.3 per cent lower than in 2013. In 2014, 78,785 Spaniards emigrated, of which 50,249 were born in Spain. Immigration among Spaniards was of 41,278, of which 19,638 were born in Spain. The migration balance among foreign nationals stood at -64,802 people in 2014, 69.2 per cent lower than the previous year. A total of 330,559 people emigrated to and 265,757 people immigrated from Spain (INE, 2015).

An interesting figure worth mentioning is that foreigners occupied approximately half of the new jobs created between 1995 and 2005, who went from representing 4 per cent of employees registered in the social security system in 2001 to more than 10.5 per cent in 2010. Immigration thus played a fundamental role in the significant economic growth experienced in Spain between the mid-1990s and the end of 2008 (Alba *et al*, 2013, p. 22).

2. THE EUROPEAN FRAMEWORK ON IMMIGRANTS INTEGRATION

Immigration policies do not reach a significant position both on the Spanish and European agendas until the mid-1990s – and specifically with the elaboration of a common European immigration and asylum policy based on the Tampere Programme of 1999 (Moyano, 2015, p. 284). Since then, the EU political discourse regarding the cultural dimension of integration (civic integration) has introduced a legitimate and crucial debate from various perspectives, especially during the period from 1998 to 2008. This does not only involve the political discourse but

³ It is necessary to clarify that the figure on immigrants arriving from Western Europe (21.06 per cent) refers to foreigners from EU Member States, mainly from the United Kingdom, France and Germany. These are so-called EU citizens, who have a defined legal status within the borders of the EU. EU citizens residing in Spain are mainly retired people or pensioners attracted by the country's climate and low prices in comparison with their countries of origin.

also the stances of public and private institutions and bodies, as well as of social movements (Carrera & Atger, 2011, p. 4).

As we have seen, the various regulatory reforms implemented during the period 1996–2006 in Spain facilitated the creation of a differentiated political discourse between the parties represented in parliament, with a significant change around 2000 in the context of accelerated demographic, economic and institutional transformations. Yet in both of these processes –European and Spanish– the essential point is that immigration acquired an unprecedented importance, and was perceived to be a priority on the political agenda of institutions (Bonjour, Ripoll & Thielemann, 2017).

From 2004 to 2011, Spain was one of the main countries to promote the development and success of the European Commission's instruments for integration. The Spanish approach focused on positioning the integration of immigration among the priorities on the EU's political agenda, and it was not considered necessary to intervene with a new regulatory framework (García-Juan, 2015). Efforts were concentrated on promoting the existing instruments – that had already been designed but needed implementation – before European institutions. These instruments, provided by the European Commission itself, allowed for advances in the creation of a civic and integrating citizenship that welcomed immigrants to live in Spain, whether short- or long-term (Joppke, 2007, p. 20). Moreover, the development and implementation of such measures have become extremely urgent to fully incorporate these citizens into the EU, in terms of equal rights between natives and non-EU nationals, and the promotion of a sense of belonging among non-nationals (Hernández & Le Bret, 2012, p. 84).

The Spanish presidency of the Council of the European Union between January and July 2010 happened at a crucial time in the EU's life. This was a time where a new treaty charted the route to strengthen Europe in the world. Where the economic and climatological crises forced to rethink the model of growth and creation of quality employment, and where the new institutions faced the challenge of connecting with European citizens, expanding their rights. Among the priorities in the programme of the Spanish presidency, there was the statute for European citizens in the twenty-first century, and in the chapter on public immigration policy there was a section expressly dedicated to the integration of immigrants into European societies (Wallace, 2010, p. 760).

In this context, a political proposal was legitimized by seeking coordination and convergence with the logic of other Member States' principles along Western, democratic and liberal values. The irruption of other cultures or religions in European societies should not endanger the preservation of equality and freedom as basic principles embedded in the European notion of citizenship (Urteaga, 2010, p. 19).

3. THE FACTORS THAT FAVOURED MIGRATION GOVERNANCE

According to the data mentioned above, in the space of just ten years Spain changed from a culturally quite homogeneous society to a country in which multiculturalism was part of its social structure. The need to reflect on this fact became patently clear in the academia, centres of political decision-making and the media. This was compounded by the impact of the changing role assumed by Spain in the world migration system based on its own production system, and in particular, on its labour market, which underwent a huge transformation (Boada, 2011, p. 9).

In contrast with Spain, in the majority of EU countries with a more longstanding tradition of migratory movements, it was evident that the impact of immigration on the labour market had not been as positive as desired (Pich, 2007). Furthermore, the effects of immigration on the labour market had not fully met the real needs of countries due to a lack of an explicit policy on labour immigration tailored to the needs of the market at the EU level. While Southern Europe attracted an intense flow of immigrants that made it possible to maintain and even expand the informal economy, the northern European countries suffered a migratory flow of asylum seekers and family reunifications that did not easily incorporate as workers. As a result of this dual process, the integration in the labour market of foreign nationals was notably more straightforward in the south (Jubany & Güell, 2011, p. 12).

In Spain, three factors were key to ensure that the arrival of immigrants had positive effects on the growth of the economy. The first one was the age of the incoming population (with a lower average age than the Spanish population). The second was the above-average activity rate; and the other was the high level of occupation, which translated into a growing employment rate and registration with the social security system (García-Juan, 2016). These intense migratory flows led to a social and demographic transformation of such magnitude that engendered new social needs deriving not only from the increase in demand but also from its diversification, which had important implications for the Spanish public policies. The situation overwhelmed the actions undertaken by public authorities on a daily basis, actions initially characterized by insufficient provisions and then by the implementation of reactive, improvised solutions oriented mainly at responding to the most evident and urgent needs (López, 2007, p. 25).

According to surveys produced by the state-run research institute Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), migration governance became one of the issues attracting closest attention in public opinion. While up to the year 2000 the subject did not even feature in surveys on public perceptions of the country's main problems, by 2006 it had become the primary cause of concern among Spaniards, followed by unemployment and housing, issues that had occupied the top spots on that list for many years (CIS Barometer 2006). This also eventually coincided with a crisis that entirely reshaped the landscape of the Spanish labour market. Concerns on the effects of a difficult

economic situation brought about negative perceptions of immigration, in particular among the most vulnerable sectors of the native population. In 2007, that population –and, in particular, young people– regarded immigration to be one of the causes of increased unemployment and shrinking wages, based on the belief that immigrants worked for lower pay (CIS Barometer 2007). But according to these surveys, the majority of Spaniards only saw immigration as a general problem in society as a whole, never as a persistent problem or a personal issue.

As of 2011, in a process inversely proportional to the escalating economic crisis, and against almost all forecasts, the perception of immigration as a problem gradually subsided, becoming one of the issues of least concern to the Spanish society in 2013. Instead, other problems such as corruption and fraud replaced immigration, as well as issues related to the economy, politics and the health service. In general, Spanish public opinion demonstrated a striking degree of maturity, as it continues to do today. Few societies can boast about absorbing, almost without conflict, such a substantial contingent of foreigners as that received by Spain in such a short space of time (Cebolla & Pinyol, 2014, p. 3).

Finally, we have to consider some legal success factors in the construction of the grounds of migration governance. From the first Spanish Law on foreign nationals (1985) to the main modifications that came into force in 2009, we can distinguish three key stages in the development of Spanish law in this area. The first phase runs from mid-1985 to December 1999, and is characterized by the survival –unmodified– of a single Organic Law on Foreign Nationals that remained in force until January 2000. The second phase begins with the annulment of that Law and the approval of a subsequent law (still in force today) up until the reform of the latter in the year 2009. This has set the start of a third phase, in which Spain finds itself still today.

The Organic Law on the rights and freedoms of foreigners in Spain of 1985 marked the beginning of the first phase (Spanish Government, 1985). Previous to this law, case law had managed to buffer the effects of the pre-constitutional regulations through the application of principles of legality and *actus reus*, as well as protection against arbitrariness. The standard unified the multiple and fragmentary existing regulations in a single text, with a view to instilling a sense of security in other Member States. That was before the imminent entry of Spain into the European Economic Community, reassuring them that Spain was not going to constitute an open door to immigration, taking into account that Germany and France had closed off this possibility following the oil crisis at the start of the 1960s (Aparicio, 2004, p. 32).

In this European context, such Law focused on issues such as the entry, expulsion and return of foreign nationals, establishing a scheme of sanctions with no scale and huge administrative discretion in dealing with immigrants in an irregular situation. Another feature of this Law was that it established a basic model that closely linked immigration with the needs of the labour

market. The regulations enacting this legal standard were designed to further reinforce, if that was possible, this scenario of arbitrariness, resulting in an excessively rigid system in which the policy of sanctions generally led to expulsion from the country. The possibility of family reunification was not even considered in the regulations because it was understood that immigration had an entirely transitory nature (Spanish Government, 1986).

In the early 1990s, the economic situation in Spain improved substantially. This, along with a reinforced political stability in the need to converge with Europe, directly influenced the demand of low-skilled labour in sectors associated with immigration. During this phase, three extraordinary regularization processes took place (in 1986, 1991 and 1996), legalizing the situation of foreign nationals, and an annual call for a contingent or entry pass for workers was initiated. Nevertheless, the migratory situation towards the mid-1990s exceeded the provisions of the law on a daily basis. In February 1996, this led to the abolition of the previous regulation from 1986, with a unification of the provisions established in recent years and specifying the rights of foreign nationals and some other issues related to the integration of non-nationals (Spanish Government, 1996).

In 1996, immigration was already a structural feature of the country. The Law of 1985 proved to be entirely unable to respond to the progressive increase in migratory flows, to the then-incipient organised trafficking of people or the mechanisms of border surveillance as a consequence of Spain's entry into the Schengen Area in 1991. The constant rise of foreign nationals in an irregular situation, arising mainly from a vast informal economy in a context of strong demand for labour, joined with a restrictive law to improve the legal situation of foreign nationals. This appears to be a key characteristic of the Spanish model and its future development at the legal and regulatory level (Solanes, 2010, p. 81).

The second stage of the process began with the Organic Law No. 4/2000 on the rights and freedoms of foreign nationals in Spain and their social integration. This included in its preamble a direct reference to the social integration of foreign nationals in Spain (Spanish Government, 2000). However, it was not until the reform of 2009 –the point where the third phase begins– that the Law incorporated the precept specifically regulating this issue. The Law made progress along the lines set out in the European Tampere Programme of 1999, which supported an integration policy aimed at providing legal foreign residents with rights and obligations that were comparable to those offered to the EU citizens. Moreover, it encouraged non-discrimination in economic, social and cultural life and the development of measures to combat racism and xenophobia.

This standard represented a significant advance over the previous regulation in terms of rights of foreigners. It also took into consideration foreigners in an irregular situation, granting them rights such as education or healthcare, moving away from the vision of foreign nationals merely as people to potentially expel from the country.

The Law of 2000 was amended on three occasions prior to the important reform of 2009, always under a parliament in which the People's Party (Partido Popular, PP) had an absolute majority. This provides an idea not only of the speed with which the migration situation changed in Spain, but also of the incapacity of the government to anticipate these changes and legislate with a more long-term vision. During that time, another three regularization processes took place, coinciding with the legal or regulatory reforms of the years 2000, 2001 and 2005 (Kostova, 2006, p. 11).

The great qualitative step in this second phase came with the change of government following the general elections of 14th March 2004. One of the first issues dealt with by the new, socialist government was the approval of a new Regulation on foreign nationals in Spain which abolished the previous law of 2001, a task achieved only with great difficulty due to the limitations of the narrow framework afforded by the Organic Law in force. We must not lose sight of the fact that this implementing regulation was approved with a high level of consensus among the range of political forces, social agents and non-governmental organizations (Spanish Government, 2004).

The third of these phases began with the reform of Organic Law No. 4/2000 on the rights and freedoms of foreign nationals in Spain and their social integration implemented by Organic Law No. 2/2009 (Spanish Government, 2009). The lack of a transposition to Spanish regulations of some European directives, as well as the urgent need to adapt the law to the new migratory situation determined the need for this reform. Moreover, it was necessary to incorporate the latest rulings of the Constitutional Court into the law. In its preamble, this Law expressly stated that the objectives of the Law were to regulate labour migration flows, reinforcing the links between the capacity to take in more workers and the needs of the market. The preamble also highlights the need to increase the efficiency of the fight against illegal immigration; to adapt the regulations to the competitive context by introducing new statutes of the autonomous regions; and to strengthen immigrant integration policies (Aguelo & Chueca, 2009, p. 112).

The latest reform regulating foreign nationals established by the socialist government in 2011 is the law currently in force. It has barely undergone any amendments to date. This shows to some extent the broad consensus achieved in the drafting of this law, and its flexible nature, which has allowed its adaptation to current times and cycles of labour migration (Spanish Government, 2011). So that, we can conclude that In the Spanish case, the regulatory framework was built on consensus and was coherent, effective and sufficiently flexible on the issues of immigration and foreign nationals (Cea d'Ancona, 2015, p. 33).

There is a final key factor of political nature that contributed to the enhancing of the migration governance in this country, the unification of political discourse (Rinken *et al*, 2016). The most unequivocal proof of this came during the period 2004 to 2011. With a socialist government at the national level and governments of all ideologies at the regional level, it still became clear

that there was a wide margin for consensus. With the exception of the logical differences between strategies and discourses that were more or less opposing on almost all matters, in the handling of the phenomenon of immigration, priority was given to creating a space for political and social agreement (Moya, 2008). This was on how to develop a public migration policy in accordance with the volume of foreign nationals living in Spain. Most significantly, there was a very strong consensus between the various actors participating in the construction of migration policy, which resulted in an eminently proactive discussion on the matter and definitely contributed to the migration governance (Izquierdo & León, 2008, p. 30).

Whilst the political discourse could have evolved in a different way considering the historic process of change that immigration brought about in Spain, the parties opted from the very beginning for a discourse that focused on the idea of a multicultural future, regardless of the governing political force or government level. This implied taking on board the irreversible nature of the process and shaping it within a framework that would be capable of steering these changes in society (Koopman, 2010, p. 13).

Three general elections took place during the decade from 1998 to 2008 (in 2000, 2004 and 2008), as well as 15 regional and three local elections. Despite the alternating cabinets and frequent changes in political ideologies brought about by the multilevel governance structure of the country, it is worth highlighting that the differences between political parties never brought about irreconcilable differences on the public management of immigration (Cebolla & Pinyol, 2014, p. 6).

Faced with the socially constructed concept of immigration as a 'source of conflict' and concerned with the difficulties that might result from the arrival of immigrants in all spheres of life, the political will was to provide people with the resources and instruments to manage their needs. Despite the possibility of interpreting these events as negative, or as a potential threat to the interests of native people, it was taken as a historical opportunity and a challenge in the process of socialization of the Spanish society (Zapata-Barrero, 2008, p. 122). The convergence of the discourse could not only be appreciated among the various political parties represented in parliament, but also among the other actors involved in the creation of migration policy and the building of social cohesion. These actors include public authorities, social agents, institutions and associations in the private sector, and organisations of the civil society.

Among the key points of agreement, we highlight the consideration of immigration as part of a wider process of globalization, which is overwhelming, structural and impossible to prevent. This consolidated Spain as a hosting country of immigrants. This resulted in a tacit agreement on being a matter of state policy, entailing a shared will to prevent immigration from becoming the object of controversy between political parties. Similarly, there was a consensus on framing it as a multi-level policy, requiring comprehensive actions in all sectors (housing, health, education, social services, etc.).

All the actors involved in matters of migration managed to establish a common view to avoid the use of immigration as a scapegoat in political elections and discourses in order to prevent the creation of a 'social alarm' and a rupture between the parties on such a sensitive matter. They had a shared concern on closing the gap between the regulations and policies (in terms of scope, design and implementation) and the reality on the ground, as well as on seeking long-term measures instead of short-sighted ones. This was complemented with a mutual will to understand the framework set out by the EU as a context that legitimized the proposed policy innovations, on the basis that everything emanating from the EU was positive to the management of the process.

Of course, within this panorama there were voices that criticized the utilitarian dimension of Spanish immigration policy for tackling the issue too often in an improvised and peremptory way. Although quite isolated and often linked to extreme right political stances, some expressed their discontent with the nature of the immigration policies and laws of that moment. Small divergences between the executive and legislative powers, as well as with the private local, regional and national sector, were also noticed in some respects such as in the inclusion of undocumented migrants in the Real Decreto 3/2006 or in the integration strategies of the regional governments. Nonetheless, it is also certain that when it came to the general lines of the discourse, its roots and elemental concepts, everyone worked to forge an implicit agreement (Rinken, 2015).

PROPOSALS AND FINAL CONCLUSIONS

The Spanish phenomenon of immigration reached its peak during the decade 1998-2008, and its intensity has progressively fallen in recent years. Meanwhile, the EU as a whole currently faces a challenge of similar numerical proportions with the mass influx of mixed flows coming from a variety of locations. This is a new challenge that calls for the reactivation, review and improvement of the migration governance, both within Europe and in Spain.

To achieve this, we suggest some proposals that would come from the factors listed above. They coincide with some essential aspects for the implementation of integral initiatives in the field of migration and development recently declared by the International Organization for Migration such as participation at the local level, horizontal participation, follow up of relevant structures and mechanisms, mobilization of resources and the development and implementation of an action plan (OIM, 2018).

The first proposal is that regulations should be framed to offer guarantees and administrative solutions, moving away from restrictive and policing measures. A legal framework with these characteristics inevitably derives in reasons of state and criteria for the design of policies that can contribute to configuring a shared political discourse that institutions assume and that resonates with society and mass media.

It is necessary to promote mass visibility of the migration phenomenon at all levels—in politics, universities, government authorities, media, etc.— that moves away from any criminalisation and promotes an inclusive citizenship based on interculturality. This also includes the need for presenting unified statements and definitions that employ the right language in all entities, bodies, authorities and institutions. More efforts should be made to ensure that terms such as ‘legal’ and ‘illegal’ are eliminated from the discourse as qualifying adjectives and be replaced by other terms such as ‘regular’ and ‘irregular’, which refer solely to the judicial or administrative situation of immigrants. Equally, it is advisable that terms such as ‘new residents’, ‘new citizens’ or ‘irregular’ are given preference over others such as ‘foreigner’ or ‘illegal’ to describe migrants.

It is necessary to eradicate the use of immigration as a political weapon during election campaigns, or by governments during their parliamentary term, or in the exercise of political opposition. The public discourse must ensure that society perceives immigration in terms of opportunities as opposed to as a danger or threat to the national security. When it comes to the treatment of diverse cultures, political discourse should focus on immigration as a source of cultural wealth forming part of an increasingly normal situation. Immigration should be managed in politics and society with respect for cultural differences within the framework of democratic values.

Meanwhile, legislative and policy authorities should also work together on the promotion of educational citizenship that contributes to a change of mindset based on equality of rights and respect to the differences between people, limiting the negative perceptions of immigration. Similarly, dialogue with social networks and participatory democracy should also be encouraged.

A reform of state administration is inevitable, and immigration should be dealt with at all levels from a perspective that focuses on rights and the transformation of labour markets. The competence on labour permits and authorizations should be transferred to employment or foreign affairs departments, while that on immigrants’ integration and diversity management should be transferred to the government bodies closest to the population, i.e. regional and local governments. To improve the migration governance it is also essential that public policy is coordinated between all levels of government (central, regional and local), ensuring close collaboration and cooperation between public and private bodies and institutions. In short, networking is fundamental.

All integration processes must flow in two directions, since they involve a dynamic transformation and mutual adjustment between immigrants and the native residents of both origin and destination countries. This translates into the need for active participation from the third sector (non-profit associations, NGOs, citizen platforms and movements, etc.) and civil society in legislative and regulatory processes concerning foreign nationals. In this respect, however, excessive weight should not be given to public opinion. This is to avoid its scapegoating by public authorities to justify political positions and the link between the negative aspects of public opinion and a lack of information.

In order for this two-way integration process to be successful and sustainable, it is essential that the three sectors come together to create strategic plans and training programmes on the subject of migration. These are the operators in the legislative branch (politicians, high-ranking officials in the range of ministries, regional and local governments); those in the judicial sphere (judges and magistrates at all levels and in all judicial categories); and at the executive level (staff working for public authorities, state-run security forces and services, etc.). Equally, comprehensive sectoral plans and programmes offering training should be made available to workers and other operators in the sectors of health, education, justice, and non-governmental organizations, among others.

The migration question and everything it involves (migrants' rights, the principles of equality and non-discrimination, measures to combat racism and xenophobia, the benefits of interculturality, diversity management) must be mainstreamed in all sectoral public policy (health, education, housing, social services, etc.). Likewise, specific funds, instruments, mechanisms, institutional tools and strategic plans should be created both to better manage the migratory flows and facilitate the integration of migrants.

The experience from Spain can hold an inspiration for other countries currently facing the challenge of receiving and accommodating international migratory flows of varying intensities. It is not time for creating an alarm or adopting short-sighted positions focusing solely on security. It is the time to rather elevate the discourse employed, and understand that we are talking about people with rights and legitimate grounds for seeking a better life in another place, while new scenarios will prove lasting and beneficial to all.

REFERENCES

- Acosta, D. & Geddes, A. (2013). The Development, Application and Implications of an EU Rule of Law in the Area of Migration Policy. *Journal of Common Market Studies*, 51, 179-193.
- Aguelo, P. & Chueca, A. (2009). La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los derechos humanos. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 22, 109-146.
- Alba, S.; Fernández, A. & Ubaldo Martínez. (2013). *Crisis económica y nuevo panorama migratorio en España*, Colección Estudios, No. 65, Madrid: Fundación 1 de mayo.
- Aparicio Wilhelmi, M. (2004). La última reforma de la Ley de Extranjería: un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y eficiencia. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 6, 31-54.
- Boada, J.E. (2011). *Inmigración y mercado laboral: antes y después de la recesión*. Documentos de economía "La Caixa", No. 20. Barcelona: Caja de Ahorros y Pensiones.
- Bonjour, S; Riploll A. & Thielemann, E. (2018). Beyond venue shopping and liberal constraint: a new research agenda for EU migration policies and politics. *Journal of European Public Policy*, 25(3), 409-421.

- Carrera, S. & Atger, A.F (2011) *Integration as a two-way process in the EU? Assessing the relationship between the European Integration Fund and the Common Basic Principles on Integration*. Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS).
- Cea d'Ancona, M.A. (2015). Los efectos de la crisis económica en la molduración y evolución de la opinión pública española ante la inmigración. *Migraciones*, 37, 29-52.
- Cebolla, H. & Pinyol, G. (2014). *Retos de la política de inmigración española ante el cambio de ciclo*. Notes Internacionals, 83, Barcelona: CIDOB.
- Cebrián, M. (2009). Los determinantes de los flujos migratorios internacionales: el caso español, 1995-2007. *Principios*, 14, 49-70.
- Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). CIS Barometer of December 2006.
- Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). CIS Barometer of December 2007.
- García-Juan, L. (2016). La política de integración de inmigrantes en el nuevo Fondo de Asilo, Migración e Integración de la Unión Europea. El caso español en el punto de mira. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(124), 93-115. <http://doi.org/http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v46n124.a06>
- García-Juan, L. (2015). Medidas y condiciones de integración de inmigrantes: una propuesta europea difícil de articular en España. *Migraciones*, 38, 87-110. DOI: <https://doi.org/10.14422/mig.i38.y2015.004>
- Hernández, B. & Lebrecht, P. (2012). La cooperación europea en materia de inmigración: el caso de España y la comunidad latinoamericana. *Revista de Estudios Sociales*, 42, 80-92.
- Instituto Nacional de Estadística (INE), 2008, Estadística de Migraciones 2008.
- Instituto Nacional de Estadística (INE), 2015, Estadística de Migraciones 2015.
- International Labour Organization (ILO), 2014, World of Work Report: Developing with Jobs.
- International Organization for Migration (IOM), 2006, Glossary on Migration, International Migration Law, Series No. 7.
- International Organization for Migration (IOM), 2018, Report: Keys to implement initiatives on migration and development within the framework of the 2030 Agenda.
- Izquierdo, A. & León, S. (2008). La inmigración hacia dentro. Argumentos sobre la necesidad de coordinación de las políticas de inmigración en un Estado multinivel. *Política y sociedad*, 45(1), 11-39.
- Joppke, C. (2007). Beyond national models: Civic integration policies for immigrants in Western Europe. *West European Politics*, 30(1), 1-22.
- Jubany, O. & Güell, B. (2011). *The national policy frame for the integration of newcomers in Spain. Second Report of the PROSINT Project Promoting Sustainable Policies for Integration*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

- Koopmans, R. (2010). Trade-Offs between Equality and Difference: Immigrant Integration, Multiculturalism and the Welfare State in Cross-National Perspective. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 36(1), 1-26.
- Kostova, M. (2006). *Una evaluación del último proceso de regularización de trabajadores extranjeros en España (febrero-mayo de 2005). Un año después*, Documento de Trabajo (DT) 15/2006. Madrid: Real Instituto Elcano.
- López, A.M. (2007). La política española de inmigración en las dos últimas décadas: del asombro migratorio a la política en frontera y la integración. En Fundación Pedro García Cabrera (Ed.), *Inmigración en Canarias. Contexto, tendencias y retos*, p.p. 23-37.
- Moya Malapeira, D. (2008). Los informes municipales de arraigo social y disponibilidad de vivienda adecuada expedidos a los extranjeros extracomunitarios: el papel en Cataluña de la Oficina del Padrón Municipal. *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 17, 134-151.
- Moyano, E. (2015). La Unión Europea ante la inmigración. *Revista de Fomento Social*, 70, 281-292.
- Moreno, S. (2010). Políticas de integración y derechos culturales. Los planes de inmigración de la Junta de Andalucía. *Alteridades*, 20(40), 35-48.
- Pich, P. L. (2007). La política de integración de la Unión Europea. *Migraciones*, 22, 221-256.
- Rinken, S., Godenau, D., Martínez de Lizarrondo, A. y Moreno, G. (2016). *La integración de los inmigrantes en la sociedad española: debilidades y fortalezas en tiempos de crisis*. Anuario CIDOB de la Inmigración, 206-223.
- Rinken, S. (2015). Actitudes hacia la inmigración y los inmigrantes: ¿En qué es España excepcional? *Migraciones*, 37, 53-74. <http://doi.org/10.14422/mig.i37.y2015.003>
- Romero, J.M. (2017). Patrones y diferencias sociodemográficas en el registro estadístico de la emigración española actual. *Estudios demográficos y urbanos*, 32(1), 163-197.
- Solanes, A. (2010). Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 90, 77-100.
- Spanish Government, 1985, Organic Law No. 7/1985 of 1 July on the rights and freedoms of foreign nationals in Spain.
- Spanish Government, 1986, Royal Decree No. 1119/1986 of 26 May approving the implementing regulation of Organic Law No. 7/1985.
- Spanish Government, 1996, Royal Decree No. 155/1996 of 2 February approving the implementing regulation of Organic Law No. 7/1985.
- Spanish Government, 2000, Organic Law No. 4/2000 of 11 January on the rights and freedoms of foreign nationals in Spain and their social integration.

- Spanish Government, 2004, Royal Decree No. 2393/2004 of 30 December approving the Regulation of Organic Law No. 4/2000 of 11 January on the rights and freedoms of foreign nationals in Spain and their social integration.
- Spanish Government, 2009, Organic Law No. 2/2009 of 11 December amending Organic Law No. 4/2000 of 11 January on the rights and freedoms of foreign nationals in Spain and their social integration.
- Spanish Government, 2011, Royal Decree No. 557/2011 of 20 April approving the Regulation of Organic Law No. 4/2000 of 11 January on the rights and freedoms of foreign nationals in Spain and their social integration, following its amendment by Organic Law No. 2/2009.
- Urteaga, E. (2010). Los modelos de integración europea. *Revista Nómadas*, Mediterranean University Institute, Universidad Complutense de Madrid, 26(2), 17-30.
- Wallace, S. (2010). Integration Requirements for Integration's Sake? Identifying, Categorising and Comparing Civic Integration Policies. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 36(5), 753-772.
- Zapata-Barrero, R. (2008). La política del discurso sobre la inmigración en España". In *El discurso político en torno a la inmigración en España y en la Unión Europea*, edited by the Ministry of Labour and Immigration, Madrid: Documents of the Permanent Observatory of Immigration, 16, pp. 117-160.
- Zapata-Barrero, R. (coord) (2009). *Políticas y gobernabilidad de la inmigración en España*. Barcelona: Ariel.

Los umbrales de intensidad como criterios de aplicación material de las normas del DIH y el DDHH para nuevos actores de los conflictos armados*

*The thresholds of intensity as criteria for the
material application of IHRL and HRL
regulations for new actors in armed conflicts*

CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA

Doctorando en Responsabilidad Jurídica Estudio Multidisciplinar de la Universidad de León, magíster en Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, abogado especialista en Derecho Probatorio, Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica de Colombia. Actual magistrado en la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial Santa Marta, docente catedrático del área de Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Derecho Penal Especial de la Universidad del Magdalena; coordinador de la maestría en Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Universidad del Magdalena y de la especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la misma universidad. Director del Semillero de Investigación Henry Dunant, juez e instructor para concursos de Técnicas de Juicio Oral y del Interamerican Human Rights Moot Court Competition. Autor del libro *Elementos y delimitación de los crímenes internacionales*.

Carmifoli@gmail.com

* Este artículo surgió a partir los temas centrales desarrollados por el semillero de investigación Henry Dunant de la Universidad del Magdalena del memorial de representantes de víctimas en la 22ª Edición del Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University, en el que se obtuvo el reconocimiento al mejor memorial en español entre 98 universidades acreditadas a nivel mundial.

Resumen

El umbral de intensidad en situaciones de violaciones graves a los derechos humanos es un criterio fundamental para la aplicación material de las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, toda vez que en los conflictos armados contemporáneos la dinámica de las hostilidades por el *modus operandi* de los nuevos actores implica una serie de cambios que impiden o dificultan su adecuación jurídica en el Derecho Internacional Público. Por lo tanto, corresponde a través de la jurisprudencia y la doctrina vislumbrar criterios objetivos que ayuden a determinar la calificación jurídica más adecuada para enfrentarlos conforme al uso de la fuerza en situaciones de DDHH o de DIH.

PALABRAS CLAVE

Conflictos armados, umbrales de intensidad, umbrales de organización, grupos armados organizados, conflictos sociales, actos esporádicos de violencia.

Abstract

The intensity threshold in serious situations of human rights violations is a fundamental criterion for the material application of International Human Rights Law and International Law of Human Rights, since in contemporary armed conflicts the hostility dynamics due to the *modus operandi* of the new actors implies a series of changes that impede or difficult the legal adequacy in International Public Law. Therefore, it comes to jurisprudence and doctrine to elucidate objective criterion that aid in the determination of the most appropriate legal adequacy to face them according to the use of force in Human Rights or International Human Rights situations.

KEYWORDS

Armed conflicts, intensity thresholds, organization thresholds, organized armed groups, social conflicts, sporadic acts of violence.

INTRODUCCIÓN

La realidad ambivalente en relación con los conflictos armados y los actos esporádicos de violencia por la tipología de los actores que intervienen, la gradualidad de intensidad de los actos de violencia como las tensiones internas y disturbios interiores de los combates entre las fuerzas armadas regulares y grupos armados organizados, o entre estos, hacen difícil la aplicación material de las normas del DIH y las del DIDH.

Unido a la anterior premisa se encuentran situaciones de graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, tales como los conflictos armados contemporáneos, generadores de nuevos retos para la aplicabilidad de las normas que los regulan, debido a que en el contexto de esas situaciones la única variable constante, en medio de la dinámica de las hostilidades, es el cambio de *modus operandi* de los grupos armados organizados, cuyo actuar estratégico distorsiona, y en algunos casos desborda, la adecuación jurídica de las normas convencionales y consuetudinarias de los conflictos armados internacionales y no internacionales.

También, ese actuar estratégico o *modus operandis* cambiante determina la intensidad del conflicto y la organización de los grupos armados, además de generar dificultades jurídicas de adecuación para abordar la conducción de hostilidades y el uso legítimo de la fuerza; desde el enfoque de los conflictos armados internacionales (en adelante CAI) o no internacionales (en adelante CANI), toda vez que se pueden presentar otra clase de conflictos no convencionales, tales como conflictos armados internos internacionalizados, conflictos armados asimétricos y conflictos armados no internacionales que no superan el umbral de intensidad del protocolo II adicional de los convenios de Ginebra, ni del artículo 3 común a éstos convenios, pero tampoco se puede pregonar que sean tensiones internas, disturbios interiores o actos esporádicos de violencia. Lo anterior lleva a considerar el siguiente interrogante: ¿es el umbral de intensidad un criterio fundamental para la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado y otras que no alcanzan dicha connotación?

En este artículo, a través de un conjunto de premisas jurídicas y fácticas que implican un estudio holístico, y no uno aislado de una situación de hecho, se sostendrá que los umbrales de intensidad de los conflictos armados contemporáneos son criterios objetivos fundamentales para la aplicación material de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos para los nuevos actores del conflicto, y para el uso letal de la fuerza.

Este artículo surgió desde una perspectiva analítica y crítica. Para su elaboración se recurrió a un enfoque cualitativo o interpretativo que permitió llegar a la consecución del desarrollo del análisis propuesto; para lo cual fue necesario acudir a diversas técnicas documentales, como la revisión analítica de información, estudio de jurisprudencia, doctrina y otras fuentes auxiliares.

Después de esta sección introductoria se abordará la realidad jurídica de los conflictos armados y de los actos esporádicos de violencia como las tensiones internas y los disturbios interiores a través de la definición contenida en las normas del derecho internacional humanitario y en las del derecho internacional de los derechos humanos y su interpretación en la doctrina y en la jurisprudencia. Hecho esto, para ubicar al lector se tratarán en la siguiente sección las dificultades en la aplicación material de cada una de las diferentes situaciones de violaciones graves de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario por el contraste de la realidad jurídica con la realidad material, en cuanto al ámbito de aplicación material por la conducción de hostilidades, *modus operandis* o dinámica de la guerra por parte de los actores de los conflictos armados que dificultan la adecuación jurídica.

Posteriormente, se establecerán objetivamente criterios de aplicabilidad material a situaciones de violaciones graves e infracciones al derecho internacional humanitario como las de Libia, Irak, México, Venezuela y Colombia, en las que por la dinámica del conflicto podría haber incertidumbre por el umbral de intensidad y la organización de un grupo y, en rigor, en los mismos actos de violencia para ser enfrentados por las fuerzas armadas de un Estado con la fuerza letal bajo la égida del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos. En la última sección se presentarán las conclusiones de los sub argumentos facticos y jurídicos que sostiene la afirmación de que el umbral de intensidad es un criterio objetivo fundamental para la aplicación material de las normas del DIH y del DIDH que regulan las situaciones de violaciones graves de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario como los actos esporádicos de violencia y los conflictos armados.

1. DE LA DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

El artículo 2 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, en concordancia con el artículo 1 del Protocolo I adicional a los cuatro convenios de Ginebra, definen lo que se entiende por conflicto armado internacional; aquella preceptiva establece:

(...) aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. (Comité Internacional de la Cruz Roja. [CICR], 12 de agosto de 1949)

A su turno, el artículo 1 del Protocolo I adicional a los cuatro convenios de Ginebra en su numeral 1 reza: “las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia” [CICR, 1977], y en el numeral 4, del mismo artículo, establece que:

Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. (CICR, 1977).

Y el numeral 3 del mismo artículo 1 del Protocolo I adicional a los cuatro convenios de Ginebra establece: “El presente Protocolo, que completa los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios” (CICR, 1977).

Según la Comité internacional de la Cruz Roja, esta disposición establece que un CAI será aquel en que se enfrentan “Altas Partes Contratantes”, es decir, Estados. Por lo que el simple hecho que uno o más Estados recurran a la fuerza armada contra otro Estado implica la configuración de un conflicto armado de carácter internacional; aspecto que no se determina, curiosamente por la intensidad del enfrentamiento, como sí sucede con el nivel de organización de los actores que participan en un conflicto armado no internacional (CICR, 2018).

En cuanto a esta interpretación que hace el CICR, resulta concluyente que cuando se trata de confrontación armada entre Estados no es determinante la intensidad del enfrentamiento para deducir el grado de organización de una de las partes en conflictos, como sucede en los conflictos armados de carácter no internacional, que se requiere para establecerla en un grupo armado que confronta con otro, o contra las fuerzas armadas regulares del Estado, de las cuales se puede predecir es concluyente su organización. Por lo tanto, si confrontan dos o más Estados se puede dar por establecido la existencia de un conflicto armado de carácter internacional al tenor de las normas del derecho internacional humanitario, sin que sea determinante la intensidad de la confrontación, porque es suficiente el presupuesto de la organización, toda vez que están confrontando “las Altas Partes Contratantes” que “se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia” (CICR, 1977), como lo preceptúa el artículo 1 del Protocolo I adicional de los cuatro convenios de Ginebra en su numeral 1, amén que como reza el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949:

(...) aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. [CICR, 12 de agosto de 1949]

En suma, de la interpretación sistemática del artículo 2 común a los cuatro convenios de Ginebra, en concordancia con los numerales 1, 3 y 4 del Protocolo I adicional a los cuatro convenios de Ginebra, habrá de entenderse como conflicto armado de carácter internacional aquel que se presenta entre dos o más Estados sujetos de derecho internacional, y aquel en que los pueblos luchan contra la dominación colonial, contra la ocupación extranjera y contra regímenes racistas.

Es necesario advertir que con todo y que puedan existir diversos conceptos en la doctrina, la existencia de conflictos armados no depende de cómo los definan las partes, por lo que, en rigor, son los Convenios de Ginebra los que introdujeron el concepto de conflicto armado en el régimen jurídico aplicable. Y es solo a través de esa contribución semántica, de esos instrumentos jurídicos que se determina la aplicabilidad del derecho internacional humanitario López-Jacoiste, 2015.

De hecho, conforme a la búsqueda conceptual realizada, la doctrina no se alejó de los pronunciamientos del CICR, en tanto el artículo 5 de sus Estatutos establece que el Comité tendrá el deber de:

(...) asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra, trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho “ (inciso 2, letra c); así como el de “ trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo. (CICR, 2018)

Lo anterior implica que este organismo es el autorizado por los Convenios de Ginebra y la comunidad internacional para difundir e interpretar las normas del DIH; razón suficiente para que se tenga su conceptualización como suficiente para la adecuación jurídica y práctica de los conflictos armados internacionales como no internacionales, así como el conocimiento internacionalizado de la entidad a cargo de análisis de los conflictos.

2. DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES Y OTROS ACTOS ESPORÁDICOS DE VIOLENCIA

En lo correspondiente a los conflictos armados de carácter no internacional, denominados doctrinariamente conflictos armados internos, su definición jurídica se encuentra contenida en el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra y en el artículo 1º del Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra; este artículo complementa y desarrolla aquél, y ambos comprenden todas las clases de conflictos armados internos en cuanto a la organización de sus actores y el umbral de intensidad.

De tal forma es pertinente analizar el artículo 1 del Protocolo II adicional, que complementa y desarrolla el artículo 3º, por cuanto contiene elementos que este no tiene, como por ejemplo: quiénes pueden ser actores del conflicto; las características de actores que constituyen un grupo

organizado para establecer su capacidad para que sean destinatarios de las normas del DIH; qué actos de violencia no se consideran conflictos armados internos; y el hecho de que no se desconozca el estatuto jurídico de las partes en conflicto, con la finalidad de no reconocer al grupo armado organizado beligerancia para que no sea tratado por la comunidad internacional como un Estado en formación [CICR, 1977]. También implica, el artículo tercero, como se abordará *in extenso* más adelante, el que sean menos las exigencias en cuanto al umbral de intensidad y la organización de los grupos en confrontación para establecer la existencia del conflicto armado de carácter no internacional. Veamos: el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra preceptúa:

Artículo 3 - Conflictos no internacionales. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan despuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio, La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto (CICR, 12 de agosto de 1949).

En el marco del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, el concepto de conflicto armado interno no está establecido por criterios objetivos que permitan constatar su existencia, pues la norma se limitó en su primer aparte a constituir un límite positivo y otro negativo, para luego, allí mismo, establecer que tendrían “las partes en conflicto”: los actores en conflicto, la obligación de aplicar como mínimo disposiciones de tratar con humanidad a las personas protegidas, como la población civil y los no combatientes, prohibir que se atente contra de su vida, integridad personal, dignidad personal, la toma de rehenes, detenciones arbitrarias y ejecuciones extrajudiciales, aceptar la intervención de Comité Internacional de la Cruz Roja como un organismo humanitario e imparcial; realizar en los posible acuerdos especiales para poner en vigor las normas del derecho internacional humanitario; y que se respete el ordenamiento jurídico de cada una de las partes.

En efecto, en cuanto al límite negativo, el artículo 3º común se limita a disponer que conflicto armado interno es aquel que no es de índole internacional, lo que nos lleva a considerar, conforme al artículo 1º del protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que el conflicto armado que no es de índole internacional no comprende los conflictos armados en los que confrontan Estados, ni tampoco aquéllos en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas (Ramelli, 2012).

La anterior exclusión de los conflictos armados no internacionales para situaciones de dominación colonial, ocupación extranjera y lucha contra los regímenes racistas cobra sentido en el entendido de que el pueblo que lucha contra estas situaciones ejerciendo su derecho a la libre determinación adquiere un estatus legal internacional, diferente del Estado que le niega el ejercicio de este derecho y ocupa su territorio, por lo que se considera que estas situaciones automáticamente encuadran en los conflictos armados internacionales a los efectos del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra (Potz, 1999).

En cuanto al criterio positivo, el artículo dispone que el conflicto debe ser armado y se presenta o desarrolla entre las partes, o sus actores dentro del territorio del Estado Parte del Convenio. Lo primero, como se desarrollará más claro en el Protocolo II adicional a los cuatro convenios, en cuanto a que el conflicto debe ser armado, aunque suene tautológico, es para distinguirlo de conflictos de más bajas intensidades como las tensiones internas y los disturbios interiores. Con respecto a las partes en conflicto guarda silencio en cuanto a cuáles son las agrupaciones armadas que se enfrentan y sus características, sin embargo, puede vislumbrarse que si se exige por la norma que cada una de las partes en conflicto tiene la obligación de aplicar como mínimo las disposiciones relacionadas con la protección y asistencia de la población civil, de los no combatientes e incluso los de las fuerzas armadas regulares, es porque debe tener un mínimo de organización que permita cumplir y hacer cumplir a los miembros del grupo armado con esas disposiciones de carácter humanitario en el conflicto armado (Ramelli, 2012).

Ahora, el artículo 3 común se completa con el Protocolo II adicional en el sentido de que tiene mayor exigibilidad para constatar la existencia de un conflicto, en tanto establece además cuáles son las partes en confrontación en el territorio del Estado parte, esto es: las fuerzas armadas regulares, fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y aplicar el Protocolo II adicional, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. El artículo 1 del protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra preceptúa:

Artículo 1. Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.
2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. (CICR, 1977)

Este artículo debe entenderse, como el mismo lo señala, que completa y desarrolla el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, en el sentido de que se trata de conflictos armados que no son de índole internacional que se desarrollen en el territorio de un Estado no obstante, su definición para los fines de aplicación específicos del Protocolo II adicional es más restringida que la noción del artículo 3 común a los cuatro convenios, toda vez que aplica a los conflictos armados, según la CICR, “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (CICR, 2018).

Otra particularidad del artículo 1 del Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra, en su numeral 2, que complementa y desarrolla el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, es que excluye del ámbito de aplicación material de las normas DIH las situaciones graves de violencia como las tensiones internas y los disturbios interiores, cuando establece: “el presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales

como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados” (CICR, 1977).

En ese sentido, es claro que tanto el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra como el artículo 1 del Protocolo II adicional aplican a confrontaciones armadas mínimamente organizadas y que superen el umbral de intensidad propios de actos de motines, bandolerismos o rebelión no organizada de corta duración. Es necesario aclarar entonces que cuando existe confrontación entre grupos armados, o de estos con las fuerzas militares del Estado, pero que no tienen control territorial, su organización o mínimo de organización se deduce por la intensidad en las hostilidades. Por lo tanto, esta clase de confrontaciones, que tienen estas características, se adecuarían perfectamente en el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra y no tanto al artículo 1 del Protocolo II adicional, que requiere que los “grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (CICR, 1977); en tanto que el artículo 3 no requiere este grado de organización que permite tener control territorial, sino un mínimo de organización para combatir. Resumiendo, como lo establece el Dr. Hernández Campo (2000), conflicto armado de carácter no internacional o conflicto armado interno

(...) es aquel conjunto de normas de Derecho Internacional que regulan un conflicto armado que tenga lugar en el territorio de un Estado entre las fuerzas armadas del Gobierno y fuerzas rebeldes (o entre dos grupos rebeldes). Estas últimas, bajo mando responsable, deberán ejercer control sobre parte de su territorio para posibilitar que realicen operaciones continuas y organizadas y observar un mínimo de reglas de Derecho Internacional. (p. 48)

Sin embargo, con respecto a las tensiones internas y disturbios interiores, el artículo 1 del Protocolo adicional II a los cuatro convenios de Ginebra, en su numeral 2, simplemente se limita a enunciarlos como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, sin definirlos, por lo que ha sido la doctrina especializada del Comité Internacional de la Cruz Roja la que ha tratado de definirlos mencionando que los disturbios interiores son:

(...) situaciones en las cuales no existe un conflicto armado sin carácter internacional como tal, pero se produce una confrontación dentro de un país, que se caracteriza por cierta gravedad o duración y que trae aparejados actos de violencia... En esas situaciones que no conducen necesariamente a la lucha abierta, las autoridades en el poder emplean fuerzas policiales numerosas, o incluso fuerzas armadas, para restablecer el orden interno (...) mientras que las tensiones internas (...) revelan la existencia de una crisis de gobernabilidad creada por enfrentamientos no necesariamente violentos, entre diferentes facciones o grupos políticos, étnicos, religiosos o sociales entre sí, o con las fuerzas armadas o de policía del Estado, esos hechos pueden tener lugar en el prelude de un conflicto armado interno, o al término del mismo debido a la insatisfacción. (CICR, 1973)

Además de estos criterios objetivos señalados por el CICR para establecer el alcance y contenido de las tensiones internas y los disturbios interiores, atendiendo a lo que Grasser citado por Ramelli menciona al diferenciar estas dos situaciones de grave violencia, durante la situación de tensión interna:

se vive bajo un clima de anormalidad, de inseguridad, en donde las instituciones estatales se encuentran seriamente comprometidas y la violencia supera los límites desbordando los índices considerados como normales en la sociedad civil, entendiendo que la normalidad debe ser medida teniendo en cuenta los índices de criminalidad y las medidas de represión usuales por parte del aparato represivo del Estado. La violencia que se presenta tiene manifestación material en desapariciones forzadas, torturas y detenciones ilegales.

Empero lo anterior, se debe acotar en lo concerniente a disturbios interiores, lo que agrega Ramelli Arteaga (2012), que en estos se revelan:

(...) una ruptura profunda del tejido social, una severa crisis de gobernabilidad, que se prolonga en semanas e incluso meses a causa verbigracia de los fanatismos religiosos, los nacionalismos exacerbados, las tentativas de golpes de estado, el descontento generalizado de la población civil por la corrupción estatal o por políticas de segregación. La intensidad de la confrontación se manifiesta materialmente entre clanes o grupos civiles o contra miembros de la policía del estado. (p.64)

Sin duda, esta serie de actos en muchas ocasiones son dirigidos por aquellos líderes carismáticos con un mínimo de organización que realizan por lo general brotes de vandalismo callejero, ataques a edificios, quema de vehículos y actos de terrorismo. La experiencia internacional ha enseñado que los Estados para restablecer la Ley y el orden frente a estas situaciones “deben emplear fuerzas policiales e incluso, según el umbral de intensidad, hasta las fuerzas militares, lo que conlleva a tomar medidas de emergencia a través de normatividades de excepción en procura de la seguridad nacional, seguridad pública y el restablecimiento del orden público” (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Ex Yugoslavia, 1998), limitando derechos de expresión, reunión pacífica y asociación.

Así las cosas, tanto en las tensiones internas como en los disturbios interiores no se alcanza el umbral de intensidad, ni de organización para aplicar las normas del DIH; aplican las normas del derecho interno de los Estados Partes y del derecho internacional de los derechos humanos.

3. DIFICULTADES DE LA APLICACIÓN MATERIAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

Sin duda, la conceptualización jurídica para conflictos armados internacionales tradicionales contenida en el artículo 2 común a los cuatro convenios de Ginebra y en el artículo 1 del Protocolo I adicional a estos convenios no son de difícil adecuación en situaciones en las que confrontan Estados. Las dificultades en su adecuación o aplicación material se entendería que surgiría, cuando, verbigracia, se presentan en la dinámica de ellos intervenciones de fuerzas beligerantes que no representan un Estado específico, o intervenciones de organismos internacionales o coaliciones estatales que actúan bajo el espectro de acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la OTAN.

En esta clase de conflictos armados contemporáneos, el Comité Internacional de la Cruz Roja en su análisis casuístico señaló que tras la intervención militar de los miembros de la OTAN en el Estado de Libia se dejó, luego de la conducción de hostilidades y la intervención extranjera, un margen a las milicias locales que les permitió ejecutar actos de saqueo, tráfico, extorsión, desplazamiento forzado y secuestros, decayendo luego en conflictos posiblemente desestructurados de baja intensidad con formas de victimización prioritariamente contra la población civil a fin de generar miedo y obtener el control de un territorio; sin que ello implique enfrentamientos directos entre grupos armados o contra fuerzas regulares del Estado (CICR, 2011).

Nótese cómo un conflicto armado de carácter internacional que comprende la intervención extranjera podría generar un conflicto armado de carácter no internacional, que en el caso sub examine por parte del Comité Internacional de la Cruz Roja no se generó porque no se reunían los presupuestos del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, toda vez que el umbral de intensidad de los actos de violencia no implicaban “enfrentamientos directos entre grupos armados o contra fuerzas regulares del Estado” (CICR, 12 de agosto de 1949). En consecuencia, este tipo de situaciones generalizadas de macrovulneración de derechos humanos podría desbordar no solo los estándares mínimos de los convenios y Protocolo I adicional de Ginebra en cuanto a conflictos armados internacionales, sino que podría hacer lo mismo en relación con la necesidad de un umbral de organización e intensidad en las hostilidades de la agrupación en lo relativo a los presupuestos de conflictos armados no internacionales contenidos en el Protocolo II adicional y el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, en tanto que luego de la intervención extranjera se incentivan, como en el caso de Libia, la conformación de grupos armados organizados que podrían constituirse como actores del conflicto y eventualmente alcanzar el umbral de un conflicto armado no internacional.

Ahora bien, debido a la dificultad de adecuación jurídica de estas situaciones frente a las normas estáticas de los convenios de Ginebra y sus protocolos, ha sido la jurisprudencia de tribunales ad hoc, como el de la antigua ex Yugoslavia, los que han dilucidado parámetros objetivos para

determinar el marco jurídico aplicable en casos concretos que serán desarrollados con posterioridad en el acápite de las bandas criminales en diversos escenarios (CICR, 2011).

Si se sigue revisando los conflictos armados internacionales, se avizoran otras dificultades y, por tanto, desafíos de aplicabilidad jurídica de los convenios de Ginebra. Encontramos entonces también los casos de intervención de agentes no estatales, esto es, que no actúan en nombre de un Estado, sino mediante organizaciones terroristas que aprovechan las limitaciones geográficas situando sus bases más allá de las fronteras, fuera del alcance de las fuerzas regulares estatales, dispersando sus miembros por diferentes países, imposibilitando con ello el uso de la fuerza legítima sobre la organización, ya sea desde el punto de vista del DIH o desde el enfoque de los DDHH Unión Europea, 2012).

Esto implica, dependiendo de cada caso concreto, la aplicación del derecho del Estado de usar la fuerza para defender la ley y el orden, incluyendo la fuerza letal, que en caso de conflictos armados sería en virtud del principio de necesidad militar, pero en caso que se considere imposible aplicar las normas relativas a conflictos armados internacionales por las mencionadas circunstancias derivadas de factores políticos, religiosos de estos actores no estatales, entonces se tendrá que restringir la fuerza para los casos cuando es absolutamente necesario y estrictamente proporcional a ciertos objetivos legítimos, como el mantenimiento del orden público bajo los presupuestos de normas *soft law* como el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1979, que se relaciona estrictamente con el principio de necesidad absoluta para aplicar la fuerza durante situaciones que no actualizan un conflicto armado internacional (CANI) o conflicto armado no internacional (CAI) (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2015).

Todos estos aspectos llevan a considerar que se presentan diferentes niveles de intensidad de hostilidades en los CAI, que los sitúa dependiendo del caso en los recientes conflictos asimétricos en la que la parte más débil busca una ventaja comparativa frente a su contraparte militarmente superior mediante prácticas taxativamente prohibidas por el derecho internacional humanitario, como los ataques contra la población civil, uso de escudos humanos, armas de efectos indiscriminados, entre otras prácticas catalogadas por la comunidad internacional como “terroristas” (Geiss, 2006).

A causa de la disparidad de la capacidad militar de los beligerantes en algunos conflictos contemporáneos, como la guerra de Irak frente a la intervención estadounidense, los incentivos de los actores del conflicto para violar el DIH parecieran ser mayores, a tal punto que los grupos armados beligerantes desnaturalizan el principio de distinción señalado en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra al usar a la población civil como escudos humanos o al camuflarse (Docherty y Garlasco, 2003, p. 78) con esta para perpetrar ataques sin ser detectados como objetivos legítimos de ataque; mientras que las fuerzas regulares desatienden las precauciones necesarias

del principio de proporcionalidad de sus ataques; aspecto que genera un incumplimiento en cadena de las disposiciones del DIH ya no como caso fortuito o restringido, sino de manera generalizada y como principal característica.

En esta clase de conflictos armados asimétricos la comunidad internacional no tiene claro la calificación jurídica de la situación; en otros términos, la adecuación formal de un conflicto armado internacional, no internacional o conflicto armado interno internacionalizado aplicable a los sujetos infractores por los umbrales de intensidad que generan graves infracciones al DIH y los DD.HH.

Como he venido mencionando, la ambigüedad organizativa y la variación del nivel de intensidad en la conducción de hostilidades de estos grupos armados dificulta la adecuación de estos conflictos irregulares y poco convencionales con la normatividad internacional; por lo anterior, se debe recurrir al derecho consuetudinario, las subreglas jurisprudenciales y los principios aplicables a fin de dilucidar la situación jurídica adecuada. Estas dificultades en la adecuación jurídica terminan reflejándose de igual forma en las situaciones de conflictos armados no internacionales mencionadas, en las que resurgen otras clases de grupos armados tales como las Bandas Criminales en adelante BACRIM, aspecto que se estudiará en nuestro siguiente apartado.

4. DIFICULTADES DE APLICACIÓN MATERIAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Tratándose de conflictos armados no internacionales, como se ha venido mencionando, los grupos de delincuencia organizada en algunos casos son miembros de grupos armados desarticulados o sometidos a procesos transicionales que en el devenir de estas etapas de transición se reorganizan delinencialmente sin necesariamente tener un control territorial, una finalidad política, ni sostener enfrentamientos directos con las fuerzas regulares del Estado; sin embargo, cuentan con material bélico suficiente para hacerles frente, lo que conlleva en algunos casos a que su accionar se prolongue en el tiempo, y puedan llegar a contemplarse como actores del conflicto armado según los factores indicativos de umbrales de intensidad y organización señalados por el Tribunal Penal Internacional para la antigua ex Yugoslavia en el caso *Fiscal vs. Haradinaj y Fiscal vs. Tadic*, a saber:

(...) el número, duración y gravedad de las confrontaciones o enfrentamientos armados; unidades de combatientes desplegados en ambos lados y el tipo de fuerzas gubernamentales involucrada, tipos de armas utilizadas; número de víctimas militares y civiles; magnitud de daños materiales causados; efectos de la violencia en la población civil, capacidad para planificar y lanzar operaciones militares coordinadas; capacidad para reclutar, entrenar y equipar a nuevos combatientes, entre otros. (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Ex Yugoslavia, 1998, párr. 60)

Estos aspectos sin duda polarizan la definición jurídica de la tipología de conflictos bajo los criterios axiales del umbral de intensidad y su nivel de organización, que los ubicaría, según el caso, en el campo de las tensiones internas y disturbios interiores, es decir, en las normas del derecho internacional de los derechos humanos o, tratándose de conflictos de mayor intensidad, en las normas del derecho internacional humanitario, esto es, en el Protocolo I y los IV Convenios de Ginebra si se trata de conflictos armados internacionales, y en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y en el artículo 3 común a estos Convenios para conflictos armados de carácter no internacional.

Teniendo claro los ámbitos de aplicación de las normas relativas a los conflictos armados no internacionales, vale la pena analizar casuísticamente tres casos: en primera medida, la lucha contra las bandas organizadas de narcotráfico en México, luego una analogía con las bandas criminales de Colombia y por último un análisis de la ascensión en los umbrales de intensidad en el conflicto social y político de Venezuela, que lo trataremos en la sección “De las dificultades de aplicaciones material en actos esporádicos de violencia”.

En el contexto de México, como indica Esteban Arratia al citar Hoffman, en el caso de las tácticas que usa el “Cártel Jalisco Nueva Generación” o “Los Caballeros Templarios”, se avizora que emplean armamento propio de las Fuerzas Armadas y tácticas de guerrilla; mientras que otros grupos que operan en ese mismo territorio, como sería el caso de “Los Zetas”, exhiben ciertos rasgos de protoinsurgencia y una marcada tendencia a militarizar sus acciones, “pero todos ellos se comportan como oponentes híbridos, es decir, aquellos que simultánea y adaptativamente utilizan una mezcla que fusiona armas convencionales, tácticas irregulares, terrorismo y comportamiento criminal en el espacio de batalla” (Arratia, 2012, p. 28)

Por lo tanto, existen algunos actores armados no estatales que plantean dificultades de aplicación o adecuación jurídica de los estatutos del DIH, pues, aunque su actuar se podría asemejar a los presupuestos organizativos y de intensidad del Protocolo II adicional, en la mayoría de casos y a mi juicio, los Estados terminan atribuyéndoles como sucede en México la aplicación de menos exigencias, es decir, las del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Estas circunstancias han llevado a considerar a la mayoría de doctrinantes que “desde la perspectiva organizacional, los cárteles suelen contar con “una base común a todos los grupos criminales: un grado mínimo de sofisticación consistente en aparatos directivo, logístico, coactivo, de información, financiero y de protección política” (Arratia, 2012, p. 29).

Ahora, aunque tengan un mínimo de organización, es claro que no configuran un ejército, ni ejercen operaciones militares concertadas y sostenidas, pues no tienen un control territorial en ese sentido, no podrían ubicarse dentro de los parámetros del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra; de hecho, por la misma dinámica del conflicto y las estrategias que conlleva este, los

grupos armados organizados no permanecen por su actuar ilícito en un mismo territorio; aspecto que podría no anular su control territorial, por lo que recaería en el ámbito de aplicación del artículo 3 común, el cual solo exige para su aplicación un mínimo de organización, deduciendo el nivel de intensidad de los combates, pues el Estado de México ha manifestado mediante diversos comunicados que debido a la intensidad de los combates, se ha tenido que recurrir a las fuerzas militares, y no solo a las de naturaleza civil como las de policía, para combatir el crimen organizado. “Fueron los propios gobernadores de las entidades los que solicitaban la ayuda de las Fuerzas Federales para combatir a las organizaciones criminales en sus entidades una vez que los niveles de violencia incrementaron” (Arratia, 2012, p. 27).

Colombia, a diferencia del Estado de México, ha dejado de lado la discusión política de la existencia o no del conflicto o del tratamiento de bandas como actores del mismo, pues frente al combate y tratamiento de los grupos armados organizados ha hecho un avance significativo en cuanto a estos aspectos, en tanto como se ilustrará, ha dejado de lado la evasión política de aplicación de los estatutos del DIH para estos grupos armados, y solo hasta 2015, con el advenimiento de la directiva 003 y la directiva 015 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación de Colombia, ha reconocido formalmente a las Bacrim como actores del conflicto armado interno y autores de crímenes de guerra; decisión de gran relevancia en tanto el Estado venía combatiendo a estos grupos con las normas relativas a los derechos humanos por no considerar a las “Bacrim” actores del conflicto, sino simples bandas delincuenciales emergentes que no tenían, a su juicio, nexos con actores reconocidos como paramilitares de las AUC o guerrilleros del ELN o de las FARC, entre otros.

Lo anterior resulta relevante, debido a la incidencia de estos grupos en el territorio del Estado colombiano, pues como señaló la fundación Indepaz, en los procesos transicionales de Colombia con el grupo armado paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) se presentaron diversas fallas de control, seguimiento y vigilancia institucionales que provocaron que luego del sometimiento, desmovilización y reinserción de las AUC al ordenamiento jurídico colombiano entre 2002 y 2008, dentro de los postulados de la Ley 975 de 2005, surgieran una serie de grupos armados disidentes arguyendo la falta de cumplimiento en lo pactado en su acuerdo de paz, al punto de que según el Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz durante 2012 estos grupos armados criminales hicieron presencia en 409 municipios de 30 departamentos de Colombia (Herrera, 2013).

Ahora, estos grupos armados organizados que resurgen de los paramilitares han sido catalogados por el Estado colombiano inicialmente como bandas criminales (Bacrim), lo que a su turno responde a los postulados sociales de Pierre Bordieu en los que establece que el lenguaje transmite un simbolismo creativo, es decir, bajo discursos performativos el Estado denominó a estos grupos y les dio, por este hecho, el tratamiento de simples bandas criminales, por lo que fueron combatidos como tal durante varios años por el Estado bajo el uso legítimo de la fuerza para el

mantenimiento del orden público, en este sentido, las normas relativas al derecho internacional de los derechos humanos. Esta decisión política, considero fue errada conforme al umbral de intensidad del conflicto armado que generan la mayoría de estas estructuras delincuenciales (Moraña, 2014).

Sin embargo, gracias al reconocimiento de las Bacrim como actores del conflicto armado, en 2015 con la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-250A de 2012, se estableció que el carácter indicativo, y enunciativo del “rótulo” del actor no debe ser tenido como un criterio axial a tener en cuenta en el momento de definir si su actuar se enmarca en un conflicto armado, decisión que más adelante fue desarrollada por la misma Corte Constitucional en la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T- 025 de 2004 mediante el Auto 119 de 2013, en el que se señaló, en relación con la falta de inclusión de víctimas de las Bacrim al registro único de víctimas, lo siguiente:

(...) la práctica de la Dirección de Registro que consiste en negar la inscripción en el Registro Único de Víctimas a las personas desplazadas por situaciones de violencia generalizada (como se ha presentado en aquellos casos en los que los actores son las BACRIM y sus acciones no se presentan con ocasión del conflicto armado) y, en términos más amplios, en aquellas circunstancias en las que el desplazamiento no guarda una relación cercana ni suficiente con el mismo, no es acorde con la lectura que esta Corporación ha realizado de la definición operativa de víctima incorporada en la Ley 1448 de 2011, ni con la abundante y consistente jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Aunque en la decisión no se reconoció directamente que las Bacrim fueran parte del conflicto armado, sí fue un hito importante para cambiar el marco jurídico del que hoy hacen parte algunas estructuras del crimen organizado.

Sin duda, la estrategia con la que el Estado estaba usando la fuerza legítima exclusivamente en el marco de los derechos humanos para enfrentar a los grupos armados era errada e insuficiente conforme a la conducción de hostilidades, por lo que mi tesis, consistente en que la mayoría de Estados que enfrentan el flagelo de la delincuencia organizada pasan por fases en la que en un principio desconocen los principales criterios de intensidad y organización para determinar que un grupo armado es actor del conflicto, cobra vigencia. Los Estados deben tener en cuenta para combatir estos grupos aquellos criterios indicativos, especialmente el de intensidad, aspecto del que además se deduce el umbral de organización del grupo armado cuando no se cuente con la información necesaria para ello.

Estos criterios de intensidad y organización han sido resaltados en el caso *Prosecutor vs. Tadic* del Tribunal Penal para la antigua ex Yugoslavia, en el que se indicó que permiten distinguir un conflicto armado “del bandolerismo, insurrecciones desorganizadas y de breve duración, o las

actividades terroristas, que no son materia del DIH"; ahora, es importante señalar que si bien el Estado desconoció el umbral de intensidad de algunos grupos organizados, los factores indicativos dictaminados por la jurisprudencia y las normas del DIH deben ser analizadas en conjunto a fin de sopesar cada criterio y no de manera aislada como se venía haciendo por el Estado colombiano anteriormente (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Ex Yugoslavia, 1998).

De acuerdo con la directiva 003 de 2015 de la Fiscalía General de la Nación para la persecución de los crímenes de guerra y la 015 de 2016 del Ministerio de Defensa de Colombia para combatir a las Bacrim, para identificar si se está frente a un grupo armado organizado (GAO) que han alcanzado un umbral alto de hostilidades se tendrá en consideración los siguientes elementos concurrentes a fin de utilizar el uso de la fuerza letal legítima bajo los presupuestos del DIH:

- a. Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado, la población civil, bienes civiles o contra otros grupos armados.
- b. Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere la de disturbios internos y tensiones internas.
- c. Que tenga una organización y un mando que ejerce liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional. (Fiscalía General de la Nación, Directiva 015 de 2015)

Sumado a lo anterior, se tendrán en cuenta factores como la seriedad de los ataques, el incremento en las confrontaciones, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y periodo de tiempo, el Gobierno se verá facultado para aplicar el marco regulatorio del DIH y recurrir a la fuerza militar contra los grupos armados en lugar de valerse de las fuerzas de policía en el marco del DIDH; esta estrategia, aunque estimo tardía, es un acierto válido que era necesario para contrarrestar los *modus operandi* de estos grupos que han alcanzado un nivel de intensidad mayor que el de las tensiones y disturbios interiores (Fiscalía General de la Nación, Directiva 015 de 2015).

Este cambio de viraje sobre el uso de la fuerza aclara la posición que tenía el Estado anteriormente no solo respecto a la condición de las Bacrim, sino en cuanto a la legitimidad del uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional colombiana en conjunto con las Fuerzas Militares para el combate con los grupos armados organizados, pues en Colombia, pese a que la Constitución Política es clara en el sentido de que conforme al artículo 218 la Policía Nacional es un cuerpo de naturaleza civil a cargo de la nación, cuyo finalidad es el mantenimiento del orden público, garantizando el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y que las Fuerzas Militares tienen la misión de la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, según el artículo 217 de la misma Constitución, aquella institución policial cumple funciones de naturaleza militar, ahora avaladas por esta nueva directriz para combatir a grupos armados organizados, los militares, a su vez a veces cumplen funciones de policía persiguiendo el delito de narcotráfico,

dado que se asegura que estos grupos armados organizados se financian con el narcotráfico. En cuanto a las funciones militares de la Policía Nacional, si bien la Corte Constitucional colombiana aclaró dicha posibilidad, esta se cristalizó en el ordenamiento jurídico mediante las directivas 005 y 003 de 2015 y 2016, respectivamente.

Otra implicación del uso del DIH para combatir a los grupos armados organizados (en adelante GAO) es que se podrá usar el uso letal de la fuerza en las operaciones de carácter militar, es decir que dentro de una operación militar se podrán planear operaciones que involucren el uso de fuerza letal al punto de acciones que impliquen la privación de la vida bajo criterios proporcionales, de estricta necesidad y que el objeto de ataque represente una ventaja militar concreta y definida, aspectos que a priori no estaban incluidos en las operaciones de control ejecutadas bajo la interpretación exclusiva de los DDHH (Fiscalía General de la Nación, Directiva 003 de 2015).

Como se ha enunciado, el cambio de regulación y tratamiento de los GAO se ajusta a los parámetros actuales del DIH, porque muchas de estas estructuras cumplen con los principales requisitos. El primero de ellos es la intensidad de las hostilidades; en cuanto a esta, el Tribunal Penal para la antigua ex Yugoslavia decantó diversos factores indicativos para ser examinados:

(...) el número, duración e intensidad de las confrontaciones; el tipo de armamento y otros equipos militares usados, el número y el calibre de las municiones disparadas; el número de personas y el tipo de fuerzas que forman parte de la disputa; el número de bajas; el grado de destrucción material y el número de los civiles que huyen de las zonas de combate. La participación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también puede reflejar la intensidad de un conflicto. (Tribunal Penal Internacional para la Antigua ex Yugoslavia, 2008)

Sobre estos factores indicativos debo señalar que no es requisito necesario la concurrencia de todos para probar la intensidad del conflicto, pues este criterio busca diferenciar las tensiones y disturbios interiores de los conflictos con un mayor umbral de intensidad. Ahora, la violencia que surge de las Bacrim no es ideológica; circunstancia que no es impedimento para que usen material bélico para confrontar a las Fuerzas Militares, además que los hechos victimizantes ejecutados dan cuenta de la intensidad del conflicto, tal como ilustra Natalia López (2015) al citar a Human Rights Watch en un informe de 2010 en el que se estableció que uno de los principales objetivos de estas bandas criminales es

(...) el tráfico de sustancias ilícitas y la minería ilegal (...) se han convertido en un actor crucial dentro de las cifras de violaciones a los derechos humanos. (...) han cometido delitos como masacres, homicidios, torturas, violaciones y desapariciones forzadas, entre otros, alrededor de todo el país. Como consecuencia de estas violaciones, el desplazamiento interno en Colombia ha aumentado sustancialmente. (p.16)

Por último, en cuanto al nivel de organización de los integrantes de los grupos criminales, que deben estar coordinados en cierto grado por sus superiores, o al menos simplemente deben estar mínimamente organizados, este criterio ya no requiere de la rigurosidad de una organización militar jerárquica, según lo señalado en el caso *Prosecutor vs. Limaj* por el Tribunal Penal Internacional para Antigua Ex-Yugoslavia, que hace relación solo al criterio de intensidad tal y como lo transliteramos supra.

Algunos medios de comunicación han declarado que estos grupos armados “han dejado de ser estructuras criminales para convertirse en redes de organizaciones criminales. La estructura operativa dejó de verse desde una perspectiva lineal y jerárquica y pasó a ser funcional en forma de red, en la cual aseguran diferentes nodos de operatividad en el territorio nacional (Ávila, 2016, p.9), según lo anterior es evidente que estos grupos están mínimamente organizados, pero no en general de manera jerárquica.

5. DIFICULTADES DE APLICACIÓN MATERIAL EN ACTOS ESPORÁDICOS DE VIOLENCIA

Como mencioné en acapites anteriores, cuando se trata de situaciones que comportan manifestaciones sociales que pueden o no tener aparejados actos de violencia y crisis de gobernabilidad, estas se ubican, según el caso, en tensiones o disturbios interiores; ambas situaciones quedan excluidas de la aplicación de marco jurídico del derecho internacional humanitario, permitiendo solo la aplicación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

A manera de ejemplo, en el Estado venezolano se han producido una serie de confrontaciones y manifestaciones que por diferentes motivos y orígenes se han caracterizado hasta el momento por tener un cierto grado de violencia y duración, pues en medio de las manifestaciones sociales ha habido enfrentamientos de la Guardia Nacional Bolivariana contra la población civil, de la que, desde inicios del 2017, según medios de comunicación, se han asesinado por el uso desmedido de la fuerza del Estado más de 150 manifestantes y encarcelado injustamente a cientos de opositores al régimen del presidente Nicolás Maduro Moros (*El País*, 2017).

Como mencionó el periódico *El Tiempo*, las protestas empezaron de manera pacífica durante varios meses, no obstante, con el transcurrir del tiempo se tornaron cada vez más violentas; esto se ilustra en la forma en que se enfrentaba la población civil y la Guardia Nacional: “mientras los efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana (GNB) lanzaban los gases lacrimógenos y chorros de agua para dispersar la protesta, un grupo de manifestantes respondía con piedras, botes de pintura y tarros de excremento” (*El Tiempo*, 2017).

El Comité Internacional de la Cruz Roja en mayo de 2017 emitió un comunicado en el que calificó estas situaciones como excluidas del DIH, pues podrían adecuarse dentro de las tensiones internas o quizá disturbios interiores, en tanto:

(...) para que una situación sea considerada como conflicto armado, debe haber enfrentamientos entre grupos armados con una organización, armamento y capacidad de combate de tipo militar, lo que no se da cuando se presentan incidentes de violencia alrededor de las manifestaciones con la intervención de la fuerza pública. En términos jurídicos se dice que estas situaciones no alcanzan el umbral de conflicto armado. (CICR, 2017)

No obstante, considero que debido a la crisis de gobernabilidad que se presenta en Venezuela entre diferentes facciones y grupos políticos y dado el transcurso del tiempo, han aparecido grupos de población civil que han tomado las armas para enfrentar de una forma u otra el gobierno del presidente Nicolás Maduro Moros; entre estas manifestaciones armadas se puede mencionar el grupo que era dirigido por algunos exmiembros de las fuerzas armadas bolivarianas, como sería el caso del exmilitar “Oscar Pérez”, quien según diversos medios de comunicación del Estado venezolano, dirigía un grupo armado que fue catalogado como terrorista y que en medio de un operativo militar fuertemente criticado por la comunidad internacional perdieron la vida sus integrantes a pesar de haber depuestos las armas; situación que anunció el Estado venezolano de la siguiente forma: “Los integrantes de esta célula terrorista que hicieron resistencia armada fueron abatidos y cinco criminales fueron capturados y detenidos” (*El País*, 2017).

Sin ánimos de adentrarme en una discusión política o de emitir juicios de valor sobre la legitimidad o no de las acciones de este grupo o de los orígenes de la crisis de gobernabilidad política, económica y social venezolana, considero desde el punto de vista académico que la calificación emitida por la CICR en su momento fue válida, pero dadas las circunstancias en las que el umbral de violencia se avizora mayor por el uso de las armas, ya no solo de una de las partes, sino de miembros de la población civil, estimo que podría pregonarse que se está superando el umbral de los actos esporádicos de violencia a los de un conflicto armado no internacional, ya sea desde el punto de vista del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra o del Protocolo II adicional.

Lo anterior podría justificarse en el hecho de que existen grupos armados que se encuentran mínimamente organizados, y que como fue el caso del grupo dirigido por el exmilitar “Oscar Pérez”, en su momento realizaron operaciones militares en contra de las fuerzas regulares del Estado, como fue el caso de la toma de un helicóptero y las granadas lanzadas al Tribunal Supremo Venezolano (Wradio, 2017).

Así las cosas, sin duda lleva a considerar cuándo las operaciones militares logran superar el umbral de violencia o cuándo el nivel de organización es tal que logra adecuarse a los presupuestos del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; esto implica que aún no es claro para la comunidad internacional si se ha superado el umbral de violencia a fin de aplicar normas relativas del DIH.

CONCLUSIONES

Analizado el paradigma que implican los conflictos armados contemporáneos para la adecuación jurídica de los diversos estatutos internacionales que lo regulan, he considerado que aunque la jurisprudencia y los Convenios de Ginebra con sus respectivos protocolos, establecen una serie de exigencias materiales para la aplicación de una normatividad para cada situación de conflicto o, en su defecto, situaciones propias de las tensiones y disturbios interiores, lo cierto es que el umbral de intensidad de un conflicto es el criterio principal para determinar la ocurrencia o existencia de determinado conflicto; por supuesto, esto no quiere decir que debemos desafectar otro factor indicativo propio de las situaciones de conflicto armado, que dicho sea de paso, se encuentra reglado en los Convenios de Ginebra, como lo es el nivel de organización de las partes, aspecto que termina determinando la capacidad y exigencia de estas para aplicar las normas del derecho internacional humanitario.

Así, el criterio de organización no debe siquiera probarse en conflictos armados de carácter internacional, debido a que para que se dé por establecido la existencia de un conflicto armado de carácter internacional al tenor de las normas del derecho internacional humanitario, basta la confrontación de dos o más Estados, sin que sea determinante, o fundamental, la intensidad de la confrontación, porque es suficiente el presupuesto de la organización, toda vez que están en confrontación “las Altas Partes contratantes”, situación diferente con otra clase de conflictos como los no internacionales, o sus derivados, analizados a lo largo de este estudio, como sería del caso de los conflictos armados asimétricos e internos internacionalizados, entre otros.

De hecho, es lógico que el criterio de intensidad sea usado con mayor regularidad en conflictos armados no internacionales y en algunos conflictos que impliquen intervención de organismos, habida cuenta de las dificultades en su adecuación o aplicación material que pueden surgir cuando, verbigracia, se presentan en la dinámica de ellos intervenciones de fuerzas beligerantes que no representan un Estado específico, o intervenciones de organismos internacionales o coaliciones estatales que actúan bajo el espectro de acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la OTAN. En esta clase de conflictos armados contemporáneos puede provocar conflictos armados no internacionales, como fue el caso analizado de Libia e Irak; para estos conflictos desestructurados y asimétricos, el criterio fundamental para determinar la adecuación jurídica de la situación conflictiva será el umbral de intensidad.

Los conflictos armados no internacionales se encuentran definidos jurídicamente en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y en el artículo 1 del Protocolo II adicional a los cuatro convenios, y este complementa y desarrolla aquel, en cuanto a que además de establecer que es un conflicto armado que se desarrolla en el territorio de un Estado, señala o identifica las partes que están en confrontación, que deben tener un control tal de un territorio que les permita reali-

zar operaciones militares en forma concertada y sostenida; amén que determina que las tensiones internas, los disturbios interiores y otros actos esporádicos de violencia no son conflictos armados de carácter no internacional.

Ahora, en cuanto al artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra, es relevante concluir que el que no establezca cuáles son las partes que están en confrontación y ni exigir el control territorial de un grupo que confronta, implica que se trata de la confrontación de grupos armados que detentan un mínimo de organización, por tanto, pueden tener la capacidad de ser destinatarios de las normas del derecho internacional humanitario.

Los conflictos armados internos también presentan diversas dificultades; en el caso de grupos armados que no despliegan directamente un control territorial pero que ejercen operaciones militares contra de las fuerzas regulares del Estado, se puede pregonar que tienen la capacidad de aplicar las normas del DIH, no obstante, hay situaciones en las que los grupos armados no alcanzan el umbral de intensidad requerido, por lo que los Estados se enfrentan a la dificultad de estudiar caso por caso cada grupo armado para verificar la aplicación del uso de la fuerza bajo el espectro de acción del DIH o de los DDHH; de este deber de adecuación jurídica se resaltan los avances de Colombia al reconocer a las Bacrim como grupos armados parte del conflicto y los retos que ha asumido el Estado de México con los diversos grupos armados de narcotráfico a los que aún no cataloga como actores del conflicto a pesar de haber superado el umbral de intensidad en algunas ocasiones de las tensiones y disturbios interiores.

Ha sido el CICR el que ha definido la noción de tensiones internas y disturbios interiores que solo se encuentra enunciadas en el segundo apartado del artículo 1 del Protocolo Adicional II como situaciones de violencias internas que no son conflictos armado. Como Disturbios interiores define:

(...) situaciones en las cuales no existe un conflicto armado sin carácter internacional como tal, pero se produce una confrontación dentro de un país, que se caracteriza por cierta gravedad o duración y que trae aparejados actos de violencia (...) En esas situaciones que no conducen necesariamente a la lucha abierta, las autoridades en el poder emplazan fuerzas policiales numerosas, o incluso fuerzas armadas, para restablecer el orden interno (...) mientras que las tensiones internas (...) revelan la existencia de una crisis de gobernabilidad creada por enfrentamientos no necesariamente violentos, entre diferentes facciones o grupos políticos, étnicos, religiosos o sociales entre sí, o con las fuerzas armadas o de policía del Estados , esos hechos pueden tener lugar en el preludeo de un conflicto armado interno, o al término del mismo debido a la insatisfacción. (CICR, 1985, p. 13)

Frente a las tensiones y disturbios interiores también se presentan dificultades de adecuación de las situaciones de hecho con las enunciadas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, en tanto los Estados, como en el caso venezolano, son renuentes a reconocer la superación del

umbral de violencia, aunque como se ha mencionado en este artículo, un conflicto armado no depende del reconocimiento de las partes sino de la adecuación jurídica de la situación, y es ese en ocasiones el principal obstáculo en la medida que los actos que comportan la violencia deben ser analizados por organismos neutrales como el CICR.

A manera de conclusión general, la proliferación de grupos armados organizados en el Estado de Colombia, México y otros se debe a diversos factores políticos, económicos, sociales y jurídicos; pero uno de esos factores determinantes han sido las decisiones políticas erradas para combatirlos mediante el uso legítimo de la fuerza en el marco de los DDHH. y no del DIH, por lo que es acertado el cambio de paradigma en cuanto al reconocimiento de algunos grupos armados organizados como miembros o actores del conflicto armado no internacional que se allanan a los requisitos jurídicos del artículo 3 común o del Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra.

Las dificultades jurídicas de adecuación de los grupos armados y conflictos contemporáneos no deben estar sujetas a criterios de verificación arbitrarios o aislados, sino que deben responder a criterios objetivos como los del umbral de intensidad y organización, que han sido desconocidos históricamente por los Estados; ahora, aunque deben tenerse en cuenta ambos criterios objetivos según la jurisprudencia; para determinar la aplicación jurídica en una situación concreta de conflicto, estimo a consideración de lo demostrado en este artículo, que el principal criterio para este cometido es el umbral de intensidad. Primero, porque de él se puede deducir el nivel de organización del grupo, y segundo, porque en conflictos de difícil interpretación ha sido el análisis objetivo de este criterio el que ha permitido dilucidar la aplicación del uso de la fuerza en el marco de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

Estos cambios de paradigmas, en cuanto al uso del umbral de intensidad como criterio fundante de la adecuación jurídica de los convenios de Ginebra y de sus protocolos, sin duda implican un avance significativo para el uso legítimo de la fuerza en el marco del derecho internacional humanitario; situación que podría ser replicada en Estados como México o Venezuela, que enfrentan dificultades prácticas y análogas al Estado de Colombia para determinar el uso proporcional de la fuerza en cada una de las situaciones descritas.

BIBLIOGRAFÍA

- Arratia, E. (2012). ¿Existe un conflicto armado interno en México según el Derecho Internacional? Los Convenios de Ginebra y su aplicación a la guerra contra el narcotráfico. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos.
- Ramelli Arteaga, A. (2012). *La constitución colombiana y el Derecho internacional Humanitario*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Ávila, A. (2016). Bacrim, neoparamilitares y grupos post-desmovilización paramilitar. *Revista Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/opinion/articulo/ariel-avila-bacrim-neoparamilitares-y-grupos-post-desmovilizacion-paramilitar/467330>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (2008). ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario? (en línea). Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (1973). *Comentario Proyecto de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra*.
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (12 de agosto de 1949). Cuatros Convenios de Ginebra.
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (2011). *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (1985). *Protection and Assistance Activities in Situations not Covered by International Humanitarian Law (Protección y asistencia en situaciones que no están cubiertas por el derecho humanitario)*, *International Review of the Red Cross*, 262, 13.
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (1977). Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (2017). Venezuela: manifestaciones, conflicto armado y DIH. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/venezuela-manifestaciones-conflicto-armado-dih-preguntas-frecuentes>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de cumplimiento. Auto 119 de 2015. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. 2015.
- El País*. *Desmantelan grupo liderado por el expolicía venezolano Óscar Pérez* (1° de diciembre de 2017). Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/mundo/desmantelan-grupo-liderado-por-el-expolicia-venezolano-oscar-perez.html>
- El Tiempo* (10 de mayo de 2017). Crece cifra de muertos por represión en protestas en Venezuela. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/numero-de-muertos-en-protestas-en-venezuela-86732>
- Unión Europea (2012). Geopolítica y Geoestratégica. *Ceuta*, 12.
- Fiscalía General de la Nación de Colombia. Directiva 003 de 2015.
- Fiscalía General de la Nación de Colombia. Directiva 015 de 2015.
- Geiss, R. (2006). *Las estructuras de los conflictos asimétricos*. *Red Cross*, 1 - 24.

- Hernández Campos, A. (2000). El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria. *Revista Agenda Internacional*, 7(14), 48.
- López, N. L. (2015). Las Bacrim: ¿actores del conflicto armado colombiano? *Revista de Derecho Público*, 34,1 - 29.
- López-Jacoiste, E. (2015) *Las Guerras Híbridas a la luz del Derecho Internacional Humanitario*. Barcelona. Recuperado de: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET03-2015_Guerras-Híbridas_DchoInternac_LopezJacoiste.pdf
- Moraña, M. (2014). *Capital Simbólico y Campo Cultural en América Latina*. Chile. Recuperado de: https://books.google.com.co/books?id=kgHhCQAAQBAJ&pg=PT131&lpg=PT131&dq=discurso+performativo+bourdieu&source=bl&ots=6AHoLRFOnb&sig=xPQ0qc_UJvLVEL_U7lR68nTQ1K0&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiP-Z2TxI_VAhUM5iYKHtc_DicQ6AEIRzAG#v=onepage&q=discurso%20performativ
- Docherty, B. & Garlasco, M. (2003). The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq. *Human Rights Watch*, 17, 44- 78.
- Potz, R. K. (1999). *Derecho y Antropología*. Boston: Kluwer.
- Tribunal Penal Internacional de la Antigua Ex-Yugoslavia. *Prosecutor vs. Tadic*. 1998.
- Tribunal Penal Internacional para la antigua ex Yugoslavia. *Fiscal vs. Haradinaj*, 04 – 84. Sentencia del 3 de abril de 2008, p. 49.
- Wradio (2017). *Quién es Óscar Pérez, el piloto del helicóptero del CICPC*. Recuperado de: <http://www.wradio.com.co/noticias/internacional/quien-es-oscar-perez-el-piloto-del-helicoptero-del-cicpc/20170628/nota/3505069.aspx>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (17 de abril de 2015). *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*.
- Corte Constitucional. Auto 119, 2013.
- Ministerio de Defensa. Directiva 015, 2015.
- Ramelli, A. A. (2012). *La constitución colombiana y el Derecho internacional Humanitario*. Bogotá: Externado.
- Herrera, S. J. (27 de agosto de 2013). *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/bacrim-409-municipios-articulo-442897>
- Parks, H. (2003). ff Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq. *Human Rights Watch*, 78.

Bienes comunes y organización social: la experiencia actual de las comunidades mapuches en Chile*

Commons and social organization: the current experience of the Mapuche communities in Chile

C E C I L I A J A N E T T E M A Y O R G A M U Ñ O Z

Doctora en Ciencias Humanas y Sociales: Estudio y Tratamiento de las Relaciones Familiares, Universidad Pontificia Comillas Madrid (España). Universidad de La Frontera (Chile).
cecilia.mayorga@ufrontera.cl

F E R D I N A N D O T R E G G I A R I

Profesor de Historia del Derecho Medieval y Moderno, Departamento de Jurisprudencia, Universidad de Perugia (Italia); profesor de Historia del Derecho, Departamento de Jurisprudencia, LUISS, Roma (Italia); juez de los Procedimientos Extraordinarios en Materia Civil, Tribunal de la Republica de San Marino. ferdinando.treggiari@unipg.it

* Esta investigación recibió financiación de European Unions Horizon 2020 Research and Innovation Programme bajo el Marie Skodowska-Curie, Grant agreement No 645595.

Resumen

Las comunidades indígenas de los países del Sur del mundo son un depósito de conocimientos tradicionales y experiencias comunitarias; pero están destinadas a perder originalidad y consistencia si no se amparan de una manera apropiada. Los conocimientos tradicionales, por efecto de la explotación abusiva realizada por las grandes empresas occidentales, y las experiencias comunitarias, están condenadas en la economía del mundo globalizado. La categoría del *derecho humano colectivo* podría ofrecer el instrumento jurídico para garantizar una protección adecuada a esos productos culturales de la biodiversidad y para consolidar el estatuto de ellos como bienes de pertenencia colectiva.

Emblemático desde este punto de vista es el caso de estudio ofrecido por las organizaciones sociales de las comunidades mapuche de Chile, que demuestran también el rol fundamental de la mujer en la organización social de la comunidad.

Este estudio de enfoque biográfico se realizó a través de entrevistas a mujeres y hombres mapuches que ejercen roles tradicionales y participan en organizaciones sociales. El análisis de la información permitió concluir que los recursos naturales —siendo para las comunidades mapuches un bien común de responsabilidad colectiva y que dichas comunidades— mantienen modos de organización ancestral y autoridades tradicionales, por tanto, cuentan con unas reglas consuetudinarias, que es necesario reconocer y legitimar, salvaguardando los conocimientos tradicionales, resguardados en tratados internacionales como el de Nagoya, y normas como el Convenio 169. Por lo que las decisiones en materias que les afectan deben estar mediadas por procesos de consulta que consideren las diferentes instancias de organización presentes en la comunidad.

PALABRAS CLAVE

Derecho propio, bienes comunes, organización social mapuche, conocimientos tradicionales, biodiversidad.

Abstract

The indigenous communities of the countries at the South of the world are a repository of traditional knowledge as well as community experiences, but are destined to lose originality and consistency if they are not adequately protected. Traditional knowledge

FAVOR ACLARAR ESTO

due to the abusive exploitation carried out by the large western companies; community experiences due to the progressive marginality to which ancestral cultural practices are condemned in the economy of the globalized world.

The category of the *collective human right* could offer the legal instrument to guarantee adequate protection of these cultural products of biodiversity and to consolidate their status as assets of collective belonging.

Emblematic from this point of view is the case study offered by the social organizations of the Mapuche communities of Chile, and that also demonstrate the fundamental role of women in the social organization of the community. The study of the biographical approach was carried out through interviews with Mapuche women and men who exercise traditional roles and participate in social organizations. The analysis of the information allowed us to conclude that natural resources are for the Mapuche communities a commons of collective responsibility. Mapuche communities maintain traditional ancestral organization and authorities, therefore they have consuetudinary rules, which must be recognized and legitimized, safeguarding traditional knowledge, protected in international treaties such as Nagoya and norms such as Convention 169. Therefore the decisions in matters that affect them must be mediated by consultation processes that consider the different instances of organization present in the community.

KEYWORDS

Customary law, commons, Mapuche social organization, traditional knowledges, biodiversity.

1. BIENES COMUNES Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Desde hace aproximadamente un decenio se ha venido suscitando una profunda reflexión sobre el concepto de propiedad, que entre lo privado y lo público ha visto emerger la nueva categoría socio-jurídica de los 'bienes comunes' (Míguez Núñez, 2014; Marella 2012; Mattei, 2011). Esta categoría hace referencia no solo a la pertenencia de algunos recursos naturales específicos, sino también a las creaciones culturales del hombre. Por lo tanto, actualmente se habla a menudo de saber-bien común, de trabajo-bien común, de paisaje-bien común, de arte-bien común, de ciudad-bien común. Cada bien cuyo goce es difuso o colectivo, material o inmaterial, puede entrar en la categoría del bien común y aspirar a ser objeto de tutela jurídica en el interés de la comunidad.

Los bienes se consideran comunes en cuanto pertenecen de modo natural a toda la comunidad: porque son conservados y custodiados de generación en generación; por ser el producto de una creación o de un conocimiento tradicional colectivo y porque son constantemente reproducidos en el marco de una cooperación social que ya no demanda concesiones al poder público, sino simplemente reconocimiento de derechos.

El significado de bien común en el campo del derecho no es simple, y es algo muy diferente de las categorías establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, art. 17: «1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad»). Pero la historia puede ayudar a definirlo. Si se va atrás en la tradición jurídica europea occidental, se encuentra, por supuesto, el concepto clásico del *dominium* romano, o sea de la propiedad individual, absoluta, perpetua e imprescriptible, que los códigos liberales del siglo XIX han hecho propios (Rodotà, 2013). Pero la historia de la propiedad también ha conocido modelos alternativos a lo individual. Por ejemplo, en la edad medieval la experiencia del *dominium divisum* (dividido entre el dominio directo del *senior* y el dominio útil del *vassus*); en la Edad Moderna y Contemporánea la experiencia de los usos cívicos (o sea el derecho al uso colectivo de bienes inmuebles en diversas formas – caza, pastoreo, recolección de leña, siembra –, practicado por los miembros de una comunidad en tierras públicas o privadas): una forma de poseer que en el centro, en lugar del individuo, ponía el bien (Grossi, 1977 y 1992). Y cuando en la dimensión de la propiedad el centro de gravedad era el bien, y no el individuo, esto significaba que sobre el mismo bien podían coexistir más de una titularidad; o también ninguna titularidad, como cuando los beneficios de una cosa eran de amplio interés, lo que ocurría, por ejemplo, con el espacio territorial circular que estaba alrededor de las murallas de las ciudades medievales y que dispensaba materias primas para toda la comunidad.

El modelo comunitario, sepultado por las revoluciones burguesas del siglo XVIII, recientemente ha vuelto a emerger e inició un diálogo con las experiencias comunitarias de los países del Sur del mundo.

Los países del Sur del mundo, entre ellos Chile, son un depósito de conocimientos tradicionales como también de experiencias comunitarias (Míguez Núñez, 2013 y 2008; Noejovich, 1992; Alberti-Mayer, 1974). Los conocimientos tradicionales son aquellos conocimientos elaborados en el ámbito de una determinada colectividad humana, transmitidos generalmente en forma oral y enriquecida, de generación en generación, del aporte innovador de cada uno de los individuos¹. Ellos pueden tener un contenido heterogéneo: desde las propiedades terapéuticas de los recursos biológicos, pasando por métodos sostenibles de ingeniería hídrica, a las técnicas de cultivo y crianza de animales, expresiones artísticas (danza, cantos, diseños), etc.

Los conocimientos tradicionales son asimilables a los bienes comunes, porque son recursos detentados colectivamente por una comunidad; tienen una fuerte relación con la comunidad de referencia; su protección es funcional al goce de los derechos fundamentales del grupo; juegan un rol determinante en mantener la identidad cultural de una comunidad, y para no extinguirse requieren ser preservados y transmitidos de una generación a las futuras generaciones.

El estudio y la explotación de los conocimientos colectivos de las primeras naciones, grandes canchales de biodiversidad y de prácticas ancestrales, es un fenómeno no reciente que puede situarse en la época de las grandes exploraciones geográficas. Hoy día los conocimientos custodiados por los pueblos indígenas o transmitidos por las culturas populares permiten a los investigadores incluso disminuir considerablemente los tiempos y costos involucrados en la creación de un nuevo producto, la selección de nuevas variedades vegetales y, en el sector bioquímico, el descubrimiento de códigos genéticos de proteínas de interés industrial.

La explotación abusiva de los conocimientos tradicionales es un fenómeno esencialmente similar a aquel de la división forzada de las tierras comunitarias, el cual destruyó el sistema comunitario original que ligaba a los pueblos indígenas a sus tierras (por el caso chileno: Aylwin (coord.), Meza-Lopehandía, Yáñez, 2013, pp. 41-118). No es distinto tampoco del despojo de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas llevado a cabo a través de la denominada *Conquista española* a través de la interpretación bajo una visión etnocéntrica de la doctrina de la *terra nullius* (Treggiari, 2012, pp. 95-110; 2013).

Cuando la apropiación de los conocimientos tradicionales ocurre sin el consentimiento informado de las comunidades que lo detentan, ocurre el fenómeno de la “biopiratería”, o sea “el uso de leyes de propiedad intelectual (patentes y derechos de obtentor) para tener el control monopólico sobre recursos genéticos que se basan en el conocimiento y la innovación de agri-

¹ Sobre la definición de conocimientos tradicionales dada por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, constituido en el año 2000 en el seno de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual, ver Clavero Salvador, 2012, p. 173 y además Vezzani, 2015.

cultores y pueblos indígenas”, según la definición dada en los años 90 del siglo XX por el Rural Advancement Foundation International (RAFI) (Mgbeoji, 2006; Mahop, 2010; Kiene, 2011; Clavero 2012, p. 170 n. 15).

La comparación entre el fenómeno actual de la biopiratería y el despojo efectuado por los Conquistadores durante la Edad Moderna nos puede parecer exagerada. El impacto económico de la biopiratería consiste en la apropiación de los conocimientos relacionados con las propiedades curativas, cosméticas y fitosanitarias de materiales de origen biológico. Basta considerar que más del 70 % de los productos farmacéuticos que se comercializan actualmente emplean principios activos presentes también en estado natural cuyo uso es el mismo ya conocido en las farmacias tradicionales o Shamánicas y que más del 80 % de las patentes en el mundo, concedidas o en trámite, respecto de invenciones biotecnológicas se encuentran bajo el control de empresas de Estados Unidos, Europa o Japón.

El fenómeno de la biopiratería, por lo tanto, tiene una importante implicación geopolítica, pues pone en contraposición los intereses de los países ricos en biodiversidad y en conocimientos tradicionales, ubicados en su mayor parte en el Sur del mundo, con aquellos países industrializados detentores de tecnologías avanzadas.

2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO DERECHO HUMANO COLECTIVO

Frente a esta situación, ¿cómo se pueden proteger jurídicamente los intereses de las comunidades poseedoras de conocimientos tradicionales?

El instrumento de tutela jurídica más funcional es el de la propiedad intelectual entendida no como derecho privado individual, sino como *derecho humano colectivo*, en conformidad con la esencia del conocimiento tradicional, como conocimiento que tiene su origen en una tradición colectiva y que por lo tanto no puede ser considerado sino como patrimonio cultural de colectivos humanos (Vezzani, 2007; Donnelly, 2008; Clavero, 2012, pp. 169 y 174). A este respecto hay que saber que las culturas indígenas siempre se han mantenido contrarias al sistema occidental de tutela de la propiedad intelectual. Para ellas, el conjunto de los conocimientos colectivos merece protección no porque sea fuente potencial de utilidades, sino en primer lugar por su dimensión cultural y espiritual. Las organizaciones de pueblos indígenas han sido siempre fuertemente contrarias al registro de las formas de vida y el patrimonio genético asociado, porque los consideran bienes extracomerciales, en el sentido de no ser susceptibles de apropiación bajo formas de derecho exclusivos. Los documentos elaborados por estas organizaciones, en efecto, no se refieren a la propiedad intelectual, sino a derechos hereditarios intelectuales o derechos intelectuales comunitarios, para subrayar la naturaleza colectiva e intergeneracional del patrimonio indígena.

Pero un reciente reconocimiento significativo de los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual ha sido la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la gran mayoría de la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007. El artículo 31 establece:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar la propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Hay que recordar que, en manera diferente de otras comunidades agrícolas, los pueblos indígenas se caracterizan por tener una articulada estructura organizativa y son portadores de un derecho consuetudinario cronológicamente precedente a la legislación del Estado. Más que en el caso de las comunidades locales, la protección de los conocimientos indígenas ha estado estrechamente conectada a la preservación de la identidad colectiva del grupo social, entendido también como ordenamiento jurídico propio (a menudo antagonista de lo estatal), además de reforzar la sobrevivencia como pueblo.

3. ORGANIZACIÓN SOCIAL Y REGLAS CONSUECUDINARIAS. EL CASO DE LAS COMUNIDADES MAPUCHE EN CHILE

En el caso particular en estudio, las comunidades mapuches poseen una cultura enraizada fuertemente en su relación con el territorio y el entorno natural. En consecuencia, su modo de vida y de organización como sociedad está supeditada a dicha relación.

Considerando solamente el ámbito sociopolítico, se puede observar que las identidades territoriales corresponden a varios tipos de estructuras, vale decir, distintos referentes comunes a un grupo para identificarse y distinguirse de los otros: el Lov, el Rewe, el Ayllarewe, el Butalmapu (Boccará, 1999), división que según Le Bonniec (2002) se relaciona con una realidad histórica vinculada a la existencia, la permanencia y la reconfiguración de unidades sociopolíticas autónomas estructuradas en redes de relaciones económicas, religiosas, militares, cuya funcionalidad era claramente perceptible antes de la invasión del territorio mapuche por el ejército chileno. Pero también la Reducción (generalmente corresponde a los Títulos de Merced), la comunidad tradicional (a veces corresponde a la Reducción), la comunidad asociación (constituida según la Ley 19.253), el Lugar (su existencia es más subjetiva y sus delimitaciones menos precisas, en ciertas ocasiones se podría incluir en la lista: los comités de pequeños agricultores, asociaciones de comunidades indígenas,

cooperativas, comités de vecinos...) constituyen un referente territorial, social e histórico tanto para sus habitantes como para sus vecinos, quienes le asignan significados e identidad.

En tanto que las unidades territoriales llamadas *Lov* u *Lof* son la entidad orgánica que reúne al conjunto de familias unidas por un lazo sanguíneo y que se asienta en el *lof mapu*. Existen además organizaciones sociopolíticas más complejas, como el *Rewe*: organización tradicional que reúne un determinado grupo de *Lof*, y los *Ayllarewe*: organización compuesta por nueve *Rewe* (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2011; COTAM, 2003).

El modelo comunitario de la comunidad mapuche muestra un modo de organización en el que lo colectivo prima sobre lo individual y el modo de organización que se han dado intenta preservar una estructura articulada que permite su funcionamiento y sustentabilidad en el tiempo, sostenida en el cumplimiento de roles de los actores que forman parte de ella. Tradicionalmente, sus prácticas sociales, culturales y religiosas dan cuenta de un cuerpo normativo que regula dicha convivencia social.

El objetivo central de esta investigación fue analizar la actual relación entre bienes comunes, conocimientos tradicionales y organización social en la comunidad mapuche, desde la percepción de los sujetos participantes en este estudio.

Los objetivos específicos en tanto se orientaron a:

- a) describir la organización social, en términos de estructura, normas de convivencia que regulan la vida comunitaria y roles de género en la comunidad.
- b) describir la relación de la comunidad con los recursos naturales, considerados bienes comunes desde la percepción de los sujetos participantes.

4. METODOLOGÍA

Estudio cualitativo de enfoque biográfico, realizado con 6 mujeres y 2 hombres, todos ellos mayores de edad, de origen mapuche, habitantes de comunidades rurales, y que ejercen roles tradicionales en sus respectivas comunidades y son miembros de organizaciones sociales o comunitarias de base, quienes fueron contactados a través de redes profesionales de los investigadores y los sujetos participaron libre y voluntariamente del estudio.

Los criterios de inclusión fueron ser mujer o varón de origen mapuche, con representatividad estructural respecto de las diversas identidades territoriales reconocidas por los integrantes de la propia etnia: *pewenche*, *naqche*, *wenteche* y *lafkenche*.

La estrategia de recolección de información fue la entrevista cualitativa con enfoque biográfico, definida como una narrativa centrada en eventos vitales con fines de análisis científico (Valles, 2002).

El guión temático estuvo organizado en torno a preguntas abiertas vinculadas a las categorías definidas para el estudio: 1) bienes comunes y recursos naturales; 2) organización social; 3) prácticas sociales y derecho consuetudinario.

Las entrevistas tuvieron un promedio de 30-40 minutos de duración y fueron grabadas en audio y transcritas in extenso para fines analíticos.

Los relatos fueron segmentados en unidades significativas y organizados en sistemas de categorías.

Los criterios de rigor que garantizan validez y confiabilidad del estudio correspondieron a recolección de abundante información, desarrollo de descripciones minuciosas y ejercicio de reflexión teórica permanente.

Esta investigación se adscribe a los protocolos de vigilancia ética establecidos en la Declaración de Helsinki de 1975, revisada en 1983, y el Convenio 169 de la OIT.

5. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

Categoría Participación de mapuches en Prácticas sociales de la comunidad. Esta categoría está compuesta de 4 subcategorías o dimensiones (ver figura 1). La subcategoría *Prácticas sociales propias de la comunidad mapuche* describe actividades propias de las comunidades, enfocadas en la preparación previa y posterior realización de ceremonias ancestrales, tales como guillatún y we tripantu, además de otras actividades que tienen una connotación religiosa/espiritual, como el palín (juego deportivo): “(...) pasando doce lunas en luna creciente, se hace el guillatún, según el calendario occidental, es en esas instancias en donde se generan estos espacios de compartir también, en we tripantu y en palines que generalmente son cada dos semanas ahora”(mujer lafkenche).

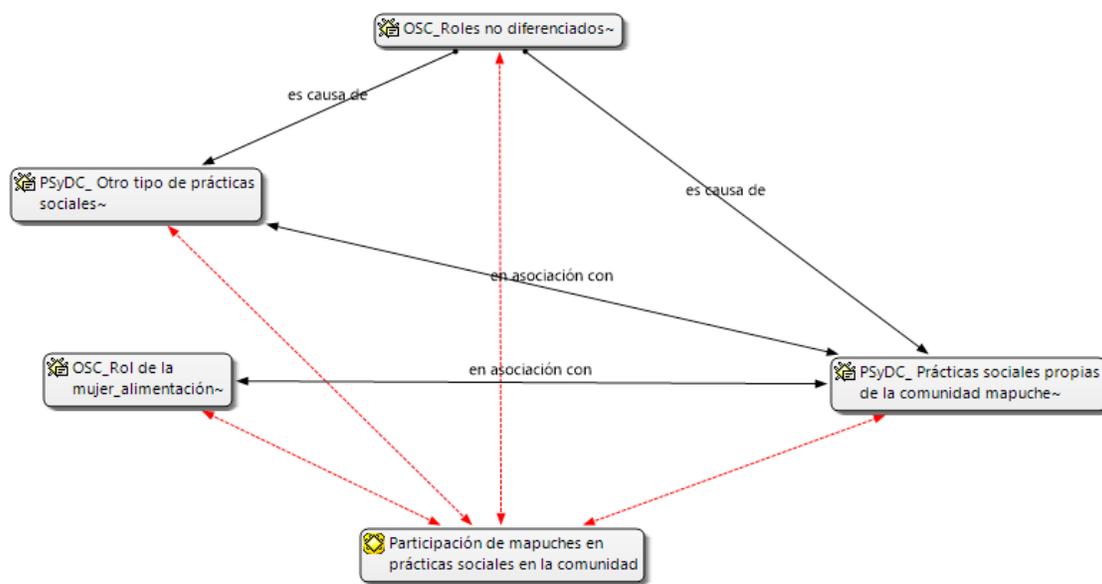
Se entiende que estas prácticas sociales, propias de la cultura mapuche, son parte de su organización ancestral que permanecen vigentes debido a la influencia de figuras de autoridad presentes en cada comunidad, quienes con el fin de preservar la cultura organizan y motivan la participación en ellas.

Dentro de estas prácticas emerge el *rol de la mujer en la alimentación*, como expresión de su relación con los recursos naturales disponibles en su entorno. De modo que este enunciado hace referencia a las labores tradicionalmente desarrolladas por la mujer mapuche, como la recolección, cultivo y preparación de alimentos para la vida diaria y para ser utilizados en ceremonias como las ya mencionadas. En este sentido, la mujer es fundamental en la transmisión y conservación de las prácticas alimentarias:

(...) el rol de la mujer dentro de la familia es el cuidado del hogar, cuidado de los hijos y también el trabajo que se realiza para contribuir a la alimentación de la familia, que sería principalmente el trabajo de la horticultura. (Mujer lafkenche)

Respecto a la subcategoría *roles no diferenciados*, la información recogida permite señalar que en el ámbito de la participación en prácticas sociales no se observa una diferenciación de roles entre hombres y mujeres; lo cual significa que personas de ambos sexos compartan roles y funciones en la comunidad, especialmente en la preparación de ceremonias tradicionales, en la toma de decisiones sobre actividades cotidianas; lo que nos llevaría a pensar que la sociedad mapuche está incorporando prácticas de equidad de género en cuanto a la participación en la vida comunitaria: “(...) también hacemos lo que hacen los hombres de repente porque en el caso mío, yo soy sola, vivo con un hijo, de repente yo hago todas mis cosas como los hombres, igual siembro, hago mi huerta” (mujer naqche).

En efecto, esta dimensión engloba las actividades que tanto hombres como mujeres comparten sin distinción de género, destacando el trabajo colaborativo, lo que da origen al desarrollo de *Otro tipo de prácticas sociales*, entre las que encontramos algunas festividades mapuches que son compartidas con la población occidental, tales como el matrimonio.



Simbología

→	es causa de
↔	en asociación con
↔ (rojo)	subcategoría depende de categoría creada por investigador
↔ (negro)	se contraponen subcategorías

FIGURA 1. PARTICIPACIÓN DE MAPUCHES EN PRÁCTICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD

Categoría Prácticas Sociales y Roles en la Comunidad. Esta categoría está compuesta de tres sub-categorías o dimensiones, que se describen y relacionan a continuación (ver figura 2).

La información recogida permite identificar dos modos de organización, uno ancestral y uno occidental. Los *modos de organización ancestral* se definen como la organización y existencia de figuras de autoridad ancestrales del pueblo mapuche, las cuales otorgan una estructura a cada comunidad, además de otorgarles representación ante otras comunidades y en ceremonias ancestrales. Entre las figuras de autoridad que destacan en la cultura, declaradas por las entrevistadas, encontramos a la machi, el lonco, el huerquén. Por *modos de organización occidental u oficial* entenderemos las formas de organización que no son propias de la cultura mapuche, sin embargo, son adoptadas por ellos, especialmente para establecer vínculos de relación con entidades ajenas a la comunidad, ser participes de las políticas públicas e integrarse a la sociedad chilena. Ejemplos de esto es la asociación de vecinos, la comunidad indígena como asociación creada a partir de la Ley 19.253, estructuras organizativas y de liderazgo, en las que la figura del Lonco es reemplazada por una directiva de tres o más personas y cuya finalidad tiene principalmente un carácter instrumental en el funcionamiento de la sociedad mayoritaria.

La indiferenciación de roles es observable tanto en la organización ancestral como en la occidental u oficial, lo que puede evidenciarse en el hecho de que en las figuras de autoridad no existe distinción de sexo. Las entrevistadas señalaron que se ha abierto la oportunidad de que tanto hombres como mujeres tengan los mismos derechos en cuanto a la estructura y organización de la comunidad, demostrando sus capacidades en las tareas que deben cumplir, como lo confirman los siguientes relatos:

(...) no existe ese rol tan marcado entre lo privado y lo público que sería que la mujer solamente se queda en la casa y solamente toma decisiones dentro del hogar, sino que también puede salir y puede relacionarse con más personas, dar a conocer su postura en la comunidad. (Mujer lafkenche)

(...) a las reuniones comunitarias cuando no puede ir el marido, va la mujer o si al marido no le interesa ir a esas reuniones, va la mujer, o sea no hay una diferenciación y eso se da en la mayoría de las comunidades que están en el sector. (Mujer lafkenche)

Por otro lado, cabe señalar que los modos de organización ancestral y modos de organización occidental u oficial, no se contraponen, puesto que en la cultura mapuche los cargos de autoridad se traspasan de generación en generación, como queda evidenciado en este relato:

(...) pasó que mi tatarabuelo era lonco, mis bisabuelos era lonco, después quedó un hermano de mi abuela como lonco, murió ese hermano siguió el otro hermano, y después como no había ninguna persona más quedo mi abuela y después fue mi tío. (Mujer pewenche)

Dentro de esta categoría aparecen dos dimensiones referidas a los roles sociales que desempeñan los miembros de la comunidad, roles indiferenciados y otros atribuidos culturalmente según género. La dimensión *roles no diferenciados* hace referencia a las actividades, especialmente las de carácter agrícola, que tanto hombres como mujeres mapuches desarrollan en su comunidad, sin distinción de género, destacando las entrevistadas el trabajo colaborativo de ambas partes.

Por su parte, el *rol de la mujer* se entiende como una subcategoría que engloba las labores de la mujer mapuche en cuidados de la salud respecto a su familia y personas cercanas, promoviendo el bienestar de estos y, en el caso necesario, optando por la medicina natural para lograr una sanación que va más allá de lo físico, pues la cultura mapuche le otorga mucha importancia a la sanación espiritual.

El *rol de la mujer en alimentación*, en tanto, corresponde a las labores que ha realizado históricamente la mujer mapuche, principalmente en la recolección de frutos silvestres y en cultivo de frutas y hortalizas que cubren necesidades básicas de su familia.

Desde una perspectiva social y antropológica, la mujer mapuche tiene una función relevante en la preservación de las prácticas sociales, toda vez que se le atribuye casi exclusivamente las funciones *maternales y de crianza*. Sus acciones cotidianas están orientadas a otorgar bienestar a los hijos (as) por medio de su cuidado y protección, constante atención y enseñanzas que transmitan los valores de su cultura, el amor y respeto por la naturaleza y recursos que esta otorga, además de otras labores específicas que se transmiten a las mujeres, como cuidados del parto y el rol de “lawentuchefe” (personas con conocimientos específicos sobre el uso de hierbas medicinales).

La relación entre las subcategorías o dimensiones rol de la mujer en maternidad y rol de la mujer en cuidados de la salud tienen como denominador común la transmisión de conocimientos de generación en generación respecto del desarrollo que experimentan los hijos e hijas, pero especialmente las hijas, a quienes instruyen sobre los cambios físicos que experimentarán a medida que van creciendo y en diferentes etapas, abocándose a temas tales como menstruación, maternidad, asistencia de partos y medicina tradicional, lo que se evidencia en los siguientes relatos:

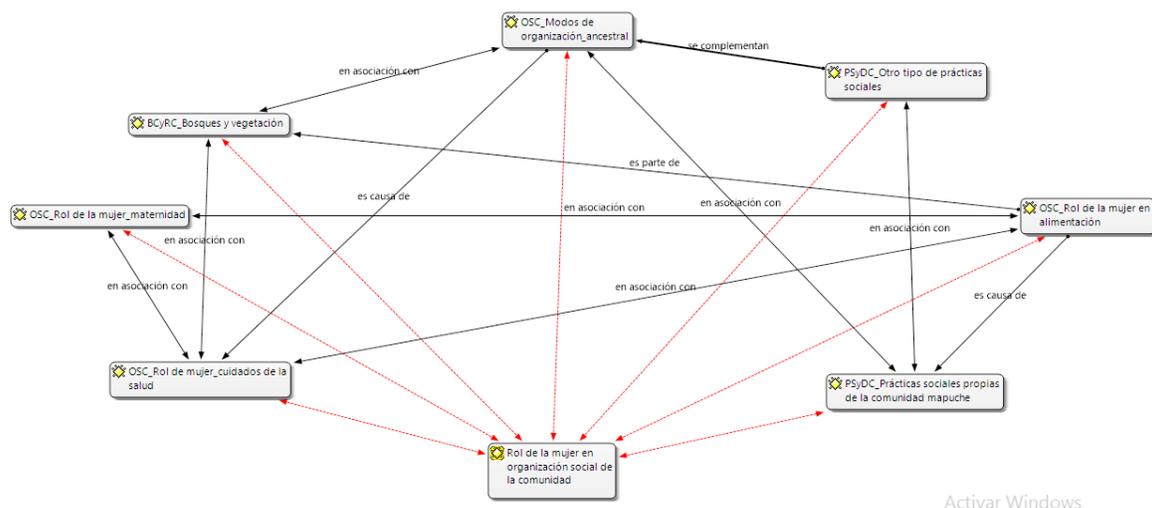
(...) las mujeres que tenían hijas se encargaban mucho de la conversación sobre todo con las hijas mujeres, ese era un rol súper importante. (Mujer pewenche)

(...) y con el maqui seco, hacía remedio ella para cuando uno tenía guagüita, pa' curar el parto cuando había mucho dolor, con eso era como pa' que bajara la guatita más rápido, lo hervían y se lo tomaban como un agua de hierbas. (Mujer naqche)

El rol de la mujer en cuidados de la salud se relaciona con bosques y vegetación, toda vez que estos últimos constituyen la base de los cuidados de la salud, pues más allá de los conocimientos que poseen las mujeres mapuches, es en la naturaleza donde encuentran gran parte de hierbas medicinales que proporcionan la cura de determinadas enfermedades físicas o espirituales de su comunidad.

Por otra parte, el rol de la mujer en cuidados de la salud como parte de la organización ancestral se manifiesta no solo en los conocimientos generales que tiene la mujer mapuche, sino en el cumplimiento de funciones sociales de relevancia en este ámbito como es el ejercicio de los roles de “machi” y “lawentuchefe” que las posicionan como las personas expertas e idóneas en cuidados de la salud y sanación física y espiritual.

La relación con los bosques y vegetación también se vincula con el rol de la mujer en alimentación. Como ya se ha mencionado en otros apartados, este es un espacio geográfico en el que hacen labores de recolección de frutos silvestres..., como se evidencia en este relato: “(...) las mujeres han sido las recolectoras estacionales de los productos que crecen de manera natural y que son utilizados en la alimentación, quien además es quien generalmente prepara esta alimentación” (mujer wenteche).



Simbología

→	es causa de
↔	en asociación con
↔ (rojo)	subcategoría depende de categoría creada por investigador
↔ (negro)	se contraponen subcategorías

FIGURA 3. ROL DE LA MUJER EN LA ORGANIZACIÓN SOCIAL DE LA COMUNIDAD

COMENTARIOS FINALES

La información recogida en este estudio permite verificar que para las comunidades indígenas, el sentido del patrimonio colectivo está sobre lo individual, lo que se evidencia en los relatos de los entrevistados respecto a los modos de organización social de la comunidad como estrategia de preservación de la propia cultura.

La relación intrínseca del mapuche con la naturaleza, es el pilar sobre el que se construye su cosmovisión, y en ocasiones esta armonía, que es un propósito central en su vida, se ve amenazada por el progreso y la modernidad, toda vez que proyectos ligados al desarrollo económico de la sociedad global entran en tensión con el resguardo que la comunidad indígena quiere tener para con su biodiversidad. En síntesis, la tierra y los recursos naturales circundantes siguen siendo para las comunidades mapuches un bien común de responsabilidad colectiva.

En materia de organización social y reglas consuetudinarias, es relevante señalar que los agentes culturales y autoridades tradicionales y sus atribuciones, así como sus instancias de encuentro social, constituyen el núcleo de la organización social tradicional de la comunidad indígena. Por lo que en procesos de consulta y toma de decisiones en materias que afectan a la comunidad, es necesario reconocer y legitimar la función social de estas autoridades y organizaciones tradicionales y de otras existentes menos visibilizadas que son parte de los protocolos y procedimientos comunitarios propios. De este modo activamos los mecanismos necesarios para ajustarnos a las normativas internacionales (art.12 del Protocolo de Nagoya, los artículos 5, 8 y 15 del Convenio 169) que buscan salvaguardar el conocimiento tradicional, expresado en: prácticas culturales, usos y costumbre de las comunidades locales. Sin perjuicio de la consideración de otros modos de organización no tradicional vigentes en la comunidad y que son parte de su dinámica social, a través de las cuales interactúan con la sociedad nacional.

Por otra parte, es importante tener en cuenta los desafíos que representa para las ciencias sociales y jurídicas aportar conocimientos sobre la cultura y contribuir, en este sentido, a recuperar el legado histórico de nuestras sociedades, pero también contribuir a la promoción de los derechos humanos, incentivando la incorporación de las diversidades presentes en estos territorios; de identidad, de género, y otras garantías y derechos que van surgiendo de las nuevas normas que regulan nuestra convivencia social.

REFERENCIAS

- Alberti G. y Mayer E. (1974). *Reciprocidad e intercambio en los Andes peruanos*. Lima, Perú: IEP ediciones.
<http://repositorio.iep.org.pe/bitstream/IEP/667/2/peruproblema12.pdf>
- Aylwin, J. (coord.). Meza-Lopehandía, M. y Yáñez, N. (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom Ediciones.

- Boccarda, G. (1999). Etnogénesis mapuche: resistencia y reestructuración entre los indígenas del centro-sur de Chile (siglos XVI-XVIII). *Hispanic American Historical Review*, 79(3), 425-461.
- Clavero Salvador, B. (2012), Conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos: ¿bien jurídico global? *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, 165-186 <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/25076/conocimientosTradicionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (COTAM) (2003). *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*. Disponible en: http://biblioteca.serindigena.org/libroponis_digitales/cvhynt/v_ii-i/t_ii/capitulo_II.pdf
- Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (noviembre de 2011). "Diagnóstico de desarrollo cultural del pueblo mapuche". Web www.cultura.gob.cl/estudios/observatorio-cultural. Sección Observatorio Cultural.
- Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes OIT (1989).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948). http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Donnelly, J. (2008). Human Rights: Both Universal and Relative (A Reply to Michael Goodhart). *Human Rights Quarterly*, 30, 194-204.
- Grossi, P. (1977). *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*. Milano: Giuffrè
- Grossi, P. (1992). *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milano: Giuffrè.
- Kiene, T. (2011). *The Legal Protection of Traditional Knowledge in the Pharmaceutical Field: An Intercultural Problem in the International Agenda*. Münster: Waxman.
- Le Bonniec, F. (2002). Capítulo 2: "Las identidades territoriales o como hacer historia desde hoy día".
- Ley Indígena 19.253 (1993). Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena.
- Mahop, M.T. (2010). *Intellectual Property, Community Rights and Human Rights: The biological and genetic resources of developing countries*. New York: Routledge.
- Marella, M.R. (Ed.) (2012). *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*. Verona: Ombre Corte.
- Mattei, U. (2011). *Beni comuni. Un manifesto*. Bari-Roma: Laterza.
- Mgbeoji, I. (2006). *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*. Ithaca: Cornell University Press.
- Míguez Núñez, R. (2008). Las Oscilaciones de la Propiedad Colectiva en las Constituciones Andinas. *Global Jurist. Topics*, 8, issue 1, article 4

- Míguez Núñez, R. (2013). *Terra di Scontri, Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali*, Milano. Italia: Giuffrè.
- Míguez Núñez, R. (2014). De las cosas comunes a todos los hombres. Notas para un debate. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1), 7-36.
- Noejovich, H.O. (octubre 1992). *El régimen de bienes en la América Precolombina y el hecho colonial*, Serie documentos de trabajo n° 108. <http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/DDD106.pdf>
- Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al convenio sobre la diversidad biológica (2010).
- Rodotà, S. (2013). *Il terribile diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Treggiari, F. (2012). *Traiettorie del diritto comune tra Vecchio e Nuovo Mondo*. En R. Cippitani (Ed.), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione* (pp. 95-110). Perugia-Roma: CoreBook.
- Treggiari, F. (2013). *Integración jurídica y derecho común (historia y comparación)*. En M.I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (Ed.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 297-301). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Valles, M. (2002). *Entrevistas cualitativas* (pp. 28-34). Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid: Ediciones CIS. Serie Cuadernos Metodológicos.
- Vezzani S. (2015). *La tutela delle conoscenze tradizionali di interesse agricolo nel diritto internazionale*. En A. Germanò y G. Strambi (Ed.), *La valorizzazione del patrimonio immateriale di interesse agricolo* (pp. 25-56). Milano: Giuffrè.
- Vezzani, S. (2007). Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali. *Diritti umani e diritto internazionale*, 1 (2), 305-342.

Revista de Derecho

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.51.348.3>

La jurisprudencia constitucional colombiana sobre ordenamiento territorial, participación ciudadana y su impacto en la actividad minera

*Colombian constitutional jurisprudence about
the land management, participation
and their impact in mining*

CATALINA ROLDÁN PÉREZ

Ingeniera forestal de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Alta Gerencia de la Universidad de Medellín. Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia. Medellín, Colombia. croldan@unal.edu.co

CARLOS ALBERTO ZÁRATE YEPES

Profesor asociado Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Abogado Universidad de Antioquia y economista Agrícola de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Estudiante de Doctorado en Derecho, Universidad de Antioquia. Director del Grupo de Investigación POLYGESTA: Política, Legislación y Gestión Ambiental. Facultad de Minas. Medellín, Colombia. cazarate@unal.edu.co

JORGE MARTIN MOLINA ESCOBAR

Profesor Asociado Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín.
Ingeniero de Minas y Metalurgia, Universidad Nacional de Colombia.
Magíster en Ingeniería de Geosistemas. Doctor en Ordenamiento territorial.
Medellín, Colombia. jmmolina@unal.edu.co

Resumen

Se realizó un análisis crítico de la planeación y gestión municipal en el ordenamiento territorial minero, considerando la disyuntiva que vive el país con respecto a la apuesta que hace el Gobierno nacional al impulso de la actividad extractiva minera y la prioridad que definen los entes territoriales y la ciudadanía respecto a la conservación y protección de las riquezas naturales del país. La investigación realizada plantea la existencia de un escenario que riñe entre el ejercicio de la autonomía territorial municipal y los principios de coordinación, concurrencia, complementariedad y subsidiariedad, generado a partir de la escasa inclusión que los recursos del subsuelo tienen en los planes de ordenamiento territorial como eje estructurador de las actividades humanas; dicha evaluación se realiza a partir de la importante línea jurisprudencial que ha desarrollado a través del tiempo la Corte Constitucional colombiana.

PALABRAS CLAVE

Minería, subsuelo, jurisprudencia ordenamiento territorial, autonomía territorial, Corte Constitucional colombiana.

Abstract

Was made a critical analysis of municipal planning and management in the mining land use, considering the country's dilemma about the National Government's commitment to boost mining activity and the priority defined by citizens and local and regional authorities about of the conservation and protection of the country's natural resources. This exercise suggests the existence of a scenario that scold between de exercise of the municipal territorial autonomy and the principles of the coordination, concurrency, complementarity and subsidiarity, generate from the limited incorporation of the subsoil resources in the territorial planning like structural pillar of the human activities, this evaluation is based on the important jurisprudential line of the Honorable Colombian Constitutional Court.

KEYWORDS

Mining, subsoil, jurisprudence, land planning, territorial autonomy, Colombian Constitutional Court.

INTRODUCCIÓN

La ordenación del territorio ejerce un papel integrador de las diferentes políticas sectoriales con proyección espacial y social, siendo desde esta perspectiva global e integradora como se debe abordar la problemática medioambiental derivada de la actividad extractiva; sin embargo, la extracción de recursos minerales ha sido muchas veces ignorada en los estudios de ordenación o planificación territorial (Arranz González, 2008), lo cual genera evidentes incompatibilidades entre otros usos del suelo y la minería.

La Carta Política de Colombia define al Estado como propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables¹; dicho derecho ha generado discusiones de índole ambiental, económico, político, social y cultural bajo la perspectiva de descentralización del Estado Unitario. Frente a los conflictos que origina, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes sentencias, lo cual ha generado una línea jurisprudencial que ha cumplido un papel importante con respecto a los vacíos normativos en materia minera y de ordenamiento territorial que tiene la legislación colombiana.

El contenido de este artículo es el resultado de una investigación que parte de la evaluación del panorama minero colombiano, analizando la normativa que desarrolla la materia, su relación con el territorio y la evolución de la jurisprudencia en torno a la misma. Finalmente, se proponen alternativas de desarrollo que permitan dirimir los conflictos actuales en materia minera y su relación con la ciudadanía.

1. LA MINERÍA EN COLOMBIA

El pueblo de Colombia en 1991 por medio de una Asamblea Nacional Constituyente² decretó, sancionó y promulgó la Constitución Política de Colombia dentro de un marco jurídico, democrático y participativo; es así como en sus 380 artículos y 71 disposiciones transitorias se desarrollan los principios y fines del Estado, y las libertades y derechos de las personas.

De esta manera, la Carta Política presenta en su contenido las bases para el desarrollo de la actividad minera, y consagra en su artículo 332 la titularidad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables al Estado, como punto de partida del ordenamiento minero colombiano.

¹ Artículo 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

² La Asamblea Nacional Constituyente fue el resultado de una masiva expresión ciudadana que pidió la redacción de una nueva Constitución en Colombia, en reemplazo de la Constitución de 1886 (Alcaldía Mayor de Bogotá, s. f.).

Siendo Colombia un país con un potencial minero importante, el Estado organiza la actividad a través del desarrollo de La Ley 685 de 2001, por medio de la cual se expidió el Código de Minas, el cual tiene como objeto (Congreso de la República, 2001)

... fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país...

Así mismo, mantiene en cabeza del Estado la propiedad de los recursos del subsuelo, conforme lo establece en el artículo 5 *ibídem*.

En 2010 el Estado pretendía transformar los lineamientos de orden minero en el país a través de la expedición de la Ley 1382 del 2010, mediante la cual se modificó el Código de Minas (Congreso de la República, 2010); esta Ley fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-366 de 2011 (Corte Constitucional, 2011), cuya conclusión estableció que dicha Ley objeto de examen es inconstitucional al haber desconocido el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, considerando que dicho vicio no resulta subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implica la exclusión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.

Colombia es un país donde la actividad minera es importante a nivel económico y social, que se caracteriza por la producción especialmente de carbón, níquel, esmeraldas, oro y materiales de construcción, ha representado en promedio el 2.2 % del PIB entre 2010 y 2015 y ha aportado el 19.6 % de las exportaciones y 16 % de inversión extranjera directa en el mismo periodo (Ministerio de Minas y Energía, 2016). La extracción de su potencial se genera principalmente a través de actividades definidas como pequeña minería, minería de mediana escala, gran minería y minería de subsistencia (Congreso de la República, 2015).

2. OCUPACIÓN MINERA DEL TERRITORIO COLOMBIANO

Uno de los grandes avances en materia de conocimiento y caracterización minera en el país fue la consolidación del Censo Minero Departamental (ver tabla 1), realizado por el Ministerio de Minas y Energía entre 2010-2012, que obtuvo información de 23 de los 32 departamentos de Colombia, concentrando la información en 4 grupos de minerales: metales preciosos, piedras preciosas, minerales no metálicos y carbón, y obtuvo los siguientes resultados:

TABLA 1. UNIDADES MINERAS EN COLOMBIA CENSO MINERO DEPARTAMENTAL DE 2012

Departamento	Total		Con título minero		Sin título minero	
Total	14357	100,0%	5316	37,0%	9041	63,0%
Antioquia	2025	14,1%	424	20,9%	1601	79,1%
Atlántico	266	1,9%	29	10,9%	237	89,1%
Bolívar	1432	10,0%	85	5,9%	1347	94,1%
Boyacá	2649	18,5%	1804	68,1%	845	31,9%
Caldas	203	1,4%	55	27,1%	148	72,9%
Caquetá	219	1,5%	207	94,5%	12	5,5%
Cauca	544	3,8%	68	12,5%	476	87,5%
Cesar	135	0,9%	121	89,6%	14	10,4%
Córdoba	303	2,1%	14	4,6%	289	95,4%
Cundinamarca	1391	9,7%	695	50,0%	696	50,0%
Chocó	527	3,7%	4	0,8%	523	99,2%
Huila	418	2,9%	306	73,2%	112	26,8%
La Guajira	282	2,0%	5	1,8%	277	98,2%
Magdalena	564	3,9%	5	0,9%	559	99,1%
Meta	109	0,8%	64	58,7%	45	41,3%
Norte de Santander	858	6,0%	464	54,1%	394	45,9%
Risaralda	161	1,1%	28	17,4%	133	82,6%
Santander	1055	7,3%	477	45,2%	578	54,8%
Tolima	316	2,2%	129	40,8%	187	59,2%
Valle del Cauca	249	1,7%	50	20,1%	199	79,9%
Arauca	45	0,3%	19	42,2%	26	57,8%
Casanare	105	0,7%	82	78,1%	23	21,9%
Putumayo	501	3,5%	179	35,7%	322	64,3%

Fuente: Ministerio de Minas y Energía (2012).

Respecto a los resultados presentados es importante referenciar que mediante respuesta con radicado n° 20171130004082 de 2017 la UPME informó que no existe un censo posterior al referenciado.

Para 2014, el país contaba con un área concesionada de 5 347 405 43 ha equivalente al 4,68 % del territorio nacional, distribuidos en 9934 títulos mineros (Unidad de Planeación Minero Energética y Universidad Industrial de Santander, 2014) (ver tabla 2).

TABLA 2. TÍTULOS MINEROS EN COLOMBIA AÑO 2014, BAJO DIFERENTES MODALIDADES

Modalidad	Títulos	Área [Ha]	%	Etapa		
				Exploración	Construcción y montaje	Explotación
Reconocimiento de propiedad privada 1	52	264.953,44	0,53			52
Contrato de concesión 2 (Dec 2655/1998)	1.095	325.070,30	11,23	3	284	808
Contrato virtud de aporte 3	327	298.951,50	3,35			327
Licencia de exploración 4	299	128.095,04	3,07	295		4
Licencia de explotación 5	825	41162,85	8,30	2		823
Licencias especiales para materiales de construcción 6	164	957,60	1,68			164
Permiso.	17	2.408,31	0,17			17
Registro minero de canteras 7	37	835,02	0,38			37
Autorización temporal 8	847	162.877	8,53			847
Contrato de concesión 9 (Ley 685)	6.091	4.122.094,22	61,3	3.329	2.067	695
TOTAL	9.934	5.347.405,43	100	3.629	2.351	3.774

Fuente: Unidad de Planeación Minero Energética & Universidad Industrial de Santander (2014).

El territorio minero, además de lo definido en las tablas anteriores, se compone por 40 proyectos de interés nacional estratégicos (PINE), declarados mediante Resolución 592 de 2013 expedida por la ANM (Agencia Nacional Minera, 2013), 41 áreas de reserva especial declaradas mediante diferentes decretos y 26 distritos mineros.

3. EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL MINERO

El sistema territorial es una construcción social que representa el estilo de desarrollo de una sociedad; se forma mediante las actividades que la población práctica sobre el medio físico y de las interacciones entre ellas a través de los canales de relación que proporcionan funcionalidad al sistema (Gómez Orea, 2007).

Según Massiris (1997) la ordenación del territorio trata de una política de Estado y un proceso planificado de naturaleza política, técnica y administrativa, cuyo objeto central es el de organizar, armonizar y administrar la ocupación y uso del espacio, de modo que estos contribuyan al desarrollo humano ecológicamente sostenible, espacialmente armónico y socialmente justo. De igual manera, la carta europea de ordenación del territorio (CEMAT -Conferencia de Ministros responsables de Ordenación del Territorio, 1983) plantea como objetivos principales del ordenamiento del territorio el desarrollo socioeconómico equilibrado de las regiones, la mejora de la calidad de vida, la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente y la utilización racional del territorio, todos estos objetivos claves que propenden por el desarrollo económico, humano y sostenible de los territorios.

El escenario hacia el cual apunta un territorio está definido ciertamente desde su planificación; según Gómez Orea (1994), distintas estrategias de desarrollo económico, social, cultural y ambiental implican usos, comportamientos y aprovechamientos del suelo que producen modelos diferentes de ordenación territorial. El ordenamiento territorial requiere de una distribución ordenada, acorde con la capacidad de acogida del territorio y sus recursos naturales, optimizando las interacciones entre las actividades, propendiendo por un sistema funcionalmente correcto, buscando hacer compatibles las actividades en tiempo y espacio, aproximando las complementarias y separando las incompatibles, obedeciendo a criterios de equilibrio, funcionalidad, complementariedad e involucrando ciertamente las decisiones tomadas por ámbitos superiores.

De esta manera, se visualiza la planificación y ordenación del territorio como una herramienta que pretende contribuir a resolver los problemas generados por las actividades humanas escasamente organizadas y poco orientadas hacia la potencialidad del territorio y sus recursos naturales. Para ello se parte de la idea de que el sistema territorial requiere de regulación y control, funciones que corresponden a la institucionalidad, partiendo del análisis de las posiciones de los actores implicados, buscando así tener escenarios concertados que serán más acertados si se parte de un conocimiento profundo del contexto territorial.

A través de un recorrido normativo en materia de ordenamiento territorial, con hitos que se materializan en diferentes normas, tales como la Ley 188 de 1947 “Sobre fomento del desarrollo urbano del municipio y se dictan otras disposiciones”, mediante la cual los municipios inician su proceso de planificación con el levantamiento de un plano regulador del desarrollo básicamente

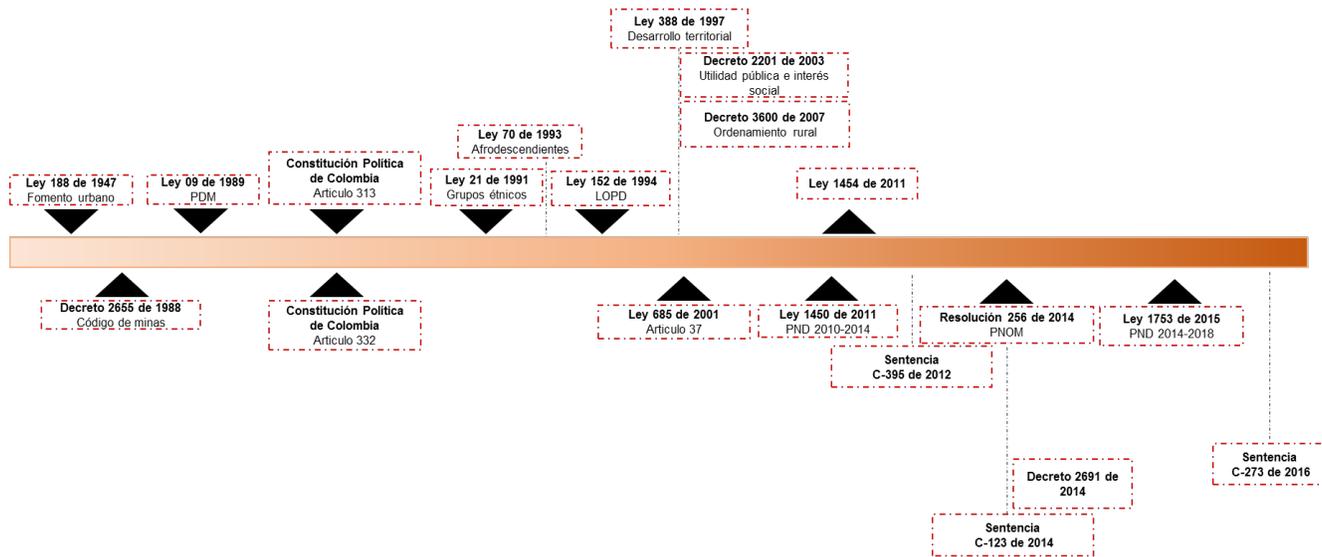
ordenando usos del suelo; posteriormente con la expedición de la Ley 388 de 1997 “Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones” denominada Ley de desarrollo territorial, presentada como el conjunto de lineamientos para la planificación y ordenación del territorio, y avanzando hasta la Ley 1454 de 2011 “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, se evidencian los avances en materia de ordenamiento territorial que ha tenido el país (ver figura 3).

Por su parte, en la actualidad, Colombia no presenta adecuadamente políticas o lineamientos orientados a propender por que las zonas con potencial minero estén localizadas en espacios donde el mayor beneficio posible sea compatible con la protección y conservación de los recursos naturales, el desarrollo económico y social de las comunidades, ya que no posee un ordenamiento territorial que incluya la evaluación de recursos mineros.

Para el caso, ha sido desarrollada equívocamente con mayor detenimiento la consideración establecida en el artículo 332 de la Constitución Política de Colombia, donde se define la titularidad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables al Estado como punto de partida del ordenamiento minero colombiano; desarrollado dicho enunciado por el artículo 37 de la Ley 685 de 2001³ –Código de Minas–, donde se definía la prohibición legal que restringía el establecimiento de zonas del territorio que quedaran permanente o transitoriamente excluidas de la minería por las autoridades regionales, seccionales o locales, analizado por la Corte Constitucional en diferentes momentos y bajo diferentes problemas jurídicos.

En la figura 1, se presenta a manera de resumen la evolución normativa en materia de ordenamiento territorial y el desarrollo paralelo de la normativa asociada a la planificación de la actividad minera en el territorio.

³ Artículo 37. Prohibición legal. Reglamentado por el Decreto Nacional 934 de 2013, Reglamentado por el Decreto Nacional 2691 de 2014. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.



Fuente: elaboración propia.

FIGURA 1. LÍNEA NORMATIVA DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y LA MINERÍA EN COLOMBIA

Considerando dicha necesidad, alrededor del mundo se han desarrollado diferentes iniciativas que buscan integrar el desarrollo minero a la planificación del territorio; los autores plantean desde diversas perspectivas su concepto de ordenamiento territorial minero.

El Instituto Geológico y Minero de España –IGME– (Barrettino, 2009) enfocó sus procesos de ordenamiento del territorio bajo la perspectiva ambiental, desarrollando los procesos de Ordenamiento Minero ambiental de la región de Murcia (2002-2005), Camargo (1992-2002), Alahurín La Torre (1998-2000) y La Cabrera (1993-1995), definiendo, como lo establece Arranz González (2008), un balance entre potencialidad o aptitud del territorio desde el punto de vista minero y su fragilidad o vulnerabilidad ambiental ante la explotación del recurso.

Molina (2001), por su parte, plantea que el inicio del proceso de ordenamiento lo constituye el conocimiento del medio físico (conocimiento del geopotencial) en términos de sus oportunidades (conocimiento de georecursos) y condicionantes (conocimiento de geo-restricciones), previo análisis sistémico de la calidad de la información; siguiendo su propuesta presenta en 2008 el documento “Consideración del subsuelo en el ordenamiento del territorio” (Molina, 2008), donde se contempla la valoración de los potenciales geomorfológicos, edafológicos, hídricos, recarga de acuíferos, minero, biopotencial, social, económico y artificial, como la base para el desarrollo de instrumentos de ordenamiento mineros.

En esta misma línea, Ortega Segura (2005) presenta el ordenamiento territorial y minería a través de un análisis integral de evaluación de los potenciales de los medios naturales y antrópicos, los impactos causados por la actividad minera y las restricciones y criticidades de orden ambiental que involucran el desarrollo de la actividad minera.

Asimismo, Ticay (2001) plantea una propuesta de ordenación del territorio minero de El Salvador definiendo la importancia de la determinación de la vocación natural y potencial de las áreas de interés minero.

Martínez, Arranz y Barretino evalúan el caso de España en procesos de ordenamiento minero ambientales de las rocas y minerales industriales, considerando el objetivo de optimizar los recursos mineros y minimizar a su vez los impactos ambientales que genera la actividad (Martínez Plédel, Arranz, Barretino y Alberruche, 2006).

Ordoñez Gómez (2001) y Fernández Rubio (2001) definen en el mismo sentido los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) como instrumentos de la planificación del territorio, dando a su vez importancia del conocimiento previo del recurso y su entorno, como lo establecen González (2011), Osay (2011), Araribar (2011), Carrión, Cornejo, Becerra y Fun Sang (2011), Guardado Lacaba (2011), quienes plantean la necesidad de caracterizar a partir del levantamiento de un inventario inicial que permita generar un diagnóstico que facilite el ordenamiento a partir de las potencialidades del territorio.

De esta manera, tal como lo plantean Sánchez y Cárdenas (2001), Curi et al. (2011) y Serra Díaz (2011), generar elementos de ordenamiento territorial a partir de la compatibilidad de los usos actuales y futuros del suelo disminuye los conflictos por el uso del suelo que acarrea dicha actividad económica.

Para 2017, la UPME desarrolló como experiencias piloto para la incorporación del componente minero en sus respectivos instrumentos de ordenamiento territorial en los municipios de Tausa, Guachetá y Cucunubá en el departamento de Cundinamarca. Adicionalmente, existen esfuerzos previos, como los desarrollados en Plan de ordenamiento minero ambiental de los materiales de construcción en el departamento de Córdoba (CVS, EAFIT y UPME, 2007), Ordenamiento de la minería de materiales de construcción en las islas de Providencia y Santa Catalina, Colombia (Hernández Almanza y Molina, 2010) y Las propuestas de ordenamiento territorial en el departamento de Cundinamarca y en el municipio de La Peña (Molina, 2008), los cuales plantean estrategias de ordenamiento territorial considerando la variable subsuelo sin tener aún una aplicación real y efectiva.

4. LA CORTE CONSTITUCIONAL

Colombia es un país organizado como República unitaria⁴ que transfiere funciones políticas, administrativas y financieras a las entidades territoriales bajo una perspectiva de descentralización, las cuales gozan de autonomía para la toma de decisiones en sus territorios bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad⁵.

A pesar de la autonomía que define a las entidades territoriales y a las competencias otorgadas mediante la Ley 388 de 1997 y la Ley 1454 de 2011, la toma de decisiones con respecto al ordenamiento territorial ha sido limitada por la posición que sobre el subsuelo ha ejercido el Estado central, lo cual ha suscitado diversos conflictos asociados, entre otros, al desarrollo de la actividad minera.

Considerando al sector minero como una de las principales locomotoras de desarrollo del país y, a su vez, como una industria que genera grandes impactos sobre los recursos naturales y el medio ambiente, el Estado ha formulado diversas políticas orientadas a la regulación de la actividad que propenden por el fortalecimiento económico, jurídico, ambiental y social de la industria. Para el caso, el Decreto único reglamentario del sector administrativo de minas y energía (Ley 1073 de 2015) compila las diferentes normas que en esta materia se han dictado, buscando la eficiencia económica y social del sistema legal.

Por su parte, la Ley 685 de 2001, en desarrollo del artículo 332 de la Constitución Política de Colombia, establecía en su artículo 37 la prohibición legal que restringía el establecimiento de zonas del territorio que quedarán permanente o transitoriamente excluidas de la minería por las autoridades regionales, seccionales o locales, considerando que en materia de ordenamiento territorial se deberán incorporar las zonas restringidas y excluidas para la actividad minera y ordenar el territorio considerando la información geológica-minera disponible.

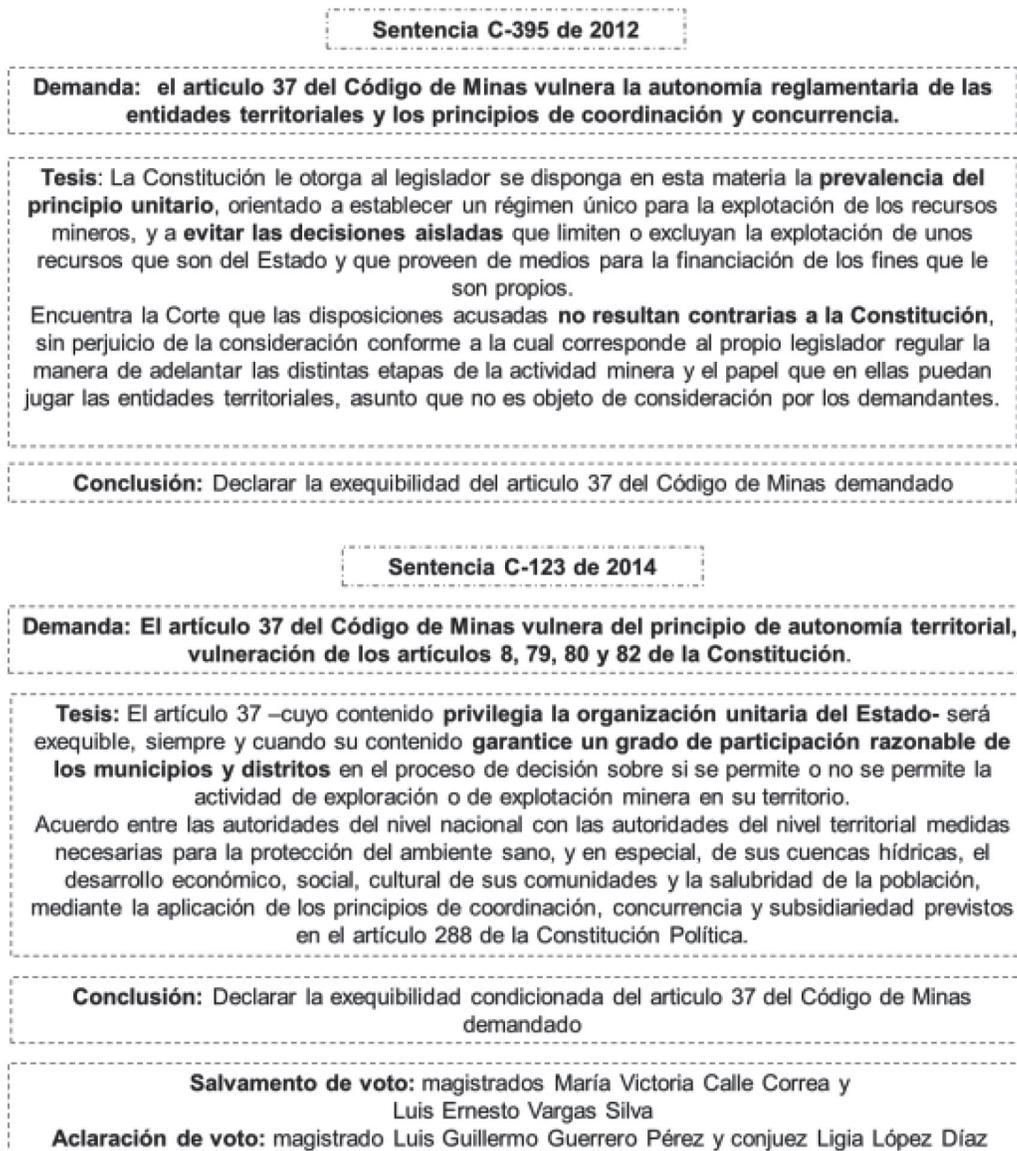
Dicha restricción ha sido cuestión de diversos debates en la Corte Constitucional que han concluido en la declaración de exequibilidad (C-395 de 2012, Corte Constitucional, 2012), exequibilidad condicionada (Sentencia 123 de 2014, Corte Constitucional, 2014) y finalmente la

⁴ Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁵ Artículo 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

inexequibilidad del artículo (Sentencia C-273 de 2016, Corte Constitucional, 2016), lo cual se analiza de manera detallada en la figura 2.

Dicha evaluación se centra principalmente en el análisis de las demandas contra el artículo 37 del Código de Minas, considerando que estas involucran otros aspectos presentados por sus demandados de artículos allí contenidos u otras normas adicionales.



Fuente: elaboración propia con base en las sentencia C-395 de 2012, C-123 de 2014 y 273 de 2016.

FIGURA 2. EVALUACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD
ARTÍCULO 37 DEL CÓDIGO DE MINAS

La Corte Constitucional evalúa en tres escenarios normativos diferentes, atendiendo las pretensiones de tres demandas con argumentos diversos de sus accionantes, la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas, teniendo como resultados tres conclusiones diversas.

El país vive una disyuntiva entre el desarrollo de la actividad minera y la conservación y protección de los recursos naturales, y evidencia una mutua exclusión desde la perspectiva local y ciudadana. La Corte Constitucional se ha pronunciado a través de las sentencias 123 de 2013 y 035 de 2016, según las cuales, bajo un escenario de tensión entre los intereses nacionales y locales, deberán desarrollarse procesos de concertación. De esta manera, como ya se ha mencionado, la participación se consolida como uno de los fines esenciales del Estado, lo cual abre paso a la tan mencionada licencia social para los proyectos de desarrollo.

Asimismo, diferentes municipios, haciendo uso de la consulta popular como mecanismo de participación ciudadana, definido en la Ley 134 de 1994 “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana” (Ministerio de Gobierno, 1994) y en la Ley 1757 de 2015 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática” (Ministerio del Interior, 2015), han sometido a consideración del pueblo una pregunta de carácter general que básicamente consulta a la ciudadanía si está de acuerdo o no en desarrollar proyectos mineros de diferentes índoles en su territorio, o en otros casos, los concejos municipales han definido el futuro de la actividad en sus territorios atendiendo a la competencia definida por el artículo 313 de la Constitución Política de Colombia.

Las preguntas formuladas a la ciudadanía han pasado de formulaciones como “¿Está usted de acuerdo, Sí o No, con que en el municipio de Cajamarca se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas, o afectación de la vocación tradicional agropecuaria del municipio con motivos de proyectos de naturaleza minera?” a preguntas generales como “¿Está usted de acuerdo, Sí o No, que en el municipio de Cajamarca se ejecuten proyectos y actividades mineras?”, considerando que la primera direccionaba al votante a la toma de su decisión ciertamente en contra del desarrollo de la actividad objeto de evaluación.

Sin embargo, a pesar de que en algunos municipios los resultados de dichas consultas ya se encuentran en firme, las municipalidades no tienen claridad respecto a cómo incorporar dichas decisiones en sus instrumentos de ordenamiento territorial; para lo cual deberán tener en cuenta como mínimo los títulos mineros preexistentes y las consideraciones que sobre la explotación de diferentes minerales se generen a partir de la decisión tomada.

En el departamento de Antioquia han sido adoptados acuerdos municipales que prohíben la minería metálica en 9 municipios: Tarso, Jardín, Jericó, Urao, Támesis, Titiribí, Betulia, Concordia y Caicedo; así mismo, en el resto del país se han realizado consultas populares y decisiones

administrativas en los municipios de Pijao (Quindío), Ibagué (Tolima), Cajamarca (Tolima) y El Paujil (Caquetá) que prohíben tácitamente el desarrollo de la actividad minera en sus territorios.

En esta materia la Corte Constitucional a través de la Sentencia T445 de 2016 y el Auto 053 de 2017 ha hecho evidente que si bien la consulta popular se establece como un mecanismo de participación ciudadana cuyo resultado es vinculante, no se constituye en sí misma como un instrumento de planificación territorial (ver figura 3).

LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CONSULTA POPULAR

Sentencia T-445 de 2016

Demanda: Acción de tutela contra providencias judiciales que vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la participación ciudadana

Tesis: *El alcance de la consulta popular y su carácter imperativo están supeditados al respeto de los preceptos constitucionales y a la observancia de las exigencias previstas en la ley que la regula. De esta manera, la fuerza vinculante de una consulta popular debe ser interpretada en consonancia con la vigencia de los demás derechos y principios reconocidos en la Constitución, por lo que no todo llamado a la comunidad para pronunciarse sobre asuntos de interés local puede concebirse en términos imperativos absolutos.*

Conclusión: **INSTAR** al municipio de Pijao a que si en el futuro desea realizar una consulta popular con el objeto de reglamentar el uso del suelo y garantizar una mayor protección a los recursos naturales, se abstenga de redactar la pregunta con términos valorativos o cargas apreciativas que induzcan al elector a una respuesta determinada.

Auto 053 de 2017

Demanda: solicitud de nulidad de la sentencia T-445 de 2016

Tesis: El problema jurídico y la *ratio decidendi* planteados en la línea jurisprudencial de las solicitudes de nulidad difiere del problema jurídico analizado en la sentencia que aquí se cuestiona, **por cuanto en ningún momento la jurisprudencia analizada determinó la constitucionalidad de las consultas populares para regular el uso del suelo de los municipios.**

Conclusión: **NEGAR** la solicitud de la nulidad de la sentencia T-445 de 2016

Fuente: elaboración propia con base en Sentencia T-445 de 2016 y Auto 053 de 2017.

FIGURA 3. ANÁLISIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A LA CONSULTA POPULAR

Considerando lo presentado en figura 3, algunos críticos han planteado que si bien la consulta popular se define como una herramienta de participación de la ciudadanía en las decisiones que puedan afectar sus modos de vida, no se concibe como un instrumento adecuado para la regulación de los usos del suelo, considerando que en ella no se involucran criterios de orden técnico, ambiental, económico y social que visibilicen los escenarios tendenciales del territorio con o sin minería.

En este sentido, la Gobernación de Antioquia demandó los acuerdos municipales ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en ejercicio de las funciones contenidas en la Ley 1437 de 2011 declaró no procedentes los acuerdos firmados en los municipios de Urrao y Jericó, aludiendo que “vulnera normas constitucionales y legales”, al no respetar los parámetros establecidos en norma legal, y prohibió una actividad que es de interés nacional y de bienes que pertenecen al Estado” (FM, 2017).

Considerando lo anterior, es posible que los demás acuerdos municipales, hayan involucrado o no el desarrollo de una consulta popular, tengan el mismo resultado, declaren la nulidad de los mismos; en este sentido, se visibiliza que dicha herramienta no se constituye como una respuesta a la situación minera que vive actualmente el país, y deja un espacio para que se siga pensando la forma adecuada de desarrollar minería reduciendo los conflictos principalmente de orden ambiental que se visibilizan en el territorio colombiano.

Por su parte, la Agencia Nacional Minera (ANM), buscando avanzar de manera concertada en resolver esta incertidumbre jurídica, inició en 2017 un proceso de concertación con las gobernaciones en 22 departamentos de los 32 donde se ha concertado el desarrollo de actividades mineras en 124 municipios de los 1100 existentes en el territorio nacional, a través de concertación con los alcaldes y posterior desarrollo de audiencias públicas y participación de terceros en 23 de ellos (Agencia Nacional Minera, 2017).

Más allá de la disyuntiva que vive el país con respecto a la decisión de hacer o no hacer minería en sus territorios, se evidencia una situación particular frente a la legalidad de las decisiones tomadas por la ciudadanía a través de la consulta popular y materializada a partir de la promulgación de acuerdos aprobados y apoyados por los consejos municipales. Para el caso, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró mediante Sentencia 157 de 2017 inválido el Acuerdo 008 de 2017 “por medio del cual se dictan medidas para la defensa del patrimonio ecológico y natural del municipio de Urrao, Antioquia y se adoptan otras determinaciones”, justificado esto en la consideración del Tribunal de que dicho acuerdo vulnera normas constitucionales y legales. En este sentido, se prevé un desequilibrio normativo de nivel nacional en la totalidad de municipios que han desarrollado dichos escenarios participativos, considerando que todos ellos podrán ser objeto de revisión y eventualmente quedarán sin piso jurídico dichas decisiones para su aplicación.

Por otro lado, si bien la Sentencia T445 de 2016 analizó la importancia de la consulta popular en el desarrollo minero, dicho resultado fue entendido equívocamente como la potestad de la ciudadanía de regular los usos del suelo a través del ejercicio de la consulta popular; sin embargo, la Corte Constitucional deja claro en el mismo contenido de la sentencia que “la fuerza vinculante de la Consulta Popular deberá ser interpretada con la vigencia de los demás derechos y principios reconocidos en la Constitución”, y aclara así mismo en el Auto 053 de 2017 que “en ningún momento la jurisprudencia analizada determinó la constitucionalidad de las consultas populares para regular el uso del suelo en los municipios”; de esta manera, una correcta interpretación definiría el resultado de este escenario de participación como vinculante, limitando sus alcances por la estructura contenida en los planes de ordenamiento territorial vigentes.

En este sentido, precisa que los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera.

Por otra parte, la Corte Constitucional manifiesta con asombro la existencia de una Política Minera que no cuenta con los adecuados estudios técnicos, sociológicos y científicos que permitan evaluar los impactos que genera dicha actividad sobre los territorios (Corte Constitucional, 2016), evidenciado por la respuesta de entidades consultadas, como el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, la Federación Nacional de Municipios y el Ministerio del Interior, frente a la existencia de estudios sobre los impactos de la actividad minera.

Es por ello que en su parte resolutive ordena al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio del Interior, a la Unidad de Parques Nacionales Naturales, al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt y a la Contraloría General de la República que conformen una mesa de trabajo interinstitucional con objeto de realizar una investigación científica y sociológica en el que se identifiquen y se precisen las conclusiones gubernamentales respecto a los impactos de la actividad minera en los ecosistemas del territorio colombiano.

En virtud de dicho requerimiento, en mayo de 2017 se expidió la Resolución 0931 de 2017 “Por la cual se crea la Mesa de Trabajo Interinstitucional para la investigación sobre los impactos de la actividad minera en el territorio colombiano en virtud de la sentencia 445 de 2016 de la Corte Constitucional” (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017).

Los resultados del ejercicio y operación de la mesa de trabajo ya definida serán un gran insumo para el desarrollo y ordenamiento del territorio, considerando que desde la construcción de conocimiento colectivo que en la resolución antes mencionada se propone podrán definirse estrategias de intervención territorial participativas, informadas y concertadas.

Es así como nuevamente escenarios de ordenamiento territorial escasamente planificados pretenden establecer pautas de desarrollo en los territorios, atendiendo principalmente una necesidad sentida de la comunidad que se manifiesta tácitamente a través de los resultados del instrumento de partición elegido.

Considerando el actual panorama minero que define la situación jurídica, política, económica, técnica y ambiental en Colombia, se hace evidente la necesidad de iniciar un proceso de revisión y actualización de los instrumentos de planificación territorial en los municipios, buscando ser garantes de los derechos de partición de la ciudadanía sin desconocer los criterios técnicos y ambientales que definen el uso del territorio.

CONCLUSIONES

La planeación y gestión de los municipios en el ordenamiento territorial minero es ineficiente; a la fecha pocos o ningún plan de ordenamiento territorial han incorporado la variable que supone el subsuelo en la planeación del territorio. La ausencia de dicho análisis está directamente asociada a la interpretación tácita de que sobre los recursos del subsuelo los entes territoriales no tienen injerencia, sin embargo, dicha variable no es independiente de los usos que sobre el suelo sean desarrollados. La restricción que suponía el artículo 37 para las entidades territoriales en lo referente a su ordenamiento territorial y la minería se manifiesta como una causal de la ausencia de su análisis en los planes de ordenamiento territorial (POT) actuales, lo cual genera un reto y un compromiso para las nuevas administraciones.

En la misma línea, los instrumentos de ordenamiento del territorio –planes de ordenamiento territorial (POT), planes de ordenamiento y manejo de cuencas hidrográficas (POMCA), planes de desarrollo municipal (PDM), planes de desarrollo local (PDL), plan nacional de ordenamiento minero (PNOM), plan de ordenamiento forestal (POF), plan de ordenamiento agropecuario (POA)– se constituyen como herramientas aisladas que ordenan el territorio con base en una actividad económica específica; en este sentido, los planes de ordenamiento territorial deberán incorporar en su construcción la potencialidad del suelo que se identifica a partir de cada plan de ordenamiento sectorial.

En este sentido deberán generarse instrumentos que permitan la aplicación de los principios de concurrencia y coordinación en el ordenamiento territorial minero, partiendo necesariamente de replantear la Ley Orgánica de Ordenamiento territorial, generando especificidad sobre las actividades económicas y la planeación del territorio, reforzando los procesos de concertación municipal y audiencia de participación de terceros.

Las herramientas de participación ciudadana en la toma de decisiones con respecto al desarrollo minero son ineficientes; evidencia de ello son las iniciativas ciudadanas como la de Cajamarca y aquellas que *ad portas* del desarrollo minero se visibilizan en diferentes municipios. Es evidente,

y lo confirma la Corte Constitucional en las sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016 y 389 de 2016 principalmente, que las autoridades mineras deberán formular procedimientos que permitan la participación ciudadana libre, previa, representativa, informada y eficaz como principio esencial del Estado, donde puede comenzar a hablarse de la Licencia social como elemento vinculante a la hora de otorgar un contrato de concesión minera, haciendo efectiva y activa la participación ciudadana.

Por su parte, a partir del análisis desarrollado en esta investigación se evidencia la necesidad de ponderar la vocación o tradición del suelo con respecto a la potencialidad de uso del mismo, buscando minimizar los impactos y maximizar los beneficios, principalmente de orden social, relacionados con las actividades económicas.

Finalmente, este mismo análisis evidencia la falencia que sobre el conocimiento de los impactos que genera la actividad existe en el país, siendo un observatorio orientado al ordenamiento territorial y la minería una herramienta oportuna que podrá ser estructurada para el cumplimiento de este objetivo; permitiendo, así mismo, la realización de un levantamiento participativo de la línea base socio ambiental de los proyectos y construcción conjunta de los programas sociales y ambientales del EIA.

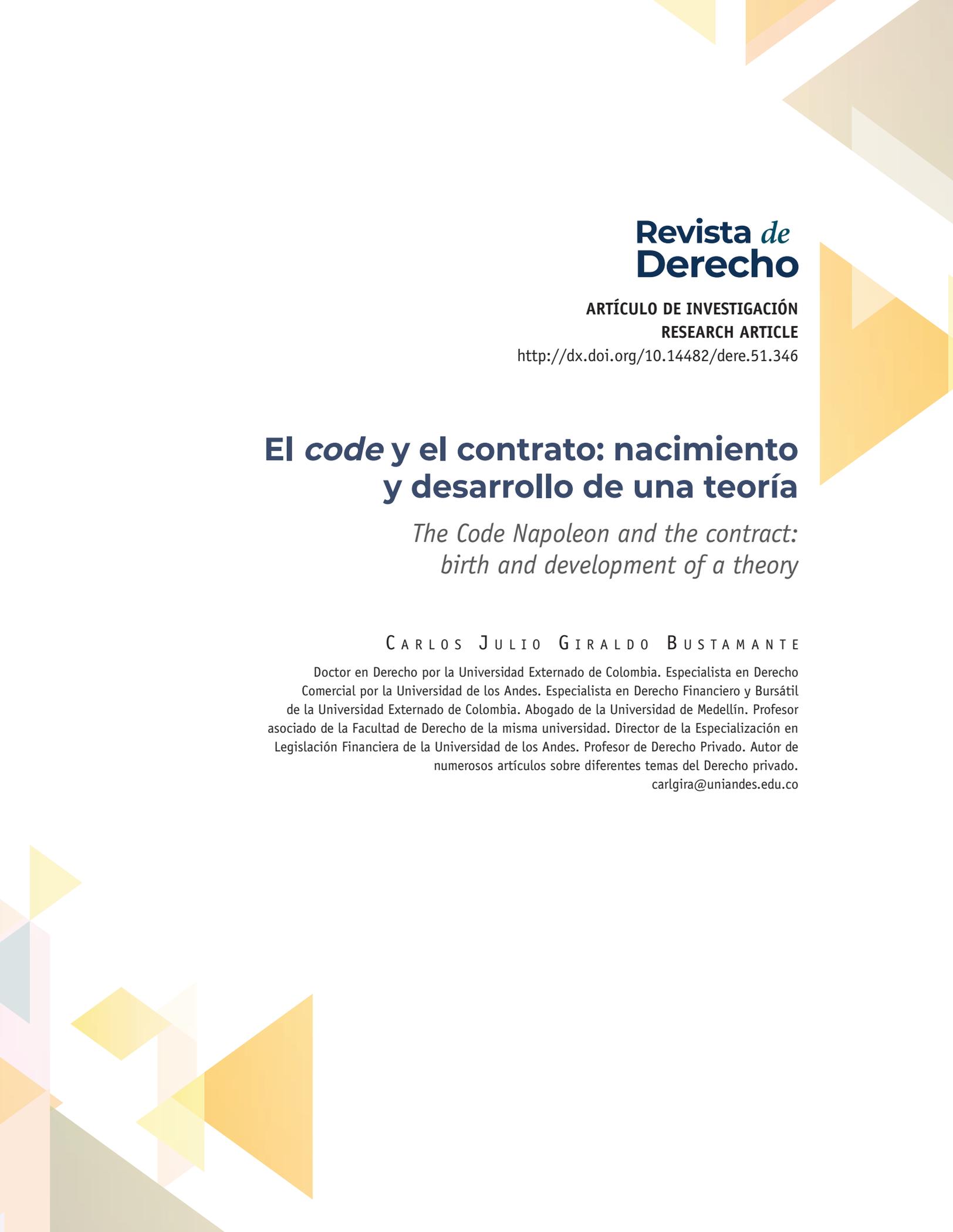
REFERENCIAS

- Agencia Nacional Minera (2013). Resolución 592 de 2013 Por la cual se designan algunos proyectos mineros de interés nacional. Bogotá.
- Agencia Nacional Minera (1º de 9 de 2017). Recuperado de; <https://www.anm.gov.co/>
- Araribar, A. M. (2011). Ordenamiento territorial minero en la minería boliviana. En R. C. Villas-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 307-312). Río de Janeiro.
- Arranz González, J. C. (2008). Los proyectos de ordenación minero-ambiental realizados por el IGME. *Seminario Evaluación y recuperación ambiental de espacios mineros. Pasivos Ambientales mineros*, 39. Bolivia.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá.
- Bakheit, T. (2002). Mining and land access issues in South African mineral laws. 18.
- Barrettino, D. (2009). Minería, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. *Reunión técnica sobre ordenación minero ambiental* (p. 37). Logroño.
- Carrión, P., Cornejo, M., Becerra, A. y Fun Sang, B. (2011). Diagnóstico de la importancia y trascendencia de la ordenación territorial minera en el Ecuador. En R. C. Villa-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 328-346). Río de Janeiro.

- CEMAT-Conferencia de Ministros responsables de Ordenación del Territorio (1983). *Carta Europea de Ordenación del Territorio*. España: Consejo de Europa.
- Congreso de la República (2001). Ley 685 de 2001 por el cual se expide el Código de Minas y se toman otras determinaciones. *Diario Oficial*, 44.545 de 8 de septiembre de 2001.
- Congreso de la República (2010). *Ley 1382 de 2010 Por el cual se modifica la Ley 681 de 2001 Código de Minas*. *Diario Oficial* 47.618 del 9 de febrero de 2010.
- Congreso de la República (2015). *Ley 1353 de 2015 Por la cual se expide el Plan de Desarrollo Nacional 2014-2018, Todos por un nuevo país*. *Diario Oficial* 49.538 del 9 de junio de 2015.
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-366 de 2011.
- Corte Constitucional (2012). Sentencia 395 de 2012. Bogotá.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia 273 de 2016. Bogotá.
- Corte Constitucional (2014). Sentencia 123 de 2014. Bogotá.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia 445 de 2016. Bogotá
- Curi, A., Resende, A., Pinheiro, A. L., Da Costa, J. I., Froes Meyer, M. y Ribeiro Monteiro Da Silva, J. (2011). Explotación minera en áreas de protección ambiental, caso de estudio Ouro Petro. En R. C. Villas-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 25-42). Río de Janeiro.
- CVS, EAFIT y UPME (2007). Plan de Ordenamiento minero ambiental de los materiales de construcción en el departamento de Córdoba. EAFIT.
- Danielson, L. y Lagos, G. (2001). El Rol del sector de los minerales en la transición hacia el desarrollo sustentable. *World Summit on Sustainable Development*, 3.
- Fernández Rubio, R. (2001). La minería en el contexto de la ordenación del territorio. Proyecto Las Cruces, España. En R. C. Villa-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 43-68). Río de Janeiro.
- FM, L. (8 de enero de 2017). Tribunal Administrativo de Antioquia tumbó la prohibición de la minería en Urrao. Bogotá. Recuperado de: <https://www.lafm.com.co/regional/tribunal-administrativo-de-antioquia-tumbo-la-prohibicion-de-la-mineria-en-urrao/>
- Gómez Orea, D. (1994). *Ordenación del territorio. Una aproximación desde el medio físico*. España: Agrícola Española.
- Gómez Orea, D. (2007). *Ordenación del territorio*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa.
- González, E. (2011). Ordenamiento territorial de minería en la región centro occidental. En R. C. Villas-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 216-222). Río de Janeiro.

- Guardado Lacaba, R. (2011). Experiencias del programa de ordenamiento minero ambiental en las actividades geomineras en Cuba. En R. C. Villas-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 357-367). Río de Janeiro.
- Hernández Almanza, P., & Molina, J. M. (2010). Ordenamiento de la minería de materiales de construcción en las islas de Providencia y Santa Catalina. *Gestión y Ambiente*, 13(1), 21-36.
- Martínez Plédel, B., Arranz, J. C., Barrettino, D. y Alberruche, E. (2006). Los proyectos de ordenación minero-ambiental de las rocas y minerales industriales. Algunos casos en España. *Boletín Geológico y minero*, 117(2), 305-316.
- Ministerio de Gobierno (1994). Ley 134 de 1994 Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. Bogotá: *Diario Oficial* 41373 de 31 de mayo de 1994.
- Ministerio de Minas y Energía (2012). *Censo Minero Departamental 2010-2011*. Bogotá.
- Ministerio de Minas y Energía (2015). *Decreto 1073 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía*. *Diario Oficial* 49.523 de 26 de mayo de 2015.
- Ministerio de Minas y Energía (2016). *Política Minera de Colombia, Bases para la minería del futuro*. Bogotá.
- Ministerio del Interior (2015). Ley 1757 de 2015 Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. *Diario Oficial* 49565 de 6 de julio de 2015.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (16 de mayo de 2017). Resolución 0931 de 2017 "Por la cual se crea la Mesa de Trabajo Interinstitucional para la investigación sobre los impactos de la actividad minera en el territorio colombiano en virtud de la sentencia 445 de 2016 de la Corte Constitucional". Bogotá.
- Molina, J. M. (2008). *Consideraciones del subsuelo en el ordenamiento territorial*. Cataluña: Universidad Politécnica de Cataluña.
- Ordóñez Gómez, B. E. (2001). Ordenación del territorio. En R. C. Villas-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 3-11). Río de Janeiro.
- Ortega Segura, D. A. (2005). *La minería y el ordenamiento territorial*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.
- Osay, S. (2011). Ordenamiento del territorio como herramienta de desarrollo y el sistema jurídico minero argentino. En R. C. Villas-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 276-288). Río de Janeiro.
- Sánchez, M. E. y Cárdenas, J. F. (2001). Lineamientos de ordenamiento ambiental territorial y la minería: Caso de estudio parque minero mochuelo. En R. C. Villas -Boas (Ed.), *La Minería en el Contexto de la Ordenación del territorio* (p.p. 106-125). Río de Janeiro.

- Serra Díaz, A. (2011). La minería y el ordenamiento territorial en Cuba. En R. C. Villas-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 288-294). Río de Janeiro.
- Ticay, S. (2001). Propuesta de ordenación del territorio minero de El Salvador. En R. C. Villas-Boas (Ed.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio* (pp. 295-306). Río de Janeiro.
- Unidad de Planeación Minero Energética y Universidad Industrial de Santander (2014). *Estimación de áreas Intervenidas, Consumo de Agua, Energía Eléctrica y Costos de producción en Mina etapa de Explotación*. Bogotá. Recuperado de: http://www.upme.gov.co/SeccionMineria_sp/AREAS_INTERVENIDAS.pdf
- Unidad de Planeación Minero Energética (2006). *Plan Nacional para el Desarrollo Minero –Visión 2019*. Bogotá.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.51.346>

El *code* y el contrato: nacimiento y desarrollo de una teoría

*The Code Napoleon and the contract:
birth and development of a theory*

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial por la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad de Medellín. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Director de la Especialización en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Privado. Autor de numerosos artículos sobre diferentes temas del Derecho privado.
carlgira@uniandes.edu.co

Resumen

El *Code Civil* de Napoleón ha influido fuertemente en las codificaciones que se hicieron después de él, y de una manera muy especial en el código civil chileno y, por tanto, en el nuestro. Este artículo aboca la fundamentación filosófica y política de dicho código, centrada en el concepto de contrato, con el propósito de explicar qué quisieron hacer los legisladores con esta noción, primordial para el derecho en general, y las consecuencias que ello tuvo.

PALABRAS CLAVE

Code, contrato, liberalismo económico y político, autonomía de la voluntad, libertad.

Summary

Napoleon's Civil Code has strongly influenced the codifications that were made after him, and in a very special way in the Chilean civil code and, therefore, in ours. This article deals with the philosophical and political foundation of this code, centered on the concept of contract with the purpose of explaining what the legislators wanted to do with this notion, fundamental for the law in general, and the consequences that it had.

KEYWORDS

Code, contract, economic and political liberalism, autonomy of the will, freedom.

INTRODUCCIÓN

En este artículo se hace un análisis del desarrollo de la noción de contrato a partir del *code*, de sus antecedentes filosóficos, políticos y económicos, de su esplendor y su decadencia. El por qué y el cómo se llegó a la noción del contrato del *code* explican y acercan de una manera muy concreta a la realidad contractual conocida de todos, y a entender, entre otras cosas, que esa concepción supuso también un paso adelante en la evolución jurídica de dicha noción, dándole unos contornos que en muchos aspectos perviven en la realidad jurídica actual.

Esta evolución muestra que el contrato es una realidad histórica. Si algo ha acompañado al contrato en todo su devenir es que ha sido el producto de un momento y de unas circunstancias determinantes y determinadas que lo forjan. El contrato no es inmutable; es cambiante y se adapta a los cambios sociales y económicos y a las distintas formas de Estado con las que ha convivido.

Al acercarse a la noción “clásica” de contrato, la del *code*, este artículo se pregunta por sus antecedentes filosóficos y políticos. ¿Cómo ignorar que el contrato terminó por convertirse en el dueño casi absoluto del derecho patrimonial?, ¿cómo no tener en cuenta la noción de autonomía de la voluntad o autonomía privada y sus transformaciones sociales y políticas, que han generado crisis en la noción y la evolución de la misma? A estos y otros interrogantes relacionados con el tema se buscará dar respuesta en este escrito. No son temas absolutamente novedosos en la teoría general del contrato, pero de su estudio siempre pueden resultar nuevas luces y aspectos problemáticos para los estudiosos del derecho.

El contrato vive, ha sido y seguirá siendo el instrumento mediante el cual las personas logran relacionarse con el mundo económico, con su entorno familiar, profesional y social. Es posiblemente la institución jurídica más familiar para cualquier persona, y admitiendo las crisis por las que ha pasado, en vez de perder terreno, lo ha ganado. La sociedad inventa cada vez nuevos instrumentos jurídicos que bajo la condición de contrato van a la par de la evolución de la misma sociedad y muy especialmente del mundo de los negocios.

1. ANTECEDENTES DEL NACIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. EL LIBERALISMO

La autonomía privada en materia contractual no nació de la nada (Romano, 1959). Su historia, como la historia del contrato, es milenaria, pero interesa sobre todo su concreción en el *code*, como uno de los productos jurídicos más importantes del liberalismo político y económico en boga desde mucho antes de su expedición, que rompió con el derecho del Medioevo (Grossi,

1995)¹. En esas condiciones histórico-políticas nació el contrato que heredamos en nuestro ordenamiento, con una estructura y unos componentes muy determinados y característicos.

Con el propósito de comprender mejor la noción de contrato del *code* y sus postulados básicos, se tratará inicialmente del liberalismo político y económico. Ahora bien, como suele suceder con las teorías jurídicas, varios siglos de evolución del pensamiento filosófico, jurídico y teológico se necesitaron para dar apertura a la teoría de la autonomía privada con los contornos que se le asignaron en la nueva codificación.

A pesar de que las ideas liberales llegaron a su máximo esplendor en el período comprendido entre los siglos XVIII y XIX, se pueden encontrar antecedentes en el humanismo del Renacimiento². Todo se inicia con el redescubrimiento del ser racional del hombre, que lo identifica esencialmente y que lo convierte en señor, dueño y artífice de su propio destino en todos los campos, dándose un giro importante y definitivo al sistema del pensamiento (Wieacker, 1957)³.

A consecuencia de lo anterior, ideas tan importantes como la dignidad humana, o la consideración del hombre como lo fundamental en el universo, dan cuenta de la gran importancia que asumió el individuo, de la que antes carecía (Solari, 1950)⁴. Pero lo verdaderamente importante fueron las consecuencias que esta nueva posición del hombre tuvo en sus relaciones con otras fuentes de conocimiento o de reglamentación de su conducta y en las relaciones de todo tipo con los demás.

¹ El derecho anterior al *code* era el derecho medieval. Haciendo una breve referencia a ese derecho y de la mano de Grossi, se destacan tres hechos normativos que cimentaron el nuevo orden jurídico después de la caída del Imperio romano: la tierra, la sangre y el tiempo. Lo primero como lo productivo por excelencia; la sangre como aquello que establece un ligamen inseparable entre sujetos, y el tiempo como duración de hechos que, prescindiendo de cualquier contribución volitiva, crea, extingue o modifica. Estos tres elementos ponen de manifiesto la imperfección del individuo con respecto a la perfección de la comunidad. La criatura imperfecta impensable fuera del orden social, con una fuente creadora y configuradora del derecho: la costumbre. En él centro de la Alta Edad Media está el príncipe, cuya principal labor es gobernar “cum aequitate et iustitia”.

² Ello no significa que el liberalismo tome en su integridad las nociones heredadas de corrientes filosóficas y científicas que le antecieron. En muchas ocasiones, de hecho, la teoría política liberal reduce algunos conceptos a un mero instrumento metodológico, carente de gran parte de su significado sustancial. El concepto de “hombre”, que desde el Renacimiento había adquirido una significación tan profunda, la pierde en el liberalismo, que toma solo pocas de sus características y genera a partir de ello un ente totalmente formal y abstracto.

³ Afirma Wieacker que a esa revolución espiritual de comienzos del siglo XVII, se da comienzo con la teoría del conocimiento de Descartes y la fundamentación de la nueva física por Galileo, que llevarían en las ciencias naturales a la física clásica de Newton, y en las ciencias sociales, precisamente los grandes sistemas del Derecho racionalista” (p. 38).

⁴ El siglo XVIII había exaltado al individuo, lo había hecho, incluso, autor del mundo jurídico, principio activo en el que encontraban su vida y su significado la naturaleza, la historia y la sociedad.

Esa renovada confianza en la racionalidad del individuo fue la herramienta clave para desafiar todo tipo de autoridad que pretendiera ponerse a sí misma como regla absoluta (Pájaro, 2005). Y en función de la defensa de esa libertad nació el liberalismo, y esa libertad fue la que se plasmó en el contrato como ejercicio de la autonomía de la voluntad, creadora de la relación contractual. Todo se explicó y fundamentó en razón de esa libertad consecuencia de la racionalidad humana.

En los siglos XVII y XVIII bajo la influencia de Grotius (Guzmán Brito, 2005, 89)⁵, quien separó plenamente el derecho de la teología moral, con lo que laicizó el derecho natural y mientras que la teología se dirigía al creyente, el derecho natural se dirigía al hombre y se fundamentaba en la sociabilidad. Esto supuso un avance más en la concepción del hombre como centro del universo que de alguna manera fue lo que tradujo jurídicamente el *code*, especialmente en la noción de contrato (Ripert y Boulanger, SF1957), bajo el racionalismo de Descartes (Dauler Wilson, 1990)⁶,

⁵ Guzmán Brito (2005) afirma que “El punto de partida de Grotius es la discusión que entabla contra el jurista francés del siglo XVI, Connan, en torno al tema de si la promesa tiene fuerza de obligar por derecho civil, lo que aquel había negado y que Grotius quiere, en cambio, afirmar. Es a propósito de ello que el holandés distingue entre promesas perfectas e imperfectas, según el criterio de la dirección de la voluntad; de manera que cuando una persona manifiesta una voluntad, y no un simple deseo o propósito de dar o hacer algo a otro, queda obligada por su manifestación” (p. 35). Gorla (1959) es particularmente crítico del derecho natural pregonado por Grotius al decir que “la influencia del Derecho natural y de las correlativas tendencias a las generalizaciones y a las racionalizaciones, así como de las tendencias a sustituir la realidad por ideales, lo que es por los que se desea, ha sido verdaderamente nefasta tanto para la interpretación del Derecho actual como para su recto entendimiento desde el punto de vista histórico” (p. 66).

⁶ Descartes es la clave en la evolución del pensamiento filosófico, antecedente remoto de una nueva noción de contrato afincada en la autonomía de la voluntad, ya que fue él quien modificó estructuralmente la concepción aristotélico-tomista del conocimiento, que obedecía a una subordinación de todo al ser, partiendo del ser por esencia, esto es, de Dios; Descartes priorizó la certeza del sujeto en su propia existencia. *Cogito, ergo sum*, “pienso, luego existo”. Aunque nada parezca escapar a la duda universal, no es así, porque si nuestros sentidos nos engañan, tenemos que existir, para que nos engañen: si soñamos tenemos que existir para soñar. Hay una verdad frente a la que se estrella toda ciencia y es la de nuestra propia existencia, pues para dudar tenemos que existir de lo contrario no podríamos dudar, incluso antes de estar seguro de la existencia de Dios (Descartes, 1990, p. 33). En el mismo sentido, Wieacker (1957): “El hombre ya no aparece como un ser creado de una sola vez por eterna determinación, sino como un ser de la naturaleza; y la humanidad, ya no como un mundo que ha de salvarse religiosamente, o (como más tarde) cual un mundo histórico, sino como un mundo matemático sujeto a las leyes naturales. La pretensión de un conocimiento racional de la naturaleza en la forma básica de la ley natural (no, p. ej., de la ley de casualidad) se extendió, mediante esta filosofía social de comienzos de la edad moderna, a la naturaleza de la convivencia humana, es decir, a la sociedad, al estado, y al Derecho; éstos deben reducirse a leyes con la inmutabilidad de las leyes matemáticas” (p. 211). Esto tuvo gran influjo en la formación del pensamiento liberal y en todas sus construcciones y categorías. Aún teniendo bien presente que este último es un fenómeno más político que filosófico. En el mismo sentido Matteucci, (1998).

y en la concepción de los derechos individuales que la ley debe proteger de Locke⁷, se expandió la idea de un derecho impuesto por la naturaleza de las cosas y que el hombre podía descubrir por la luz de la razón. Se tenía, entonces, una gran confianza en la capacidad del hombre de manejar racionalmente su propio entorno.

La persona en esa aproximación al conocimiento de la naturaleza de las cosas era la única que racionalmente podía determinar qué consideraba justo o injusto para ella con independencia de fuerzas o poderes ajenos a su entendimiento, a su capacidad de razonar. Por tanto, la justicia se daba naturalmente en un contrato cuyo principio fundamental era el de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, cuya base fue la misma racionalidad del ser humano. Se postuló entonces una filosofía política y jurídica voluntarista, subjetivista y pactista (Sanz, 1978). Y ese voluntarismo y subjetivismo propio de esta concepción irradiaron por completo a las nacientes concepciones del contrato y de la justicia que debía existir en esta categoría jurídica renovada y desvinculada de lo que hasta allí se tenía por cierto: la justicia existía o debía existir en el contrato porque se trataba de una relación entre seres racionales, por tanto, entre iguales.

La última piedra de esta construcción filosófica es obra de Kant. Cuando se planteó la pregunta ¿por qué debo cumplir mi promesa en un contrato?, su respuesta fue absolutamente sencilla: porque debo, y todo el mundo lo comprende perfectamente (Kant, 1968). Hay que afirmar que se confió demasiado en la moral kantiana en la aplicación del *code*. Optar por ella implicaba, en últimas, que cada sujeto renunciara de manera autónoma a sus propios móviles individuales y escogiera, en cambio, obrar de acuerdo con imperativos de carácter universal (Kant, 1999, a)⁸. Incluso, la misma definición que utilizó el filósofo sobre el derecho da razón de ello: “el Derecho, es pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de libertad” (Kant, 1997, p. 46, a). Nuevamente aparece la confianza en la racionalidad humana como el mejor arbitrador de recursos y necesidades propias y comunes.

Es la aplicación de su imperativo categórico: “obra sólo según la máxima a través de la cual puedas querer al mismo tiempo que se convierta en ley universal” (Kant, 1968, p. 173, b). Y aun en otra de sus formulaciones: “obra de tal modo que uses a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin y nunca como medio” (Kant, 1968,

⁷ Locke llega con mucha fuerza a los derechos individuales que la ley debe proteger. Hay derechos individuales que el hombre adquiere de su estado natural y que han sido reservados por el contrato social, que es el acto creador de la comunidad política. Ver el capítulo de la época del derecho racionalista en (Wieacker, 1957).

⁸ Según Kant cada individuo está dotado de razón, y en tal medida es capaz, no solo de determinar los medios idóneos para conseguir sus propios fines, sino incluso de valorar y regirse por aquellos que, entre esos fines posibles, sean buenos en sí y merezcan objetivamente ser alcanzados.

p. 189, c). “Sé honesto (*honeste vive*). La honestidad jurídica (*honestas jurídica*) consiste en afirmar nuestro propio valor como hombre en nuestras relaciones con los demás, obligación que se formula con la siguiente proposición: no te conviertas en medio para los demás, sino sé para ellos a la vez fin. En lo que sigue, esta obligación será explicada como vinculatoriedad derivada del Derecho de la humanidad en nuestra propia persona (*Lex iusti*)” (Kant, 1997, pp. 95 y 96, b).

Una aplicación actual de este mismo principio kantiano lo hace Fried, para quien un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa dentro de un contrato porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos morales para que otro tenga la expectativa de que será cumplida, y

quien reniega de ella, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar. Abusar de esta confianza es como (pero sólo *como*) mentir: es aprovecharse de una institución social compartida que tiene por objeto apelar a los lazos de confianza. Tanto el mentiroso como el que rompe una promesa están usando a otro. (Fried, 1996, p. 30)

Kant murió en 1804, cuando los principios del iusnaturalismo ya habían triunfado en el terreno político, llevando a cabo una obra renovadora en el derecho, la sociedad y el Estado. Se cierra el ciclo con la expedición del *code*, que dio paso en buena parte al positivismo jurídico⁹. Además, Se cierra con él un ciclo de pensamiento jurídico, político y filosófico nacido de la disolución de la unidad de pensamiento del Medioevo y que se había venido formando con las grandes experiencias religiosas, científicas y filosóficas en las que se había formado la cultura y la sociedad moderna (Fassó, 1982).

El descubrimiento entonces de la racionalidad humana le da un empoderamiento al hombre del que antes no era consciente. Y esto tiene consecuencias importantes en la filosofía, la política y en el campo jurídico, especialmente en la teoría general del contrato. Así como el mundo filosófico y político gira en torno al hombre, el mundo jurídico, y especialmente el contrato, gira en torno del hombre, de su autonomía y de su libertad. El contrato es hecho a la medida del hombre. Todos los contratos entre iguales, todos racionales, todos libres, por tanto, todos justos, parece ser la consigna de la época.

⁹ Para Bobbio (1982), “por iusnaturalismo se entiende aquella corriente que admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo y sostiene la primacía del primero sobre el segundo. Por positivismo jurídico entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, y afirma que no existe otro Derecho que el Derecho positivo.

2. LA LLEGADA DEL LIBERALISMO PROPIAMENTE DICHO

2.1 El liberalismo político y económico

¿Por qué surgió el liberalismo? El liberalismo surgió como un rechazo a la autoridad del Estado sobre el individuo en la determinación de su propia vida económica (Merquior, 1991; Böckenforde, 2000). El punto de partida es el individuo, centro del universo y dueño de su propia suerte. Ese *individuo* pensante da origen a todo conocimiento humano y fundamenta en sí mismo toda ciencia, y además es el protagonista de los desarrollos del pensamiento político liberal.

El supuesto base y fundamental es la racionalidad del hombre. Se considera que los hombres son igualmente racionales en la medida en que son capaces de determinar el modo de alcanzar los fines que persigan (Hoyos, 2003). ¿Y quién mejor que el individuo para hacer dicha determinación? considerado en su singularidad abstracta (Burdeau, 1983), él es el único que tiene conocimiento directo e inmediato de los fines que persigue, qué son sus intereses, y por ello, solamente él puede ejercer razonablemente los medios por los cuales podrá satisfacer sus necesidades. Son los medios que él considera adecuados y justos para la satisfacción de sus requerimientos.

Por ello, la libertad liberal no tiene ningún contenido sustancial, sino que es una especie de “no injerencia” o, utilizando la expresión de Norberto Bobbio, de “no opresión” (*libertad negativa*), ya que es el individuo libre a quien compete la determinación de tales contenidos y no a un tercero o a una ley o principio de derecho natural que los trascienda a ambos (Bobbio, 1991) (Bobbio, 1992). Este es el fundamento filosófico de la teoría general del contrato vertida en el *code*.

El contrato será el camino para que el hombre como ser racional y libre logre la satisfacción de sus necesidades, y esa es la garantía del contrato, y ese ejercicio de racionalidad además no podrá ser injusto, porque iría contra la racionalidad humana. Por tanto, se parte de una noción formal de justicia que nace de un supuesto. El supuesto es que el contrato es una relación racional entre dos personas igualmente racionales y, por tanto, iguales en el sentido de tener los mismos atributos y facultades. Esta es una igualdad también formal.

Pero el individuo no es un ser aislado (Bobbio, 1993). Por el contrario, este se encuentra en sociedad y ante una situación de disponibilidad limitada de recursos para atender sus intereses. Y es precisamente la ordenación y regulación de las relaciones que surjan en ese ámbito entre los individuos¹⁰ el motivo principal que busca resolver el liberalismo (Bedeschi, 1990) a través

¹⁰ Para Burdeau (1983), “En el individualismo liberal no hay oposición entre el individuo y la sociedad (como en la tesis anarquista), sino subordinación. Lo colectivo, sus recursos y su fuerza no son negados. Sólo se le niegan fines autónomos, se los subordina a fines individuales. (...) Denunciar el carácter antisocial del individualismo liberal es, por ende, una equivocación” (p. 77). Hay que tener claro que cuando el autor se refiere

de la fórmula de contrato que quedó prevista en el *code*. El problema es que en ejercicio de su libertad, cada sujeto se tendrá a sí mismo legitimado para apropiarse de la porción de su entorno que considere adecuada para alcanzar sus fines, y en no pocas ocasiones encontrará que otros individuos por fuera de sí habrán puesto ya su voluntad o su acción sobre tales bienes. En conclusión, un problema de justicia en la repartición de los bienes, de bienes escasos.

Con el fin de evitar o poner término a las diversas controversias y disputas que esta situación (*estado de naturaleza*) genera entre los individuos, entra a jugar un papel fundamental el concepto de derecho subjetivo, y en especial el derecho de *propiedad*¹¹, pues donde no hay propiedad no hay injusticia, porque la justicia es la voluntad de dar a cada hombre lo suyo (Hobbes, 1989, a), y lo suyo es lo de él, lo propio. En este sentido, los derechos vienen a cumplir una función de distribución de bienes escasos para que el individuo disponga de ellos a voluntad y obtenga con ello su mayor satisfacción personal. El derecho subjetivo pone “lo propio” como marco infranqueable de la actividad del individuo (Hobbes, 1989, b), da certeza en cuanto al objeto de esta última y reduce convenientemente las posibilidades de contiendas sobre el legítimo uso y goce del mundo exterior, confiando en el cumplimiento de los pactos–contratos que se realizan con ese fin. Así, en palabras de Hobbes (1989, c), la injusticia no es más que el incumplimiento de esos convenios, por tanto, se requiere de un poder civil capaz de obligar a los hombres a cumplir con esos pactos o convenios, y ese poder civil es el Estado¹².

Se mencionó también en la introducción que la forma del Estado con la que convive el contrato es muy importante para determinar la estructura del mismo. Pues bien, la gran creación del liberalismo político fue el Estado de Derecho¹³, en que la ley aparece como el instrumento idóneo

al carácter “social” del liberalismo, lo único que está afirmando es que el hombre no es tomado en cuenta en ningún momento como un ente aislado, sino en compañía; no se pretende en ningún momento sostener que el liberalismo tenga una preocupación fundamental por el bienestar de la sociedad.

¹¹ Locke (2008) afirma que “Más, como la cuestión principal acerca de la propiedad no se refiere hoy en día a los frutos de la tierra ni a las bestias que en ella habitan, sino a la tierra misma, al ser esta la que contiene y lleva consigo todo lo demás, diré que la propiedad de la tierra se adquiere también, como es obvio, del mismo modo que en el caso anterior. Toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso, será propiedad suya. Es como si como resultado de su trabajo, este hombre pusiera cercas a esa tierra, apartándola de los terrenos comunales” (p. 55, a).

¹² Por eso el Estado desempeña, para el liberalismo, el papel de garante de último grado del ciudadano, su libertad y su propiedad; es una ordenación social en función exclusiva de la individualidad, sin desalojar al individuo de su posición central, ya que solamente se puede obligar por su consentimiento. (Locke, 2008, b).

¹³ Con la expresión “Estado de Derecho” se entienden habitualmente dos cosas diferentes que es oportuno diferenciar. En sentido lato, débil o formal, designa cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados con las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En otro sentido, fuerte o sustancial, designa aquellos ordenamientos en la que los poderes públicos están además sujetos a la ley, no solo en lo relativo a las formas sino también en los contenidos (Ferrajoli, 2005).

para disponer de una determinada forma de sociedad y también de Estado y lo importante en esta modalidad es el control que se ejerce mediante ella al mismo Estado para limitarlo, mediante mecanismos como la división de poderes y el control constitucional (Uprimny, 1997). Y por tanto, el contrato como manifestación del empoderamiento que se ha hecho del individuo es casi indemne a la acción del Estado, y se convierte prácticamente en un ente autónomo librado a su suerte y solamente interviene el Estado ante graves casos de desconocimiento de las pocas normas imperativas que rigen su funcionamiento. Un contrato que se creía “perfecto” como creación e institución jurídica, a la par de la ley y por “encima” del Estado.

En este sentido, tanto desde el punto de vista de la perspectiva del derecho como desde el punto de vista de la perspectiva de su aplicación el movimiento codificador, cuyo culmen fue el *code*, representó un paso importante en la consolidación de las tendencias hacia la autonomía de lo jurídico, dando lugar a un modelo jurídico racional - formal. La abstracción y generalidad de las normas jurídicas garantizaba tanto la igualdad formal de los ciudadanos como sujetos de derecho y aseguraba la neutralidad del Estado frente a la arbitrariedad de las relaciones de poder no sujetas al principio de legalidad del mismo Estado. Este ideal se lograba sometiendo las decisiones de los jueces únicamente al imperio de la ley, pues así como en el antiguo régimen los jueces hablaban por boca del monarca, ahora han pasado a ser portavoces de la ley, emanación del pueblo, que ahora es el soberano absoluto (De Vargas Muñoz, 2003).

Recapitulando. El *code* fue el resultado, entonces, del racionalismo europeo¹⁴, en su triple dimensión, como derecho natural racional¹⁵, como edificador del Estado moderno y edificador de la nación y como racionalismo burgués (Lasarte Álvarez, 1990), lo que desembocó en un positivismo (Grossi, 2003), cada vez más alejado del valor justicia como realidad material, considerando a la justicia como un valor inherente a la libertad personal, a la autodeterminación y a la racionalidad del contratante. De esta forma, los legisladores ilustrados presentaron a sus súbditos de forma más inteligible el conjunto de derechos y obligaciones a los que quedaban sujetos como miembros de la sociedad política (Zimmermann, 2000).

¹⁴ Sus autores aportaron dos ideas básicas: la posibilidad de obtener un derecho materialmente justo de una vez para siempre, por su conformidad con la razón universal y la idea de sistema o de organización del derecho sobre la base de un plan lógico axiomático-deductivo (Levaggi, 1998).

¹⁵ “La confluencia del pensamiento ilustrado con la escuela racionalista provoca la introducción del Derecho natural como Derecho positivo de los pueblos, a través de la codificación (De Los Mozos). Así, junto a las leyes naturales que explican y rigen el comportamiento de los cuerpos físicos, descubiertas por Kepler, Newton, Descartes, Leibnitz, etcétera, se piensa también que existe un orden jurídico natural, susceptible de conocimiento racional, y que ha de ser incorporado necesariamente como Derecho positivo, mediante una nueva legislación: la de los códigos, que resuelve de forma clara, breve, cierta y precisa, y en unas pocas leyes, el mayor número posible de problemas, mediante un estilo conciso y abstracto” (Llamas Pombo, 2009, p. 58).

2.2 La codificación y su fundamentación propiamente dichas

La importancia que tuvo el *code* fue manifiesta. Lo primero que resalta es su vinculación con una ideología netamente liberal¹⁶, como quedó demostrado en el acápite anterior, ya que es la afirmación del individuo frente al Estado sin cuerpos intermedios (Alterini, 2008); su reconocimiento como uno de los productos más importantes de la sociedad moderna (Ortiz Caballero, 1996)¹⁷, al punto que el derecho constitucional tenía una importancia secundaria, ya que en el *code* se contenía lo fundamental: propiedad privada, la autonomía negocial y la igualdad formal de los ciudadanos y, además, fue tenido, de hecho, como un texto constitucional (Hesse, 1995); su relación con el desarrollo del capitalismo¹⁸; y su reconocimiento como eje del movimiento codificador de la época (Gómez Arboleya, 1951). Estos son algunos elementos que resaltan la trascendencia del *code* en la historia.

Esta relación del *code* con el liberalismo tuvo unas importantes consecuencias para el derecho, y en especial nuestro tema, el contrato: este depende completamente de un modelo irreal de formación en el cual todas las transacciones son negociadas por partes ilusorias, totalmente informadas y con el mismo poder de negociación, capaces de proteger sus propios intereses y de arribar a acuerdos mutuamente beneficiosos que maximizarán las utilidades para ambas.

El derecho es creado por el legislador en su totalidad; con lo que se le dio una primacía casi absoluta a la ley sobre las otras fuentes del derecho y del contrato, que marcó buena parte del desarrollo del derecho privado en el siglo XIX, y, por tanto, las respuestas dadas por el código, en principio, eran suficientes para resolver cualquier conflicto que se presentara, y el juez no debería agregar nada a lo dicho en la ley¹⁹. Esta concepción desembocó en un concepto formal

¹⁶ Algunos autores vinculan de tal forma la noción de contrato del *code* a la filosofía liberal que sostienen que, “Nuestra teoría del contrato es un regalo que nos han hecho, a los juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna. Toda ciencia del derecho es también (porque ella se estructura sobre un método y unos principios) hija de alguna filosofía”. (Villey, 1980, p. 26).

¹⁷ También dio inicio y extendió por el mundo la criticada escuela de la exégesis que pregona que a) el derecho positivo es todo el derecho y está constituido por la ley; b) la interpretación objetiva no hace más que buscar la intención del legislador porque el derecho ya está hecho; c) no vale la costumbre, las insuficiencias de la ley se subsanan por medio de la misma ley por medio de la analogía; d) el derecho tiene un carácter meramente estatal (Luz, 2004). La vigencia de esta escuela se extendió hasta finales del siglo XIX cuando Geny propuso el método científico que suponía la participación del intérprete en el proceso de descubrimiento y recreación del derecho, dando importancia a la jurisprudencia, a la costumbre y a la libre investigación científica (Campos Fillol, 2005).

¹⁸ Afirma Ripert (1950) que, el régimen capitalista en Francia se puede datar de 1789. “Al destruir el orden antiguo, que hubiese podido oponerse al desarrollo del capitalismo, hizo posible la creación de un régimen nuevo (p. 10).

¹⁹ Gény (2000), crítico de estas posturas resumirá así el pensamiento de quienes las defendían: “Para ellos todo

de justicia privada contractual fundamentada en las conceptualizaciones realizadas por el código (Ross, 1994), ya que el sentido de la justicia y de la equidad era el dado y determinado por el legislador desvinculadas en la mayoría de los casos de la realidad, y especialmente del desenvolvimiento histórico, político y social posterior a la expedición de dicho estatuto, a los que se les tenía mucha desconfianza²⁰.

Se adoptó igualmente una estructura típica y específica del derecho a la “norma”, de manera que se definía un supuesto o hipótesis fáctica a la que se le imputaban ciertas consecuencias o efectos jurídicos y los principios eran aquellos implícitos en las normas positivas, y en consecuencia, no entraban en conflicto con las mismas. Con lo que los principios generales del derecho quedaron petrificados y parcialmente olvidados y su desarrollo y estructuración costaron años en una lenta labor de redescubrimiento.

También se dejó un reducido campo para otras fuentes del derecho y otras fuentes del contrato, diferentes a la ley; y de esta forma se relegaron fuentes tan importantes y de tanta riqueza como la costumbre, los usos, los mismos principios generales, la equidad y la buena fe, quedando el contrato aprisionado por el asfixiante peso de la ley y produciéndose además una distorsión cada vez más grande entre la manera establecida en el *code* para el contrato con la manera como en la realidad se estaba dando el proceso de contratación. Una contratación que se había previsto para un proceso de contratación igualitaria, esto es, partiendo de la igualdad de los contratantes, pero que en la práctica no se daba, puso de manifiesto rápidamente que la normatividad se había quedado corta y era insuficiente para dar respuesta a los problemas que el nuevo tipo de contratación en masa, con contratos predispuestos, sin posibilidades de negociación presentaba (Mosset Iturraspe, 1978).

De esta forma quedó armado el contrato con todas las piezas que tuvieron un fundamento filosófico y político. En seguida se verá como operaba ese rompecabezas armado en el *code*.

está reducido a esto: dar todo su alcance al pensamiento del legislador contenido en los textos. Siempre que se prenda e interprete bien la ley, suministrará cuantas soluciones jurídicas sean necesarias (p. 21).

²⁰ En palabras de Gény (2000): “Entrando en la práctica, pronto se percibe el vicio capital del sistema, que es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino al desarrollo de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte se permanece forzosamente y *para todo* en la situación en que nos encontrábamos en el momento mismo de aparecer la ley. Y cualquiera que sea la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, falta autorización para traspasar el horizonte que el legislador descubrió en la época en que dictó la regla” (p. 48).

2.3 La teoría clásica del derecho contractual, hija del liberalismo económico y político

El rompecabezas del contrato moderno del *code* estaba armado. Este es el ambiente liberal en el que campea la autonomía privada²¹, de donde nace la noción de contrato del *code*, propia de esa época de las codificaciones²², que comporta una serie de connotaciones políticas²³, sociales y económicas que trascienden las estrictamente jurídicas (Vargas Muñoz, 2003).

El contrato de derecho privado se muestra así como una de las categorías jurídicas reinantes de la filosofía liberal, en cuanto que era la afirmación del valor de la autonomía de la voluntad la que lo creaba y le daba vida, limitando la actividad del Estado en un campo tan importante como el de la contratación económica (Niort, 1992). La injerencia de lo público en el contrato quedó reducida a unas pocas prohibiciones que bajo el nombre de orden público (Hinestrosa, 2007) y buenas costumbres estableció el mismo legislador, quedando claramente delimitados el campo de lo privado y de lo público, como dos mundos aparte, división típica de la ideología liberal, quedando de esta manera confinados tanto el contrato como la justicia al libre juego de los intereses de las partes. Lo consentido es lo adecuado, lo legal, lo paritario.

El contrato se convirtió en la explicación de casi todas las relaciones de derecho. Desde el pacto inicial fundante de la sociedad²⁴ hasta de la satisfacción de la necesidad más básica de cualquier persona. El Derecho se convirtió en un derecho pactista y contractualista²⁵, con lo que derechos tan caros para el liberalismo como el de la libertad individual quedaron a salvo y protegidos por una legislación afin con la protección de los derechos subjetivos, en los que encontraba su razón de ser (Colin y Capitant, 1960).

El contrato, por ser la expresión de la libertad y de la autonomía individual y con el supuesto de la igualdad de todos ante la ley, fue la categoría perfecta de justicia privada contractual. Necesariamente, el contrato se convirtió en una categoría de justicia. El libre mercado, la libre competencia eran suficientes garantías de la justicia contractual y de la justicia en la sociedad:

²¹ Es una “tesis de filosofía política en la cual, la voluntad humana es ley de sí misma y da vida a su propia obligación” (Carbonier, 1960, p. 127).

²² El derecho civil decimonónico correspondiente al Estado liberal de Derecho se caracterizó, en cuanto a su forma, por ser un derecho codificado (Rodríguez Guitián, 2003).

²³ Para valorar la importancia del *code* hay que tener en cuenta que en Francia hubo entre 1791 y 1875, 11 constituciones y el *code* de Napoleón permaneció inalterado en lo sustancial (Kemelmajer de Carlucci, A, 2005).

²⁴ (Hobbes, 1989, d); Locke, 2008, c; Rousseau, 1996).

²⁵ Atiyah concluye que el siglo XIX fue la edad de oro del contrato (Atiyah, 1979) (Lorenzetti, 2004, a).

El contrato, como instrumento al servicio de la propiedad, a fin de hacerla circular y de extraer beneficios de la misma, mediante el ejercicio de la libertad contractual. Nadie mejor que uno mismo para cuidar de sus propios intereses. El Derecho solo cuida de que el acuerdo sea libre, sin intervención, y vigila su contenido, que necesariamente ha de considerarse “justo”. (Llamas Pombo, 2009, p. 68, a)

3. LA SOCIEDAD EN LA QUE NACIÓ EL *CODE*

Ahora situémonos en el contorno histórico de la sociedad en la que nació el *code*. Es una sociedad moderna, que supuso en Francia una evolución y un cambio importante respecto de la sociedad feudal y la monarquía absoluta. En cuanto al régimen feudal, su derecho, que por su puesto era también un derecho feudal, se caracterizaba por el particularismo jurídico, por la pluralidad de regímenes jurídicos según la pertenencia a una determinada clase o casta social, por la vinculación de la propiedad de la tierra y la pluralidad de jurisdicciones (De Vargas Muñoz, p. 765)²⁶. Ese paso a la modernidad supuso en Francia en el campo jurídico unos cambios importantes que terminaron por moldear las instituciones jurídicas del *code*.

Vale la pena también mencionar algunos elementos de la conformación poblacional en la Francia de esa época que explican y también justifican el contenido del *code*. Cuando se expidió el código de Napoleón, a inicios del siglo XIX, la población del país no estaba tan concentrada en las ciudades, fenómeno este que ocurrió mucho después de su expedición, y se regulaba, por tanto, una realidad económica principalmente agrícola, poco industrializada, poco especializada y desarrollada, de lo que el *code* está lleno de reglamentaciones y ejemplos de todo estilo.

Fenómenos que produjeron en Francia y en el mundo grandes transformaciones sociales, económicas, políticas y filosóficas como el de la masificación, el crecimiento acelerado de la población en toda Europa, la concentración en los centros urbanos, los procesos de industrialización,

²⁶ “El Derecho que rige la sociedad feudal se caracteriza por un tremendo particularismo jurídico; la pluralidad de regímenes jurídicos, según la pertenencia a un estamento u otro (los privilegios), la vinculación de la propiedad de la tierra, la pluralidad de jurisdicciones incluso de fuentes de producción jurídica, como hemos analizado anteriormente. Las compilaciones se limitaban a facilitar la localización y manejo de los textos normativos, pero no alteraban ni sistematizaban su contenido. En el seno de la sociedad feudal se va gestando un soterrado pero creciente desarrollo económico a través del comercio, en manos de la burguesía. Frente al cómodo afianzamiento de nobleza y clero en la propiedad de la tierra y en la ‘renta’, la burguesía busca el intercambio y la actividad, y va configurando los usos comerciales como exponente de un orden jurídico distinto, y como respuesta a la permanencia del viejo orden, que frenaba su expansión. El particularismo jurídico creaba una notable inseguridad jurídica para el comercio” (Llamas Pombo, 2009, p. 60, b).

fueron desconocidos para los redactores del *code* que vivieron en una sociedad que no fue la sociedad en la que maduraron las instituciones jurídicas por ellos previstas²⁷.

En una sociedad como la que se ha descrito, el ciudadano común no era mucha la ayuda que esperaba del recién nacido Estado de Derecho, ni de las entidades paraestatales que empezaban a proliferar: ese ciudadano se procuraba por sí solo, y de una forma un poco rudimentariamente, la satisfacción de sus principales y más esenciales necesidades de subsistencia (Santos Briz, 1979), en relaciones directas, la mayoría de ellas en pie de igualdad, con las personas que ordinariamente tenía en su entorno, y así, el contrato era un contrato discutido y acordado libremente partiendo también de una cierta igualdad en lo económico. Por eso, esas características del contrato liberal, vistas en los apartados anteriores, tienen también su justificación en el modo de vida imperante en la época de su expedición, en el tipo de sociedad a la que inicialmente se dirigió, como ocurre con cualquier tipo de norma.

Para hacer justicia con los redactores del código civil francés, estos redactores no pudieron reflexionar sobre condiciones inexistentes en su momento, con las que no convivieron y que difícilmente podían prever, provocadas después por varios factores fundamentales, de una parte, el desarrollo industrial, el aumento casi inimaginable de la población (Vallespinos, 2010), la concentración de la población en los centros urbanos y el gran progreso de la tecnología, que creó unas necesidades, unos riesgos y unos retos a la normatividad vigente para lo que no se encontraba preparada. Pero el caso es que se produjeron y tuvieron sobre el contrato unas dramáticas consecuencias.

Se empezó entonces a producir una marcada diferencia entre lo previsto por las normas en materia contractual y la realidad, y ese doble juego, esa tensión entre la teoría y la práctica del contrato, terminó por convertir el contrato en el reino de la arbitrariedad. Porque mientras el *code* se preocupó casi meticulosamente de la reglamentación del consentimiento, de la expresión de ese consentimiento, de los errores en que las partes podían incurrir, de la causa del contrato, en la práctica el contrato se rigió por las leyes del mercado de una sociedad que evolucionaba rápidamente en el esquema capitalista, preocupada por la ganancia y la utilidad, la eficiencia, la contratación masiva. La preocupación estaba centrada en realidad en la defensa de los intereses de la parte fuerte en la relación.

Y dentro de esta lógica, la pregunta fundamental ya no es si es justo lo pactado, sino, si fue libremente consentido, y se entendía que toda obligación no consentida, toda intervención de los poderes públicos para modificar lo que los individuos habían pactado libremente, era una injusticia, una violación de la libertad individual y del Derecho natural.

²⁷ Hay que recordar que la primera revolución industrial se dio en Gran Bretaña hacia 1820.

El contrato dejó de ser lo que los redactores del *code* quisieron que fuera porque en la realidad nunca fue eso. Aunque la filosofía que había dado origen a la institución contractual recogida en el *code* seguía vigente, y por tanto, al menos en teoría, la igualdad fundada en la racionalidad y en la igualdad en cuanto a la libertad que las partes tenían al contratar seguía vigente también, esa igualdad no se tradujo en una igualdad real y material, lo cual produjo que la manera como se desarrollaba la relación contractual fuera alejándose cada vez más de la manera como se había estipulado legalmente, quedando relegada la justicia a una fórmula sin contenido efectivo dentro del contrato. La justicia en la práctica dejó de ser un tema contractual y el equilibrio contractual quedó relegado a unos pocos y aislados casos previstos por la ley. En la práctica, en la realidad, ni igualdad, ni proporcionalidad ni equivalencia en la posición de quienes contrataban.

Como el alma del contrato del *code* fue la autonomía privada²⁸, se creía que quien decía contractual decía justo, porque lo realmente importante no era la justicia objetiva sino la justicia formal, proveniente de la libre negociación que las partes hacían del contrato y porqué se pensaba que la igualdad jurídica entre las partes era suficiente para garantizar la justicia del acuerdo

²⁸ Hay que ponerse de acuerdo en el entendimiento del significado de la autonomía privada. Algunos autores hablan de un sentido negativo y positivo del dogma de la autonomía. En sentido negativo, “Cada uno no obedece, en principio, más que a su voluntad; no puede ser vinculado, si la ley no lo consiente, por la voluntad de otro” y en sentido positivo, en el sentido que las partes pueden, con un acto de su voluntad disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otro” (Galgano, 1992, p. 66). Bianca (1970) entiende por el dogma de la voluntad como el señorío de la voluntad individual, que el ordenamiento debe tutelar y reconocer en su plenitud. En un sentido similar se expresa Betti (1972), cuando dice que la autonomía normativa es “el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano” (p. 69). Para Stiglitz (1992), “se traduce en normas positivas y que en una primera aproximación significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos. Tal concepto siempre irá ligado con el concepto de libertad o si se le quiere llamar el derecho a la libertad; ambos ligados la autonomía privada y la libertad conformaron en el siglo XIX el llamado individualismo jurídico, principio entendido como la concepción que hace del individuo, considerado como una voluntad libre, aislado del medio social, el solo objeto, el solo fundamento y el solo fin del derecho” (p. 10). Por su parte Ferri la define como el poder de producir cambios jurídicos mediante el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica. Para él la autonomía privada es un poder conferido a los particulares por una norma superior, la cual regula su actuación, creando cargas y limitaciones (Ferri, 2004). Para De Castro y Bravo, una cosa es la autonomía de la voluntad y otra cosa es la autonomía privada y tiene que ver sobre todo con la importante clasificación que se hace entre lo interno y lo externo. Si lo realmente importante es la voluntad interna de los sujetos o lo importante es la declaración. En el primer caso hablaríamos de la autonomía de la voluntad, y en el segundo caso, de la autonomía privada. Ver toda la diferenciación que se hace entre el sistema del derecho francés y el del derecho alemán en cuanto a este punto. El autor define la autonomía privada como el “poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social” (De Castro y Bravo, 1985, p. 12). La autonomía es el poder de darse normas.

celebrado (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, 1992, a), por ello el contrato era una ley para las partes²⁹, pues era una época en que reinaban los derechos subjetivos. Lo libremente acordado se consideraba justo³⁰, y además, no revisable (LORENZETTI, 2004, b). Eran por tanto los contratantes quienes soberanamente podían decidir con quién, sobre qué cosa, con qué forma y con cuáles reglas se debían disciplinar los negocios jurídicos (Bigliazzi, Lina, Breccia umberto, Busnelli, Francesco, Natoli, Ugo, 1992, b).

Desde el punto de vista de aplicación de la regla del derecho privado, son justas entonces, la interpretación y la ejecución que más se acerquen al alma del contrato, como expresión de una voluntad privada legisladora³¹. El contrato tiene fuerza de ley entre las partes: proclama el *Code Napoléon*, porque *pacta sunt servanda*³². En esta “justedad” estaría la única justicia relevante en el derecho privado, y allí residiría también la verdad jurídica, la única posible según las conocidas teorizaciones de una ciencia jurídica pura, conforme a la racionalidad moderna, es decir, un derecho capaz de autoreproducirse y de reducir la complejidad característica de la sociedad contemporánea (Breccia, Busnelli, 2001).

Pero hay que tener en cuenta que para los redactores del *code* la justicia privada contractual tenía una gran importancia, y ya alguno de sus autores sostenía que las normas del *code* serían mal concebidas si no se entendieran como reglas elementales de justicia (Bigot-Préameneu, 1838), con lo cual se iba mucho más allá de la simple justicia formal, y además que el proyecto del código civil era un verdadero código de moral, perfeccionado por la experiencia de siglos³³, y que la libertad contractual estaba subordinada al orden público, a las buenas costumbres, a la justicia y a la utilidad pública (Cappellini, 2004). Pero los intérpretes de dicho código en el siglo XIX hicieron perder la fuerza de dicha institución, relegándola a unas situaciones límites, tales como el fenómeno de la lesión, y acogieron lo que algunos llamaron una lectura estrecha de dicha institución (Ghestin, 1980), o justicia formal.

²⁹ Es muy tradicional en derecho privado la comparación entre el contrato y la ley, por los efectos que produce el contrato entre los contratantes (Claro Solar, 1988). Sin embargo, esta igualdad entre ley y contrato se puede clasificar como un mito en el sentido que le da a la palabra mito Santi Romano: “en la filosofía de la historia se emplea esta palabra para significar aquellas fórmulas que mueven de cuando en cuando las conciencias de las masas, que no tienen conciencia individual” (Romano, 1959, p. 165).

³⁰ En esta perspectiva y según la forma del derecho privado, aquello que es expresión efectiva de una verdadera y completa autonomía: justo es sinónimo de regla libremente concordada, *qui dit contractuel dit juste*.

³¹ La autonomía privada constituye uno de los temas más fascinantes del derecho privado (Gazzoni, 1970).

³² Los contratos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus propios términos y hay que atenerse sobre todo a la letra del contrato. Este es un principio fundamental de seguridad jurídica (Díez-Picazo, 1996).

³³ Discurso pronunciado por en el cuerpo legislativo francés en la fecha de publicación del *code* (Portalís, 2014).

CONCLUSIONES

Es difícil discutir que en las sociedades de cultura jurídica del *Civil Law*, el Código de Napoleón y la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789 señalan el término de una larga evolución en el orden jurídico, el coronamiento de una construcción jurídica, no desprovista, por otra parte, de grandeza y fuerza como pocas otras, que han influido enormemente en distintos campos del saber humano, por supuesto que en el jurídico, el filosófico, el político, el sociológico. Todos ellos tuvieron cierto tinte de refundación a partir de esas dos instituciones.

Los autores del Código de Napoleón, y también, preciso es decirlo, la gran mayoría de los juristas de la primera mitad del siglo XIX, salvo la escuela de Savigny, estimaban que había allí un sistema de derecho definitivo, que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa todavía sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo en todos los tiempos, en todos los países, el derecho de todos los pueblos civilizados no podía ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados en estos textos (Duguit, 1975). De esta forma, el contrato, en cierto sentido, era considerado superior a la ley, ya que ni la misma ley podía quebrantarlo o modificarlo (Ripert, 1946). Estas afirmaciones son un mito que desde hace mucho tiempo desaparecieron del concierto jurídico (Martínez de Aguirre, 1994), en consideración a que el derecho de la contratación tiene una estrecha dependencia de las circunstancias económicas y sociales y de los planteamientos ideológicos vigentes en un momento y en un lugar determinados.

Ahora bien, la dimensión política de la autonomía de la voluntad traduce el sueño de una sociedad individualista cuyo centro residiría en cada persona y cuya finalidad última sería la plena realización de la personalidad de cada cual, e implica la afirmación metafísica de que el hombre es un ser libre, capaz de vincularse a sí mismo, pero solo por un acto soberano de su voluntad, ya que las leyes no se consideran venidas desde arriba, sino desde abajo, la voluntad humana. Así, nadie puede quedar obligado sin haberlo querido, de lo que se deriva que todo pacto querido libremente es justo, y la lesión objetiva no ha pasado de ser un mal negocio.

En conclusión, los postulados básicos sobre los que se cimentó esa noción de contrato fueron: un presupuesto netamente económico de una economía liberal fundamentada en el lema *laissez faire* y en la idea de que las leyes de mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones (se consideraba que dejando hacer se obtenía el mejor resultado económico); el segundo supuesto es la igualdad jurídica que tienen las partes que concurren a la celebración de un contrato, estamos frente a un arreglo entre iguales y el tercero es una época que rinde culto a la preponderancia de la libertad, por ello para el liberalismo el fin principal es la expansión de la personalidad individual. Así, el trípede de derechos eternos e inmutables eran la libertad, la propiedad y la igualdad.

REFERENCIAS

- Atiyah, P. (1979). *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Alterini, A. (2008). *Los pilares del contrato moderno*. Buenos Aires: La Ley.
- Bedeschi, G. (1990). *Storia del pensiero liberale*. Roma: Laterza.
- Betti, E. (1972). *Teoría general del negocio jurídico*. Trad. de A. Martín Pérez. Granada: Comares.
- Bianca, M. (1970). *Derecho civil, t. iii. el contrato*. Trad. de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Bigliuzzi, L, Breccia, U. Busnelli, F. Natoli, U. (1992). *Derecho civil, t. i, v. ii. Hechos y actos jurídicos*. Trad. de Fernando Hinestrosa. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bigot – Préameneu (1838). *Exposición de motivos del título III, libro III del código civil, 1838*. Paría: Editorial Firmit didot freres.
- Bobbio, N. (1962). Giusnaturalismo y Positivismo giuridico. *Revista de Diritto Civile, VIII, 1962, 503*.
- Bobbio, N. (1991). Kant y las dos libertades. En *Estudios de historia de la filosofía*. Madrid: Debate.
- Bobbio, N. (1982). *Teoría general del Derecho*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y democracia*. Bogotá, D.C.: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. Matteucci, N. y Pasquino, G. (1998). *Liberalismo. Diccionario de política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Böckenförde, E.W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. de Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta.
- Breccia, U. (2001). *Che cosa è 'giusto' nella prospettiva del diritto privato? Un'introduzione*, y Busnelli, F.D. *Che cosa è 'giusto' nella prospettiva del diritto privato?* los dos en el fascículo *Interrogativi sul diritto 'giusto'*. Pisa.
- Burdeau, G. (1983). *El liberalismo político*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Campos Fillo, A. (2005). El código de napoleón: origen y proyección. En *La Codificación: Raíces y perspectiva, ¿qué derecho, qué código, que enseñanzas?* Buenos Aires: El Derecho.
- Cappellini, P. (2004). *Códigos. En el estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Edición de Mauricio Fioravanti.
- Carbonier, J. (1960). *Derecho civil, t. II, vol. II*. Trad. de Manuel M. Zorrilla. Barcelona: Bosch.
- Claro Solar, L. (1988). *Explicaciones del derecho civil chileno y comparado, v.v.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis.
- Colin, A. Capitant, H. (1960). *Curso elemental de derecho civil, t. iii.*, Trad. de la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid.

- Dauler, W. M. (1990). *Descartes*. Trad. de José Antonio Robles. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- De Vargas Muñoz, J. (2003). La codificación civil: breve referencia a sus bases socioeconómicas y filosófico jurídicas. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, t i. Madrid: Thomson - Civitas.
- Descartes, R. (1990). *Discurso del método*. Madrid: Alianza.
- Díez Picazo, L. (1996). *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*. Madrid: Civitas.
- Duguit, L. (1975). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heriasta.
- Fassó, G. (1982). *Historia de la filosofía del derecho, La edad moderna*. Madrid: Pirámide.
- Ferrajoli, L. (2005). *Pasado y futuro del estado de derecho*. En, Neoconstitucionalismo (s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta.
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato*. Trad. de Nélvor Carreteros. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Fried, Ch. (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa*. Trad. de Pablo Ruiz Tagle. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Trad. de Francisco de P. Blasco y Lorenzo Prats. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Gazzoni, F. (1970). *Equità e autonomia privata*. Milano: Editorial Giuffré.
- Gény, F. (2000). *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Comares.
- Ghestin, J. (1980). *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. París: Editorial L.G.D.J.
- Gómez, Arboleya, E. (1951). El racionalismo jurídico y los códigos europeos. *Revista de Estudios Políticos*, XL, 35.
- Gorla, G. (1959). *El contrato* t. i. Trad. de Fernandis Vilella. Barcelona: Bosch.
- Grossi, P. (1995). *En busca del orden jurídico medieval*. En *De la Ilustración al liberalismo – simposium en honor al profesor Paolo Grossi*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta.
- Guzmán Brito, A. (2005). *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*. Navarra: Thomson.
- Hesse, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. de I. Gutiérrez. Madrid: Civitas.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Hobbes, T. (1989). *Leviatán*. Madrid: Alianza.

- Hoyos, L.E. (2003). *Lecciones de Filosofía. La filosofía práctica de Immanuel Kant*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Kant, I. (1968). *Principios de metafísica de la doctrina del derecho*. Trad. de Arnaldo Córdova. México: Dirección General de Publicaciones.
- Kant, I. (1997). *Introducción a la teoría del derecho*. Trad. de Felipe González Vicen. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Kant, I. (1999). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Alianza.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). Codificación y constitucionalización del derecho civil. En *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, t. ii. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis - Universidad de Chile.
- Lasarte Alvarez, C. (1990). El derecho civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores. En *Centenario del Código Civil*, II. Madrid: Ceura.
- Levaggi, A. (1998). *Manual de historia del derecho argentino*. Buenos Aires: De Palma.
- Llamas Pombo, E. (2009). *Orientaciones sobre el Concepto y el Método del Derecho Civil*. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Locke, J. (2008). *Segundo tratado del gobierno civil*. Madrid: Alianza.
- Lorenzetti, R. (2004). *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Luiz, L. (2004). En el centenario del método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo. En *La Codificación: Raíces y Perspectiva*. Buenos Aires: El Derecho.
- Martínea de Aguirre, C. (1994). *Las nuevas coordenadas del derecho de la contratación*. Santiago de Compostel: Separata de D. Bello Janeiro.
- MATTEUCCI, N (ed.). (1998) *Diccionario de política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Merquior, J. G. (1991). *Liberalismo viejo y nuevo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Moricault. (2007). Discurso pronunciado en el cuerpo legislativo Francés en la fecha de publicación del *code*. Citado por K. Lasserre en *Contrat et morale, en los Contratos en Derecho Privado*. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario y Legis.
- Mosset Iturraspe, J. (1978). *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar.
- Niort, J.F. (1992). Droit, idéologie et politique dans le code civil de 1804. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, diciembre de 1992, 85.
- Ortiz, Caballero, R. (1996). *El derecho en la sociedad postmoderna*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pájaro, N. (2005). *El negocio jurídico como ordenamiento jurídico. La autonomía privada y la constitucionalización del derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Portalis, J. (2014). *Discurso preliminar sobre el proyecto del código civil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Ripert, G. (1946). *La regla moral en las obligaciones civiles*. Trad. de Carlos Valencia Estrada. Bogotá: Editorial La Gran Colombia.
- Ripert, G. (1950). *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Buenos Aires: Bosch.
- Ripert, G. Boulanger, J. (1957). *Tratado de derecho civil*, t. i, Trad. de Delia Gracia. Buenos Aires: La Ley.
- Rodríguez Guitián, A. (2003). Del derecho civil decimonónico al derecho civil contemporáneo. En *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. i. Madrid: Thomson-Civitas.
- Romano, S. (1959). Autonomía privada. En *Studi in onere di Francesco Messineo*, t. IV. Milán: Giuffré.
- Ross, A. (1994). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Rousseau, J. (1996). *Del contrato social*. Madrid: Alianza.
- Santos Briz, J. (1979). *Derecho civil*, t. i. Jaen: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Sanz, C. R. (1978). Reflexiones jus-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 950.
- Solari, G. (1950). *Filosofía del derecho privado II, la idea social*. Buenos Aires: De Palma.
- Stiglitz, R. (1992). *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: De Palma.
- Uprimny, R. (1997). Estado social de derecho y decisión judicial correcta. En *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Bogotá, D.C.: Ediciones Rosaristas.
- Vallespinos, C. (2010). El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al derecho del consumo. Lineamientos centrales de las leyes 24.240 y 26.36., En *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*. Coordinador Jorge Oviedo Albán. Bogotá, D.C.: Dike y Universidad de la Sabana.
- Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado – los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Villey, M. (1980). *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Buenos Aires: Gherzi.
- Welle, E.A. (2008). Freedom of contract an the securities laws: opting out of securities regulation by private agreement. *Washington and lee Law Review, Spring 1999*,
- Wieacker, F (1957). *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Trad. de Francisco Fernández. Madrid: Aguilar.
- Zimmermann, R. (2000). *Estudios de derecho privado europeo*. Trad. de Antoni Vaquer. Madrid: Civitas.



**Revista *de*
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.51.303.69>

Transitional Justice before and after Transition: Colombia in Comparative Perspective

*Justicia transicional antes y después de la
transición: Colombia en perspectiva comparada*

P H I L I P J . W I L L I A M S

D.Phil in Politics from University of Oxford. Currently Professor and Director of Latin American Studies, University of Florida, Center for Latin American Studies, 319 Grinter Hall, Gainesville, FL, 32611, USA. pjw@latam.ufl.edu

J U A N I T A D U Q U E

M.A. in Latin American Studies from University of Florida. Researcher at University of Florida Center for Latin American Studies, 319 Grinter Hall, Gainesville, FL, 32611, USA. duquesz@ufl.edu

Abstract

Colombian experience with transitional justice (TJ) significantly precedes the recent peace agreement between the Colombian government and the FARC. Colombia presents a unique case of significant efforts towards TJ before a negotiated end of the armed conflict was achieved. As such, each prior experience with TJ informed posterior efforts. After a brief summary of the evolution of the concept of TJ and TJ mechanisms, the paper provides a brief overview of comparative cases of TJ in Central America. Then, the Colombian case is considered, first examining TJ initiatives that preceded the peace agreement, before focusing on TJ mechanisms negotiated between the Colombian government and FARC. Analyzing the Colombian case in both historical and comparative perspective can help to shed light on some of the key challenges that lay ahead for TJ accountability in Colombia.

KEYWORDS:

Transitional justice, peace process, human rights.

Resumen

La experiencia colombiana con la justicia transicional (TJ) es anterior al reciente acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC. Colombia representa un caso único de esfuerzos significativos hacia TJ antes de que se lograra un fin negociado del conflicto armado. Las leyes, instituciones y programas que implementaron estos mecanismos anteriores de TJ sentaron las bases para un entorno posterior al conflicto, a pesar de que su implementación tuvo lugar en medio de un conflicto en curso. Cada administración ha podido identificar áreas de mejora para los mecanismos que ya existen y los ha fortalecido mediante cambios en la estructura normativa o mediante la creación de nuevas instituciones. Después de un breve resumen de la evolución del concepto de los mecanismos de TJ y TJ, el documento proporciona una breve descripción de los casos comparativos de TJ en América Central. Luego se considera el caso colombiano, examinando primero las iniciativas de TJ anteriores al acuerdo de paz, antes de centrarse en los mecanismos de TJ negociados entre el gobierno colombiano y las FARC. Analizar el caso colombiano en una perspectiva tanto histórica como comparativa puede ayudar a arrojar luz sobre algunos de los desafíos clave que se avecinan para la responsabilidad de TJ en Colombia.

PALABRAS CLAVE

Justicia transicional, proceso de paz, derechos humanos.

INTRODUCTION

Colombian experience with transitional justice (TJ) significantly precedes the recent peace agreement between the Colombian government and the FARC. Colombia presents a unique case of significant efforts towards TJ before a negotiated end of the armed conflict was achieved. As such, each prior experience with TJ informed posterior efforts. After a brief summary of the evolution of the concept of TJ and TJ mechanisms, the paper provides a brief overview of comparative cases of TJ in Central America. Then, the Colombian case is considered, first examining TJ initiatives that preceded the peace agreement, before focusing on TJ mechanisms negotiated between the Colombian government and FARC. Analyzing the Colombian case in both historical and comparative perspective can help to shed light on some of the key challenges that lay ahead for TJ accountability in Colombia.

1. EVOLUTION OF THE CONCEPT OF TRANSITIONAL JUSTICE

The evolution of the concept and scope of TJ was closely linked to the paradigm of democratic transitions – transitions from authoritarianism to democracy (initially the Southern Cone cases, and later of Central and Eastern Europe). The field of TJ generally ignored cases where human rights abuses took place in a context where the norms of liberal democracy were formally in place (for example, Colombia). The normative agenda related with studies of democratic transitions very much influenced the field of TJ. Priority was given to facilitating transitions and protecting newly democratic governments from authoritarian reversals. The primary objective of TJ was reconciliation (making concessions to facilitate negotiated solutions). Not surprisingly, early on the emphasis was on truth commissions and amnesties instead of judicial processes. This focus also recognized the limits on judicial systems to process massive numbers of cases of human rights abuses (Arthur 2019).

During a second period (second half of the 1990s) in the evolution of TJ there was a change towards greater emphasis on judicial processes and reparations for victims. In addition, the focus on democratic transitions opened up to include transitions from armed conflict to post-conflict. Scholars focused on how TJ mechanisms could contribute to establish and consolidate peace. Instead of presenting truth commissions and criminal tribunals as antagonistic, scholars came to view them as complementary. Reconciliation was no longer seen as a political concession but rather a mechanism to create community and political consensus.

1.1 Mechanisms of Transitional Justice

Most scholars of Transitional Justice (Olsen, Payne, Reiter 2010) focus on four or five categories of TJ: 1) judicial processes/trials, 2) truth commissions, 3) amnesties, 4) reparations, and

sometimes 5) lustration policies (purging of human rights abusers from public function). Other TJ mechanisms include institutional reforms and memory projects.

1.2 The Irreconcilable Objectives of Transitional Justice

It is important to note the contradictions that arise in the application of TJ mechanisms. For example, short term concessions associated with achieving stability (eg amnesties) often conflict with long term aspirations associated with the concept of reconciliation to build consensus and community. Moreover, TJ mechanisms often attempt to respond to local practices considered as legitimate while at the same time trying to transform the foundation of political legitimacy, rejecting practices and traditions implicated in the systematic political violence of the past (Leebaw, 2008). It is important to recognize these tensions in the objectives of TJ.

Finally, the importance of national and local context cannot be ignored. Each case is different and the mechanisms of TJ must respond to the particularities of each case (no one size fits all). The historical development, duration of the conflict, character of human rights violations, the conditions of the process of transition, the strength of political and judicial institutions, and the institutional and fiscal capacity for reparations, all must be taken into account.

2. CENTRAL AMERICAN CASES – EL SALVADOR AND GUATEMALA

The Salvador and Guatemala political/historical context during the 1930s-70s was dominated by military authoritarianism characterized by the brutal repression of democratic opposition. As the opportunities for peaceful political opposition were closed off, during the 1960s and 70s there was a process of radicalization of some opposition groups, including taking up arms. In both countries, although there were different armed revolutionary groups they succeeded in uniting under a single political-military organization (FMLN in El Salvador and URNG in Guatemala). During the 1980s the armed conflicts intensified in each country, especially in the case of El Salvador. The government of El Salvador and the armed forces came to the realization that they were not going to be able to defeat the FMLN militarily. There was also significant internal and external pressure in support of a negotiated solution to the armed conflict (Williams and Ruhl, 2013).

In El Salvador, the UN played a key role in mediating the peace negotiations that led to the signing of the peace agreement in January 1992. The UN also served as the guarantor during the implementation phase of the peace agreements. Some of the most notable provisions of the peace agreements related to TJ included:

1. Truth Commission - the establishment of a truth commission with the authority to investigate and determine responsibility for the most serious human rights violations committed during the conflict; however, there was no provision to prosecute those found responsible.

2. Lustration policy - the creation of an Ad Hoc commission to investigate the human rights records of members of the armed forces and recommend the worst offenders for removal from active duty.
3. Institutional reforms – there were several provisions related to the mission and structure of the armed forces and police. The constitutional role of the armed forces was limited and new provisions for civilian oversight introduced. Several combat battalions were dismantled, the public security (police) forces were demobilized and a new civil police force established no longer under the armed forces. In addition, the size of the armed forces was substantially reduced.
4. Disarmament, demobilization and reinsertion of the FMLN guerrillas.

Although an amnesty was never negotiated, shortly after the peace agreements were signed, the Salvadoran government approved an amnesty for members of the armed forces and police, covering both criminal and civil responsibility. In the Guatemala case, the government and the URNG agreed to an amnesty, with the exception for those responsible for genocide/crimes against humanity (Williams and Ruhl).

In the Guatemalan case, the peace agreements were not as strong in the area of TJ accountability: while they included provisions for a truth commission (Comisión para el Esclarecimiento Histórico – CEH), it was not to assign responsibility to any individual for human rights violations (García-Godos and Salvadó, 2016). The agreements provided for the restructuring and reduction of the armed forces and police (including reducing the defense budget), but did not include any provisions to purge the armed forces and police of those responsible for human rights violations. Moreover, the constitutional reforms were never approved in a popular referendum (in El Salvador, the reforms were passed during two legislative sessions). Unlike the peace agreements in El Salvador, the Guatemalan accords did include provisions to establish a reparations program.

The most important achievements in terms of TJ accountability were the investigation and clarification of the worst human rights abuses, the removal from active duty of some of the worst offenders (in the Salvadoran case), and the processes of demilitarization initiated by the two peace agreements. The limitations had to do with the fact that in neither case did the truth commissions have authority to recommend trials for human rights violations, and the amnesties were too broad and, in the Salvadoran case, not even a product of the negotiations. In addition, the Salvadoran agreements did not include any provisions for reparations to the victims. Not until the first FMLN government after the peace agreements (President Mauricio Funes – 2009-14) did the government authorize a reparations program, which began under President Salvador Sánchez Céren (2014-) with an initiative to create a registry of victims (Martínez Barahona and Gutiérrez Salazar, 2016). In the Guatemalan case, although a reparations program was provided for by the peace agreements, the program took several years to be established and, as of 2014,

the National Reparations Program (PNR) still did not have a registry of victims (García-Godos and Salvadó, 2016). Finally, the provisions of both peace agreements related to restitution and resolution of land conflicts for the victims were very weak (one of the principal causes of the armed conflict in both countries).

The Guatemalan and Salvadoran experiences with TJ provide two important lessons for the Colombian case. First, successfully negotiated peace agreements can bring an end to armed conflict but not eliminate violence, particularly if they do not respond to the principal roots of the conflict. After the peace agreements in both countries there has been a significant increase in criminal violence. In El Salvador the failure of the government to train and deploy the new civilian police in a timely fashion allowed criminal gangs to fill the vacuum. Today, El Salvador and Guatemala suffer from some of the highest homicide rates in the world. Secondly, the demands for justice do not disappear once the truth commissions have completed their work. On the contrary, in both cases there has been much pressure and efforts to bring to justice the intellectual authors of the most serious human rights violations. In the case of Guatemala, ex-president Gen. Rios Montt was judged and found guilty of genocide perpetrated during the armed conflict; although his sentence was annulled by the constitutional court (García-Godos and Salvadó, 2016). In El Salvador, there have been efforts to apply international human rights law, using judicial processes in Spain and the United States, including the deportations of ex-officials for their participation in human rights violations. The Salvadoran Supreme Constitutional Court is considering a lawsuit that argues that the 1992 amnesty law violated the government's obligations to comply with international human rights treaties. Previously, the Inter-American Human Rights Court ordered the government to judge those responsible for the El Mozote massacre (where the armed forces killed 900 civilians, including women and children) and to pay reparations to the families of the victims (similarly arguing that the amnesty law did not apply to crimes against humanity) (Martínez Barahona and Gutiérrez Salazar, 2016).

3. THE COLOMBIAN CASE

There are some obvious contrasts between the Colombian and Central American cases. Since 1958, Colombia has enjoyed civilian democratically elected governments, however, with some significant qualifications. While not authoritarian in the classical sense, the institutions of liberal democracy have functioned within a context of massive human rights violations. As such, the Colombian case is not a typical case of democratic transition, although the peace agreement could open up a process of democratic deepening. The armed conflict in Colombia was one of the oldest in the world. The guerrilla armies, including the FARC, were significantly weakened in the last ten to fifteen years of the conflict, including a significant reduction in the territories under their effective control. Their negotiating position was much weaker than the FMLN in El Salvador, more similar to that of the URNG in Guatemala. Also, in the Colombian case, the armed revolutionary groups never

united under a single political-military organization to give them more leverage. Consequently, the government has to negotiate individually with each guerrilla group. Moreover, the paramilitary organizations are quite unique in the Colombian case. Although in both Guatemala and El Salvador, paramilitary death squads operated alongside the armed forces and police, they never grew to become small armies that controlled territory as in the Colombian case. And finally, the land issue is much more complicated in the Colombian case given the duration of the conflict and additionally, the problem of illicit drugs is very unique to Colombia.

4. TRANSITIONAL JUSTICE IN COLOMBIA

4.1 Betancur Government

In comparison with the Central American cases, Colombia's experience with TJ significantly precedes the recent peace agreement with the FARC. By tracing the history of TJ in Colombia one can see how earlier efforts influenced the shape of TJ mechanisms implemented under the Uribe and Santos administrations. The foundations for Colombia's engagement with TJ have roots in Belisario Betancur's administration (1982-86). Betancur began his term after a campaign in which he advocated for a negotiated end to the armed conflict. Within the first year of the Betancur's presidency a Peace Commission (Decree No. 2711, 1982) was created to negotiate with guerrilla groups, an amnesty Law (Ley 35 de 1982) was passed, and by 1984 a bilateral cease fire agreed upon. However, just as the Betancur administration served as a foundation for the TJ mechanisms implemented by the Uribe and Santos administrations, it also set a precedent for some of the latter's shortcomings as well.

The creation of the Peace Commission allowed for government representatives to begin talks with guerrilla groups, including the FARC and M-19. Law 35 was passed in December 1982. This law granted blanket amnesty to all political crimes committed before it was enacted (Article 1), and authorized the government to organize and implement programs for the rehabilitation and reincorporation of those under amnesty as well as those subjected to armed encounters (Article 8). Hence the creation of the Plan Nacional de Rehabilitación, a program meant to increase the presence of the state in the regions most affected by the conflict. This law did not differentiate the actions of those who participated in the conflict from those who were subjected to its violence. Rather, the benefits of the law were meant to address the needs of both.

The adoption of Law 35 facilitated the possibility of demobilization. After a year of dialogue, the government and the FARC signed the first of the Pactos de La Uribe in the department of Meta. This agreement set forth a negotiated bilateral cease fire, reincorporation in the form of "political, economic, and social participation" for FARC members, and the benefits of Law 35. In turn, the Peace Commission agreed to promote political reform and to implement a rural reform

to improve the living conditions and educational levels of the rural population. The peace talks were later opened up to other guerrilla groups, however, the National Peace and Verification Commission lacked the necessary mechanisms to guarantee the rights of those demobilized. Ultimately, the peace agreement did not represent a national consensus, as most political parties, economic elites, and the military opposed Betancur's peace initiatives. Moreover, the FARC's entry into electoral politics with the formation of the Unión Patriótica (UP) was met with brutal repression from paramilitary groups and security forces.

4.2 Uribe Government

While subsequent administrations made failed attempts to negotiate an end to the armed conflict, the use of TJ mechanisms received renewed interest during the Alvaro Uribe government. As with negotiations during the Betancur administration, dialogues between government representatives and a particular armed group occurred first and later opened up to other interested armed actors. In contrast to previous administrations, Uribe turned his attention to paramilitary organizations. Negotiations between an Exploratory Peace Commission and the Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) began in 2003 with the Acuerdo de Santa Fe de Ralito. Unlike during the Betancur government, a ceasefire in 2002 preceded the negotiations, which allowed for the demobilization process to begin shortly after the agreements were signed. The Cacique Nutibara Bloc was the first to demobilize in 2003, but the process itself lasted until 2006.

The demobilization of the AUC was possible due to Law 782 of 2002 and aided by the Programa para la Reincorporación a la Vida Civil de las Personas y Grupos Alzados en Armas created by Decree 200 of 2003. Law 782 served as a foundation for the subsequent 2005 Law of Justice and Peace (Law 975). Law 975 was implemented in the midst of the demobilization of the AUC. The focus of the law was to facilitate the peace process as well as the reincorporation of those who demobilized into civilian life, while guaranteeing victims' rights to truth, justice and reparations (Article 1). In order to achieve this objective, an institutional framework for criminal prosecution was established through Law 975. This is the first example in which judicial processes for addressing human rights violations were incorporated alongside demobilization and measures for victim reparation (Cuervo, Bechera and Hinestroza, 2007: 17).

Those paramilitaries who agreed to demobilize and receive the benefits of the law were to be judged in Justice and Peace courtrooms after a voluntary deposition, indictment, reparations hearing, and sentencing. The alternative sentencing offered by Law 975 relied on retributive justice by establishing sanctions of restricted liberty of a minimum of five years and a maximum of eight years (Article 29). The restriction of liberty began in the "zonas de concentración" (Article 31) and ended after the completion of a "período de prueba" for reintegration after the sanction was completed. Jemima García-Godos and Knut Andreas O. Lid (2010: 506) refer to the

voluntary deposition and collaboration with the courts as the judicial path to truth. However, the biggest shortcoming of the process was that it relied on ex-combatants' cooperation given that the state had almost no information on their crimes. Victims' organizations criticized the judicial processes as a "sort of hidden amnesty for those combatants who did not confess their crimes" since the state had hardly any information on the crimes that took place during the conflict (Sánchez León, García-Godos and Vallejo, 2016: 256).

The AUC only demobilized partially; approximately 32,000 paramilitaries demobilized and 18,051 weapons were turned in (CNMH 2015). Only 20,000 out of the 32,000 who demobilized reported to the Programa para la Reincorporación (CNMH 2015: 77). The number of offenses brought forth to the Justice and Peace courts overwhelmed the Colombian judicial system. The first of these sentences were not issued until 2009. As of December 26, 2016, 7,531 applicants (for lighter penalties in exchange for full confessions in the Justice and Peace system) had given confessions, but only 49 sentences had been issued (Proyecto Antonio Nariño, 2017).

To receive alternative sentencing and the benefits of the law, demobilized individuals were to participate in victims reparations (Article 3), which included turning in assets obtained illegally (Article 11.5). The Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Fondo para la Reparación de Víctimas and the Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes were created, through Articles 50, 54 and 52, to fulfill the requirements to guarantee the victims' rights to truth and reparations. Forms of reparation outlined in Article 8 included both symbolic and material reparations at individual and collective levels, amongst which are: monetary compensations (Article 45), restitution (Article 46), physical and psychological rehabilitation (Article 47), guarantees of non-repetition and disseminating the truth (Article 48).

The Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) was created to guarantee victim participation, present public reports about the birth and evolution of illegal armed groups, and follow up on reincorporation and reparation processes, amongst others. In order to implement the right to truth, the CNRR formed the Grupo de Memoria Histórica (GMH). This group was used to compile a more holistic history of the armed conflict. This approach to the truth component is what García-Godos and Lid (2010: 507) refer to as the historical path. The GMH focused on academic reports, however, multiple multimedia productions were also made available to the public.

The CNRR also coordinated the Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes, responsible for procedures related to claims about property and land ownership. It aided the CNRR in designing and implementing the Programa de Restitución de Bienes. A Victim's Reparation Fund was established, composed of the assets illegally obtained by demobilized paramilitaries before joining the process, funds from the national budget, and donations. As of 2016, only 6.4% of payments made to victims were covered with funds obtained from convicted persons (Pearson, 2017: 296). Many victims did not come forth through the processes created by Law 975, some

due to logistical barriers or because they failed to fulfill requirements, while others feared retaliation (García-Godos and Lid, 2010: 509-10). By 2008 only 235,000 victims had come forth to claim reparations, and only 24 of them had received reparations (Summers, 2012: 224).

4.3 Santos Government

During Juan Manuel Santos administration, the Colombian Congress approved the Victims' and Land Restitution Law (Law 1448) in 2011, which is considered an important breakthrough for the recognition of the victims of the armed conflict. In contrast to the Justice and Peace Law, Law 1448 shifts the responsibility of proving victimhood onto the state (Article 5), and recognizes as victims, not only those harmed by illegal armed groups but also those victimized by the police and armed forces (Sánchez León, García-Godos and Vallejo, 2016). Another difference from the previous law is that the state is required to promote and implement the participation of victims in the peace process: judicial, truth, and reparations processes.

Law 1448, aimed to provide both, material and symbolic reparations to the victims' of the armed conflict while fulfilling their rights to justice, reparations and truth. The restitution component is one of the main features of the law. Article 71 defines restitution as measures that re-establish conditions prior to the violation of rights. In order to do so, the state is required to compensate victims of displacement or dispossession with the juridical and material restitution of their lands. Only the violation of rights that took place after 1991 are eligible for restitution; those occurring from 1985-91 can only be compensated financially.

Reparations in form of restitution also include the process of return or relocation (Article 70) as well as housing (Article 123). Matters of restitution are to be handled through the Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, created for a period of ten years, under the Department of Agriculture and Rural Development (Article 103). This entity is responsible for designing, implementing and preserving the Registro de Tierras Presuntamente Despojadas y Abandonadas Forzosamente (Article 76), which includes information about the land to be restituted, as well as the victims and the process of restitution. The financial instrument, the Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (Article 111), depends on the national budget, donations, as well as the assets obtained illegally by demobilized actors, amongst others (Article 113). Women heads of household are to be given prioritization in the process of restitution (Article 115). Law 1448 also addresses matters of housing restitution, however, instead of creating new entities for the matter it resorts to those already in place: Subsidio Familiar de Vivienda, the Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial and the Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (Articles 123-7).

In terms of symbolic reparations, the Law establishes April 9th as a national day for solidarity and memory (Article 142), commits to create an archival program of Human Rights and Historical Me-

memory (Article 144) and the Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH - Article 146). The CNMH replaced the CNRR and was charged with creating a museum of memory, of managing the archive for historical memory and the Program for Human Rights and Historical Memory, as well as putting together exhibits and disseminating information, amongst others. Amongst the most important publications of the CNMH is the 2013 report titled *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*, the closest example of a truth commission in the Colombian case up to this point.

The Victims' and Restitution Law also created the Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV, Article 166) to administer the reparation program for victims. Among the entities under the UARIV are the Fondo para la Reparación de Víctimas, the Registro Único de Víctimas, and the Red Nacional de Información para la Atención y Reparación a las Víctimas.

As of January 2017, the Registro Único de Víctimas (RUV) had registered 8,250,270 victims of the armed conflict.¹ The databases through the Registro Nacional de Información (RNI) contain detailed information about various reparation and rehabilitation programs.² According to the Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente (RTDAF) as of June 2017 the number of inscriptions under review surpassed 41,000. The number of requests per year for restitution, on the other hand, grew from 7,209 in 2011 to 28,227 in 2013, and has decreased since to 5,651.

The strength of these preceding TJ mechanisms is precisely that they made transitional justice a part of the Colombian constitution and vocabulary. These laws, institutions and programs set the foundation for a post-conflict environment even though their implementation has taken place in the midst of an ongoing conflict. Each administration has been able to identify areas of improvement for the mechanisms already in place, and have strengthened them through either changes to the normative structure or by creating new institutions. Therefore, through the Victim's Law, the Santos administration addressed those marginalized by the Justice and Peace Law and set the foundation for the points negotiated by his administration and the FARC-EP.

¹ By examining the RUV according to the years in which the person's rights were violated one may notice that the number of people being victimized increases from 24,663 in 1985 and peaks at 857,446 in 2002. The years with the highest number of violations being 2000-2008. Through this particular filter of the RUV it is also possible to notice a dramatic decrease in victimizing events from 2002-2003 when the paramilitaries began to demobilize, as well as from 2015-2017 as the FARC-EP entered in negotiations with the state (see Table 1).

² An example is the Housing program. As of April 2016, the housing program had benefitted 86,258 homes or 290,503 individuals on a national level. The RNI reports that within more than half of these homes, 57,997, reside persons victimized by the armed conflict. The departments with the largest concentrations of homes from the housing program, according to the data available, are: Antioquia, Atlántico, Córdoba, Magdalena, and Valle del Cauca, as well as Cundinamarca and Bogota D.C.

4.4 Transitional Justice and the Final Peace Agreements

As the peace talks between Santos government and the FARC advanced from 2012 to 2016, previous experiences with transitional justice served as examples for a negotiated end to the conflict. The Bentancur administration attempted full amnesty but was unable to guarantee the rights of either victims or demobilized ex-combatants. This first experience culminated in the massacre of members of the Union Patriótica political party, which was created by those who participated in the demobilization process that began in the 1980's. Through the Justice and Peace Law, the Uribe administration avoided granting full amnesty through reduced sentences but failed to guarantee victims' rights to truth, justice and reparation. The approach taken through the Final Agreement is one of conditional amnesty, which sets out not only to implement retributive justice but also restorative justice.

The role of international mediation in the peace negotiations was different from that of El Salvador and Guatemala, where the UN served as an official mediator. In the Colombian case, a group of countries (Cuba, Chile, Norway, and Venezuela) supported the peace talks. The UN's role was limited to verifying the process of disarmament and demobilization of the FARC, not the implementation of the agreements as in El Salvador and Guatemala.

The initial peace agreement signed by the two sides in August 2016 was not approved in the referendum held on October 2, 2016. Opponents of the agreement contended that "the justice components of the peace agreement, which centered on truth, reconciliation and reintegration, rather than solely on trials, were tantamount to allowing rebels to get away with murder" (Reiter, 2016). After a month of re-negotiation taking into account many of the opposition's objections to the agreement, the Colombian government and FARC reached a new final agreement to end the longstanding conflict. The revised agreement – signed on November 24, 2016 - contained improved mechanisms for transitional justice, particularly outlining and defining what types of crimes would be judged by the special tribunals, and providing more specifics about the FARC's transformation into a political party (Peace Government Team Colombia 2016).

The final agreement covered six points: 1) rural integral development, 2) political participation, 3) the problem of illicit drugs, 4) ceasefire and disarmament, 5) victims, and 6) implementation, verification, and referendum. Point 5 of the agreement is most directly related to transitional justice and provides for the creation of the Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). The SIVJRNR is composed by the Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), the Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV), and the Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD); thus combining judicial and extrajudicial TJ mechanisms.

Law 1820, 2016, regulates the implementation of the justice component of the SIVJRNR, the JEP. According to Article 7 of this law, amnesty is a mechanism applied to members of the FARC as well as to those accused of being so, after they agree to abide by the Final Peace Agreement. Therefore, amnesty is limited to those who committed minor crimes and conditioned on the individual's compliance with the SIVJRNR and does not exempt them from the responsibility to contribute with truth and reparations; failure to do so results in the removal of any special sentences. Following international law, those responsible for human rights violations, crimes against humanity, and genocide are ineligible for amnesty.

The peace agreements provide for three categories of sanctions depending on the degree of acceptance of responsibility in the commission of human rights violations.

- 1) For full and prompt confession to the “worst and representative crimes” committed during the armed conflict, alternative sentences of “effective restriction of liberty”³ ranging from 5 to 8 years in non-prison conditions are to be imposed; and 2 to 5 years for those who did not have a “decisive participation” in the violations.
- 2) For those who come forward after the initial period is over to recognize their responsibility for human rights violations, an “ordinary” sentence ranging from 5 to 8 years in prison will be applied.
- 3) For those unwilling to recognize their responsibility for human rights violations, a prison sentence of 15 to 20 years will be applied.

The inclusion of state agents and civilians as beneficiaries of transitional justice is one of the many differences between the peace agreements with the AUC and FARC-EP. Whereas previous peace agreements excluded any form of recognition of transgressions on behalf of the state, the Final Peace Agreement is framed through this recognition and goes as far as to regulate the judicial process for state agents. As of November 2017, 3,491 ex-guerrillas and 1,714 current and former military and security personnel had signaled their intention to be tried under the new system (Isacson, 2017).

The transitional justice system established under the JEP has been criticized on a number of scores. Opponents of the peace agreement argue that the alternative sentencing is too lenient on FARC leaders and ex-combatants. Others criticize the vague language in the agreement and implementing legislation that fails to detail the conditions of confinement. Despite these criticisms, the peace negotiators looked for creative solutions that allowed the government to comply with international human rights treaties and at the same time convince the FARC to lay

³ The conditions of confinement are to be determined by the tribunal judge.

down its arms without the guarantees of a general amnesty. There was already some precedent with alternative sentences under Uribe's Law of Justice and Peace. As was pointed out, the previous law only applied to the paramilitaries and did not insist on accountability for state agents responsible for human rights violations.

Additional concerns had to do with the definition of "command responsibility" for military commanders. In November 2017, the Constitutional Court upheld the legislature's definition of command responsibility that departs from international norms. Instead of using the standard of "should have known" about crimes committed by their subordinates, military commanders can avoid accountability by claiming to not have known of their subordinates' illegal actions (Isacson, 2017). And finally, the law implementing the JEP removed language from the agreement that would have compelled civilian third parties (landowners, narcotraffickers, local officials, etc.) to appear and confess before the JEP. Now, civilian non-combatants will only appear before the JEP "voluntarily."

The peace agreement also provides for the establishment of a truth commission (La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición – CEV) that builds on earlier efforts described above during the Uribe and Santos administration and aims to play a fundamental role in peace-building efforts. The CEV is a temporary "organ" of extra-judicial nature that seeks to learn the truth of what took place during the armed conflict; to contribute to the clarification of the abuses committed; to offer an explanation of the complexity of the conflict to society; to promote recognition of victims, and the voluntary recognition of individual and collective responsibilities of those who participated in the armed conflict; and to promote peaceful coexistence in territories affected by the armed conflict to guarantee non-repetition. The eleven members of CEV will be chosen by a selection committee whose members will be designated by the United Nations, the European Court of Human Rights, the state University system of Colombia, the Sala Penal of the Colombian Supreme Court of Justice, and the International Center for Transitional Justice (ICTJ). The commission was formally installed in May 2018.⁴

And finally, the peace agreement provides for a program for integral reparations, building on earlier reparations efforts (and far more comprehensive than in the Central American cases). The reparation provisions cover material, psychological, and physical reparations, both individual and collective reparations, land restitution, collective return, and public acts of acknowledgement of collective responsibility. Reparations program will use existing institutions established as a result of the Vic-

⁴ The CEV is headed by Jesuit priest Francisco de Roux; other members include journalist and historian Alfredo Molano Bravo, other human rights experts like Lucía González Duque, Martha Cecilia Ruiz and Saúl Alonso Franco, retired army major Carlos Guillermo Ospina, Alejandra Miller Restrepo, María Ángela Salazar, María Patricia Tobón, Alejandro Valencia Villa, and Spanish national Carlos Martín Beristain.

tims' and Land Restitution Law (Law 1448). The challenge here is the magnitude of victims' claims and the inability of the Colombian government to make significant progress meeting the goals set out in Law 1448. There are also widespread doubts as to the government's ability to fully fund the reparations program. On the other hand, significant progress has been made on the part of the FARC participating in public acts of acknowledging its collective responsibility for violations committed during the conflict; however, there has been greater reticence on the part of the Colombian government to recognize its own responsibility (CLACSO 2017).

4.5 Violence after Demobilization

Similar to the Central American cases, we have seen an increase in violence after the demobilization of ex-combatants. This was the case after the paramilitary demobilization with the transformation of many paramilitary groups into criminal organizations (bandas criminales – BACRIM). Similarly, with the FARC's demobilization and giving up territories it previously occupied, new armed groups have moved in to fill the vacuum as the Colombia state has been slow to develop a strong institutional presence in these areas. In addition to criminal violence, we have also seen political violence directed against human rights and community activists. Since the agreements were signed in November 2016 through April 2018, almost 300 community organizers and activists have been murdered and hundreds more have received death threats (Díaz and Jiménez, 2018).

CONCLUSION

Unlike the Central American cases, we saw how the recent peace agreements in Colombia built upon earlier experiences with transitional justice beginning with the Betancur administration. Each new peace agreement and law that incorporated TJ mechanisms attempted to improve on previous efforts but their success was limited within the context of an ongoing armed conflict. The recent peace agreements that brought an end to the armed conflict with the FARC represent a major advancement in the pursuit of transitional justice accountability. While significantly more comprehensive than the TJ mechanisms implemented in the Central American cases, the Colombian peace agreements fall short in the area of institutional reform related to the military and security forces. Whereas in the Central American cases (especially in El Salvador) the military and police underwent significant restructuring and reform, the FARC was never in a position to extract such concessions during the negotiations.

Similar to the Central American cases, the peace agreements in Colombia reflect the sometimes irreconcilable contradictions of TJ. On the one hand, the agreements contained incentives for the FARC and members of the military and security forces who had committed human rights abuses that violate the social expectations for truth and justice on the part of victims (González Chavarría,

2010). These incentives/concessions were considered necessary to bring an end to the armed conflict and to create stability in the short term. On the other hand, TJ has as a long term aspiration the integral reparation of victims that requires mechanisms such as truth commissions so that the victims can learn the truth about past abuses; programs of reparation to address the material, physical, and psychological damage resulting from these abuses; and institutional changes that guarantee the rule of law and no repetition of past abuses. These TJ mechanisms require resources and institutional capacity that are often lacking. Lastly, the way in which political leaders negotiate these tensions and contradictions related to TJ in the short term will shape the prospects for establishing a lasting peace in the long term.

TABLE 1. VICTIMS OF THE COLOMBIAN ARMED CONFLICT PER INDIVIDUAL AND ACT OF VICTIMIZATION

VIGENCIA	PERSONAS	VIGENCIA	EVENTOS
Antes de 1985	231.452	Antes de 1985	237.761
1985	24.663	1985	27.394
1986	27.625	1986	30.714
1987	34.233	1987	38.049
1988	54.272	1988	59.173
1989	52.604	1989	57.645
1990	64.249	1990	70.322
1991	64.941	1991	71.661
1992	77.292	1992	84.838
1993	82.872	1993	90.352
1994	86.305	1994	93.122
1995	140.619	1995	150.726
1996	180.821	1996	194.134
1997	298.756	1997	321.693
1998	289.098	1998	309.88
1999	330.879	1999	354.117
2000	677.729	2000	734.546
2001	742.736	2001	793.491
2002	857.446	2002	917.544
2003	534.439	2003	575.068
2004	478.624	2004	512.278
2005	526.749	2005	555.342
2006	499.559	2006	522.571
2007	518.365	2007	540.745
2008	457.074	2008	473.974
2009	274.006	2009	286.259
2010	216.457	2010	229.273
2011	257.25	2011	278.993
2012	260.133	2012	320.752
2013	273.203	2013	325.202
2014	256.739	2014	305.963
2015	188.214	2015	224.662
2016	94.246	2016	116.717
2017	49.699	2017	62.843
Sin información	27.054	Sin información	27.098
Total	9230.403	Total	9.994.902

*Personas: Víctima identificada de manera única ya sea por su número de identificación, por su nombre completo o por una combinación de ellos.

*Eventos: Ocurrencia de un hecho victimizante a una persona, en un lugar (municipio) y en una fecha determinada.



Red Nacional de Información
Información al servicio de las víctimas



UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS

REFERENCES

- Arthur, Paige (2009). "How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice." *Human Rights Quarterly*, 31, (2), May, 321-367.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (2015). *Desmovilización y reintegración paramilitar: Panorama pos-sacerdos con las AUC*. Bogotá: CNMH.
- CLACSO. (2017). "Terminó la guerra, el postconflicto está en riesgo: A un año del acuerdo de paz." November: <http://www.pares.com.co/wp-content/uploads/2017/11/TERMINO-LA-GUERRA-EL-POSTCONFLICTO-ESTA-EN-RIESGO-2.pdf>
- Cuervo, J., E. Bechera and V. Hinestroza (2007). *Justicia transicional: Modelos y experiencias internacionales. A propósito de la ley de justicia y paz*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Diaz, F. and Jiménez, M. (2018). "Colombia's Murder Rate is at an All-Time Low but its Activists Keep Getting Killed." *The Conversation*. April 6: <http://theconversation.com/colombias-murder-rate-is-at-an-all-time-low-but-its-activists-keep-getting-killed-91602>
- García-Godos, J. and Knut Andreas O. O. Lid (2010). Transitional Justice and Victims Rights before the End of a Conflict: The Unusual Case of Colombia. *Journal of Latin American Studies* 42(3), 487-516. doi:10.1017/s0022216x10000891.
- García-Godos, J. and Salvadó, L.R. (2016). Guatemala: Truth and Memory on Trial. In *Transitional Justice in Latin America*, edited by Elin Skaar, Jemina García-Godos, and Cath Collins (pp. 203-226) New York, NY: Routledge.
- González Chavarría, A. (2010). Justicia transicional y reparación a las víctimas en Colombia. *Revista Mexicana de Sociología*, 72(4), October-December, 629-658.
- Grupo de Memoria Histórica (2010). *La masacre de El Salado: Esa guerra no era nuestra*. Bogotá: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Taurus.
- Isacson, A. (2017). Rescuing Colombia's Post-Conflict Transitional Justice System. Washington Office on Latin America. <https://www.wola.org/analysis/colombias-post-conflict-justice-framework-remains-vague-becoming-less-fair/>
- Leebaw, B. (2003). Legitimation or Judgment? South Africa's Restorative Approach to Transitional Justice. *Polity*, 36(1), October: 23-51.
- Martínez Barahona, E. and Gutiérrez Salazar, M. L. (2016). "El Salvador: The Difficult Fight Against Impunity." In *Transitional Justice in Latin America*, edited by Elin Skaar, Jemina García-Godos, and Cath Collins (pp. 178-202) New York, NY: Routledge.
- Melamed Visbal, J. (2017). Diferencias entre el modelo de justicia transicional aplicable a las FARC-EP y el aplicado a las Autodefensas Unidas de Colombia. *Izquierdas*, 32, 151-171. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-50492017000100151>

- Olsen, T., Payne, L. and Reiter, A. (2010). *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington, D.C.: US Institute for Peace.
- Peace Government Team Colombia. 2016. *Peace agreement*. <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/especiales/abc-del-proceso-de-paz/phone/por-que-este-proceso-de-paz-es-diferente.html>
- Proyecto Antonio Nariño. (2017). "Los retos para el acceso a la información en la implementación del Acuerdo Final entre el gobierno y las Farc." <http://www.pan.org.co/sites/default/files/pdf/INFORME%20PAN.pdf>
- Reiter, A. 2016. "The wrong choice in Colombia." *U.S News*: <http://www.usnews.com/opinion/articles/2016-10-04/colombia-no-vote-on-FARC-peace-referendum-was-the-wrong-choice> (October 4)
- Rodríguez Ribero, M. (2013). "Constructing victims in the land restitution law in Colombia: (re) making victims or moving towards justice?" *Revista Le Bret* (5). Bucaramanga, Colombia: Universidad Santo Tomás, pp 143-160.
- Sánchez León, N., García-Godos, J. and Vallejo, C. (2016). Colombia: Transitional Justice before Transition. In *Transitional Justice in Latin America*, edited by Elin Skaar, Jemina García-Godos, and Cath Collins (pp. 252-274) New York, NY: Routledge.
- Summer, N. (2012). Colombia's Victims' Law: Transitional Justice in a Time of Violent Conflict? *Harvard Human Rights Journal*, 25, 219-235.
- Williams, Ph. J. and Ruhl, J. M (2013). Demilitarization after Central American Civil Wars. In *Demilitarization in the Contemporary World*, edited by Peter Stearns (pp. 216-245) Urbana, IL: University of Illinois Press.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.51.347.5>

Regulación y autorregulación de la oferta pública de valores en Colombia, 2008-2016

*Regulation and self-regulation of the
takeover bids in Colombia, 2008-2016*

C O N S T A N Z A B L A N C O - B A R Ó N

Economista, especialista en Derecho Financiero y Bursátil,
magíster en Estudios Políticos y Doctora en Sociología Jurídica e
Instituciones Políticas. Profesora Titular Investigadora,
Universidad Externado de Colombia. constanza.blanco@uexternado.edu.co

Resumen

En este artículo se examina la eficacia de las reformas normativas al mercado de valores en Colombia entendida como el logro de los objetivos propuestos para su promulgación, y la participación del regulador y supervisor en este propósito, y si la regulación logró mejoras en la asignación de recursos en la economía, y por tanto en la eficiencia, entre 2008 y 2016. Partiendo de tres premisas: el lugar eminentemente secundario del mercado de valores en el sistema financiero; la utilización de la regulación como principal instrumento de intervención del Estado en el mercado, y la coexistencia de la regulación y de la autorregulación, se pretende demostrar que la regulación tuvo una eficacia limitada y un resultado poco eficiente en la asignación de recursos financieros por el mercado, y que el papel primordial lo tomó la autorregulación en lo referente al desarrollo del mercado secundario.

PALABRAS CLAVE

Regulación del mercado de valores; autorregulación; análisis económico de las normas; oferta pública de valores.

Abstract

This article exams the effectiveness and efficiency of the regulatory reforms to the Colombian stock market in the period 2008 to 2016. Effectiveness is understood as the achievement of the objectives proposed for the issuance of the regulation. Efficiency is assumed as the best allocation of resources in the economy, as a result of new rules. The article is based on three premises: stock market has extremely secondary place in the financial system; the regulation is the main instrument of intervention of the State in the market; and, regulation and self-regulation coexist. It aims to demonstrate that the regulation had limited effectiveness and a little efficiency in the issuance of traditional stocks, but self-regulation took him the primary role in the development of the secondary market of new financial products.

KEYWORDS

Regulation of stock markets, self-regulation, economic analysis of law, public offer of securities.

Después de la ceremonia [de la firma de la ley que estableció la SEC en Estados Unidos, el presidente] Roosevelt se acercó a Pecora y le preguntó: Ahora que he firmado y promulgado este instrumento, ¿qué clase de ley será esta, Ferdinand? Pues será una buena o mala ley, dependiendo de las personas que la apliquen, fue la incisiva respuesta de Pecora.

Nadal, 2017

INTRODUCCIÓN

A pesar de las modificaciones efectuadas a la regulación, la oferta pública de valores en Colombia continúa teniendo las mismas características que han sido tradicionales en un mercado poco desarrollado, que sigue sufriendo las consecuencias de problemas estructurales ya identificados desde mediados de la década de los años 1990 o incluso antes. Aunque la regulación ha sido un instrumento utilizado para darle impulso a la importante fuente de financiación de la economía real que es la oferta de valores, desde una autoridad como es la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) se reconoce que las reformas no han sido útiles para atraer emisores al mercado de capitales (*Portafolio*, 2016).

Lo anterior además de que el mercado se enfrenta ahora a cambios en el ámbito internacional generados por la crisis financiera de 2008 y los consecuentes efectos en la recomposición de los sistemas financieros en general y de los mercados de capitales en particular. Igualmente, se han producido ajustes en las condiciones económicas internas del país, que muestran, entre otros resultados para Colombia para 2016: una mayor tasa de inflación, baja en el crecimiento de la economía, y revaluación del peso en relación con las divisas dada la caída de los precios de los *commodities* en el mercado internacional desde mediados de 2014 y la consecuente disminución de las exportaciones (Banco de la República, 2017). No obstante, un aspecto que podría resultar positivo en el comportamiento futuro de la oferta pública lo constituye un nuevo impulso a la integración regional que se dio con la creación del Mercado Integrado Latinoamericano (MILA) en 2011.

En su programa de mejora normativa, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha establecido la necesidad de revisar cuidadosamente la pertinencia de emitir nuevas normas, indicando que la intervención del Estado no es la panacea cuando se quieren resolver problemas de fallas de mercado, y que existen otras opciones como la autorregulación e incluso la co-regulación (OECD, 2012). En este contexto, resalta la frase en el epígrafe de este artículo, que se atribuye a Pecora, gestor de la ley que creó la Comisión de Valores y Bolsas de Estados Unidos (SEC por su sigla en inglés), lo que dio origen a la intervención del Estado en el mercado de valores en la tercera década del siglo XX: “una ley será buena o mala, dependiendo de las personas que la apliquen” (Nadal, 2017).

Lo anterior lleva a considerar tres aspectos: uno, la eficacia de las normas en su sentido amplio, esto es, si la regulación va a resolver las fallas de mercado, dando por entendido el cumplimiento de las normas por parte de los agentes (*compliance*), que lleva a un papel en cierta forma preventiva de la supervisión; dos, utilizando la definición restringida de eficacia que tiene que ver con la capacidad de las organizaciones de dar respuesta a los incumplimientos (Rubio, 2007, p. 245), en una labor que puede ser fiscalizadora por parte de las autoridades competentes, y tres, si las normas son eficientes en el sentido de mejorar la asignación de recursos en la economía, según la acepción de Baldwin (2012). En otro sentido al de Pecora, en este artículo se considera que una norma es buena porque cumple con los objetivos para los cuales fue emitida.

En este contexto, el objetivo de este artículo es examinar la eficacia de las reformas normativas introducidas al mercado público de valores en Colombia entre 2008 y 2016, entendida como el logro de los objetivos propuestos para su promulgación, y la participación de regulador y supervisor en este propósito, y en este sentido, si la regulación logró mejoras en la asignación de recursos en la economía y por tanto en la eficiencia.

Para el análisis se parte de las siguientes premisas: en primer lugar, el sistema financiero no intermediado o mercado de valores ocupa un lugar eminentemente secundario dentro del sistema financiero; en segundo lugar, el instrumento primordial que ha utilizado el Estado para intervenir en el mercado de valores ha sido la regulación, la cual es justificada desde la perspectiva de la corrección de fallas de mercado, en particular las asimetrías de información; en tercer lugar, la regulación del mercado (interés público) coexiste con la autorregulación (interés privado, aunque regulado), y en esta última participan la bolsa de valores y los demás administradores de sistemas de negociación.

La hipótesis que se pretende demostrar en este artículo es que la regulación tuvo un impacto muy limitado en cuanto a eficacia en el mercado de valores en el período 2008 a 2016, así como en la eficiencia en la asignación de recursos de financiación por el mercado, y el papel primordial lo tomó la autorregulación en lo referente al desarrollo del mercado secundario, especialmente en lo que concierne a la creación de nuevos productos financieros.

El método utilizado es la evaluación interdisciplinaria de tipo cualitativo de las normas que regulan la oferta pública de valores, tanto para el mercado primario como para el mercado secundario, con objeto de constatar (1) la eficacia de la regulación en su sentido amplio, dentro de un concepto de racionalidad material de la norma según la definición de (Morales, 2005), y (2) la eficiencia de la regulación, definida por Baldwin (2012) como la generación de una mejor asignación de recursos en la economía, en este caso de financiamiento a través de la oferta pública de valores. Lo anterior en el marco del proyecto de investigación sobre seguimiento al marco institucional del mercado de valores en Colombia, que se entiende en el sentido de North

(1993). El análisis se enriquece con la revisión de fuentes empíricas sobre el desempeño del mercado primario y secundario.

El artículo está estructurado así: la primera parte es esta introducción; en la segunda parte, se establece el marco teórico de la investigación; la tercera parte se divide en tres secciones, cada una de las cuales desarrolla un eje temático que corresponde a las tres premisas de las cuales parte el artículo; la cuarta corresponde a una revisión del MILA, y por último, se exponen algunas conclusiones.

1. MARCO TEÓRICO

Regulación es “el conjunto específico de medidas que son aplicadas a actividades socialmente valiosas”, o “la manera como el Estado ejerce influencia en actividades a través de incentivos económicos, asignación de recursos, suministro de información o de otras formas”, de modo que “se afecta el comportamiento de los agentes” (Baldwin, 2012, p. 3). Se acepta que el propósito específico de la regulación es la corrección de fallas de mercado, en búsqueda de la eficiencia, y por eficiencia se entiende el logro de la mejor asignación posible de recursos escasos dentro de una economía.

Desde otro punto de vista, por regulación también puede entenderse “el estudio social de las políticas, las instituciones y la eficacia de los controles formales e informales” (Herrera, 2017, p. 270). Esta conceptualización permite involucrar en el análisis lo concerniente a la supervisión, con su conjunto de instrumentos de inspección y vigilancia de los operadores y control de las actividades en las que hay manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Uno de los puntos que debería cumplir una buena regulación, es que la acción regulatoria es eficiente (Baldwin, 2012, p. 27). Respecto de la eficiencia, este autor plantea dos visiones: la primera se relaciona con la puesta en ejecución la norma o más pronto y con los menores costos posibles; la segunda es que los resultados de la regulación son eficientes, es decir, se logra la mejor asignación de recursos, o mejor aun, dentro de un concepto de eficiencia dinámica, la respuesta respecto de la innovación es positiva (Baldwin, p. 31).

En un ámbito de Derecho positivo la normatividad podría mejorar el ámbito de actuación de los agentes al dotar de seguridad jurídica al mercado y así facilitar eventualmente los procesos y ser ámbito para proporcionar nuevos instrumentos más acordes con las necesidades de los actores económicos, tanto de financiamiento de proyectos productivos como de rotación de portafolios. La regulación podría establecer un régimen apropiado de incentivos que estimule las conductas adecuadas al paso que sanciona las actuaciones contra el mercado, con el consecuente incremento en la confianza de los inversionistas. En ese sentido, la disminución de costos de tran-

sacción y/o el aumento en los beneficios esperados de los procesos de emisión deberían tener previsiblemente un impacto positivo en el comportamiento de la oferta pública de papeles.

Esta forma de entender la regulación está dentro de la teoría neoinstitucional, que plantea que las normas jurídicas son instituciones formales, que inciden en el comportamiento de los agentes en lo económico, político y social, y un alto cumplimiento de estas normas explicaría el mayor desarrollo relativo de los países (North, 1993). En el caso del mercado de valores, dicho marco institucional está conformado primordialmente, aunque no exclusivamente, por la Ley 964 de 2005 marco del mercado de valores, el Decreto 2555 de 2010 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) y las circulares Básica Jurídica y Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

Respecto de la conceptualización de eficacia de la regulación, se tiene, por un lado, la obtención de los objetivos de las normas dentro de un concepto de racionalidad material, como la establece Morales (2005), y de otro, la relación con el cumplimiento de las normas. En el primer caso, la regulación incide en el comportamiento de los individuos mediante sanciones o premios, estructuras de castigos que hagan costosas determinadas actividades (*deterrence*), o incentivos a comportamientos deseables, que se entiende como *enforcement* de la regulación (Baldwin, 2012, p. 239). En el segundo, la eficacia de la regulación tiene que ver con su seguimiento por parte de los agentes, y corresponde a la respuesta que dan las autoridades al incumplimiento de las normas (Rubio, 2007, p. 245).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que lo deseable es que las normas no sean excesivas, para evitar que desestime la actividad, de manera que las autoridades deben preocuparse por proponer oportunamente los ajustes que se requieran para que la regulación funcione de manera adecuada (Baldwin, 2012, pp. 227, 256-257). Esto debe realizarse en un contexto de racionalidad material propia del Derecho regulativo, como la plantea Morales (2005), según la cual, la regulación tiene un propósito específico.

En este contexto, debe tenerse en cuenta dos aspectos: el primero es que la regulación de los mercados financieros sigue estándares internacionales, cuya formulación obedece a la necesidad de identificar, medir y mitigar adecuadamente los riesgos de la actividad, en particular los que conciernen a la posibilidad de inestabilidad sistémica global después de la crisis de 2008. Esto se suma a la organización de los sistemas financieros en modelos de multibanca o banca universal, en los que una sola entidad presta todos los servicios financieros. En este ejercicio se han vuelto difusos los límites entre los dos segmentos del sistema financiero, el intermediado o bancario y el desintermediado o mercado de valores, de manera que hoy se aplican a ambos los criterios de regulación macroprudencial, y los servicios se prestan bajo una sola forma jurídica. Según lo establecido por Basilea III, la solvencia de los intermediarios debe ser tal, que el capital regulatorio supere un porcentaje (el 9 %) de los activos ponderados por nivel de riesgo de crédito (contraparte), mercado

y operativo, así como garantizar una adecuada liquidez, tanto en situaciones de normalidad como de crisis (SFC, 1995). Ante esta realidad, los principios de regulación de los mercados de valores quedan en segundo plano, aunque, por supuesto, no se desconocen.

Un segundo aspecto para considerar es que en virtud de la globalización se ha incrementado la interdependencia entre países y sectores, en la búsqueda de mayor competitividad en el ámbito internacional (Yepes, 2015, p. 85). En tal contexto, se ha producido la integración de mercados de valores con diferentes tipos de control, autorregulación o gobierno, que pasan a tener las mismas reglas e igual acceso a instrumentos financieros y servicios, para dar lugar a nuevos ámbitos de operación, tales como integraciones de bolsas de diferentes países, entre los que se cuenta el de las bolsas de Colombia, Chile y Perú, que conformaron el MILA (Yepes, 2015, p. 86).

Como es evidente, la integración de los mercados obliga a la homologación o armonización de las diferentes regulaciones, a fin de generar un espacio adecuado para la realización de operaciones con valores y su compensación y liquidación. De consolidarse tal situación, al decir de los analistas se generarían importantes beneficios tanto para emisores como para intermediarios, como pueden ser: mayor transparencia, menores costos de transacción, entre ellos en el acceso a la infraestructura; por ende, mayor eficiencia, y un aumento en las transacciones transfronterizas (Yepes, 2015, p. 87) (Leraul, 2016, p. 50).

De otro lado, Rosillo (2008) describe la autorregulación como “la manifestación social de la adopción, a partir del respeto de los intereses generales, de parámetros y reglas dentro de un sistema, organización o actividad, con el propósito de ordenar las actuaciones y comportamientos, procurando el bien común” (p. 5). En este sentido general, se observa cómo los agentes que actúan dentro del interés privado ponen por encima de este el interés público, constituyéndose en “una alternativa que genera un balance entre la excesiva intervención del Estado (...) y la ausencia (...) de regulación” (p. 6).

Más concretamente puede entenderse la autorregulación como

un modelo en el cual la capacidad para definir las reglas de juego, así como su monitoreo, corresponde principalmente a un grupo determinado de personas, quienes, de manera autónoma, establecen los mecanismos para regular su propia conducta y la de otras personas que aceptan su autoridad, todo en aras (de) proteger los intereses y el bien común de los integrantes de una colectividad. (Castaño, 2011, p. 133).

Estas reglas de juego pueden surgir de manera espontánea que permitan el desarrollo de actividades o negocios (Rosillo, 2008, p. 1), o bien el Estado puede tener injerencia en su promulgación para “cubrir espacios” que no alcanza a abarcar en la protección de intereses públicos (p.1).

La autorregulación ayudaría a corregir las fallas de mercado en forma “más eficiente y efectiva que el Estado”, por dos razones: la primera es que el organismo de autorregulación conocería de primera mano el mercado que está regulando y monitoreando, y la información circularía más rápido entre los agentes que de estos al regulador, de manera que tendría mejores elementos de juicio y herramientas para solucionar los problemas (Castaño, 2011, p. 139). La segunda razón es que el organismo privado contaría con prácticas operativas y de organización más flexibles que las del Estado (p. 139). La mayor eficiencia de la autorregulación se evidenciaría en los siguientes aspectos: menores costos de búsqueda de información; procedimientos de investigación y sanción más flexibles; costos más bajos de supervisión y sanción; igualmente menores costos en la relación entre los agentes y el autorregulador, y finalmente, reducción de costos a cargo del erario (pp. 139-140).

Según Rodríguez (2014), en Colombia el modelo es de autorregulación obligatoria (*Mandated Self-regulation*), en el cual conviven la regulación estatal y la autorregulación (p. 36). En este modelo, una industria en este caso es requerida por el Gobierno para formular y hacer cumplir normas que regulan los comportamientos de los miembros definidos con anterioridad por el Estado (p. 36). Este modelo en el que interactúan el sector privado y el Estado en la determinación, monitoreo y sanción por su incumplimiento de las reglas de juego del mercado, es decir, en el que hay regulación estatal y autorregulación privada, lo denomina Rosillo (2008) como mixto (p. 19).

En ese ámbito, la Ley 964 de 2005 le otorgó rango legal a la autorregulación al declararla actividad relevante para el mercado, así como institución dentro del mismo reconociendo su importancia para la operación con valores (Rosillo, 2008, p. 18). Igualmente, se definió un esquema flexible de autorregulación en el que la industria escogió la creación de un autorregulador único en lo que concierne a conductas del mercado, dentro de los presupuestos de transparencia, integridad y eficiencia (Corte Constitucional, 2007). El modelo escogido en Colombia de “autorregulación regulada” fue declarado exequible por la Corte Constitucional, la cual estableció que la regulación y la autorregulación no son actividades excluyentes, pues las dos se articulan entre sí con un propósito común”, y que esta última es un

sistema complementario de naturaleza privada que contribuye con el Estado en la misión de preservar la integridad y estabilidad del mercado, la protección de los inversionistas y el cumplimiento de la ley, garantizando que esa actividad económica sea justa, eficiente y transparente. (Corte Constitucional)

No obstante que una importante labor de la autorregulación es la que corresponde a la supervisión de los agentes, y la sanción en caso de comprobarse el ejercicio de conductas ilícitas, no por ello debe desconocerse otra función cardinal, que es la de regulación propiamente dicha. En

este caso, debe tenerse en cuenta que los sistemas de negociación, y la bolsa de valores en tal calidad, son también organismos autorreguladores, con la capacidad de dictar sus propios reglamentos respecto de la negociación y operaciones que se desarrollen a través de sus plataformas, así como de las actuaciones de sus miembros¹, según se ve en (Rosillo, 2008, p. 18).

Desde este punto de vista, la autorregulación se entiende desde una perspectiva amplia, tal como lo hace la Corte Constitucional, para la cual esta figura está relacionada con “la forma en que los particulares y las organizaciones privadas actúan y se relacionan” en desarrollo de su autonomía de la voluntad (Corte Constitucional, 2007). Esto con el objeto de “fomentar el orden y la seguridad del mercado de valores, como también el profesionalismo (...)” (Corte Constitucional). En este sentido, los agentes del mercado pactan unas normas de conducta para la realización de las negociaciones y operaciones en las respectivas plataformas, cuyo incumplimiento tiene repercusiones, como puede ser la suspensión de su actuación en el mercado. Dichas normas o reglamentos deben ser autorizados por el Estado.

Es así como en el caso de los sistemas de negociación, sus administradores tienen por función “servir de foro de negociación multilateral de un mercado organizado”, y “velar por el correcto funcionamiento del sistema (...) bajo su administración” (SFC, 2008). Entre sus funciones están: expedir su reglamento; llevar registro de afiliados y de valores inscritos; contar con mecanismos y procesos para el manejo de información; identificar, gestionar y controlar los riesgos; y adoptar y mantener mecanismos y procedimientos eficaces de monitoreo de ofertas, posturas y operaciones desarrolladas en su plataforma (SFC, 2008).

Dentro del deber de monitoreo de los administradores de los sistemas de negociación se especifica que la labor de control sobre las operaciones realizadas tienen por propósito que los mismos funcionen correctamente, por lo cual deben detectar posibles infracciones a los reglamentos o el incumplimiento de obligaciones en lo que se refiere a cumplimiento de las operaciones; horarios de negociación, registro y complementación; ingreso de ofertas y registros; mantenimiento de estándares mínimos operativos, técnicos y de comunicaciones; colocación de garantías; procedimientos de anulación y/o modificación de operaciones (SFC, 2008)². Los administradores deben prestar la debida colaboración a otras entidades, como es el caso del autorregulador del mercado, con el cual se articulan en el cumplimiento de sus respectivas funciones en aras de la integridad y desarrollo del mercado y de la protección de los inversionistas (SFC, 2008).

¹ Cfr. Ley 964 de 2005, artículo 24, parágrafo 2 y Decreto 1565 de 2006, artículo 13.

² En el caso de la Bolsa de Valores de Colombia (BVC), el deber de monitoreo está establecido en el Decreto 4808 de 2008 del MHCP.

Por otra parte, para la OECD, antes de definir una regulación es deseable revisar el impacto de las normas actuales, con lo cual será posible diseñar en mejor forma las reformas regulatorias que realmente sean necesarias (OECD, 2012, p. 24). Esta organización propone un test de verificación del cumplimiento de los objetivos de la regulación, denominado Evaluación del Impacto de la Regulación (IRA por su sigla en inglés), lo que permitiría obtener coherencia del marco institucional, e identificar tanto los beneficios de las nuevas normas como sus costos, e igualmente si los riesgos que se controlen en un sector se van a trasladar a otros (pp. 25-26).

Al efecto, la OECD propone como un aspecto para considerar, cuando se está formulando nueva regulación, si se ha realizado la evaluación de alternativas (APEC-OECD, S.F., p. 12), y que eventualmente la regulación puede ser complementada con corregulación (p. 26). Aun cuando no se considera pertinente la aplicación del modelo IRA para la evaluación de la regulación del mercado, por considerarla más propia del examen de la política pública (social), sí se pueden extraer elementos de su conceptualización, en lo que corresponde a beneficios y costos de la expedición de nuevas normas, en un marco de eficiencia.

En lo que respecta a corregulación, la OCDE no define el término, pero su conceptualización se puede encontrar en tratados de psicología, en los cuales se encuentra desarrollada en el contexto de las emociones, refiriéndose a las relaciones sociales y a la forma como se ajustan mutuamente los comportamientos de las personas en las interacciones con los demás. Así, en la corregulación las acciones de un individuo dependen de los comportamientos de sus contrapartes, a la vez que influyen en dichos comportamientos, y tales actividades son continuamente modificadas por las interacciones, inicialmente entre madre e hijo, y en la vida adulta, con los socios, colegas o compañeros, en un proceso altamente dinámico³.

De esta forma, la corregulación podría entenderse como “la combinación de autorregulación (de la industria) y regulación (gubernamental), e involucra el desarrollo, manejo y supervisión de una solución regulatoria, arreglos que están acompañados de un respaldo en la ley”⁴. En este contexto, corregular significaría la redacción de cuerpos de regulación por parte de la industria, que son consultados con los reguladores y reciben el apoyo del gobierno, el cual, a su vez, provee el respaldo a los mecanismos de supervisión, incluso mediante el trámite de una ley.

Dada la alta intervención del Estado en el sistema financiero como un todo, que atiende a la obligación constitucional de protección del ahorro captado del público, y a la estructura de derecho positivo, no es previsible que un mecanismo como el descrito tenga un espacio en el

³ Ver, por ejemplo, la página de la organización Occupational Therapy Children (OTC, 2017).

⁴ Esta es la definición propuesta por la organización Compliance Experts (CE), que presta servicios de tecnología, consultoría y auditoría, entre otros en temas relacionados con el riesgo operativo (CE, 2017).

mercado de valores en Colombia. No obstante, es usual que la industria aporte comentarios a los proyectos de regulación publicados al efecto, de modo que puede interactuar con las autoridades en los procesos normativos.

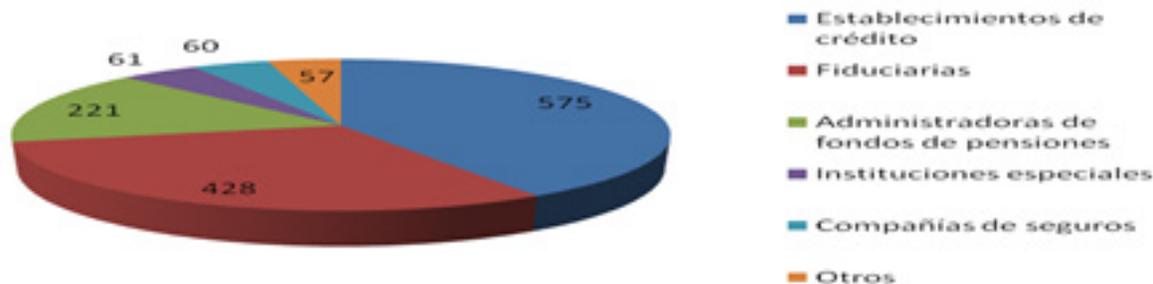
Finalmente, por supervisión se entiende, siguiendo los lineamientos de la Constitución Política colombiana, 1991, el seguimiento y monitoreo de las actividades en las que hay manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público en el sector bursátil⁵. En este sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene competencias para hacer el control (objetivo) de los emisores de valores, en lo que concierne al cumplimiento de las normas de la oferta pública y a la entrega de información material o relevante al mercado para la toma de decisiones de inversión. De otro lado, la SFC cumple con funciones de inspección y vigilancia (subjetiva) sobre entidades como los intermediarios del mercado y los proveedores de infraestructura para negociación. En general, la supervisión es ejercida dentro de parámetros de supervisión basada en riesgo, que busca evaluar los riesgos que pueden afectar a las entidades supervisadas en particular y al sistema financiero en general, según se observa en el documento sobre marco integral de supervisión (SFC, 2015).

2. TRES EJES TEMÁTICOS

2.1 Bajo desarrollo del mercado de valores

Respecto de la primera premisa, el mercado de valores ocupa un lugar a todas luces secundario en el sistema financiero. Según la información disponible en la SFC, en la gráfica 1 se ve que el tamaño del mercado de valores representado por el volumen total de activos de las sociedades comisionistas de bolsa es apenas una fracción menor del total de un sistema financiero organizado en un modelo de banca universal a través de filiales. En efecto, los activos de las entidades catalogadas como “Otros”, dentro de las que se cuenta a los intermediarios del mercado, representan apenas un 4,1 % del activo total del sistema financiero.

⁵ Cfr. Artículo 189, numeral 24 de la Constitución Política de Colombia.



* Cifras en billones de pesos. Otros: incluye a las sociedades comisionistas de bolsa.

Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia. elaboración propia.

GRÁFICA 1. ACTIVOS DEL SISTEMA FINANCIERO AMPLIO EN COLOMBIA EN DICIEMBRE DE 2016*

Otro aspecto en el que se ve el lugar secundario del mercado de valores es en el que concierne al financiamiento de la economía, medido por las autorizaciones para oferta pública de valores realizadas por la SFC. A este respecto, se debe hacer la siguiente precisión metodológica: fue necesario eliminar de la información de oferta pública reportada en la página de la SFC los denominados programas de emisión, dado que, de una parte, los datos no se encontraban completos y, de otra, cada uno de estos programas corresponde a varias emisiones. De todas maneras, se tuvo cuidado de tomar del Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) los datos de inscripción de las ofertas particulares que los conforman.

Los programas de emisión constituyen una modalidad de registro de los emisores de valores, cuya inscripción anticipada fue establecida en los años 1990 con el fin de incentivar las ofertas de valores realizadas por algunos emisores especializados⁶. Se entiende por programa de emisión

el plan mediante el cual una misma entidad estructura, con cargo a un cupo global, la realización de varias emisiones, de uno o más valores, mediante oferta pública, durante un término establecido, previa inscripción de los valores que hagan parte del programa en el RNVE, conforme a las normas generales previstas en la (...). Resolución (400 de la Sala General)⁷

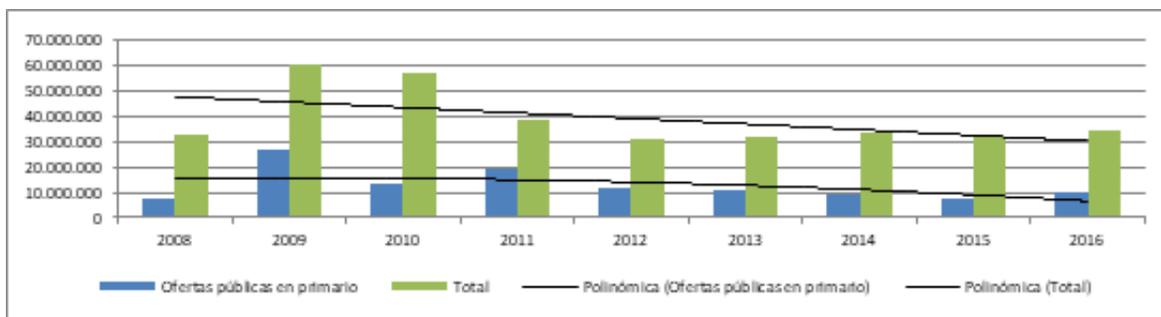
Esto le permite a emisores especializados la realización de emisiones múltiples y sucesivas de títulos hasta por un período de tres años, inscribiendo en forma anticipada el respectivo plan⁸.

⁶ Cfr. Artículo 1.2.3.1 y siguientes de la Resolución 400 de 1995 de la Sala General.

⁷ Así lo establece la SFC en el concepto 2008057685-001 del 24 de octubre de 2008 (SFC, 2008).

⁸ Cfr. Decreto 2555 de 2010 en lo correspondiente a la inscripción de bonos, acciones o titularizaciones.

Con la anterior precisión, el monto de las ofertas públicas autorizadas en mercado primario tuvo una tendencia negativa en el período 2008 a 2016, y representó, en promedio, la mitad de los desembolsos de crédito ordinario y preferencial de los bancos en dicho período⁹. Los montos autorizados en ambas modalidades de financiación, esto es, oferta pública y crédito ordinario y preferencial bancario en el período 2008-2016 se ven en la gráfica 2.

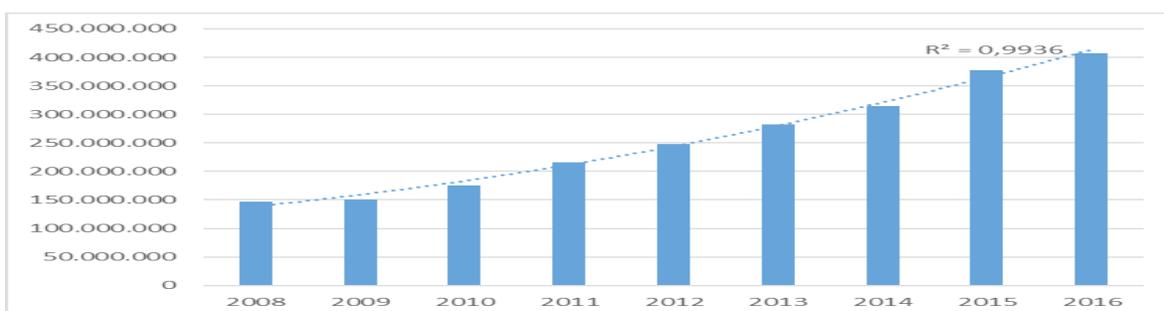


Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia. Las ofertas públicas corresponden a autorizaciones individuales de emisiones para mercado primario, y por lo tanto no incluyen los programas de emisión. En el total se suman: ofertas públicas autorizadas y desembolsos por crédito ordinario y preferencial de los establecimientos bancarios. elaboración propia.

GRÁFICA 2. FINANCIAMIENTO A LA ECONOMÍA MEDIANTE OFERTAS PÚBLICAS Y CRÉDITO ORDINARIO Y PREFERENCIAL DE LOS BANCOS EN EL PERÍODO 2008 A 2016

Desde luego, la participación de la primera modalidad disminuiría de considerarse los desembolsos realizados por modalidades de crédito diferentes del ordinario y preferencial, y por otros establecimientos de crédito, como las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial. De tenerse en cuenta el total de la cartera de los establecimientos de crédito, el volumen de recursos a través del mercado es apenas un porcentaje marginal. Dichos saldos de cartera de crédito tienen una tendencia creciente en el período 2008 a 2016, como se ve en la gráfica 3. A este respecto es necesario aclarar que dicha cartera corresponde a la suma de todos los tipos de crédito, y su crecimiento puede corresponder en alguna medida a incrementos de cartera vencida, y no a créditos nuevos.

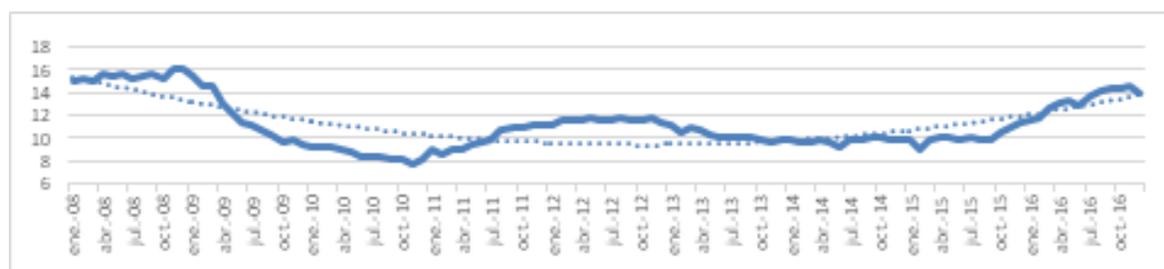
⁹ Se toman estas modalidades de crédito por considerarse que son comparables con la oferta pública, dado que se otorgan al sector empresarial.



Fuente: 2008-2014 Informes de gestión SFC; 2015 y 2016 Informes de Estabilidad Financiera del Banco de la República. Elaboración propia. Cifras en millones de pesos.

GRÁFICA 3. SALDOS CARTERA DE CRÉDITO EN EL ACTIVO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO 2008-2016

La trayectoria creciente de los saldos de cartera de los establecimientos de crédito no se modificó a pesar de una inversión en la tendencia de las tasas de interés de colocación de préstamos ordinarios, que se presentó a finales de 2012, como se ve en la gráfica 4.



Fuente: Tasas semanales Banco de la República. Elaboración propia.

GRÁFICA 3 TASAS DE INTERÉS DE COLOCACIÓN EN CRÉDITO ORDINARIO ENERO 2008 - DICIEMBRE 2016

2.2 La regulación no fue efectiva para promover la oferta de valores en mercado primario

La segunda premisa es que el instrumento con el que se ha pretendido desarrollar el mercado de valores ha sido la regulación, en cumplimiento de los principios y objetivos formulados por la (International Organization Of Securities Commissions, 2003), como ha sido tradicional desde los años 1990. Esto fue ratificado como un ordenamiento legal en el artículo primero de la Ley 964 de 2005 marco del mercado de valores.

En lo atinente al mercado primario de valores en Colombia, aunque la regulación del país ha tenido algunas modificaciones en el período que se está analizando, no ha cambiado el concepto de oferta pública, que continúa siendo: “(...) aquella(s) que se dirija(n) a personas no determinadas o a sectores o grupos de personas relevantes, o que se realice(n) por algún medio de comunicación masiva para suscribir, enajenar o adquirir valores”¹⁰. La única modificación a dicha definición en el período en estudio es la inclusión de una nueva excepción, según la cual la emisión se considera no pública, como en el caso de la oferta de acciones que realice una sociedad colombiana cuyas acciones no se encuentren inscritas, a los trabajadores y/o a miembros de junta directiva¹¹. Esta excepción se suma a las dos tradicionales, que son: la emisión de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones dirigida únicamente a los accionistas de una sociedad emisora, siempre que estos sean menos de 500, y la emisión de acciones resultante de una orden de capitalización impartida por autoridad estatal competente, dirigida exclusivamente a los accionistas de la sociedad, o la que tenga por objeto capitalizar acreencias que estén reconocidas en un proceso concursal¹². Los cambios a las normas de la oferta pública en el mercado primario de valores en el período 2008 a 2016 se pueden ver en la tabla 1.

TABLA 1. CAMBIOS RELEVANTES A LA REGULACIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA EN MERCADO PRIMARIO EN EL PERÍODO 2008 – 2016

NORMA	CONTENIDO
Congreso de la República	
Ley 1314 de 2009	Establece la obligatoriedad de adoptar normas internacionales de contabilidad (normas NIIF) por parte de todas las entidades que deban llevar libros de contabilidad.
Ley 1328 de 2009	Regula la titularización no hipotecaria; establece la posibilidad de realizar titularización no hipotecaria a través de sociedades de servicios técnicos y administrativos; determina las reglas para el registro de operaciones con instrumentos derivados y productos estructurados.
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	
Decretos 1076 y 1350 de 2008	Determina las personas que pueden realizar calificación de riesgo; establece el alcance de la calificación.

Continúa...

¹⁰ La definición actual de oferta pública se encuentra en la Ley 964 de 1995 artículo 4º literal b, segundo inciso, que en el fondo mantiene el concepto establecido en 1995 por la Resolución 400 Única de la Sala General (artículo 1.2.1.1 modificado por la Resolución 626 de 1992, que a su vez desarrolló las nociones incluidas en la Ley 32 de 1979. Cfr. hoy en día el artículo 6.1.1.1.1 del Decreto 2555 Único Financiero de 2010 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público MHCP).

¹¹ Cfr. Decreto 767 de 2016, que modificó el artículo 6.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

¹² Cfr. artículo 6.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 parágrafos.

NORMA	CONTENIDO
Decretos 1340 y 3760 de 2008	Regula los bienes objeto de titularización; establece el objeto social, operaciones autorizadas y capital mínimo de la titularizadora; regula la modalidad de leasing habitacional y la titularización de los contratos.
Decretos 3886 de 2009; 2826, 4087 y 4804 de 2010; 1243 y 1850 de 2013; 2241 de 2015	Regula sobre los valores extranjeros: inscripción en el RNVE, cancelación, negociación, suspensión de la negociación, registro, custodia, administración, compensación y liquidación, sistemas de cotización, transferencia, reglas de contabilización, procedimiento concursal en caso de liquidación, emisores.
Decretos 2279 de 2010; 4805 de 2010	Regula las ofertas públicas de adquisición (OPAS).
Decreto 2555 de 2010	Se denomina Decreto Único Financiero y regula en su integridad todos los aspectos relacionados con el sistema financiero y del mercado de valores. Dicho decreto subsume en su integridad las resoluciones 400 de 1995 de la Sala General y 1200 de 1995 del Superintendente de Valores.
Decreto 1827 de 2012	Modifica lo relacionado con inversionistas autorizados para invertir en los sistemas de cotización de valores del extranjero.
Decretos 4946 de 2011; 403 y 2784 de 2012; 1851 y 3022 de 2013; 2267, 2615 y 2420 de 2014; 2420 de 2015; 2101, 2132 de 2016	Reglamentan la obligación de adoptar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) por parte de los emisores de valores ¹ . Dentro de las más relevantes está la división de los destinatarios de la norma en grupos 1, 2 y 3. El grupo 1 corresponde a los emisores de valores.
Decreto 857 de 2011	Establece estándares de buen gobierno corporativo de los emisores de valores receptores de inversión de los fondos de pensiones.
Decretos 2711 de 2011; 353 de 2016	Modifica plazo para emisión de bonos hipotecarios para financiar VIS.
Decreto 4870 de 2011	Regula mención en el prospecto de información cuando se utilice la construcción de libro de ofertas: derecho de preferencia.
Decretos 1019 y 2510 de 2014	Establece condiciones para facilitar el acceso al mercado de nuevos emisores de valores; inscripción de emisores; contenido del prospecto; segundo mercado.
Decreto 2510 de 2014	Regula la posibilidad de declaratoria de emisor conocido y recurrente.
Decreto 2215 de 2015	Modifica plazo de otorgamiento de garantías a los bonos hipotecarios para financiar cartera VIS subsidiable y títulos en procesos de titularización.
Decreto 767 de 2016	Establece una nueva excepción a la definición de oferta pública cuando se emiten acciones por parte de sociedades que no tengan acciones inscritas para trabajadores y/o miembros de junta directiva.

Continúa...

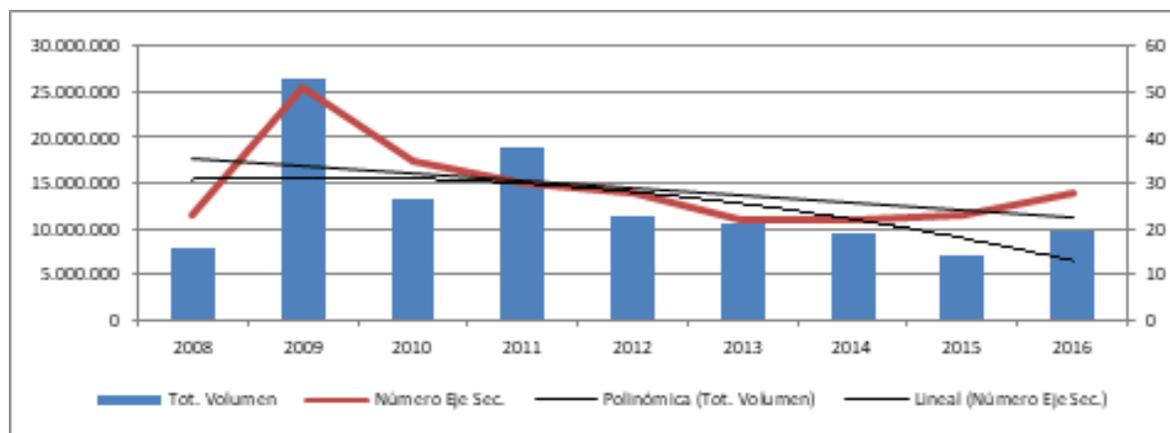
NORMA	CONTENIDO
Decreto 1523 de 2016	Regula la inscripción temporal de valores para enajenación en el mercado secundario.
Ministerio de Justicia y del Derecho	
Decreto 230 de 2010	Regula la titularización no hipotecaria (activos no regulados en la Ley 546 de 1999): transferencia de activos, administrador del proceso, administradores activos subyacentes, estructura de los títulos, garantías, desmaterialización, calificación, retitularización
Superintendencia Financiera de Colombia	
Resolución 2419 de 2010	Autoriza escisión de la Titularizadora para dar lugar a la creación de una sociedad de servicios técnicos y administrativos que sea el vehículo para la titularización no hipotecaria.
Circular Externa 012 de 2010	Imparte instrucciones relacionadas con la publicación de prospectos de información correspondientes a inscripción de valores en el RNVE y/u ofertas públicas.
Circular Externa 041 de 2010	Imparte instrucciones relacionada con el listado de valores extranjeros en el RNVE.
Circular Externa 007 de 2011	Modifica la Circular Externa 007 de 2007 sobre buen gobierno corporativo de los emisores de valores.
Circulares Externas 021, 033, 034, 036, 037, 039, 040, 041, 042 y 043 de 2014; 001, 010, 029, 036 y 038 de 2015; 008 y 017 de 2016	Instruyen sobre lo concerniente a la adopción de normas NIIF por parte de los emisores de valores.
Circular Externa 020 de 2015	Instruye sobre la inscripción de emisores conocidos y recurrentes.

Fuente: (LEGIS) Régimen Financiero y Cambiario; (MHCP) Boletín de Hacienda capítulo Superintendencia Financiera de Colombia; (Asobancaria) informes semanales de regulación; RNVE: Registro Nacional de Valores y Emisores. Los decretos posteriores al número 2555 de 2010 hacen parte del mismo.

Los principales cambios normativos al régimen para el mercado primario, y su efecto en los resultados de la oferta pública de valores en cuanto a eficacia y eficiencia, en el período 2008-2016, han sido los siguientes:

Reforma al segundo mercado: el Decreto 1019 de 2014 tuvo como objetivo superar las causas de la poca efectividad de la regulación para este segmento del mercado, dado que la regulación no había logrado atraer nuevos emisores de valores (Blanco, 2014a, p. 4). Esto se pretendía

lograr insistiendo en disminuir los costos de acceso y los requisitos de información (p. 24), eliminando la obligación de publicación del aviso de oferta, con las implicaciones de tales situaciones en la transparencia del mercado y en la protección de los inversionistas. Desde el punto de vista de eficiencia en la regulación, debería haber sido en últimas aumentar la oferta de financiamiento por el mercado, con lo que se habría logrado una mejor asignación de recursos, dado el menor costo de capital teórico que se conseguiría respecto del crédito bancario.



Fuente: Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), con datos de ofertas aprobadas corroborados con los de inscripción en el Registro. Incluye: bonos, papeles comerciales, acciones y titularización y se eliminan los programas de emisión autorizados, dejando las emisiones individuales que los conforman. Valores en millones de pesos. Elaboración propia.

GRÁFICA 5. COMPORTAMIENTO DE LA OFERTA PÚBLICA EN MERCADO PRIMARIO 2008-2016

En cuanto a la eficacia de la norma, no se cumplió con la pretensión de atraer un número importante de potenciales emisores al mercado. En efecto, tal como se ve en la gráfica 5, la tendencia del número de ofertas aprobadas en el período 2008 a 2016 ha sido negativa, tendencia que no cambió con la expedición del decreto mencionado. Por el contrario, tal situación se acentuó, dado que el número de procesos para los cuales se solicitó autorización de oferta pública disminuyó en 2015.

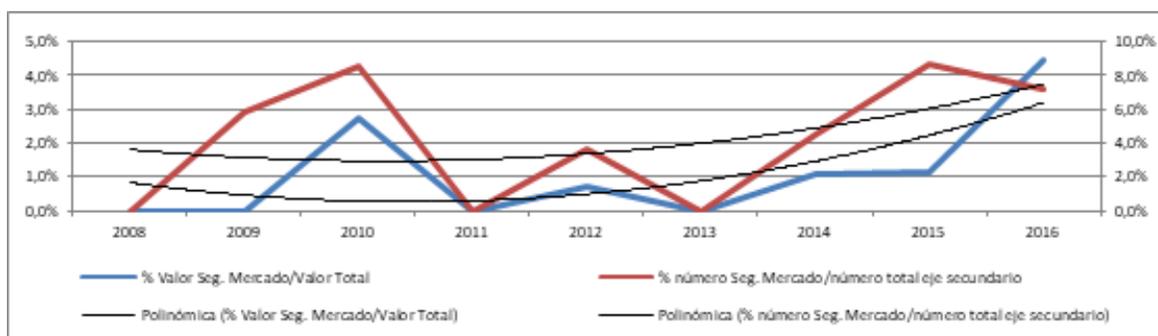
De otro lado, tampoco se habría cumplido el propósito de la norma si se observa que de seis emisiones en segundo mercado en el período 2014 a 2016, solamente dos, Multiactivos y la Hipotecaria, correspondieron a emisores nuevos. Por el contrario, lo que se habría presentado habría sido un deslizamiento de emisores tradicionales hacia el segundo mercado. Dichas emisiones se ven en la tabla 2.

TABLA 2. EMISORES Y EMISIONES PARA SEGUNDO MERCADO 2014-2016

AÑO	EMISOR	MONTO MM \$	TÍTULO
2014	Banco de las Microfinanzas Bancamía	100.000	Bonos ordinarios
2015	Multiactivos (escisión de la Titularizadora)	16.133	Titularización no hipotecaria
2015	Cemex	30.000	Bonos ordinarios
2015	La Hipotecaria Cía. de Financiamiento	50.000	Bonos ordinarios
2016	Banco de las Microfinanzas Bancamía	84.000	Bonos ordinarios
2016	Bancolombia	350.000	Bonos ordinarios

Fuente: Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE - SFC).

Si este aspecto se examina desde el número de procesos aprobados para segundo mercado en relación con las estructuraciones totales de papeles para emisión en mercado primario, el resultado es distinto. Entre 2008 y 2016 se presentó una tendencia positiva de las ofertas para segundo mercado en relación con las ofertas totales, con un máximo del 8,7% del total de procesos aprobados en 2015. Sin embargo, dicha participación también se había alcanzado en 2010, antes de la expedición de la norma comentada.



Fuente: Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE - SFC). Elaboración propia.

GRÁFICA 6 NÚMERO Y VOLUMEN DE OFERTAS PARA SEGUNDO MERCADO FRENTE A OFERTAS TOTALES PARA EL MERCADO PRIMARIO (%) 2008-2016

Por su parte, el efecto de mayor eficiencia tampoco se logró. En efecto, tal como se ve en la gráfica 4 *supra*, no solamente la oferta pública para mercado primario presentó una disminución en su volumen en el año siguiente al de la expedición de la norma, sino que, tal como se ve en

la tabla 2, la proporción de procesos para segundo mercado logrado en dicho año correspondió solamente al 4,4 % del volumen total de recursos para oferta pública en mercado primario¹³.

Emisores conocidos y recurrentes: el Decreto 2510 de 2014 estableció las condiciones para dar la calidad de emisores conocidos y recurrentes por parte de la SFC, con lo cual se le permite que, una vez haya cumplido dichos requisitos, puedan ponerse de primeros en la fila de solicitudes de autorización para la publicación del aviso de oferta pública, y contar con un tiempo de autorización que es la tercera parte del de generalidad de emisores¹⁴. Al decir del actual superintendente financiero, con esta norma Colombia se puso al nivel de los mayores mercados del mundo (*Portafolio*, 2017).

Tal como se ve en la tabla 3, a diciembre de 2016, la SFC había dado la calidad de emisor conocido y recurrente a ocho emisores, la mayoría de las cuales se encontraban vigentes a septiembre de 2017. Esto corresponde al 11,8 % de los 68 emisores listados en el mercado colombiano al cierre de 2016. Es de anotar que la calidad de emisor conocido y recurrente no se renueva automáticamente, y se puede perder cuando no se solicita en forma oportuna, continuar en tal calidad.

TABLA 3. DECLARATORIA DE EMISORES CONOCIDOS Y RECURRENTE A DICIEMBRE DE 2016

EMISOR	FECHA	ACTUAL SFC*
Cementos Argos	24 de septiembre de 2015	Sí
Grupo Aval Acciones y Valores	1º de octubre de 2015	No
Banco de Occidente	18 de noviembre de 2015	Sí
Bancolombia	18 de noviembre de 2015	Sí
Leasing Bancolombia	18 de noviembre de 2015	No
Banco Davivienda	9 de febrero de 2016	Sí
Titularizadora Colombiana		Sí
Interconexión Eléctrica ISA		Sí

Fuente: Comunicados de prensa Superintendencia Financiera de Colombia. *Consulta en la página de la SFC el 13 de septiembre de 2017.

Los emisores que han cumplido con las características para ser declarados como emisores conocidos y recurrentes son los tradicionales del mercado, lo cual muestra eficacia relativa de

¹³ Contrasta dicho porcentaje con el alcanzado en 2006, cuando más del 32,2 % del valor total aprobado para oferta pública correspondió al segundo mercado (Blanco, 2014a, p. 6).

¹⁴ Los requisitos establecidos para ser reconocido como emisor conocido y recurrente, y para mantenerse como tal están especificados en el Decreto 2555 de 2010 artículo 5.2.2.1.12. Estos requisitos se deben haber cumplido al menos durante los 3 últimos años.

la norma por el número de emisores inscritos a cotización. No obstante, dados los volúmenes autorizados de emisión en oferta pública, y que se trata de emisores tradicionales, no es posible decir que la norma haya sido eficiente al incrementar la oferta de financiación a través del mercado de valores.

3. Normas sobre titularización: esta modalidad de oferta pública, que ha sido tradicionalmente la más importante en la modalidad de títulos privados, especialmente desde 2002, cuando se creó la sociedad titularizadora en Colombia, tuvo varias modificaciones, entre las cuales tal vez la más significativa es la Ley 1328 de 2009. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 230 de 2010 del Ministerio de Justicia y del Derecho (hoy en el Decreto 2555 de 2010), que dio la posibilidad de crear universalidades como vehículo de propósito especial (VPE) a través de sociedades de servicios técnicos y administrativos, para la realización de titularización no hipotecaria, y regular la emisión de valores sobre esta clase de activos¹⁵. Este VPE se sumó así al tradicional agente de manejo, que eran las sociedades fiduciarias, que están en capacidad de crear patrimonios autónomos que se constituyen en emisores de papeles en procesos de titularización no hipotecaria. Otra norma relevante sobre este tema fue el Decreto 3760 de 2008, que reguló lo concerniente a contratos de *leasing* habitacional para la adquisición de viviendas, los cuales podrán ser titularizados. Los procesos de titularización no hipotecaria en el período 2008-2016 se ven en la tabla 4.

TABLA 4. PROCESOS DE TITULARIZACIÓN NO HIPOTECARIA 2008-2016

AÑO	EMISOR	TÍTULO	MONTO MM\$	SUBYACENTE
2008	-----		0	-----
2009	Patrimonio autónomo La 14	Tít. Crédito	90.000	Inmueble
2009	Patrimonio autónomo ODL Ecopetrol	Tít. Crédito	500.000	Contrato "ShipOrPay" Títulos
2009	Patrimonio autónomo Transmilenio Fase III	Bonos	1.694.995	Vigencias futuras
2010	Patrimonio autónomo Homecenter	Tít. Crédito	100.000	Complejo inmobiliario
2010	Patrimonio autónomo TDEX-10	Tít. Crédito	345.700	Créditos de redescuento
2010	Fideicomiso Titularización Inversiones Con- creto	Tít. Crédito	100.000	Contratos de arrendamiento
2012	Fideicomiso Cartera Comercial Coltejer	Tít. Deuda	35.000	Cartera de crédito comercial

Continúa...

¹⁵ Hasta dicha norma, las universalidades como VPE eran exclusivas de la titularización hipotecaria. Las mismas fueron establecidas en la Ley 546 de 2010 de financiamiento hipotecario.

AÑO	EMISOR	TÍTULO	MONTO MM\$	SUBYACENTE
2012	Fideicomiso Findeter	Tít. Crédito	400.000	Créditos y contratos de leasing redescontados
2012	Fideicomiso Hoteles Estelar	Tít. Crédito	80.000	Inmueble
2015	Multiactivos (escindida de la Titularizadora)	Tít. Crédito	16.133	Cartera de libranzas
2016	Titularizadora Colombiana	Tít. Crédito	123.179	Créditos de redescuento

Fuente: Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE - SFC). No se incluyen las siguientes titularizaciones inscritas en el RNVE pero que no reportan oferta pública: Patrimonio Autónomo Kiruna Salud (2016); Derechos Patrimonio Autónomo Cadenalco (2016), ni Estrategias Inmobiliarias (cuatro procesos en 2013, 2015 y 2016).

En cuanto la eficacia de esta norma, ha sido limitada, dado que desde la expedición de la ley el VPE autorizó ofertas públicas solamente a dos procesos de titularización no hipotecaria diferente de patrimonio autónomo, uno en 2015 y otro en 2016. En uno de los dos procesos se identificó un subyacente novedoso, como fue un paquete de libranzas, titularización realizada en el marco de la nueva posibilidad que dio la ley de originar universalidades para la emisión de títulos en 2015, a través de una sociedad de servicios técnicos y administrativos denominada Multiactivos, escindida de la Titularizadora Colombiana. El otro proceso fue desarrollado en 2016 directamente por esta última entidad sobre créditos de redescuento, modalidad de subyacente que ya se había registrado con anterioridad. Por último, no se encontró ningún registro de procesos de titularización de flujos derivados de contratos de *leasing* habitacional.

Por otro lado, respecto de la eficiencia de la norma, esto es, la generación de mayor oferta de recursos a través el mercado de valores, se observa que las dos titularizaciones no hipotecarias autorizadas mediante el VPE diferente de patrimonio autónomo representaron solamente el 4,0 % del volumen total de este tipo de procesos en el período 2008 a 2016¹⁶.

4. Listado de valores extranjeros: varias normas, como el Decreto 3886 de 2009, dan lugar a la posibilidad de inscribir en el mercado local valores extranjeros, que son aquellos emitidos por fuera de Colombia, bajo lo dispuesto por una jurisdicción extranjera, por parte de emisores locales o extranjeros. De esta forma, los administradores de sistemas de negociación podrán a su vez ad-

¹⁶ A este respecto, en los años 1990 las normas dieron lugar a la aparición de nuevos productos financieros en el mercado colombiano. Entre los nuevos productos más significativos están los *Real Estate Investment Trust* (REITS), creados en los años 1960 en Estados Unidos (SEC, 2011), que empaquetan proyectos inmobiliarios, y que en Colombia se comercializan como productos de titularización desde los años 2000, en particular por parte del patrimonio autónomo Estrategias Inmobiliarias PEI. Desde este punto de vista, la regulación de titularización sí resultó eficiente, no solamente por haber creado nuevos productos financieros, mostrando, además, capacidad de generar innovación, sino también por los importantes montos autorizados en esta modalidad de oferta. Respecto de la titularización como innovación financiera se puede ver Blanco (2014 c).

ministrar estos sistemas de cotización, para lo cual deberán ajustar sus reglamentos. De acuerdo con una modificación introducida en 2012, tanto los inversionistas profesionales como los clientes inversionistas podrán adquirir dichos valores.

Estas normas habrían tenido como objetivo adecuarse a las necesidades establecidas con motivo de la unificación de las bolsas de Colombia, Chile, México y Perú para dar lugar al Mercado Integrado Latinoamericano, como se verá más adelante.

5. Normas internacionales de contabilidad: se incluye este acápite dado el número significativo de normas que fueron expedidas en el período en estudio, que corresponden a la reglamentación de la Ley 1314 de 2009. Según esta norma, los emisores de valores se vieron obligados a modificar sus estructuras contables con el fin de adaptarse a la adopción de las normas internacionales de información financiera. Entre las disposiciones se destacan: la clasificación de entidades destinatarias de la norma en el grupo 1 y el plazo establecido para dar cumplimiento pleno a las disposiciones, que al efecto fue 2015.

Respecto de estas normas es necesario aclarar que su objetivo no corresponde propiamente al incremento de la oferta pública, sino que se trata de mejorar los estándares de información y de comparación con emisores de otras jurisdicciones, para obtener entre otros efectos, la protección de los inversionistas en el ámbito internacional. La adopción de dichas normas habría tenido un importante impacto en los resultados contables de los emisores y de los grupos financieros a los que pertenecen algunos de ellos, y los resultados para 2016 habrían sido “mejoras en calidad y consistencia de la información”, lo cual permitió una mejor percepción de los emisores colombianos por parte de los inversionistas internacionales, según la SFC (*Portafolio*, 2017). Dichos resultados aún no han sido estudiados en forma agregada.

Ante la eficacia limitada y la baja eficiencia de la regulación como instrumento para incentivar la oferta pública de valores en mercado primario, se indagó un poco más en los determinantes de la oferta pública de valores, y se encontró plausible que uno de estos fuera el comportamiento de las tasas de interés del crédito bancario. Como se ve en la gráfica 6, se encontró para el período 2008-2016 una relación positiva entre las ofertas públicas de bonos y las tasas de interés (fin del año anterior) del crédito ordinario bancario, con una correlación media alta.



Fuente: SFC. Tasas de colocación de crédito ordinario para la última semana del año anterior. Montos ofertas de bonos en millones de pesos. Correlación tasas / montos: 0.61733834. Elaboración propia.

GRÁFICA 6. OFERTAS PÚBLICAS DE BONOS AUTORIZADAS POR AÑO FRENTE A TASAS DE COLOCACIÓN DEL CRÉDITO ORDINARIO (FIN DEL AÑO ANTERIOR) 2008-2016

2.3 La autorregulación y el desarrollo del mercado secundario de nuevos productos

En cuanto a la tercera premisa, el modelo de autorregulación regulada existente en Colombia hace que la regulación y la autorregulación coexistan. En este contexto, en un sentido extenso, las bolsas de valores y demás administradores de sistemas de negociación son autorreguladores, en tanto expiden reglamentos de operación en las plataformas que administran y sancionan su incumplimiento. Se entiende que en la labor de regulación se tiene por objeto la eficiencia, dentro de los parámetros del segundo principio de IOSCO, de mercados organizados, justos y transparentes, en particular aquel para los mercados secundarios que plantea que la regulación debe asegurar la eficiencia de los sistemas de negociación, entre otros propósitos (International Organization Of Securities Commissions, 2003, pág. 12). Igualmente, un objetivo es dar espacio para la negociación de nuevos productos financieros, como pueden ser los derivados estandarizados.

El estudio de las normas para el mercado secundario de valores se divide en dos partes: las que corresponden al regulador y las que son emitidas por la Bolsa como organismo autorregulado. Las primeras se ocupan principalmente de la organización del mercado, las actividades y la regulación de los diferentes productos, en tanto que las segundas establecen reglas para las operaciones y la negociación de los valores en las diferentes plataformas, reglamentos que deben ser aprobados por el supervisor. Las normas del regulador son expedidas mediante decretos del MHCP, mientras que las segundas corresponden a resoluciones de la SFC. Los principales cambios a la regulación de actividades del mercado secundario se observan en la tabla 5.

TABLA 5. CAMBIOS RELEVANTES A LA REGULACIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA EN MERCADO SECUNDARIO EN EL PERÍODO 2008 – 2016

NORMA	CONTENIDO
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	
Decreto 1120 de 2008	Establece los requisitos de organización de los sistemas de negociación; los títulos o valores objeto de negociación; las modalidades de operación; la interconexión entre los sistemas.
Decreto 1121 de 2008	Establece la definición de intermediación de valores y las operaciones de intermediación; define inversionista profesional y cliente inversionista; establece deberes generales y especiales para los intermediarios de valores.
Decretos 1796 de 2008; 1328 de 2009; 4765 de 2011	Regula los instrumentos financieros derivados y productos estructurados: reglas para el registro de operaciones; garantías; subyacentes; compensación y liquidación; ajuste a los reglamentos; operaciones de contado y a plazo.
Decreto 4766 de 2011	Modifica normas sobre dividendos de acciones inscritas en el RNVE y listadas en sistemas de cotización de valores extranjeros.
Decreto 4808 de 2008	Define operaciones de venta en corto y da facultades a la SFC para regularlas.
Decreto 039 de 2009; 4869 de 2011	Regula la autorregulación voluntaria sobre agentes y otros participantes del mercado que realicen solicitud, e indica que la SFC no ejercerá supervisión sobre la autorregulación voluntaria; regula la certificación.
Decreto 4939 de 2009	Regula asesoría de inversión que es intermediación; reglamenta órdenes impartidas a terceros.
Decretos 2279 de 2010; 2241 de 2015	Regula formadores de liquidez del mercado de valores y da competencia a la SFC para dar instrucciones sobre requisitos y condiciones; determina valores admisibles; deben observar los límites establecidos en las OPAS.
Decreto 4809 de 2011	Regula fijación, difusión y publicidad de tarifas.
Decreto 2672 de 2012	Regula lo atinente a corresponsales de las SCB.
Decretos 1243 y 1498 de 2013	Regula la administración de valores depositados en los depósitos centralizados de valores; reglamenta la custodia de valores.
Decreto 1242 de 2013	Reglamenta las carteras colectivas de inversión.
Decretos 1120 y 1796 de 2008; 4808 de 2008; 4765, 4871 de 2011; 2878 de 2013; 032 y 1265 de 2015; 766 de 2016	Modifica regulación de operaciones: repo, simultáneas y de transferencia temporal de valores; regula reglamento de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte (CRCC); operaciones en las que la CRCC se interponga como contraparte.

Continúa...

NORMA	CONTENIDO
Ministerio de Justicia y del Derecho	
Decreto 039 de 2009	Reglamenta actividad de autorregulación: alcance, funciones, expedición de cartas circulares, inscripción
Superintendencia Financiera de Colombia	
Circulares externas 037, 047 y 048 de 2009; 033 y 034 de 2010; 018 de 2011; 008, 027, 039 y 041 de 2012; 041 de 2015	Instruyen sobre lo concerniente a productos derivados.
Circular Externa 015 de 2013	Reglamenta el ruteo de órdenes.
Circular Externa 016 de 2013	Instruye sobre el cobro de tarifas.
Circular Externa 029 de 2013	Instruye respecto de corresponsales de las sociedades comisionistas de bolsa.
Circular Externa 025 de 2013	Reglamenta lo atinente a los formadores de liquidez.
Resolución 821 de 2009	Adopta disposiciones sobre el plan único de cuentas en lo relativo a productos derivados.

Fuente: (LEGIS) Régimen Financiero y Cambiario; (MHCP) Boletín de Hacienda Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia; (Asobancaria) informes semanales de regulación. RNVE: Registro Nacional de Valores y Emisores.

En lo que concierne a la organización del mercado, los aspectos más significativos son los relativos a la Cámara de Riesgo Central de Contraparte y a la bolsa. En cuanto a la primera, se organiza la entidad de contrapartida central del mercado de valores colombiano, que en tal calidad provee servicios de compensación y liquidación para derivados estandarizados, activos financieros y activos energéticos. Para esto se interpone en todas las operaciones aceptadas, volviéndose comprador de todo vendedor y vendedor de todo comprador; mitiga los riesgos; y provee sistemas robustos de administración de riesgos al mercado (CRCC, 2017). Respecto de la segunda, trae normas sobre las funciones de la Bolsa, participación de los intermediarios como miembros o como afiliados, y sus derechos y deberes.

También es de resaltar el significativo número de normas modificatorias de las operaciones repo, simultáneas y de transferencia temporal de valores en todo el período estudiado. En particular sobresalen las que se promulgaron con posterioridad a 2012, que de cierta manera fueron reac-

tivas a las situaciones que dieron lugar a la intervención para liquidación de la SCB Interbolsa en noviembre de dicho año, en particular aquellas cuyos subyacentes fueron las acciones de los emisores Fabricato, Bolsa Mercantil de Colombia y la misma Interbolsa¹⁷.

Otra regulación que ha tenido impacto en el mercado secundario de valores es la que corresponde al Decreto 1242 de 2013 sobre la administración y gestión de las carteras colectivas de inversión. Algunos temas son: definición; constitución de fondos abiertos o cerrados, familias de fondos, compartimientos de los fondos, fondos bursátiles, fondos de inversión colectiva inmobiliarios y fondos de capital privado, y su puesta a cotización cuando fuera pertinente¹⁸.

Resalta la importante cantidad de disposiciones relacionadas con la inscripción y negociación de instrumentos financieros derivados y productos estructurados, que según la disposición legal podrán ser considerados valores. Tal cosa se materializa con la autorización de inscripción en el RNVE, y de cotización por bolsa. Entre las normas sobresale el Decreto 1796 de 2008.

En segundo término, las disposiciones del regulador se materializaron en cambios en los reglamentos de operación de los mercados o sistemas de negociación, tanto de acciones como de papeles de renta fija, e igualmente de nuevos productos financieros, que es también manifestación de la autorregulación, tal como fue establecido al inicio de este artículo. Las principales disposiciones sobre funciones de la Bolsa y respecto de modificaciones a su reglamento en el período 2008 a 2016 se pueden ver en la tabla 6. Entre las mismas se resalta el Decreto 4808 de 2008, que contiene los deberes de la Bolsa, los mecanismos de negociación, el contenido de los reglamentos, el deber de monitoreo de esta entidad, entre otros.

¹⁷ Respecto de la crisis al sistema de valores que fue conjurada mediante la intervención de la principal sociedad comisionista de bolsa colombiana, se puede ver en Blanco (2014b).

¹⁸ Cfr. Decreto 2555 de 2010, artículo 3.1.1.2.1 y siguientes.

TABLA 6. CAMBIOS RELEVANTES EN EL REGLAMENTO DE OPERACIÓN DE LA BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA EN EL PERÍODO 2008 – 2016

NORMA	CONTENIDO
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	
Decreto 4808 de 2008	Regula los sistemas de negociación y a la Bolsa de Valores en calidad de sistema de negociación; determina el contenido mínimo del reglamento; regula la negociación de valores y derivados; establece la suspensión de negociación.
Superintendencia Financiera de Colombia	
Resoluciones 138 y 1037 de 2009; 1004 de 2013; 331 de 2015.	Establece las funciones de la Bolsa.
Resolución 336 de 2009	Establece autorregulación de la Bolsa de Valores de Colombia (BVC).
Resoluciones 336 de 2009; 2332 de 2010; 429 de 2011; 1105 y 2178 de 2012	Autoriza modificación al reglamento de la Bolsa respecto de inscripción de valores, cancelación de valores, rechazo de las solicitudes de inscripción, entre otros.
Resoluciones 139, 336 y 1037 de 2009; 331 de 2015	Aprueba modificaciones al reglamento de la BVC sobre tarifas de emisores.
Resolución 1069 de 2010	Se refiere a los sistemas de negociación (reglamento de la Bolsa)
Resoluciones 2332 y 2438 de 2010	Aprueban modificaciones al reglamento de la Bolsa sobre metodologías de negociación.
Resoluciones 679 de 2011; 314 de 2012; 755, 2049 y 1004 de 2013; 844 y 2049 de 2014; 352 de 2016	Aprueba modificación al reglamento de la Bolsa sobre operaciones repo.
Resolución 2332 de 2010	Aprueba modificación al reglamento de la Bolsa sobre operaciones simultáneas.
Resoluciones 679 de 2011; 314 de 2012; 755 de 2013; 2049 de 2014; 1158 de 2015;	Aprueba modificación al reglamento de la Bolsa sobre operaciones de transferencia temporal de valores.
Resolución 1159 de 2015	Aprueba modificación al reglamento de la Bolsa sobre ventas en corto.
Resoluciones 279 de 2016; 356 de 2016	Aprueba modificación al reglamento de la Bolsa sobre OPAS.

Fuente: (LEGIS) Régimen Financiero y Cambiario; (MHCP) Boletín de Hacienda Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia; (Asobancaria) informes semanales de regulación. RNVE: Registro Nacional de Valores y Emisores.

Por otro lado, los principales cambios al reglamento del mercado de papeles de renta fija, que es el Mercado Electrónico Colombiano (MEC), se ven en la tabla 7.

TABLA 7. CAMBIOS RELEVANTES EN EL REGLAMENTO DE OPERACIÓN DEL MERCADO ELECTRÓNICO COLOMBIANO MEC EN EL PERÍODO 2008 - 2016

NORMA	CONTENIDO
Superintendencia Financiera de Colombia	
Resoluciones 1018 de 2008 y 676 de 2014; 040 de 2015	Establece el objeto del sistema centralizado de operaciones, la función del administrador, la divulgación de la información, la propiedad de las bases de datos, requisitos y obligaciones de los afiliados, valores objeto de negociación, interconexión con proveedores de infraestructura, seguridades, funcionalidad del sistema, horarios.
Resolución 1506 de 2008	Alcance de los reglamentos.
Resolución 1019 de 2008	Reglamenta el registro y colocación por Internet, cupos de contraparte y operadores, obligaciones de los afiliados.
Resoluciones 1033 de 2011; 807 de 2016	Reglamenta quiénes pueden ser afiliados, modalidades de operaciones a plazo, garantías de las operaciones repo, sesiones de negociación
Resoluciones 676 de 2014 y 332 de 2015	Reglamenta afiliados, derechos de los afiliados, conservación de información y prueba de operaciones, registro y seguridades del sistema, presunción de conocimiento, reglas aplicables a las operaciones, funcionalidades del sistema, sesiones de negociación y registro, participación en las sesiones, asignación de códigos, metodologías de negociación, calce automático con puja, colocaciones por Internet, cumplimiento de operaciones de contado.
Resoluciones 1160 y 1168 de 2015	Reglamenta operaciones a plazo, mecanismos de contingencia.
Resoluciones 332 y 520 de 2015	Reglamenta la compensación y liquidación de operaciones; custodia; claves de acceso al sistema; suspensión y exclusión.
Resolución 027 de 2016	Reglamenta consecuencias por suspensión y exclusión del sistema, incumplimientos de los afiliados, definición de Cámara de Riesgo Central de Contraparte CRCC

Fuente: (LEGIS) Régimen Financiero y Cambiario; (MHCP) Boletín de Hacienda Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia; (Asobancaria) informes semanales de regulación. RNVE: Registro Nacional de Valores y Emisores.

Para resaltar están: las modificaciones a los reglamentos en lo que concierne a la organización de los mercados, respecto de funciones, participación de los intermediarios como miembros o como afiliados, derechos y deberes y obligaciones de los mismos; reglamentos para las modalidades de operación; cumplimiento; complementación; compensación y liquidación; horarios; infraestructura; seguridades; operaciones por Internet, entre otros. También se llama la atención sobre aspectos como la inscripción de emisores, cancelación, rechazo de solicitudes y tarifas.

Tanto la regulación del mercado de acciones en la Bolsa como la del MEC muestran cambios relevantes en lo que atañe a operaciones de liquidez, tales como repos, simultáneas y transferencia temporal de valores. Esto en lo referente a definición de las operaciones, valores objeto de negociación, anulación y corrección de operaciones, condición resolutoria, reglas para el cumplimiento y garantías, entre otros. Por último, otro aspecto significativo de las reformas a los reglamentos es el que corresponde a los derivados, así como aquellos que dieron cabida a la negociación de nuevos productos financieros.

Respecto de la eficacia de las modificaciones normativas para el mercado secundario, un resultado sobresaliente es la inscripción en Bolsa para cotización de nuevos productos financieros. En efecto, según el informe de títulos vigentes en el RNVE, la BVC tiene registradas 55 referencias que corresponden a contratos de futuros, opciones y otros derivados, entre los que se cuenta: futuros TRM; futuros TES; y futuros de acciones de Ecopetrol, Éxito, Nutresa, preferencial Grupo Aval y preferencial Bancolombia; y futuros sobre COLCAP. Igualmente, son de resaltar los productos llamados *Exchange-Traded Fund* (ETF), de los cuales a la fecha se cuentan 35 en la página de la Bolsa. Además, se encuentran inscritos en el RNVE 199 referencias a carteras colectivas de inversión o compartimentos de las mismas, fondos de capital privado o fondos bursátiles.

Otra forma de ver la eficacia de la normatividad podría ser si como resultado se obtiene el incremento en el volumen de negociación de papeles en el mercado secundario. Infortunadamente, no es posible la verificación de tal evolución, por cuanto no se cuenta con información consistente de fuente confiable que permita reconstruir una serie completa del volumen de negociaciones en el período estudiado. Según datos de los informes de gestión de la SFC, que en algunos casos incluyen una sección sobre el comportamiento del mercado de valores en el respectivo año, se encuentran en forma parcial los datos de negociaciones en bolsa, MEC, SEN y totales para los años 2008, 2009 y 2010, y bonos privados y públicos para 2008 y 2009.

Como lo muestran los datos parciales de las fuentes mencionadas, la negociación de acciones en la Bolsa colombiana ha venido cayendo desde 2012, año en el que salió del mercado la sociedad comisionista de bolsa Interbolsa. Según la BVC, el volumen de negociación en acciones en 2016 fue aproximadamente de \$35 000 millones, valor que, aunque mayor al del año inmediatamente anterior, es inferior en cerca de una cuarta parte al alcanzado en 2012. En cuanto al mercado

de bonos, la World Federation Exchanges WFE registra un volumen de negociaciones anuales en promedio de \$1 279 603 216 millones entre 2014 y 2016. Por último, el volumen de repos disminuyó significativamente, dado que, en 2016 el total de estas operaciones por \$115 800 millones fue el 33 % de lo negociado cuatro años atrás, según la BVC (WFE, 2016)¹⁹.

3. EL MERCADO INTEGRADO LATINOAMERICANO (MILA)

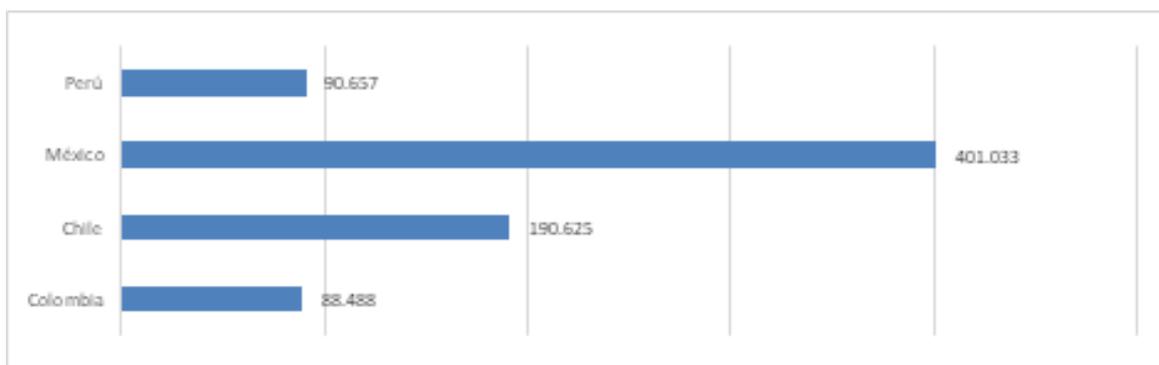
La integración de los mercados bursátiles de Colombia, Chile, México y Perú (MILA) surgió con el objetivo de “fomentar el desarrollo de los mercados de valores locales y la generación de negocios financieros entre los participantes de los diferentes países” (MILA, 2016), con el propósito de incrementar la actividad bursátil, tener una mejor exposición de los mercados, y establecer una mayor oferta de productos y oportunidades para los participantes, y de alguna forma, de enfrentar en mejores condiciones a las bolsas de Brasil y México (Yepes, 2015, p. 85). Esta iniciativa, que se viene trabajando desde 2009, culminó con la creación del MILA en 2011 por parte de las bolsas de Santiago (Chile), Lima (Perú) y Colombia, y la posterior anexión de la Bolsa Mexicana de Valores en 2014.

Los integrantes del MILA tienen una situación disímil en cuanto a emisores de valores: según Yepes et al., a 2014 Colombia tenía 82 emisores inscritos, de los cuales el 73% eran del sector industrial; Chile tenía 201 emisores, una tercera parte pertenecientes al sector financiero; Perú tenía 274 emisores, el 20 % del sector industrial y el 24 % de sectores diversos, para un total de 557 emisores de los tres países (Yepes, 2015, p. 88). Para 2016, y contando a México, el MILA tenía 636 emisores, de los cuales Colombia tenía registrados 68, en tanto que Chile y Perú contaban con un número muy similar, 214 y 217, respectivamente, y México se situaba en una posición intermedia con 137 emisores (MILA, 2017).

Esto en tanto que a fines de 2015 este mercado integrado tenía 1029 instrumentos listados a cotización, entre acciones, fondos bursátiles y otros instrumentos, de los cuales cerca de la mitad correspondían a Chile y solamente el 8,7 % a Colombia. A dicho año, el valor negociado en los diferentes mercados ascendió a USD187 millones, de los cuales casi el 80% correspondió a México y solamente el 8.0 % a Colombia (MILA, 2017). Pero según los registros de las bolsas, el valor transado en el MILA correspondió solamente al 0,1 % de las negociaciones en los mercados de Colombia, Chile y Perú (Leraul, 2016, p. 51).

¹⁹ Al respecto, el presidente de la BVC indicó que el bajo desempeño del mercado bursátil en 2016 está asociado con el menor crecimiento de la economía colombiana, pero que tal situación se revertirá el próximo año. Ver Semana (2017).

En cuanto a la capitalización bursátil del mercado integrado, fue de USD 770 803 millones para 2015, de la cual más de la mitad fue la del mercado mexicano, en tanto que la bolsa colombiana participó con el 11,5 %. Para 2016, dicha capitalización bursátil se incrementó en un 2,4 % en relación con 2015 (MILA, 2017).



Fuente: MILA, 2017. Elaboración propia.

GRÁFICA 9. CAPITALIZACIÓN BURSÁTIL MERCADOS MILA - DICIEMBRE DE 2016

Por último, respecto de los intermediarios del mercado, según Yepes (2015), Colombia, Chile y Perú tenían a 2014, en su orden, 24, 30 y 23 firmas comisionistas registradas (p. 88). Sin embargo, los intermediarios con convenio MILA a 2016 eran muchos menos: Colombia tenía 9 intermediarios con convenio con Chile, 10 con México y 3 con Perú; Chile contaba con 9 intermediarios con Colombia, 2 con México y 9 con Perú; México tenía 2 con Chile, 3 con México y 10 con Perú, y Perú tenía 8 intermediarios con convenio con Chile, 8 con Colombia y 2 con México, y en varios casos eran los mismos intermediarios (MILA, 2017). Igualmente, la integración ha dado lugar a varios procesos de fusión entre intermediarios de diferentes países (Yepes, 2015, p. 88), y en 2014, 10 de los intermediarios chilenos tenían transacciones en valores extranjeros (Leraul, 2016, p. 51).

CONCLUSIÓN

Los resultados encontrados en este análisis permiten concluir que, tal como se planteó en la hipótesis, la regulación para la oferta pública de valores tuvo una eficacia limitada, entendida como el cumplimiento de los objetivos de las modificaciones a las normas, entre 2008 y 2016. La oferta pública de bonos en mercado primario pareció responder, más que a la regulación, al comportamiento de una variable económica como los tipos de interés de la economía. Pero respecto del mercado secundario se encontró que, en el mismo período, la regulación gubernamental y

la autorregulación por parte de los administradores de sistemas de negociación tuvo un efecto significativo en cuanto al surgimiento de nuevos productos financieros, tales como derivados, *Exchange Trade Funds* (ETFs) y una variedad de participaciones en fondos de inversión colectiva.

Así mismo, no se pudo constatar que las normas hubieran sido eficientes, en el sentido de generar una mejor asignación de recursos en la economía, dado que la oferta de recursos a través del mercado continúa siendo escasa si se compara con las modalidades de crédito ordinario y preferencial de los bancos. En cuanto al mercado secundario, tampoco fue posible confirmar incrementos en los volúmenes negociados en papeles tradicionales, y, por el contrario, se observó una caída de las operaciones con acciones bastante significativa después de 2012, año en el que fue intervenida la mayor comisionista de bolsa del mercado colombiano, la firma Interbolsa.

Por último, aún no se ven los resultados esperados de la integración de las bolsas de Colombia, Chile, México y Perú en cuanto a incremento de emisores y volúmenes de negociación, y la participación de Colombia en el MILA es bastante poco representativa.

En consecuencia, lo que queda es una gran inquietud respecto de la pertinencia de seguir insistiendo en regular el mercado de productos financieros tradicionales, como las acciones, los bonos y los papeles comerciales, lo que se suma a que la titularización habría perdido su capacidad como importante canal de innovación financiera. Parecería que es a través de la autorregulación que se lograría mejorar la oferta de nuevos productos financieros, lo cual conlleva retos en materia de promoción del mercado, desarrollo de nuevas tecnologías, protección de los inversionistas, especialmente los consumidores, y educación financiera.

REFERENCIAS

- APEC-OECD. (S.F.). *Integrated Check List on Regulatory Reform*. Recuperado el 19 de Oct. de 2017, de Organisation for Economic and Co-operation Development: <https://www.oecd.org/regreform/34989455.pdf>
- ASOBANCARIA. (s.f.). Informe semanal de regulación. *Asociación Bancaria y de Instituciones Financieras*. Obtenido de <http://www.asobancaria.org.co>
- Baldwin, R. M. (2012). *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- BanRep. (Jun. de 2017). *Informe del Banco de la República al Congreso Jul. 2017*. Bogotá, D.C. Obtenido de <https://www.banrep.gov.co>
- Blanco, C. (2014a). Reforma al segundo mercado: análisis del Decreto 1019 de 2014. *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, 52, 1-32.
- Blanco, C. (2014b). La regulación del mercado de valores en Colombia en el período 2007-2012 y el caso de Interbolsa: un análisis del marco institucional. En *Serie de Derecho Económico 3: Análisis*

- Económico del Derecho, nuevas vertientes y diferentes aplicaciones* (pp. 189-248). Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Blanco, C. (2014c). La titularización en Colombia: veinte años de regulación, 1993-2013. *Revista de Economía Institucional*, 17(32), 259-294. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v17n32/v17n32a10.pdf>
- Castañó, J. (2011). Autorregulación y Autorregulador: cómo el autorregulador contribuye a la construcción de un marco institucional eficiente en el mercado de valores colombiano. En M. Baquero, *La Ley 964 de 2005: ¿se están cumpliendo los objetivos?* (pp. 131-156). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- CE. (2017). *Compliance Experts*. Obtenido de <http://www.complianceexperts.com/faq-self-regulation-vs-co-regulation>
- Colombia. (1991). *Constitución Política*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Constitucional. (2007). Sentencia C-692. *Corte Constitucional*. Bogotá, D.C.
- CRCC. (2017). Página Web. *Cámara de Riesgo Central de Contraparte*.
- Herrera, B. (2017). *Globalización financiera: banca, regulación y crisis*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- InternationalOrganizationOfSecuritiesCommissions. (May de 2003). *Objectives and Principles of Securities Regulation*. Recuperado el 13 de Oct de 2017, de IOSCO: <https://www.iosco.org>
- LEGIS. (s.f.). Régimen Financiero y Cambiario.
- Leraul, D. (2016). Trading with Neiborgs: regional stock exchange integration- The mercado integrado latinoamericano. *Latin American Business Review*, 17(1), 49-71. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1080/10978526.2015.1137478>
- MHCP. (s.f.). Boletín de Hacienda Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia. Obtenido de <http://www.superfinanciera.gov.co>
- MILA. (2016). *Presentación Institucional MILA*. Obtenido de Mercado Integrado Latinoamericano: http://www.mercadomila.com/home/files/Presentacion%20Institucional%20MILA/Presentacion_Institucional_MILA.pdf
- MILA. (2017). *Página Web*. Obtenido de Mercado Integrado Latinoamericano: <http://www.mercadomila.com/home/>
- Morales, C. (2005). La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bordieu y Gunther Teubner (estudio preliminar). . En P. B. Teubner, *La Fuerza del Derecho* (pp. 13-80). Bogotá: U. De los Andes, Pontificia U. Javeriana, Siglo del Hombre Ed.
- Nadal, A. (30 de Ago de 2017). *Regulación Financiera: el fantasma de Ferdinand Pecora*. Recuperado el 31 de Ago de 2017, de <http://www.jornada.unam.mx/2017/08/30/opinion/023a1eco>

- North, D. (1993). *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- OECD. (2012). *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Obtenido de Organisation for Economic Co-operation Development - Better Policies for Better Lives: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf>
- OTC. (2017). *Occupational Therapy Children*. Obtenido de <http://occupationaltherapychildren.com.au/what-is-co-regulation/>
- Portafolio. (14 de Oct. de 2016). 'No sólo de regulación vive el mercado de capitales'. *Diario Portafolio*, pp 15.
- Portafolio. (6 de Jun. de 2017). 'Colombia ya hizo la tarea en regulación'. *Diario Portafolio*, p. 11.
- Rodríguez, M. (2014). Concepto, alcance y estructura de la autorregulación en el mercado de valores colombiano. *Revista E-Mercatoria Universidad Externado de Colombia*, 13(2), 29-96.
- Rosillo, M. (2008). La Autorregulación en el Mercado de Valores. *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*(39), 1-34.
- Rubio, M. (2007). *Economía Jurídica. Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SEC. (2011). *Investor Bulletin: Real Estate Investment Trust REITs*. Obtenido de Securities And Exchange Commission SEC - Office of Investor Education and Advocacy: <http://www.sec.gov>
- Semana. (12 al 19 de Nov. de 2017). ¿Qué pasa en la bolsa? *Revista Semana*, pp. 56-57.
- SFC. (1995). Circular Básica Contable y Financiera. (100). Obtenido de <http://www.superfinanciera.gov.co>
- SFC. (17 de Dic de 2008). Concepto 2008053546-002. *Administradores de sistemas de negociación de valores y de registro de operaciones sobre valores, autorreguladores, deber de monitoreo*. Bogotá., D.C.: Superintendencia Financiera de Colombia.
- SFC. (Oct. de 2015). *Marco Integral de Supervisión*. Obtenido de Superintendencia Financiera de Colombia: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10085454>
- WFE. (2016). *World Federation of Exchanges*. Obtenido de Statistics: <https://www.world-exchanges.org/home/index.php/statistics/annual-statistics>
- Yepes, B. K. (2015). The Integration of Stock Exchanges: The case of the Latin American integrated market MILA and its impact on ownership and internationalization status in Colombian brokerage firms. *Journal of Economic, Finance and Administrative Science*, (20), 84-93.

La independencia del regulador en Francia y en Colombia*

*The independence of the regulator
in France and Colombia*

JAVIER SAN CLEMENTE ARCINIEGAS

Ph.D. en derecho de la Universidad París-Dauphine, PSL Research University, magíster en Derecho de los Negocios y de la Economía de la Universidad Paris I Panthéon Sorbonne, especialista en Derecho Comercial Universidad Paris II Panthéon Assas, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado, especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional, abogado de la de la misma universidad, exmagistrado auxiliar del Consejo de Estado, actualmente, asesor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y docente de Derecho Económico en la Universidad Nacional de Colombia.
jsanclementea@gmail.com

* Esta investigación se originó en la práctica profesional como asesor de la Dirección de Regulación Financiera del Ministerio de Hacienda y en la labor como docente de Derecho Económico en la Universidad Nacional; para culminar los estudios de doctorado conté con una financiación parcial de ese ministerio. Sin embargo, las opiniones expresadas son exclusivas del autor.

Resumen

El regulador independiente es una institución distante de la tradición legal compartida por Francia y Colombia. Este documento compara la manera en que han sido adoptadas autoridades de regulación independientes en los dos países. Algunos han identificado la influencia de la tradición legal francesa como un obstáculo que impediría la adopción de autoridades de regulación independientes en Colombia. Sin embargo, Francia ha logrado superar los desafíos legales planteados por la institución y el sistema jurídico francés protege adecuadamente la independencia del regulador. Esto demuestra que la institución no es incompatible con la cultura jurídica común. Para consolidar la independencia del regulador en Colombia es relevante analizar el sistema francés y moderar la influencia de otra tradición colombiana: el presidencialismo.

PALABRAS CLAVE

Regulación económica, derecho económico, autoridades de regulación, independencia, eficacia, experticia.

Abstract

The independent regulator is an institution distant from the legal tradition shared by France and Colombia. The adoption of this institution in Colombia has raised difficulties which were associated with the influence of french law. Nevertheless, France has managed to overcome the legal challenges posed by the institution and the French legal system adequately protects the independence of the regulator. This demonstrates that the institution is not incompatible with the common legal culture. To consolidate the independence of the regulator in Colombia it is relevant to analyze the French system and to moderate the influence of another colombian tradition: presidentialism.

KEYWORDS

Regulation's law, economic law, market authority, independence, efficacy, expertise.

INTRODUCCIÓN

Este texto presenta en idioma español una síntesis general de la tesis que he sostenido en la Universidad Paris-Dauphine, PSL, Research University con miras a obtener el título de doctor en Derecho. La investigación se centró en las dificultades jurídicas para garantizar la independencia de las autoridades de regulación en Colombia. Dos argumentos figuran como obstáculos principales para la adopción de esa institución en Colombia: de una parte, el origen anglosajón, extraño a nuestra cultura jurídica, del modelo institucional propio del regulador independiente; de la otra, las potestades constitucionales del presidente de la República que lo erigen como máxima autoridad de todas las instituciones administrativas.

Las influencias internacionales han sido identificadas como la fuente que ha impulsado la adopción, no siempre voluntaria, de autoridades de regulación independientes en numerosos países. Así, ese tipo de reformas institucionales se ha convertido en un fenómeno de alcance mundial, caracterizando el advenimiento de un nuevo modelo de Estado, que ha sido denominado por la doctrina nacional (Alviar y Lamprea, 2015) e internacional (Levi-Faur y Jordana, 2005; Majone, 1997; Chevallier, 2004) como el Estado regulador.

Dada la naturaleza transnacional de la institución, mi trabajo se orientó a comparar la manera en que han sido adoptadas autoridades de regulación independientes en Francia y Colombia. Lo anterior, por cuanto algunos análisis (Benavides, Fainboim, Spiller, 2000a, 2000b) han identificado la influencia de la tradición legal francesa como un obstáculo que impide la adopción de ese tipo de entidades en Colombia. Además, en Francia, los dos obstáculos que en Colombia aparecían como insuperables tienen aun mayor peso. De una parte, en cuanto al rol del Ejecutivo como suprema autoridad administrativa, según los artículos 20 y 21 de la Constitución francesa, el Gobierno dispone de la administración y del poder reglamentario; de otra parte, en cuanto al origen anglosajón de la institución, ese hecho es ampliamente reconocido en Francia (Champaud, 2002; Chérot, 2002, p. 262), de allí que algunos autores hacen referencia al escepticismo, y, en ciertos casos, a la hostilidad, con que fue acogido inicialmente el regulador independiente en ese país (Chevallier, 2004).

En este artículo la investigación será presentada en el mismo orden de la tesis. En la primera parte se identifican aspectos comunes en el proceso de adopción de las autoridades de regulación independiente en Francia y en Colombia. Allí observamos que se trata de una noción lejana a la tradición jurídica que comparten los dos países. Un cambio producto de un nuevo modelo de sociedad, marcado por la desconfianza hacia los políticos y por la influencia de instituciones internacionales que orientan las reformas legales. En la segunda parte se identifican las principales diferencias. Primero examinamos el marco constitucional; allí encontramos que las dificultades para dotar de independencia a autoridades administrativas han sido más importantes en

Francia. Luego analizamos el nivel legal; en ese aspecto veremos que en Colombia, pese a contar con un sustento constitucional, la institución no goza de una protección adecuada. Por ello, con miras a consolidarla, se analiza la forma en la que el legislador francés protege la independencia y se formulan algunas recomendaciones.

1. ASPECTOS COMUNES: UNA INSTITUCIÓN EXTRAÑA A LA TRADICIÓN JURÍDICA FRANCESA Y COLOMBIANA

Nuestra investigación partió de reconocer, de una parte, la cercanía del modelo jurídico francés y colombiano y, de la otra, el alejamiento de esa tradición jurídica de las autoridades de regulación independiente. En efecto, la existencia de instituciones de naturaleza administrativa, pero independientes de la dirección del gobierno, plantea dificultades. En cuanto al primer aspecto, Colombia ha sido identificada como un país que adoptó, en sus principios esenciales, todo el sistema jurídico administrativo francés (Gaudemet, 1999). En cuanto al segundo, en Francia, diferentes autores han expresado su perplejidad ante una institución que representa una ruptura con la organización tradicional del Estado (Gélard, 2006). Algunos se han referido a ella como una contradicción de las nociones administrativa e independiente que la integran (Gentot, 1994, p. 7); otros la han calificado de extrañeza jurídica, atípica e híbrida dentro del paisaje administrativo galo (Guédon, 1991) y como una nueva categoría institucional, insólita a los ojos de los publicistas (Champaud, 2002).

Pese a ello, los dos países se han visto abocados a una mutación de la estructura estatal, dentro de la cual se destaca el advenimiento de las autoridades de regulación independientes. Esos entes plantean preguntas sobre el papel general del Estado en la economía y en la sociedad. Se trata de un proceso que tiene origen en dos factores comunes, que se han implementado de manera distinta. Un primer factor es la irrupción de un nuevo modelo de sociedad, marcado por la búsqueda de una nueva legitimidad para el Estado fundada en la eficacia de su intervención económica (Frison-Roche, 2004). El segundo factor común es la marginalización del Estado nacional, en tanto que fuente principal de las iniciativas legislativas. La desnacionalización de las políticas estatales, a la que hace referencia Sassen (2010), es un fenómeno que afecta tanto a los países centrales como a los periféricos.

1.1 La adopción de autoridades de regulación independientes: signo de un nuevo modelo de sociedad

La adopción de autoridades de regulación independientes caracteriza el advenimiento de un nuevo modelo de sociedad, en una mutación marcada por la importancia que se otorga a la eficacia en la gestión de la economía. En ese contexto, y pese a que se trata de entidades a cargo de asuntos económicos y legales, la atribución de competencias importantes a entidades que no fundan sus poderes en elecciones democráticas plantea preguntas más amplias. De esa forma,

se cuestionan los valores en torno a los cuales se organiza una comunidad política, incluida la fuente en la que se funda el ejercicio del poder (Rubin, 2001; Frison-Roche, 2001).

Al mismo tiempo, se produce una redefinición de las relaciones entre Estado y economía, el abandono de algunas actividades propias del Estado providencia y la admisión de la regulación como la actividad emblemática (Thirion, 2014). De manera concomitante, se ha presentado un cambio de signo entre lo público y lo privado en materia económica. Los atributos simbólicos asociados a lo público, como el espacio de lo universal, del bien común o del interés general, son puestos en duda (Sève, 1997). En su lugar, el mercado aspira a erigirse como el modelo que se debe seguir (Frison-Roche, 1995).

La búsqueda de una nueva eficacia para la acción estatal se impuso ante el agotamiento del modelo en el que el Estado actuaba como actor principal en diferentes sectores económicos. Frente a la crisis de ese modelo, se adoptan cambios dirigidos a permitir que el Estado conserve su legitimidad. De esa manera, se reconoce que el consentimiento de los ciudadanos frente al ejercicio del poder está determinado por la eficacia en el desempeño de la gestión pública (García, 1987, p. 38), es decir, por su capacidad para alcanzar los objetivos que persigue. Por ello Habermas (1998, p. 22) afirma que el Estado superado por la crisis económica es castigado con una falta de legitimidad, porque pierde la confianza de los gobernados, en cuanto a los orígenes y las formas del ejercicio del poder. Por ello, la creación de autoridades administrativas independientes es identificada como un remedio para superar la crisis de legitimidad. En efecto, la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad con la que esas instituciones llevan a cabo sus misiones son sus rasgos principales. De esa manera se lograría, además de un mejor funcionamiento de la economía, una refundación de la legitimidad democrática del Estado (Frison-Roche, 2004).

1.1.1 La búsqueda de una nueva eficacia para la intervención económica estatal

El advenimiento de los reguladores independientes es producto de una transformación particular en pos de una nueva eficacia para la acción estatal sobre la economía. En tal sentido, autores como Perroud (2015, p. 237) afirman que la búsqueda de la eficacia implica un cambio en el centro de gravedad del derecho económico, que pasa de centrarse en la defensa de la libertad para concentrarse en valores como la eficacia, la eficiencia y la competitividad. En la misma dirección, un estudio realizado por el Consejo de Estado francés (Conseil d'État, 2001) identifica, como justificación para la creación de esas autoridades administrativas independientes, la necesidad de garantizar la efectividad de la intervención estatal en términos de velocidad, adaptación a las necesidades cambiantes del mercado y la continuidad en la acción.

La tendencia hacia la eficacia impuso el abandono de estrategias y herramientas jurídicas de intervención económica consideradas ineficaces, como el modelo del Estado empresario y la economía administrada. El Estado empresario fue una mutación fundamental del Estado gendarme.

Una transformación caracterizada por una intervención creciente e indiscriminada de la participación directa del Estado en la economía, que implicaba la antítesis del modelo clásico liberal. Como efecto, muy pocos sectores económicos quedaron excluidos de la presencia estatal, la cultura, la industria o los bienes sociales; el Estado era omnipresente como productor, consumidor o banquero. En ciertos casos, las empresas del Estado operaban en condición de monopolio; en algunos otros, se encontraban en posición dominante dentro del mercado respectivo. En consecuencia, la presencia estatal en la economía se incrementó considerablemente, lo cual le otorgó una influencia determinante en la actividad económica (Farjat, 1971).

Además, a través de diferentes instancias administrativas, el Estado había multiplicado las disposiciones reglamentarias destinadas a gobernar la vida económica. Dichas medidas abarcaban desde normas que gobernaban las relaciones contractuales particulares hasta una planificación pública general de la actividad económica. En consecuencia, el modelo de la economía administrada implicaba un repliegue drástico de la organización libre de la interacción económica en beneficio de un rol mayor para la administración. Los análisis sobre este tema han observado que esta tendencia se expresó por medio de una plétora de textos quisquillosos, ilegibles y, a veces, contradictorios (Frison-Roche, 1996; Chevallier, 1987) Mediante ellos, la burocracia pretendía sustituir al mercado, identificando la manera más eficiente y los objetivos que debían seguir los operadores económicos.

El advenimiento del Estado regulador se explica en parte por la grave crisis a la que se vio confrontado el crecimiento económico debido a la influencia determinante de la acción estatal. En Francia, la quiebra de la economía administrada (Aftalion, 1990) estuvo acompañada del “shock” petrolero que puso fin a la época de prosperidad general de la posguerra (los treinta gloriosos). En Colombia, como en América Latina, se ligó con la crisis en el pago de la deuda externa, que afectó el progreso a los países de la región y que llevó a denominar los años 80 como “la década perdida”. En consecuencia, se generó una percepción negativa del activo rol económico del Estado. Eso condujo al retiro de la presencia pública del mercado, la privatización de las empresas públicas o al sometimiento de las empresas públicas restantes a las normas comerciales ordinarias. En adelante la administración de las empresas públicas restantes debió enfrentar criterios de eficiencia más rigurosos y adaptarse a un nuevo marco jurídico en el que el empresario estatal ha perdido muchos privilegios de los que antes disfrutaba (Tixier, 2002).

La transición del Estado empresario al Estado regulador implicó también una reconfiguración de la estructura estatal, reformas marcadas por la desaparición de ciertas manifestaciones estatales responsables de actuar directamente en la economía. En su lugar, se despliega un conjunto de nuevas entidades a cargo de la actividad de regulación. Además, de un cambio en el modelo y las estrategias de intervención, el Estado regulador implica también la reducción del conjunto de objetivos que se propone la administración. Por ello, autores como Rouban (1994, p. 18) hacen referencia a un Estado más modesto, que reduce su influencia sobre la economía a roles antes considerados secundarios.

1.1.2 Replanteamiento del rol de los políticos y los expertos

Tanto en Francia como en Colombia el advenimiento de la regulación como la principal forma de intervención del Estado en la economía implicó también una transferencia del poder de influencia, de los políticos a los expertos. En tal sentido, se ha firmado (Louvaris, 2007) que la política y la ideología, legítimamente presentes en el debate democrático, deben ahora contar con mayores restricciones provenientes de la técnica. Se trata de un cambio en la racionalidad que guía la implementación de las políticas públicas; ahora las oposiciones resultantes de las divisiones políticas se habrían desvanecido a favor de una consideración más tecnocrática de los problemas económicos y sociales (Rouban, 1994). Por ello, el conocimiento se convierte en un elemento fundador de la legitimidad de las decisiones y el paradigma científico se utiliza como argumento de autoridad en el debate político para legitimar la aparición de un Estado regulador (Chevallier, 2001).

El regulador independiente es una institución especialmente adaptada a la gestión de los expertos, ya que exige tres condiciones que, con razón o sin ella, han sido asociadas con la experticia. En primer lugar, la importancia que se otorga a la economía ha permitido que quienes dominan esa disciplina asuman los roles centrales en materia de regulación económica (Gilardi, Jordana y Levi-Faur, 2006). En segundo lugar, los expertos han ganado preponderancia gracias a su reputación de imparcialidad, cualidad ausente entre los políticos, quienes, por la naturaleza de su actividad, se ven obligados a tomar partido. Finalmente, la necesidad de una visión a largo plazo exigiría blindar la dirección de las autoridades de regulación de la influencia política excesiva en beneficio de los expertos. Esto por cuanto la actividad política está marcada por periodos electorales de corto plazo, lo que puede ser contrario a la estabilidad necesaria para la maduración en el tiempo de grandes inversiones.

A lo anterior debe agregarse un cierto descrédito que ha afectado a la política debido a su incapacidad para producir resultados que sean socialmente aceptables. En efecto, la regulación independiente se basa en teorías que desconfían de los políticos (Stigler, 1971; Buchanan & Tollison, 1984), ya que en sus decisiones no primaría el interés general, sino su interés personal. De allí que la adopción de autoridades de regulación económica dotadas de autonomía expresa una tendencia general hacia el repliegue de la influencia política en el gobierno de la economía (De Smet, 2014). La doctrina francesa vincula esa pérdida de influencia con la crítica feroz de la que es objeto la clase política (Rouban, 1994, p. 13), hecho que ha conducido a una crisis del sistema de representación y una desmitificación de los funcionarios elegidos popularmente. En Colombia, esta tendencia tiene aun más sustento debido a las graves disfunciones que exhiben las principales instituciones políticas. Así, la corrupción y el clientelismo que caracteriza al régimen político colombiano conducen a una ausencia de prestigio de los políticos, hecho que justifica el aumento del poder de los técnicos.

1.2 La influencia extranjera paralela: el derecho anglosajón y el de la Unión europea

La adopción de autoridades de regulación independientes en los dos países analizados ha sido asociada a influencias extranjeras. Aunque las razones determinantes para la llegada de esta institución a cada uno de los órdenes jurídicos mencionados no son idénticas, podemos hablar de un cierto paralelismo en las causas que determinaron su adopción, una consecuencia jurídica de la globalización en los estados nacionales. En efecto, ese fenómeno implica una reducción del margen de maniobra de los actores nacionales, debido al surgimiento de nuevos actores, como las organizaciones internacionales y los mecanismos de integración regional.

En ese contexto, los ordenamientos legales de la familia de derecho continental han sufrido la influencia creciente de instituciones legales propias del derecho anglosajón, que se manifiesta de manera particular en los diferentes Estados. Por ello, se ha afirmado que la internacionalización de la regulación independiente expresa una cierta universalización de las instituciones legales, un nuevo derecho sin fronteras, caracterizado por una americanización del derecho continental y una homogeneización de los sistemas jurídicos que integran la Unión Europea (Marcou, 2005; Dellis, 2010; Mockle, 2000; Levi-Faur y Jordana ,2005).

Por consiguiente, tanto Francia como Colombia han afrontado dificultades legales para adaptar a su estructura estatal una institución lejana de su tradición jurídica. En ese proceso, Francia ha implementado reformas institucionales que, si bien son lejanas de su tradición jurídica, protegen de manera efectiva la independencia. En Colombia, por el contrario, los políticos han preservado su poder determinante, lo cual ha facilitado la captura del regulador. El proceso de adaptación se ha originado en forma relativamente simultánea (desde fines de los años 80) y no siempre voluntaria. Sin embargo, la crisis económica en que desembocó el modelo del Estado interventor tornó en imperativas las reformas. Así, la crisis de la deuda en América Latina y la consolidación del mercado común en la Unión Europea pueden ser identificados como factores externos al origen de las reformas.

1.2.1 En Francia, la influencia del derecho de la Unión Europea

Las obligaciones derivadas de las normas europeas se encuentran en el origen del advenimiento del regulador independiente en Francia. El proceso de construcción de la Unión Europea ha implicado una importante transferencia de soberanía de los Estados nacionales a la Unión. La iniciativa legislativa y la adopción de normas ya no son ya responsabilidad exclusiva de las instituciones nacionales, sino que se ha generado una pluralidad de productores de normas e iniciativas legales. Por tal motivo, existe un cierto consenso en la doctrina francesa que atribuye la creación de autoridades administrativas independientes a una obligación que se desprende

del Derecho comunitario, dentro del cual se atribuyó a esas instituciones una importancia fundamental (Majone, 1997; Frison-Roche, 2006; Ziller, 2010; Calvet, 2004).

El establecimiento de un mercado común es un objetivo esencial de la Unión Europea. En ese empeño, el regulador independiente juega un papel crucial, por cuanto es la garantía de una competencia leal entre las diferentes compañías de los Estados nacionales. La exigencia es particularmente relevante en el caso del Estado francés, pues ese país optó por mantener la calidad de accionista principal de las empresas públicas. De allí que separar la dirección de las autoridades de regulación de los gobiernos nacionales fue identificado como una garantía de imparcialidad. De esa manera se impide que las empresas de los Estados que hacen presencia directa en los mercados nacionales actúen al mismo tiempo como jueces y partes en la disputa económica; alterando de esa forma el libre juego económico dentro de un mercado abierto a la competencia.

Las políticas de liberación de los sectores económicos de las economías nacionales fueron impulsadas por las instituciones de la Unión Europea. En primer lugar, la Comisión, a través de directivas, actuando en su calidad de guardiana de los tratados y representante del interés general de la Comunidad exigió a Francia el cumplimiento de los compromisos para permitir el funcionamiento del mercado único. En segundo lugar, las normas del Tratado de Roma, que someten a las reglas de la libre competencia las compañías estatales que actúan en condición de monopolio. Dado que esas normas conciernen a las empresas de servicios públicos, su interpretación y aplicación generó polémica, pues con el fin de permitirles desarrollar esas funciones de interés general, las normas de la Unión establecen excepciones que benefician a esas sociedades. En tercer lugar, la Corte de Justicia, a través de su jurisprudencia, jugó un papel decisivo apoyando las iniciativas liberalizadoras de la Comisión.

Un análisis completo de las normas del derecho europeo que han influido en el advenimiento de los reguladores independientes en Francia desborda el objeto y los límites de nuestra investigación. Su invocación somera la consideramos pertinente con el fin de demostrar la influencia externa que condujo a la adopción de esas entidades en Francia. En ese sentido, conviene resaltar el rol fundamental del artículo 90 del Tratado de Roma (hoy artículo 106 del TFUE). Esa norma fue el sustento legal de la vigorosa iniciativa liberalizadora de la Comisión. En torno a su interpretación se generaron encendidos debates, pues debía conciliar el objetivo de lograr un mercado común, con valores superiores para Francia, como la noción de servicio público. De allí que haya sido considerada una de las disposiciones del Tratado cuya interpretación ha generado mayor controversia. (Para profundizar al respecto ver Gavalda y Parleani, 2010, p. 479; Bracq, 2011; Pais Antunes; 1991, Bazex, 1995; Charbit, 1995).

La polémica en torno al alcance de esa norma enfrentó judicialmente a los Estados con la Comisión. Como producto se generó una abundante jurisprudencia en la que, con algunas excepciones, la Corte de Justicia apoyó las iniciativas de la autoridad europea (Chavrier, 1995). El debate se centró

inicialmente en la liberación del sector de las telecomunicaciones (Laget-Annamayer, 2002; Laporte 2007). La Comisión exigió una separación clara entre las actividades económicas del operador histórico y las actividades de regulación. Esas pretensiones fueron consideradas legalmente bien fundadas, entre otros, mediante los fallos C-202/88 de 19 de marzo de 1991, República Francesa contra Comisión/ europea y C-18/88, de 13 de diciembre de 1991. Posteriormente, la exigencia de independencia se extendió, ya no cubría solo a los operadores, sino que concernía la estructura misma de la administración francesa (Hoyneck, 2012). Así, en el caso Taillandier C-92/91, la Corte censuró al Estado francés por considerar que no era suficiente privar al operador histórico de competencias en materia de regulación. El requisito de la independencia imponía sustraer de la dirección del Gobierno las dependencias administrativas encargadas de ejercer esa función.

1.2.2 En Colombia, la influencia de los prestamistas internacionales

En Colombia, al igual que en Francia, la adopción de reguladores independientes en el derecho económico fue influenciada por organismos externos. El papel desempeñado en Francia por el derecho y las autoridades europeas ha sido asumido en el caso colombiano por los prestamistas de fondos internacionales, inicialmente el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial. Luego el proceso de admisión del país a la OCDE reforzó esa tendencia. La crisis de la deuda externa, que afectó a los países de América Latina en la década de 1980, tuvo como efecto secundario aumentar la influencia de los prestamistas internacionales. Debido a ella, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial ganaron una influencia decisiva, que les permitió exigir a los países deudores, como una condición previa para la concesión de nuevos recursos para pagar sus deudas, la implementación de reformas económicas estructurales.

Dada la gravedad de la crisis de la deuda, el FMI intervino activamente para garantizar la estabilidad del sistema monetario internacional. Su papel fue el de facilitar el pago de la deuda mediante la asignación de recursos frescos a los países deudores, actuando como un director de la crisis (Boughton, 2000). En ese rol, el Fondo, auxiliado por el Banco Mundial, asumió la reflexión acerca de las causas de la crisis de la deuda de los países latinoamericanos y, por lo tanto, se arrogó la potestad de indicar las medidas que se debían adoptar a fin de superar las dificultades. Las orientaciones de los prestamistas internacionales siguieron un paradigma: el Consenso de Washington (Williamson, 1990). Las recomendaciones del Consenso son una especie de decálogo, que contenía las condiciones económicas o políticas que debían cumplirse como condición previa para autorizar el acceso a nuevos recursos de los prestamistas internacionales.

Entre las políticas recomendadas se encontraban, junto con las preocupaciones tradicionales de la heterodoxia económica, como la prudencia en la gestión económica; el control del déficit fiscal; la disciplina presupuestaria; el control de la inflación; y el equilibrio en la balanza comercial; otras ideas críticas sobre el papel del Estado en la economía. Se preconizó la importancia de reducir la

presencia estatal, la privatización de empresas públicas y la apertura económica de los mercados nacionales a la competencia internacional. En ese marco, la adopción de autoridades de regulación independientes fue un asunto accesorio, dentro de una amplia agenda de reformas, percibidas todas como imposiciones por parte de los prestamistas internacionales (Estrada, 2010).

Los instrumentos jurídicos a través de los cuales el FMI ejerce influencia son la condicionalidad y los acuerdos de confirmación. Estos se han convertido en los pilares centrales de su actividad, y le permiten determinar las políticas que los Estados que deben implementar como condición para acceder a nuevos recursos (Sorel, 1996; Guitian, 1995). Se trata de instituciones jurídicas sui géneris y sofisticadas que, pese a no contar con la coerción propia del derecho estatal, tienen una influencia determinante. Por ello, la doctrina internacional los ha identificado como una forma de *soft law*, que puede influenciar los comportamientos de una manera más eficaz que el derecho duro, pues en ausencia de fuerza normativa, los donantes internacionales cuentan con la posibilidad de aplicar represalias económicas (Riedel, 1991; Abi-Saab, 1993; Duplessis, 2007). En Colombia, la condicionalidad utilizada por el FMI para imponer las reformas ha sido identificada como un punto intermedio entre la ausencia total de compromisos legales y un acuerdo jurídico formal (Lizarazo, 2011).

De lo anterior se desprende una diferencia importante entre la fuente de las autoridades de regulación económica en Francia y en Colombia. Mientras que aquí la configuración de los reguladores independientes ha sido determinada esencialmente por la economía (Montenegro, 1995; Hommes, 1996), en Francia esa ha sido una labor del derecho. En efecto, allá la influencia de las instituciones europeas tuvo una naturaleza jurídica, que se expresó a través de instrumentos legales, como las normas de los tratados, las directivas de la Comisión o jurisprudencia de la Corte. En Colombia la adopción de entidades de regulación fue una parte secundaria dentro de un vasto proceso de reformas que pretendían superar problemas económicos modernizando el Estado y privatizando empresas públicas. De esa manera, el diseño de las autoridades de regulación ha sufrido por la ambigüedad que caracteriza la noción (Sanclemente-Arciniegas, 2017). De un lado, quienes reivindican la presencia del Estado en la economía censuran la regulación como una expresión neoliberal; del otro, una visión neoliberal simplista tiende a considerar innecesaria toda intervención estatal sobre el mercado.

2. ASPECTOS DIFERENTES: BUENA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA Y BUEN DISEÑO LEGAL EN FRANCIA

A pesar de la existencia de los factores comunes que identificamos en la primera parte, la protección de la independencia del regulador en los sistemas jurídicos francés y colombiano es diferente. En Colombia, la institución cuenta con un respaldo constitucional sólido, sin embargo, a nivel legal, la protección de la independencia es débil o inexistente. En Francia, de manera pa-

radójica, pese a no contar con un respaldo explícito en la Constitución, el legislador protege la independencia. Por el contrario, en Colombia, el anclaje constitucional de la institución no se ha traducido en una protección adecuada. Los análisis de derecho comparado (PONTIER, 2006) han observado una tendencia contraria: una constitucionalización de la independencia, usualmente se traduce en una protección legal más fuerte. Esto indicaría que en Colombia la configuración legal de la entidad no ha desarrollado los principios constitucionales.

2.1 **Ámbito constitucional: de las dificultades en Francia a la constitucionalización plena en Colombia**

Como hemos visto en la primera parte del texto, garantizar la independencia de las autoridades de regulación plantea cuestiones fundamentales acerca de la fuente en la que se origina su poder. En efecto, al separar esas entidades de la dirección de los políticos se rompe el vínculo que las une con la expresión de la soberanía popular. De manera que esas instituciones representan una nueva concepción, que matiza postulados de soberanía, como el planteado en el artículo 3 de nuestra constitución, según el cual, todo poder debería emanar de la voluntad popular.

Además, el fundamento constitucional de las autoridades de regulación cobra especial relevancia si se tiene en cuenta el tipo de poderes que están llamadas a ejercer. En efecto, se trata de instituciones que pueden acumular competencias propias de los tres poderes públicos. De manera que no solo cuestionan la intervención de los políticos, sino que la aptitud de los jueces para resolver cuestiones económicas también es puesta en duda (Shleifer, 2012). Por consiguiente, el ejecutivo, el legislativo y el judicial pueden percibir con recelo entidades que pretenderían rivalizar en el ejercicio de sus facultades tradicionales.

Ese tipo de reflexiones toca cuestiones fundamentales de la organización política, por tal razón, su configuración legal exigiría mandatos constitucionales explícitos. De allí que en Francia la principal dificultad para la adopción de esas instituciones ha sido la ausencia de un apoyo constitucional. Por el contrario, a ese nivel, en Colombia, la institución cuenta con un sólido respaldo, que se acompaña del prestigio del que gozó la Constitución de 1991.

2.1.1. El difícil consentimiento constitucional en Francia

La doctrina gala ha hecho referencia al difícil consentimiento del Estado ante los reguladores independientes (Du Marais, 2004, p. 518). En efecto, la institución no tiene consagración constitucional, pese a que representó un choque violento (Frison-Roche, 1997, 178) frente a la tradición jurídica de ese país. Al igual que en Colombia, algunos autores afirmaron que el origen anglosajón del regulador independiente podía ser incompatible con la cultura administrativa francesa (Chérot, 2002, p. 262).

Hubo tres aspectos críticos en materia constitucional. En primer lugar, la sustracción de esas entidades del poder de dirección del que dispone el Gobierno sobre la administración violaría el principio democrático; en segundo lugar, el hecho de otorgarles un poder reglamentario que en principio sería privativo del primer ministro y, finalmente, el hecho de facultarlas para imponer sanciones. Así, esas entidades cuestionan la teoría clásica de la división de poderes, pues en principio se podría argumentar que la facultad de imponer sanciones o penas pertenece exclusivamente al juez (Favoreu y Philip, 2011, p. 237).

Esas dificultades fueron superadas gracias a lo que la doctrina (AUTIN, 1988 y 2010; ROUYERE, 2010) calificó como una interpretación excelente de la carta, realizada por el Consejo Constitucional francés. La jurisprudencia de esa corporación avaló la constitucionalidad de la institución, delimitando claramente el alcance de las competencias que le fueron atribuidas. La posición jurisprudencial tuvo varios sustentos. Inicialmente, mediante la Decisión n° 84 - 173 del 26 de julio de 1984, el Consejo desestimó el reproche que censuraba la independencia con fundamento en la vulneración del principio de democrático, según el cual, la fuente del poder debería ser la voluntad popular. A ese respecto, la jurisprudencia sostuvo que no existía tal vulneración, pues la independencia había sido atribuida por una ley, es decir, por una expresión propia de dicho principio.

Posteriormente, mediante la Decisión 86-217 DC del 18 de septiembre de 1986, el Consejo Constitucional francés esgrimió un nuevo argumento para avalar la emancipación de la entidad que en ese entonces regulaba la televisión. En ese caso, sostuvo que la sustracción de la dirección del Gobierno protegía principios y valores constitucionales, como la libre comunicación de pensamientos y el pluralismo de las corrientes de expresión sociocultural. En ese mismo pronunciamiento, el Consejo se pronunció sobre el conflicto constitucional que implicaba reconocer a las autoridades de regulación un poder reglamentario. En tal sentido, afirmó que el legislador podía dotar esas instituciones de un poder reglamentario especial, siempre y cuando fuera limitado a los asuntos propios de su competencia y subordinado tanto a la ley como a los reglamentos.

En cuanto al poder de sanción, en un principio, mediante la Decisión n.84-181 del 11 de octubre de 1984, la jurisprudencia consideró contrario a la Constitución la atribución de esa facultad a autoridades de naturaleza administrativa. Sin embargo, esa posición fue abandonada, y en la Sentencia 88-248 DC del 17 de enero de 1989 sostuvo que la ley puede, sin perjuicio del principio de la separación de poderes, dotar a las autoridades administrativas independientes de regulación económica de poderes de sanción, dentro del límite necesario para el cumplimiento de sus misiones. Sin embargo, la jurisprudencia impuso límites: de una parte, las sanciones no pueden ser de privación de la libertad y, de la otra, el procedimiento que se sigue debe respetar garantías procesales fundamentales. Dentro de ellas se encuentran las previstas en el artículo 6 de la Convención europea de derechos humanos, que incluye la independencia de la entidad administrativa que ejerce la función de juez.

Pese a que la independencia de las autoridades de regulación económica ha sido avalada por el Consejo Constitucional francés, la doctrina coincide en señalar que sería deseable un respaldo constitucional más sólido para la institución (Lombard, 2005, Autin, 1988 y 2010; Rouyere, 2010). En ausencia de una constitucionalización explícita, esa autoridad se encontraría afectada por un déficit de legitimidad. Otros autores (Rosanvallon, 2013) han sostenido que la legitimidad de las autoridades de regulación se funda en valores nuevos, como la imparcialidad, la eficacia y la experticia. Gracias a ellos, esas instituciones se han ganado la adhesión de la doctrina, del Parlamento, que ha multiplicado la creación de entidades de esa naturaleza, y de los ciudadanos franceses, quienes estarían satisfechos con las garantías de imparcialidad y de eficacia ofrecidas por la figura.

2.1.2 La constitucionalización plena en Colombia

En Colombia, a diferencia de Francia, la Constitución de 1991 acogió plenamente las autoridades de regulación económica independientes, las autorizó de manera general y creó directamente dos: el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión. Además, mediante el artículo 116 avaló de manera explícita, aunque excepcional, el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas.

Esta divergencia tiene varias explicaciones. En primer lugar, la Constituyente tuvo un claro propósito antipolítico. De allí que adoptó diferentes decisiones contra la corrupción y el clientelismo (entre sus primeras disposiciones revocó el Congreso). Con el fin de ennoblecer la actividad política, sometió a los políticos a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En segundo lugar, esas instituciones fueron adoptadas en medio una profunda crisis en el Estado colombiano, hecho que facilitó la implementación de profundas innovaciones institucionales en diferentes ámbitos. Finalmente, la recepción favorable que le dio la Constitución puede explicarse por cuanto la Carta intentó corregir lo que la Corte Constitucional (Sentencia C-141 de 2010) ha denominado como una patología del sistema político colombiano: la concentración excesiva de poder en cabeza del presidente.

Las Gacetas de Constitución (entre otras la n° 59, del 25 de abril, la n° 22, del 18 de marzo de 1991, n° 32, del 8 de abril de 1991) dan cuenta de la voluntad de los constituyentes de separar el diseño constitucional del clásico principio de separación de poderes. Esas reflexiones tuvieron su expresión más clara en el contenido del artículo 113 de la Carta. Dicha norma plantea una concepción de la división del poder público, en la que, junto a los poderes tradicionales, se erige a los órganos autónomos como instancias independientes, que deben desarrollar de esa manera algunas funciones estatales. Además, la Constitución autorizó al Parlamento para crear entidades administrativas diferentes de las que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público. Así, el numeral 7 del artículo 150 establece que el legislador tiene la facultad de determinar la

estructura de la administración nacional y crear, eliminar o fusionar ministerios, departamentos administrativos, instituciones públicas y *otras* entidades, lo mismo que fijar sus objetivos y su organización organizativa.

El contraste con la situación en Francia es claro: mientras que allá la ausencia de un apoyo constitucional es percibida como un factor que afecta la legitimidad del regulador independiente, en Colombia, la adopción de esas autoridades se realizó dentro de un conjunto variado y profundo de reformas constitucionales que se proponían restablecer la legitimidad del Estado. De allí habría debido derivarse un desarrollo vigoroso de la independencia de esas instituciones en Colombia y unos avances modestos en Francia. Sin embargo, ha sido al contrario, la forma en la que se protege la independencia en Francia, en el nivel legal, es más sólida que en Colombia.

2.2 ámbito legal: protección legal en Francia injerencia presidencial en Colombia

El análisis comparado de la configuración legal de las autoridades de regulación en Francia y en Colombia conduce a concluir que las instituciones colombianas no han sido dotadas de las garantías de independencia de las que gozan sus homologas francesas. En nuestro país, el presidente de la república conserva una injerencia determinante sobre estas autoridades. Se perpetua de esa manera una tradición presidencialista, que facilita la instrumentación clientelista y la captura del regulador por los operadores privados que cuenten con suficiente influencia política.

A continuación enunciaremos los atributos legales que garantizan la independencia de las autoridades de regulación económica en Francia. Luego veremos la manera en la que esos atributos son tratados en la legislación colombiana. Nuestro propósito es brindar elementos que permitan consolidar la autonomía del regulador en Colombia. Para ello, enunciaremos las reformas que nuestra legislación podría implementar con miras a fortalecer la independencia de los reguladores.

2.2.1 Los atributos jurídicos que garantizan la independencia del regulador en Francia

En Francia, las autoridades de regulación económica han sido dotadas por el legislador de atributos jurídicos que les permiten llevar a cabo sus misiones de manera efectiva; preservando al mismo tiempo una sana distancia con el Gobierno y con los operadores económicos. Aunque el estatuto propio de cada una de las entidades es diferente, las siguientes son las principales características comunes a la mayoría de ellas:

A) La colegialidad. En Francia, el carácter colegial de las autoridades de regulación económica es identificado como una garantía esencial de su independencia (Gélard, 2006). Algunos autores

han afirmado que la colegialidad es un elemento consustancial de esas instituciones (Laget-Annamayer, 20029). Los beneficios que se derivan de la colegialidad son varios: el Consejo de Estado francés identifica dos funciones importantes: de una parte, permite equilibrar la influencia de diferentes instancias en la designación de los miembros de la entidad y, de la otra, garantiza la existencia de una deliberación colectiva sobre temas sensibles o cuestiones complejas, lo que representa una garantía de objetividad y seriedad (Conseil d'Etat, 2001).

B) La heterogeneidad de los orígenes de sus miembros. Las normas que rigen el nombramiento de los integrantes de las autoridades de regulación independiente en Francia han establecido fuentes de nominación variada. Todas las personas no son nombradas por una sola autoridad. De allí que la composición de las instancias directivas refleja una diversidad de perspectivas e intereses, lo cual garantiza que la institución esté sujeta a influencias diversas, pero no decisivas. Esto implica sustraer las instituciones de la influencia asfixiante del presidente; a ese respecto el Consejo de Estado francés (2001) ha afirmado que “le choix des personnes auxquelles va être confiée l’institution voulue comme indépendante n’est pas le monopole de l’exécutif” (p. 291).

C) Régimen de incompatibilidades. Con el fin de proteger la independencia de los reguladores económicos, en Francia, los estatutos de estas instituciones establecen reglas destinadas a prohibir el ejercicio simultáneo de la función de miembro de la entidad y otras cualidades que podrían socavar la independencia del regulador. La protección opera ante la administración como frente al sector económico. Esas normas incluyen un periodo de *viudez* relativamente largo (5 años) en ese lapso quienes hayan ejercido cargos de dirección no podrán prestar servicios a empresas del mismo sector. De esta forma, el legislador francés evita la puerta giratoria entre responsabilidades públicas y privadas.

D) La irrevocabilidad de los nombramientos. El legislador francés ha adoptado normas que garantizan que los directivos de las autoridades de regulación no sean removidos de sus cargos por discreción política. Esa ha sido considerada una garantía mínima, esencial para preservar la independencia. Además, el diseño institucional tiende a garantizar que la duración del periodo de los directivos de esas autoridades sea más larga que el mandato de los responsables políticos.

E) Altas exigencias técnicas para integrar las autoridades de regulación. En Francia, la experticia técnica es considerada una condición esencial que deben cumplir los responsables de las autoridades de regulación independientes. La autonomía exige contar con expertos que comprendan la complejidad de los asuntos que van a resolver, de esa manera se reducen fenómenos como la captura por información.

F) La garantía de recursos presupuestales adecuados. Las condiciones y modalidades presupuestarias en las que se encuentran las autoridades de regulación han sido consideradas fundamentales para garantizar su independencia. Por ello, se garantiza que las entidades cuenten con

recursos suficientes de los operadores del sector y poca injerencia del Ministerio de Finanzas en su actividad presupuestal.

2.2.2 Una configuración legal incompleta en Colombia

Las autoridades de regulación colombianas han sido dotadas de manera muy parcial de los atributos legales que garantizan la independencia. Conviene tener en cuenta que en Colombia, al igual que en Francia, se ha asignado misiones de regulación a un conjunto diverso de instituciones, como las superintendencias, las comisiones de regulación y las agencias estatales. Sin embargo, en todas ellas, la influencia del presidente de la república es determinante, al punto que la autonomía de las entidades resulta comprometida.

Nuestra investigación analizó la configuración legal de las instituciones colombianas a fin de determinar la presencia o ausencia de atributos legales que caractericen la independencia de los reguladores en Francia. Como resultado encontramos los defectos que a continuación se sintetizan:

A) Colegialidad excepcional. Al contrario del caso francés, en Colombia, las autoridades de regulación más importantes, como el regulador financiero o el regulador de la competencia, están sujetas a la dirección de una sola persona. Las únicas entidades de regulación colegiales son las comisiones de regulación. Pese a ello, el dispositivo legal colombiano contempla la colegialidad, en forma de consejos auxiliares de las superintendencias, nuestra recomendación apunta a fortalecer esas instancias, sometiendo a su consideración los asuntos fundamentales y otorgando carácter vinculante a sus decisiones.

B) Ausencia de origen heterogéneo de los miembros. Contrario al caso francés, en Colombia, el origen de los directivos de las autoridades de regulación se encuentra sometido a una sola influencia: la del presidente de la república. Como consecuencia, se desconoce el principio de diversidad establecido en la Carta y se priva a las entidades de influencias variadas, que permitan la expresión de diferentes perspectivas que confluyen sobre los asuntos. Además, se limita el alcance de la colegialidad parcial que hoy existe. Por ello, siguiendo el modelo francés, recomendamos integrar esas instancias con actores propuestos por consumidores, entes territoriales e instancias públicas diversas.

C) Régimen de incompatibilidades. Las normas colombianas establecen un sistema de incompatibilidades que no es eficaz para aislar los miembros de las autoridades de regulación de la influencia de la administración y de los grupos de interés. Como resultado se ha considerado que las decisiones son adoptadas pensando en el desarrollo profesional futuro y apartándose de los principios de independencia e imparcialidad. Nuestra recomendación es reforzar las incompatibilidades y ampliar a cinco años el plazo para que esos profesionales puedan vincularse a

empresas del sector. Además, debe desestimarse el fenómeno de la puerta giratoria mediante la creación de una alta burocracia técnica, asilada de las influencias políticas.

D) La irrevocabilidad de los nombramientos. En Colombia, la estabilidad de los mandatos es apenas parcial, pues cubre esencialmente a los miembros de las comisiones de regulación. Bajo los auspicios de la OCDE, el Gobierno profirió el Decreto 1817 de 2015, mediante el cual decidió que algunos superintendentes serán nombrados por el presidente de la república para el respectivo período presidencial. Cuando el presidente desee retirar el superintendente antes de concluir el citado periodo deberá motivar el acto que declara la insubsistencia. De manera que el país ya ha avanzado en ese aspecto. Sin embargo, los avances son insuficientes, pues solo han sido cobijadas con esa medida las superintendencias de Industria y Comercio, Financiera y de Sociedades. Nuestra recomendación es generalizar la protección contra la remoción discrecional a todos los directivos de las autoridades de regulación.

E) Altas exigencias técnicas para integrar las autoridades de regulación. En Colombia, aunque esa condición existe formalmente, su evaluación depende de la voluntad discrecional del presidente o de entidades que se encuentran bajo su subordinación. Por influencia de la OCDE, el procedimiento y los requisitos para devenir directivo de algunas entidades fueron reforzados. Sin embargo, por efecto de la influencia discrecional del Ejecutivo, una vez surtido el procedimiento, han sido nombradas personas que eran identificadas previamente como los favoritos del Gobierno. Nuestra recomendación es reforzar la evaluación objetiva de las competencias técnicas de quienes aspiran a ocupar esos cargos; ello implica que la selección se realice por entidades que no se encuentren bajo dirección del Gobierno. Estudios nacionales (Caballero, Jadresic y Ramírez, 2004) e internacionales (Tremolet, 2007) sobre el asunto han señalado que la selección objetiva de esos funcionarios tiene efectos positivos tanto en la legitimidad como en la eficacia de las instituciones.

F) La garantía de recursos presupuestales adecuados. En Colombia, las autoridades de regulación se encuentran sometidas a las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto. De allí que la estrechez del presupuesto del Estado afecta su financiación, pese a que cuentan con recursos propios provenientes de pagos realizados por las empresas que operan en el sector. Nuestra sugerencia es liberar esas entidades de la programación presupuestal general y aumentar sus recursos a través de aumentos en esas contribuciones.

CONCLUSIONES

En Francia y en Colombia, la emancipación de las autoridades de regulación económica del control del Gobierno y de la influencia de los poderes económicos implica reformas que chocan con la tradición legal. Garantizar la independencia cuestiona especialmente la fuente de la que se deriva el ejercicio del poder. Por ello, separar los responsables políticos de la dirección de

esas instituciones expresa el surgimiento de nuevas formas de legitimidad como la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad.

Debido a esto, la implementación de un diseño institucional que proteja adecuadamente la independencia del regulador ha planteado dificultades legales. Sin embargo, se trata de obstáculos superables. Pese a que es una institución atípica, propia del derecho anglosajón, ello no implica que sea incompatible con la tradición legal compartida por Francia y Colombia. Las dificultades jurídicas derivadas de la primacía del Ejecutivo sobre la administración, del respeto del principio de separación de poderes y de su falta de legitimidad, fueron superados en Francia, sin dejar de lado las garantías procesales y el papel decisivo de la política en la orientación general de la sociedad.

A diferencia de aquellos que señalan la influencia negativa de la tradición legal francesa, nosotros encontramos que el análisis de la forma en la que ese país ha adoptado esas instituciones puede resultar útil en Colombia. En efecto, en Francia se ha realizado una reflexión jurídica particular, que ha permitido adecuar la figura a su marco legal. Lo que creemos que es más destacable es el aspecto pragmático. En Francia, el regulador independiente no es una institución teóricamente refinada. En este sentido, sigue siendo una entidad sui géneris y controvertida. Sin embargo, a nivel legal se protege adecuadamente la independencia del regulador, aunque esa autonomía es solo relativa. El Gobierno y las autoridades políticas desempeñan un papel importante en la orientación general de los sectores económicos sujetos a regulación, pero no participan en la dirección de las entidades a cargo del asunto.

Nosotros encontramos que en Colombia la tradición que impide la protección adecuada de la independencia del regulador es la del presidencialismo. La influencia excesiva del presidente de la república es la mayor amenaza para la independencia de las autoridades reguladoras del país. Ella incide negativamente a los diferentes aspectos en torno a los cuales se articula el dispositivo jurídico que garantiza la independencia. Por ello, a excepción de las autoridades de regulación que han sido adoptadas por la Constitución, el sistema legal colombiano no protege suficientemente la independencia del regulador. De esa forma, se incrementan los riesgos de confusión entre el interés general y el interés electoral y se permite la captura de rentas por quienes tienen acceso al círculo de influencia.

REFERENCIAS

- Abi-Saab, G. (1993). Eloge du “droit assourdi”: quelques réflexions sur le rôle de la “soft law” en droit international contemporain. En *Hommage à François Rigaux*, Bruxelles. Bruylant.
- Aftalion, F. (1990) *La Faillite de l'économie administrée*, Le paradoxe français. Paris: PUF.
- Alviar, H. Y Lamprea, E. (Coords) (2015). *El estado regulador en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

- Autin, J. (1988). Les autorités administratives indépendantes et la Constitution, *Revue Administrative*, 244, 333-338.
- Autin, J. (2010). Le devenir des autorités administratives indépendantes, *Revue française de droit administratif*, 05, 876-890.
- Bazex, M. (1995). *L'entreprise publique et ses missions d'intérêt général*. Travaux de la Cedece, L'Entreprise dans le Marché unique européen. Paris: La Documentation française.
- Benavides, J., Fainboim, I., y Spiller, P. (2000). *Diseño de las instituciones regulatorias colombianas*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Benavides, J., Fainboim, I., y Spiller, P. (2000). *Governance y diseño de las instituciones regulatorias colombianas*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Boughton, J. (2000). From Suez to Tequila: the IMF as crisis manager. *The Economic Journal*, 110(460), 273-291.
- BRACQ, S. (2011). Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ? *Revue trimestrielle de droit européen*, 47(3), 517-536.
- Buchanan, J. M. & Tollison, R. D. (Eds.) (1984). *The Theory of public choice - II*. University of Michigan Press.
- Calvet, H. (2004). Les incidences du droit européen sur la régulation nationale. En M. A. Frison-Roche (Ed.) (2004). *Droit et économie de la régulation*. 2 (pp. 34-41). Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz.
- Champaud, C. (2002). Régulation et droit économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, 16 (1), 23-66.
- Charbit, N. (1995). L'Article 90 du traité CE : développements des années 1994-1995. *International Business Law Journal*, 7, 853-863.
- Chavrier, H. (1995). La jurisprudence de la Cour de justice sur l'application de l'article 90 du Traité de Rome. *Cahiers Juridique de l'Electricité et du Gaz*, 125-139.
- Chérot, J. Y. (2002). *Droit public économique*. Paris: Economica.
- Chevallier, J. (1987). Les enjeux de la déréglementation. *Revue de droit public*, 103, 281-319.
- Chevallier, J. (2001). La régulation juridique en question. *Droit et société*, 3, 827-846.
- Chevallier, J. (2004). L'Etat régulateur. *Revue française d'administration publique*, 3, 473-482.
- Conseil D'État (1998). *L'influence internationale du droit français*. Paris: La Documentation française.
- Conseil D'État (2001). Rapport, *Autorités Administratives Indépendantes*, n. 52, Paris: La Documentation française.

- De Smet, F.J. (2014). Déclin du politique et gouvernance publique, En N. Thirion (Dir.), *Crise et droit économique* (pp. 27-50). Bruxelles: Larcier.
- Dellis, G. (2010). Régulation et droit public «continental». Essai d'une approche synthétique. *Revue de droit public*, 4, 945-960.
- Du Marais, B. (2004). *Droit public de la régulation économique*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz.
- Duplessis, I. (2007). Le vertige et la Soft Law: Reactions Doctrinales en Droit International. *Revue québécoise de droit international*, 20, 245-268.
- Estrada, J. (2010). Los tratados de libre comercio y la inversión extranjera. Notas acerca del marco jurídico Institucional». *Pensamiento Jurídico*, 27, 137-156.
- Farjat, G. (1971), *Droit économique*, PUF.
- Favoreu, L. y Philip, L. (2011). Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz.
- Frison-Roche, M. A. (1995). Le modèle du marché. *Archives de philosophie du droit*, 40, 286-313.
- Frison-Roche, M. A. (1996). Les enjeux de la dérégulation: de l'économie réglementée au droit de l'économie. *Revue des Deux Mondes*, 68-76.
- Frison-Roche, M. A. (1997). Qu'est-ce que le service public? Le point de vue juridique. *Revue de l'énergie*, 486, 178-186.
- Frison-Roche, M. A. (2001). Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation? *Revue d'économie financière*, 85, 100.
- Frison-Roche, M. A. (2004). Définition du droit de la régulation économique. En M. A. Frison-Roche (Ed.) (2004), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, vol, 1. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz.
- Frison-Roche, M. A. (2006). Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes. En P. GÉLARD (Dir.), *Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée Nationale, n. 3166 – Sénat n. 404, I, pp.42-86.
- García Pelayo, M. (1987). *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- Gavalda, C. y Parleani, G. (2010). *Droit des affaires de l'Union européenne*. Paris: Litec.
- Gaudemet, Y. (1999). L'exportation du droit administratif français, brèves remarques en forme de paradoxe. En *Mélanges Philippe Ardant* (pp. 428- 441). Paris: LGDJ.
- Gentot, M. (1994). *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: Montchrestien.
- Gélard, P. (2006). Rapport, Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié », Office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée Nationale, n.3166 – Sénat n.404.

- Gilardi, J. Jordana, J. & Levi Faur, D. (2006). Regulation in the age of globalization: the diffusion of regulatory agencies across Europe and Latin America. *Public Policy Ideas*, 127-147.
- Guédon, M.J. (1991). *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: LGDJ.
- Gutián, M. (1995). Conditionality: past, present, future. *IMF Staff Papers*, 42(4), 792-835.
- Habermas, J. (1988). *Raison et légitimité, Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*. Paris: Payot.
- Hombres, R. (1996). *Regulation, Deregulation and Modernization in Colombia*. Washington. Inter-American Development Bank.
- Hoyneck, S. (2012). Indépendant de qui? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe. *Revue française d'administration publique*, 3, 791-801.
- Jordana, J. & Levi-Faur, D. (2005). The diffusion of regulatory capitalism in Latin America: Sectoral and national channels in the making of a new order. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598(1), 102-124.
- Montenegro, A. (1995). *Economic reforms in Colombia-regulation and deregulation. 1990-94*. Washington: The World Bank.
- Mockle, D. (2000). Mondialisation et État de droit. *Les Cahiers de Droit*, 41, 237-288.
- Laget-Annamayer, A. (2002). *La régulation des services publics en réseaux*. Paris: LGDJ, Bruylant.
- Laporte, V. (2007). *Genèse et développement des régulateurs sectoriels français*. Paris: L'Harmattan.
- Levi-Faur, D. Jordana, J. (2005). The rise of regulatory capitalism: the global diffusion of a new order. *The annals of the American academy of political and social science*, 598 (1), 200-217.
- Lizarazo, L. (2011). The legal scope of IMF conditionality: empirical analysis of the case of Colombia 1999-2006. *Revista de Derecho Público*, 27, 1-42.
- Lombard, M. (2005). Institutions de régulation économique et démocratie politique. *Actualité juridique. Edition droit administratif*, 10, 530-540.
- Louis, F. & Loïc, P. (2011). *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Louvaris, A. (2007). Lois techniciennes et droit à un procès équitable: le cas des lois de régulation économique », *Les Petits Affiches*, 134, 60-64.
- Majone, G. (1997). From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of public policy*, 02, 139-167.
- Marcou, G. (2005). Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé. En G. Marcou y F. Moderne (Dir.). (2005), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*. Paris: L'Harmattan.

- Pais Antunes, L. (1991). L'article 90 du Traité CEE, Obligations des États membres et pouvoirs de la Commission. *Revue trimestrielle de droit européen*, 27(2), 187-210.
- Perroud, T. (2015). *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*. Paris: Dalloz.
- Pontier, J. (2006). Étude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes, En P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée Nationale, n. 3166 – Sénat n. 404, 2006 t. I, 170-192.
- Riedel, E. (1991). Standards and Sources-Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in *International Law. Eur. J. Int'l L.*, 2, 58.
- Rosanvallon, P. (2013). *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Seuil.
- Rouban, L. (1994). *Le pouvoir anonyme: les mutations de l'État à la française*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques.
- Rouyere, A. (2010). La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes: quelle signification?, *Revue française de droit administratif*, 05 890-912.
- Rubin, E. L. (2001). Getting past democracy. *University of Pennsylvania Law Review*, 149(3), 711-792.
- Sanclemente-Arciniegas, J. (2017). Las nociones de regulación y reglamentación en derecho económico ¿Identidad o antagonismo? *Misión Jurídica*, 11(113-142).
- Sassen, S. (2010). Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas. En T. Gunther, S. Sassen y S. Krasner, *Estado soberano y globalización* (pp. 103-138). Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Sève, R. (1997). Presentation, en Le privé et le public, *Archives de philosophie du droit*, 41, 9-12.
- Shleifer, A. (2012). *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Ediciones MIT Press.
- Sorel, J.M. (1996). Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I. et leurs conséquences. *European Journal of International Law*, 42-66.
- Stigler, G. (1971) The theory of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*, 3-21.
- Tixier, P.E. (Dir.) (2002). *Du monopole au marché: les stratégies de modernisation des entreprises publiques*. Paris: La Découverte.
- Thirion, N. (2014). Des rapports entre le marché et la puissance publique: de l'État-Providence à l'État régulateur, En N. Thirion (Dir.), *Crise et droit économique* (pp. 237-257). Bruxelles: Larcier.
- Tremolet, S. (2007). Comment construire le capital institutionnel et humain nécessaire pour assurer une régulation efficace dans l'avenir? En J-M. Chevalier, M-A. Frison-Roche y J. Keppler (Dir.), *Econo-*

mie et droit de la régulation des infrastructures : perspectives des pays en voie de développement.
Paris: LGDJ.

Williamson, J. (1990). What Washington Means by Policy Reform. Institute for International Economics, Speeches and Papers.

Ziller, J. (2010). Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne. *Revue française de droit administratif*, 5, 901-906.



**Revista *de*
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.51.327.1>

Intereses geopolíticos de Israel en el conflicto armado en Siria

Israel's geopolitical interests in the Syrian armed conflict

JANIEL DAVID MELAMED VISBAL

Universidad del Norte, Departamento de Ciencia Política y
Relaciones Internacionales, Barranquilla, Colombia
jmelamed@uninorte.edu.co

Resumen

Este artículo analiza el conflicto armado en Siria y sus principales consecuencias para Israel, especialmente, sus intereses geopolíticos y objetivos estratégicos. Israel se constituye como un protagonista *sui generis* de la guerra pues no es uno de los principales actores armados del conflicto, pero tampoco es un mero espectador pasivo y despreocupado.

El texto presenta, de manera descriptiva, una caracterización geopolítica de Siria y de sus históricas relaciones de conflictividad bélica con Israel. Adicionalmente, analiza algunas de las intervenciones militares que Israel ha desarrollado en Siria, determinando la clara existencia de elementos detonantes de su accionar. Esta postura obedece a planteamientos estratégicos y racionales que no buscan, necesariamente, la caída del régimen de Bashar Al-Assad.

PALABRAS CLAVE

Siria, Israel, Irán, geopolítica, conflicto armado.

Abstract

This article analyzes the armed conflict in Syria and its main consequences for Israel, especially, its geopolitical interests and strategic objectives. Israel has a *sui generis* role in the war because it is not one of the main armed actors, but neither is a passive spectator.

The article presents a geopolitical characterization of Syria and its historical conflictive relations with Israel. Additionally, it analyses some of the military interventions that Israel has conducted in Syria, identifying the evident existence of trigger elements of its military actions. The level of military intervention obeys to rational and strategic considerations, which are not necessarily related to the fall of the Syrian regimen.

KEYWORDS

Syria, Israel, Iran, geopolitics, armed conflict.

No hay duda de que si el régimen actual en Siria colapsa, habrá una fuerte tentación y una fuerte presión por parte de algunos países de la región hacia el establecimiento de un régimen sunita en la República Árabe Siria.

Serguéi Lavrov (2012),

Ministro de Relaciones Exteriores de Rusia.

INTRODUCCIÓN

Un adecuado análisis sobre el origen y las implicaciones del conflicto armado en Siria debe considerar el entorno de inestabilidad política vivida en Medio Oriente como consecuencia de la “primavera árabe”. Es en este contexto cuando en marzo de 2011 un grupo de jóvenes en la ciudad siria de Daraa fueron arrestados por pintar grafitis con consignas en contra del gobierno del presidente Bashar Al-Assad. Este episodio en particular, sumaría una tensión determinante a las ya evidenciadas manifestaciones populares que también se desarrollaron en contra del Gobierno sirio y llevaría a un punto de no retorno la poca tolerancia del régimen de Al-Assad a la crítica. Frente al temor de correr la misma suerte de otros dictadores en la región, el Gobierno sirio implementó una agresiva represión armada en contra de las revueltas populares que exigían mayores libertades políticas y civiles y reclamaban la excarcelación de los jóvenes.

Las movilizaciones que generaron dicha represión pronto empezaron a responder a la agresión estatal y dieron paso al inicio de un cruento conflicto armado interno que, dado el posicionamiento estratégico de Siria, rápidamente generó un desbordado nivel de violencia y barbarie con profundas implicaciones geopolíticas en la región.

En el desarrollo de todos estos acontecimientos se puede evidenciar en este punto que los resultados evidenciados en las aspiraciones y reclamaciones de distintos pueblos inmersos en la “primavera árabe” han sido ambivalentes y desiguales. Por un lado, tenemos en la región a líderes que debieron abandonar el poder tras un periodo de protestas relativamente corto, como ocurrió con Ben Ali en Túnez y con Mubarak en Egipto. En otros casos, la salida del poder de otros líderes de la zona estuvo antecedida de importantes y prolongados escalamientos bélicos, como ocurrió en Libia con Muamar Gadafi. Sin embargo, en este contexto Siria se constituye como un caso único, en el que ni las hostilidades propias de una guerra campante de varios años, ni el involucramiento de diversos actores internacionales han resultado elementos determinantes para finalmente derrotar al régimen y concretar la salida del poder de Bashar Al-Assad.

El régimen, en la actualidad parece más un espejismo de Estado, pues se encuentra políticamente debilitado y mantiene un control muy desigual de su territorio. Sin embargo, aún se mantiene en el poder. En el proceso, el país se ha sumergido en una cruda espiral de confrontación ar-

mada con grandes repercusiones a nivel humanitario, ocasionado cientos de miles de muertos y millones de víctimas. En virtud de lo anterior, el conflicto armado en Siria ha sido catalogado por Zeid Ra'ad Al Hussein, como el peor desastre humanitario ocasionado por el hombre desde la Segunda Guerra Mundial, convirtiendo al país entero en una inmensa cámara de tortura, un lugar de salvajismos, descontrol y absoluta injusticia, con casi 7 millones de personas desplazadas, más de 400 000 muertos y cerca de 5 millones de ciudadanos que para huir de la violencia han solicitado asilo político en distintos países del sistema internacional (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017).

En este contexto, el papel de Israel, a través de las acciones del gobierno del Primer Ministro Benjamín Netanyahu, merece ser analizado. Hasta el momento, su gobierno ha sido un antagonista cauto y calculador en la dinámica de la confrontación armada, pues una mala estimación de sus acciones en el terreno tendría el potencial de liberar profundas fuerzas de hostilidad que complejizarían aún más el contexto de confrontación geopolítica en la zona.

Esto no debe ser entendido como un papel enteramente pasivo, pues cuando lo ha considerado necesario ha desplegado importantes acciones armadas en contra de sus enemigos. Hay que tener presente que Israel es un gran aliado político y militar del Gobierno de los Estados Unidos, tiene una situación de hostilidad declarada con Siria y representa el foco de atención armada por parte de Irán y grupos irregulares con enorme capacidad militar como Hezbollah y Hamas. Frente a esta coyuntura, este texto reflexiona alrededor de interrogantes como ¿cuál es la importancia geopolítica de Siria?, ¿cuáles han sido las raíces causales de las tensas relaciones existentes entre Israel y Siria?, ¿qué papel geopolítico desempeña la alianza militar entre Irán y Siria? y ¿cuáles son los imperativos geopolíticos de Israel en el conflicto armado sirio?

1. CARACTERIZACIÓN GEOPOLÍTICA DE SIRIA

Siria siempre se ha encontrado en una zona de múltiples complejidades. El país cuenta con una posición tanto estratégica como peligrosa, pues está situado en el cruce de caminos que entrelazan a Europa, África y Asia. Esta circunstancia ha hecho que la región sea tradicionalmente vulnerable, prácticamente desde todos los puntos cardinales, propensa a múltiples invasiones por parte de poderes regionales e imperios continentales con el interés de influir, las dinámicas de la zona (Phillips, 2010). Históricamente – aunque también se ha podido evidenciar a lo largo del último siglo – la región donde hoy se localiza Siria ha cumplido un papel geoestratégico de relevancia, no simplemente como zona de frontera entre Estados, sino como límite natural

entre poderosos imperios, por lo cual ha generado antagónicos intereses de importantes actores políticos (Gil, James y Lorca, 2012)¹.

Antes de la incursión de la guerra civil, una considerable parte de los países que conforman el bloque occidental solían asociar a Siria con un país en un casi perpetuo estado de beligerancia tradicional con Israel, con un régimen dictatorial de carácter hereditario y con unos cercanos y nocivos vínculos con la Unión Soviética (posteriormente Rusia) e Irán. Ahora bien, es necesario realizar una breve pero útil caracterización geopolítica de Siria, para que el lector pueda comprender más a fondo algunos de sus aspectos contemporáneos de mayor importancia.

Para empezar, vale la pena mencionar que la importancia geopolítica y estratégica de Siria se fundamenta en múltiples y variados elementos. Desde el punto de vista religioso, resulta particularmente interesante evidenciar cómo la ciudad de Damasco, su capital, es mencionada 35 veces en el Antiguo Testamento y unas 20 más en el Nuevo Testamento. Damasco tiene adicionalmente un interés religioso para el mundo islámico, pues fue la base del califato Omeya entre los años 661 al 750 (McHugo, 2015; Armstrong, 2014).

Desde el ámbito poblacional, es importante señalar que antes del actual conflicto armado interno Siria contaba con una población cercana a 22 millones de habitantes. No obstante, a causa de la violencia generalizada y sistemática que atraviesa el país, la población general se ha reducido aproximadamente a menos de 17 millones de ciudadanos (de los cuales más de la mitad vive en la zona costera del país). Con respecto a la población en Siria, es importante mencionar que es completamente diversa en cuanto aspectos étnicos y religiosos. Esta circunstancia se ve reflejada al considerar que cerca del 75 % de sus habitantes son musulmanes sunitas, mientras que aproximadamente un 13 % restante de individuos pueden ser agrupados en otras minorías, entre las cuales se pueden destacar los alauitas (quienes tradicionalmente han ostentado el control político y militar), los drusos y chiitas, mientras que el resto de la población es representada por una variedad de minorías cristianas (Starr, 2015; Van Dam, 2013).

Esta variedad poblacional, sumada a la manera compleja como tradicionalmente ha sido distribuido el poder a nivel nacional, han ocasionado una profunda fractura en el tejido social que puede incluso justificar lo manifestado por Van Dusen (1972), al señalar que desde que Siria

¹ En tal virtud, esta región fue determinante en la configuración del Viejo Mundo antes de la irrupción conquistadora de Alejandro Magno en la historia de Oriente, y con él, el primero de un gran número de intentos significativos de dominio integral de la zona por parte de poderes occidentales a lo largo de más de dos mil años. Por lo tanto, el devenir político contemporáneo en esta región ha propiciado que durante mucho tiempo Siria sea más un país temido y cuestionado que un estado comprendido en medio del complejo entorno geopolítico presente en el Medio Oriente.

adquirió su independencia se convirtió en un Estado sin nación, donde históricamente ha sido muy difícil el desarrollo de elementos determinantes de cohesión entre sus habitantes.

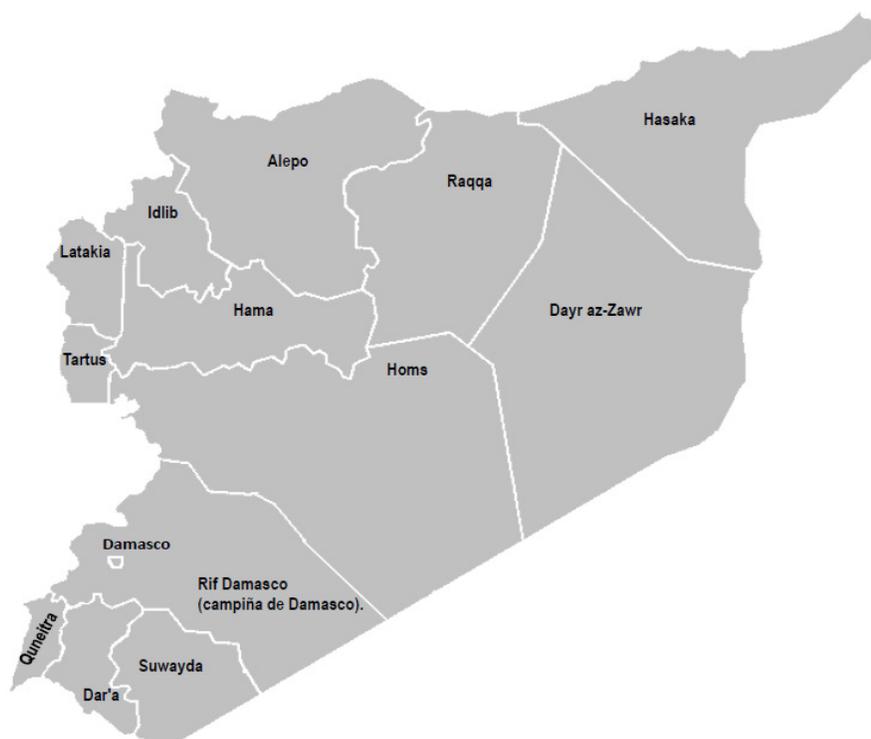
Desde el punto de vista espacial, Siria es un Estado con un tamaño y una localización que le hacen vulnerable geoestratégicamente, pues carece de una profundidad territorial que le permita absorber apropiadamente potenciales ataques o amenazas. Adicionalmente, adolece de barreras naturales significativas, como grandes montañas o ríos difíciles de superar, que la dejan en franca exposición frente a diversos actores regionales (Hinnebusch, 2014).

Si bien el país tiene menos de 200 kilómetros de costas al este del mar Mediterráneo, está situado en una zona estratégica por su cercana localización a otros 4 grandes cuerpos de agua como son el Mar Rojo, el Golfo Pérsico, el Mar Caspio y el Mar Negro, lo cual ha sido determinante para su histórica consolidación como puente en el tráfico y comercio de bienes y servicios en la región.

Esta circunstancia permite en parte, entender por qué Siria tiene un alto grado de influencia como agente estabilizador no solo para aquellos países con los cuales tiene frontera, sino también para la región de Medio Oriente en general.

Es importante destacar que el territorio que constituye actualmente el Estado moderno sirio es tan solo una pequeña parte de una zona conocida históricamente como la Gran Siria. Esta designación, frecuentemente usada por emperadores, mercaderes, navegantes y gente del común en general para designar un área de territorio que comprendía desde el Monte Tauro al norte (actual Turquía), el Mar Mediterráneo hacia el occidente, la península del Sinaí hacia el sur (actual Egipto) y el vasto desierto hacia el oriente (Goujon, 2014).

Por ende, la Siria contemporánea es mucho más pequeña de aquella Gran Siria de antaño. En la actualidad, hace apenas referencia al conglomerado social, política y jurídicamente constituido sobre un área territorial de 185 180 kilómetros, y tal como se puede evidenciar en el siguiente mapa, con una división administrativa de 14 provincias (Quneitra, Dar'a, Suwayda, Damasco, Rif Damasco, Homs, Hama, Tartús, Latakia, Idlib, Aleppo, Raqqa, Hasaka, Dayr az-Zawr).



Fuente: elaboración propia.

MAPA 1. DIVISIONES ADMINISTRATIVAS DE SIRIA

De acuerdo con los datos de la Agencia Central de Inteligencia (2019), a lo largo y ancho de su extensión, Siria posee 2363 kilómetros de fronteras territoriales con otros 5 grandes actores regionales. Al norte limita con Turquía (con 899 kilómetros de frontera), al este y al sudeste con Irak (con 599 kilómetros de frontera), al sur colinda con Jordania (con 379 kilómetros de frontera), mientras al sur occidente se encuentra con Líbano (con 403 kilómetros de frontera) e Israel (con 83 kilómetros de frontera), con que mantiene una disputa territorial por los Altos del Golán y un consecuente estado de hostilidad militar.

Pese a que su territorio comprende cadenas montañosas menores y desiertos, paradójicamente, Siria también posee un importante potencial para la agricultura, pues cerca del 25% de su tierra es arable (Banco Mundial, 2019). Este porcentaje es considerablemente elevado al compararse con la vocación agrícola de otros Estados vecinos. Tal circunstancia se deriva del importante número de fuentes hídricas con las que cuenta el país, entre las cuales destacan el Río Tigris (compartido con Irak y Turquía), el Río Orontes (compartido con Turquía y Líbano), el Río Khabur (compartido con Turquía), el Río Sajur (compartido con Turquía) y el Río Balikh, entre otros.

En este sentido, a partir de la notable interconexión que buena parte de sus más importantes ríos tienen con varios Estados de la región, puede afirmarse que Siria se encuentra en una compleja posición de interdependencia con sus vecinos. Esta relación no siempre se ha caracterizado por la cordialidad o la amable cooperación interestatal. Para mayor ilustración al respecto se puede analizar, por ejemplo, que Siria se encuentra en la mitad del recorrido entre los extremos del Río Eufrates, una de las principales fuentes hídricas de la región. Ahora bien, el punto de nacimiento de este río se encuentra en Turquía, lo cual genera vulnerabilidad en Siria frente a proyectos de infraestructura desarrollados en ese país y que tengan el potencial de afectar el normal cauce del río y, con ello, el suministro de agua. Por otra parte, la desembocadura del Río Eufrates al Golfo Pérsico se encuentra en Irak, por lo que este último también observa con desconfianza cualquier acción para reducir el cauce de esta fuente hídrica desde Siria, al punto de que ambos países estuvieron al borde de la guerra en 1974 como resultado de la construcción en Siria de una represa en Taqba (Cohen, 2009).

Ahora bien, en materia energética la importancia de Siria es excepcional. Se ha mencionado que Siria se encuentra en una región históricamente relevante por situarse en medio de una ruta vital de comercio y por ser centro de grandes imperios. Sin embargo, su relevancia contemporánea también deriva en buena medida de su localización estratégica en el corazón de una zona rica en recursos energéticos y de amplio interés para actores regionales y potencias globales (Dening, 1950).

Desde el punto de vista energético, es interesante considerar que antes de 2011 – cuando comenzaron las protestas en contra del gobierno de Bashar Al-Assad – Siria producía aproximadamente 383 000 barriles de petróleo al día. De esta producción exportaba aproximadamente la mitad, representando el 25 % de las rentas del gobierno y aproximadamente el 45 % del total de las exportaciones del país (*Energy Information Administration*, 2015). Estas cifras permiten concluir que su relevancia energética no radica exclusivamente en los recursos naturales que posee, los cuales son más bien discretos. Comparativamente, esta afirmación se fundamenta en el análisis de la cifra diaria de barriles de petróleo producida por Siria antes de la guerra, pues no representa mucho en relación con otras potencias energéticas de la región como, por ejemplo, Arabia Saudita – con una producción aproximada de 12 millones de barriles de petróleo al día.

En consecuencia, la importancia de Siria en materia energética trasciende la simple cuantificación de los yacimientos de petróleo encontrados en su territorio o su producción diaria de petróleo. Su verdadero papel protagónico está asociado con su posicionamiento estratégico como país de tránsito de este mercado energético, ya que por su territorio atraviesan de manera eficiente y barata varios oleoductos y gasoductos de carácter internacional que llevan una importante cantidad de gas y petróleo de la región a los mercados internacionales, especialmente europeos.

Dicho de otra manera, el control territorial de Siria resulta fundamental para la industria energética. Es decir, las riquezas energéticas de otros Estados de la región dejan mayor rentabilidad y

proyectan mayor control geopolítico a nivel regional, al poder desplazarse a través del territorio sirio para poder ser comercializados en los mercados internacionales de mayor apreciación económica. Es Siria, en definitiva, quien posee el territorio que satisface por igual las necesidades estratégicas imperantes a nivel regional y global de los mercados e industrias tanto de productores como de consumidores de energía.

Ahora bien, como consecuencia del conflicto armado interno, es apenas lógico observar que muchas compañías petroleras han suspendido sus operaciones en el país, lo cual ha disminuido aún más la realmente modesta producción nacional de hidrocarburos. Adicionalmente, un considerable número de las instalaciones nacionales para la producción de petróleo han sufrido una compleja serie de averías o han sido capturadas por fuerzas rebeldes de oposición al régimen, adquiriendo con ello una importante fuente de riqueza y liquidez para estas organizaciones armadas a través del comercio ilegal de hidrocarburos y sus derivados. En virtud de lo explicado, estas circunstancias no deben ser interpretadas como el consecuente detrimento natural de la importancia de Siria en materia energética; por el contrario, deben ser entendidas como el resultado natural que ha ocasionado la violenta competencia multiactoral por el control y hegemonía sobre su territorio.

En este sentido, Siria no es la excepción a la conocida relación entre la dependencia global existente sobre el petróleo y el gas natural – fuentes aproximadas de cerca del 61 % de abastecimiento de energía primaria para el planeta – y la variedad de violencia y conflictos con la cual se asocia el control de esta industria (Klare, 2009). Este solo hecho permitiría, por sí solo, explicar por qué la gran mayoría de los países extranjeros involucrados en mayor medida en el conflicto armado en Siria son países con marcados intereses en el sector energético.

Algunos de estos países buscan mantener el *statu quo* derivado de su notable cercanía y entendimiento político con el régimen sirio y otros procuran todo lo contrario. Consecuentemente, estos últimos buscan promover un cambio de régimen y un nuevo liderazgo en aras de favorecer sus aspiraciones revisionistas, de tal manera que le sean otorgadas favorables concesiones para sus inversiones a futuro, de cara a consolidar y/o ampliar un papel hegemónico en el sector energético del país y de la región.

En términos generales, hay un asunto que resulta particularmente interesante frente al conflicto armado en Siria y es que gozaba de una estabilidad que había tenido vocación de permanencia en el tiempo. Los principales modelos de mediciones de riesgo político a nivel internacional fallaron en predecir la ocurrencia de la llamada “primavera árabe”, y con ella, los nefastos hechos relacionados con el conflicto armado en Siria. Tal como se evidencia en la siguiente tabla, la “primavera árabe” tomó por sorpresa a todos centros de análisis de riesgo internacional, los cuales en su mayoría no tenían en sus listas a Siria, Egipto, Libia o Túnez como Estados sujetos a riesgos considerables para el periodo 2009-2010.

TABLA 1. INDICADORES DE RIESGO POLÍTICO A NIVEL INTERNACIONAL (2009-2010)

Países con mas altos niveles de riesgo politico según PRS, SACE, y EIU.					
#	PRS	#	SACE	#	EIU
1	Somalia	1	Somalia	1	Zimbawe
2	Republica Democratica del Congo	2	Irak	2	Chad
3	Irak	3	Afganistan	3	Republica Democratica Congo
4	Sudan	4	Republica Democratica del Congo	4	Cambodia
5	Costa de Marfil	5	Zimbawe	5	Sudan
6	Haiti	6	Corea del Norte	6	Irak
7	Guinea	7	Sudan	7	Costa de Marfil
8	Zimbawe	8	Myanmar	8	Haiti
9	Nigeria	9	Uzbekistan	9	Pakistan
10	Myanmar	10	Liberia	10	Zambia
11	Pakistan	11	Eritrea	11	Afganistan
12	Venezuela	12	Turkmenistan	12	Republica Centro Africana
13	Corea del Norte	13	Territorios palestinos (Gaza, Cisjordania)	13	Corea del Norte
14	Niger	14	Haiti	14	Bolivia
15	Etiopia	15	Iran	15	Ecuador

Fuente: Sottilotta (2017).

De hecho, aun cuando se empezaron a desenvolver los acontecimientos y, con ellos, la caída de varios hombres fuertes de Medio Oriente en sus respectivos países, la dirigencia política siria continuó desmeritando el impacto que esta nueva realidad geopolítica en Medio Oriente podría tener sobre el país. Al respecto, son bastante ilustrativas las declaraciones dadas por el presidente Bashar Al-Assad en una entrevista concedida al diario norteamericano *Wall Street Journal*², donde afirmaba:

No estoy hablando aquí en nombre de los tunecinos o los egipcios. Estoy hablando en nombre de los sirios. (...) Tenemos circunstancias más difíciles que la mayoría de los países árabes, pero a pesar de eso, Siria es estable. ¿Por qué? Porque tienes que estar muy vinculado a las creencias de las personas. Este es el problema central. Cuando hay una divergencia entre la política y las creencias e intereses de la gente, tendrá este vacío que crea perturbación. Entonces las personas no solo viven de intereses; también viven de creencias, especialmente en áreas muy ideológicas. A menos que se comprenda el aspecto ideológico de la región, no se puede comprender lo que está sucediendo.

Frente a estas declaraciones habrá quien tilde de ingenuo al joven presidente sirio, sin embargo, según Gelvin (2012), varios expertos en la región coincidían en afirmar que Siria se mantendría inmune frente a la “primavera árabe”, básicamente por 5 razones fundamentales. Primero, Bashar Al-Assad gozaba de una imagen de reformista que se inclinaba por medidas de liberalismo

² Wall Street Journal (2011). Interview With Syrian President Bashar al-Assad. Recuperado de: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052748703833204576114712441122894>

económico. Segundo, tenía el prestigio de ser uno de los líderes más importantes del eje anti-americanista en la región, en lo que para muchos era el principal frente de resistencia contra los Estados Unidos e Israel. Tercero, el Gobierno sirio había demostrado en el pasado que no se andaba con rodeos para aplastar revueltas nacionales o movimientos yihadistas internos que supusieran una amenaza a su bienestar. Cuarto, Siria es un Estado heterogéneo que históricamente había disfrutado del respaldo de amplios sectores sociales bajo el entendido de que proporcionaba seguridad y evitaba la violencia sectaria. Por último, Cuando la “primavera árabe” ya había demostrado ser un elemento catalizador en la salida de importantes líderes de la región, las primeras demostraciones de protesta en contra del régimen fueron rápidamente sofocadas por sus fuerzas de seguridad y estas manifestaciones difícilmente tenían un importante nivel de convocatoria frente al conglomerado social en general. Sin embargo, el tiempo haría lo suyo y con rapidez demostraría cuán equivocados estaban estos pronósticos de paz y estabilidad.

2. LAS BASES DE LAS HOSTILES RELACIONES ENTRE ISRAEL Y SIRIA.

Las relaciones entre Siria e Israel han sido históricamente complejas. Esta difícil circunstancia puede ser evidenciada inclusive desde antes de la proclamación del Estado de Israel. En este sentido, Siria votó de manera negativa no solo al plan de partición promovido por la Resolución 181/1947 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); a su vez, también votó de manera negativa al segundo intento de ingreso de Israel a la ONU el 17 de diciembre de 1948. Posteriormente, tan solo en su tercer intento Israel sería admitido a la ONU a través de la aprobación de la Resolución 273/1949, la cual también tendría el voto negativo sirio.

El simple antagonismo político evidenciado en la ONU entre Siria e Israel muy pronto escalaría. Con ello se daría paso a múltiples escenarios de aislados ataques militares, confrontaciones bélicas a gran escala y episodios con distintos niveles de hostilidad que han perdurado a lo largo de 70 años. Por lo tanto, podría afirmarse que desde 1948 existe entre ambos países un estado de guerra semi-perpetuo.

Así pues, el punto formal de partida de este antagonismo bélico se encuadra en 1948, en lo que sería conocido como la primera guerra árabe-israelí. Esta primera confrontación estuvo marcada por la movilización armada de importantes actores regionales, como Egipto, Siria, Jordania y Líbano. Esta guerra dejaría un enorme sinsabor en el mundo árabe, pues Israel no solo prevaleció sobre sus enemigos, sino que para 1949 había firmado varios armisticios con las principales potencias involucradas en la contienda militar (Neff, 1994). Para todos los vecinos árabes de Israel, especialmente para Siria, la inesperada derrota que significó la guerra de 1948 ante un diminuto y menospreciado Israel significó un severo golpe que alimentaría sentimientos de rencor, desconfianza, enemistad y recelo entre las partes y que alteraría profundamente las dinámicas políticas de aquellos Estados árabes derrotados (Ma'oz, 1999).

Esta afirmación, resulta controversial. Sin embargo, puede ser sustentada al evidenciar que las dramáticas consecuencias de semejante derrota no se hicieron esperar y fueron cobrando una por una las cabezas de los líderes árabes que habían permitido semejante humillación.

Tal como lo señala Maalouf (2011), en menos de cuatro años, todos los líderes árabes que se avinieron al armisticio con Israel perdieron la vida o el poder, así: En Siria, Husni Al-Zaim, quien había fungido como jefe del estado mayor del ejército sirio durante la guerra y quien posteriormente ostentaría la presidencia tras lograr el poder en un golpe de estado, estaría tan solo seis meses al mando del país antes de ser derrocado y ejecutado el 14 de agosto de 1949. En Líbano, el exjefe de Gobierno Riad El-Solh, quien ocupaba la cartera de Asuntos Exteriores durante la guerra y el armisticio, fue asesinado en julio de 1951 por militares nacionalistas. En Jordania, el Rey Hachemita Abdallah, hijo del Jerife de la Meca, sería asesinado a las afueras de la mezquita de Al-Aqsa en Jerusalén del este a finales de 1951. En Egipto también hubo una serie de sublevaciones y atentados que iniciaron con el asesinato del jefe de Gobierno Nokrashi Pacha y que continuarían hasta concretarse un golpe de estado promovido por los autoproclamados Oficiales Libres bajo el mando del General Mohamed Naguib. Este levantamiento militar ocasionó el derrocamiento del Rey Faruk en 1952, monarca con altos niveles de impopularidad por su manejo militar durante la guerra y una vida personal llena de lujos, excesos y controversias.

A lo largo de las siguientes décadas serían principalmente Siria, Egipto y Jordania los Estados árabes que estarían involucrados en nuevos escenarios de confrontación armada contra Israel. Algunos de los episodios bélicos más emblemáticos y significativos en la conformación actual del Medio Oriente incluyen, más no se limitan, la segunda guerra árabe-israelí (conocida también como guerra del canal del Suez, en 1956), la tercera guerra árabe-israelí (conocida también como la guerra de los Seis Días, en 1967), la cuarta guerra árabe-israelí (conocida también como guerra del *Yom Kippur* o guerra del Ramadán, en 1973).

Mucha de la dinámica militar favorable que Israel experimentó a lo largo de la segunda mitad del siglo XX se relaciona con las dinámicas geopolíticas que la región evidenció con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En este orden de ideas, Medio Oriente experimentó profundas alteraciones derivadas en mayor medida de la creciente participación política en la zona tanto de los Estados Unidos como de la Unión Soviética. Ambos actores, tras convertirse en superpotencias en el periodo de la posguerra, empezaron a desplazar de sus posiciones de privilegio en la región a Francia y a Gran Bretaña. Es decir, después de la Gran Guerra, tanto los norteamericanos como los soviéticos se habían embarcado en una competencia antagónica, y por ello, cada uno se esmeró por construir una sólida red de alianzas y contraalianzas en aras de menoscabar la influencia del rival.

En aquel entonces americanos y soviéticos gozaban de mayor credibilidad frente a diversos movimientos árabes de índole nacionalista, así como de menor desprestigio que el acumulado por franceses y británicos. Por ello, desde entonces la belicosidad entre Siria e Israel también se vio profundamente influenciada por el juego geopolítico regional que encaraban a estas poderosas superpotencias, así como por la capacidad de financiamiento y apoyo militar que proporcionaban a ambos países.

En esta lógica, mientras Israel se convertiría en la punta de lanza de los intereses americanos en la zona, Siria haría parte de aquellos Estados que buscaban en la Unión Soviética contrarrestar el apoyo norteamericano a sus enemigos. Ahora bien, en la región las dinámicas propias de la Guerra Fría durante el siglo XX resultaron ambivalentes, pues tal como se ha mencionado, por un lado ayudaron a incrementar los niveles de hostilidad entre actores emblemáticos, sin embargo, también cimentaron las bases sobre las cuales se construyeron acuerdos de paz entre enemigos tradicionales. En este contexto, llama la atención que con el tiempo Israel lograría firmar la paz con dos de sus más importantes y tradicionales enemigos, Egipto (1979) y Jordania (1994). Sin embargo, esta realidad no ha podido ser replicada con Siria, el único de estos antagonistas tradicionales que desde 1948 aún mantiene un estado de hostilidad declarado con Israel.

En términos más contemporáneos, esta hostilidad manifiesta también puede ser evidenciada en la guerra del Líbano de 2006, en donde en efecto se presentó una confrontación armada entre las Fuerzas de Defensa de Israel y la milicia chiíta de Hezbollah, apoyada por Siria e Irán (Kober, 2008). Adicionalmente, resulta pertinente mencionar el bombardeo en 2007 por parte de la Fuerza Aérea de Israel al reactor nuclear de Al-Kibar en Siria. Esta acción armada resultaría emblemática, pues reafirmaría la “doctrina de seguridad nacional Begin”, así llamada en honor al Primer Ministro de Israel Menachen Begin, quien al considerar que ningún adversario hostil hacia Israel debería tener armas nucleares en Medio Oriente ordenó el bombardeo de las instalaciones nucleares de Osirak en Irak, en 1981 (Makovsky, 2012).

3. INTERESES GEOPOLÍTICOS DE ISRAEL EN SIRIA

Es importante establecer al inicio de esta sección que Israel no tiene la capacidad real ni la motivación necesaria para determinar o controlar el curso del conflicto armado en Siria o de sus eventuales resultados (Singer, 2018). Esta circunstancia puede explicarse básicamente a partir de tres premisas. Primero, de una manera u otra, el alto establecimiento político y militar israelí ha aprendido a interpretar al régimen de Bashar Al-Assad, logrando establecer entre las partes cierta medida de racionalidad compartida y ponderan el viejo refrán “más vale viejo conocido que nuevo por conocer”. Segundo, ninguna de las eventuales alternativas de reemplazo al régimen representa una garantía de estabilidad mayor a la actual, pues de llegar al poder buena parte de las organizaciones rebeldes o grupos fundamentalistas islámicos radicales seguramente intentarían desafiar

militarmente al Estado hebreo en aras de consolidar su dominio y llenarse de legitimidad. Finalmente, esta consideración resulta pertinente en virtud de algunas dolorosas lecciones aprendidas de la guerra civil libanesa desarrollada entre 1975 y 1990. En aquel entonces el Gobierno de Israel intentó consolidar una ambiciosa apuesta en términos geopolíticos al promover el acceso a la presidencia del Líbano a Bashir Gamayel, un importante líder político y comandante paramilitar del “Frente de Fuerzas Libanesas” durante los primeros años de la Guerra Civil³.

Sin embargo, para Israel todas estas circunstancias no demeritan el hecho de que el conflicto armado en Siria ha inyectado inestabilidad en la región, amenaza a su frontera norte y ha propiciado la cercana conglomeración de diversos movimientos islamistas promotores de violencia radical. Todo ello genera, en consecuencia, especiales preocupaciones e intereses para Israel, el único Estado no musulmán en una zona que se extiende desde el Mediterráneo hasta la India.

Ahora bien, la mayoría de países occidentales mantienen también unos elevados niveles de preocupación respecto a cómo el panorama de violencia, sectarismo y extremismo evidenciados en el conflicto armado en Siria pueden repercutir negativamente en ellos. No hay que olvidar que el conflicto armado en Siria ha logrado atraer a miles de combatientes occidentales que podrían eventualmente regresar a sus países nativos, llevando consigo no solo su pasaporte y documento de identidad, sino también una ideología radical violenta, entrenamiento militar, experiencia bélica y la idea de perpetrar ataques o atentados contra su territorio, instituciones políticas y ciudadanos, afectando sus más relevantes intereses.

Sin embargo, en virtud de su cercanía territorial, las preocupaciones de Israel frente al conflicto armado en Siria son diferentes de las principales potencias occidentales. Sus preocupaciones son, quizás, de mayor sensibilidad. Por ejemplo, mientras Estados Unidos, Francia, Alemania y Gran Bretaña expresan preocupación por la influencia desestabilizadora de movimientos extremistas sunitas como Al-Qaeda o el Estado Islámico y la capacidad operativa de estas organizaciones para desarrollar ataques en sus territorios. Para Israel, el principal interés geopolítico en el conflicto en Siria se fundamenta en el grado de influencia y control territorial que allí puede ejercer Irán sobre el terreno (Hanauer, 2016).

³ El Estado de Israel, así como el movimiento sionista que le precedió, siempre ha buscado aliados potenciales en medio del entorno hostil de mayoría árabe/sunita que le rodea (Olmert, 2013). Esta estrategia, de haberse concretado en términos absolutamente favorables, habría podido garantizar la existencia de un gobierno cristiano maronita aliado, capaz de impedir el atrincheramiento de milicias palestinas en el Líbano en aras de promover su lucha nacionalista y al mismo tiempo cortar la influencia que Siria ejercía en el país (Schiff, 1984). Los resultados, sin embargo, no fueron los esperados e Israel terminó envuelta en un despliegue militar en el sur del Líbano que se extendió desde 1985 hasta el 2000.

Esta circunstancia plantea por sí sola un enorme dilema. Por un lado, a Israel le gustaría tener tranquilidad en la frontera con Siria, por lo tanto inmiscuirse a fondo en la dinámica de la confrontación allí y realizar un masivo envío de tropas para conseguir cierto control territorial y promover la eventual caída de Bashar Al-Assad resultaría perjudicial frente a este objetivo. Con este tipo de acciones atraería contra su territorio y sus ciudadanos el poder de fuego de aquellos actores armados (estatales y no estatales) que no estén dispuestos a tolerar su participación en la contienda. Si bien este tipo de medidas podría significar una derrota para el eje de hostilidad compuesto por Siria, Hezbollah e Irán, también es cierto que de salir mal podría traer consecuencias desfavorables a largo plazo, tal como ya se experimentó en Líbano y su guerra civil. Por otro lado, asumir una conducta completamente pasiva frente a un escenario bélico tan próximo a su territorio y en donde participan activamente varios de sus más consagrados enemigos, es una apuesta inaceptable en virtud de los enormes riesgos a su seguridad nacional.

En ambos casos, las amenazas para Israel son evidentes, más aun cuando se identifica la activa participación de Irán y su creciente y constante interés de apoyar el régimen de Bashar Al-Assad. Este apoyo se manifiesta a través de su propio despliegue militar en el territorio y mediante la financiación y soporte logístico que proporciona a la milicia chiíta de Hezbollah, como brazo armado irregular de su alianza con Damasco.

En tal virtud, el alto establecimiento político y militar en Israel ha optado por mantener al mínimo su vinculación en el conflicto armado en Siria. Esta lógica no debe ser entendida de manera displicente frente a los acontecimientos sino con una racionalidad que estima que, pese a las dificultades, por el momento los intereses israelíes se ven mejor salvaguardados con la permanencia de Al-Assad en el poder, antes que el consecuente caos que su salida originaria (Rabinovich, 2015). Adicionalmente, una cosa es segura, el gobierno israelí no está dispuesto a ver el fortalecimiento militar del eje de apoyo al régimen sirio (Irán y Hezbollah), ni que estos se atrincheren peligrosamente en su frontera norte. Es decir, oficialmente el Estado de Israel mantiene una postura de neutralidad manifiesta en los eventos relacionados con el conflicto armado en Siria, sin embargo, una cosa es la postura oficial y otra la práctica en el terreno, donde no se comporta como un convidado de piedra o un simple y discreto espectador de los acontecimientos que allí se desarrollan.

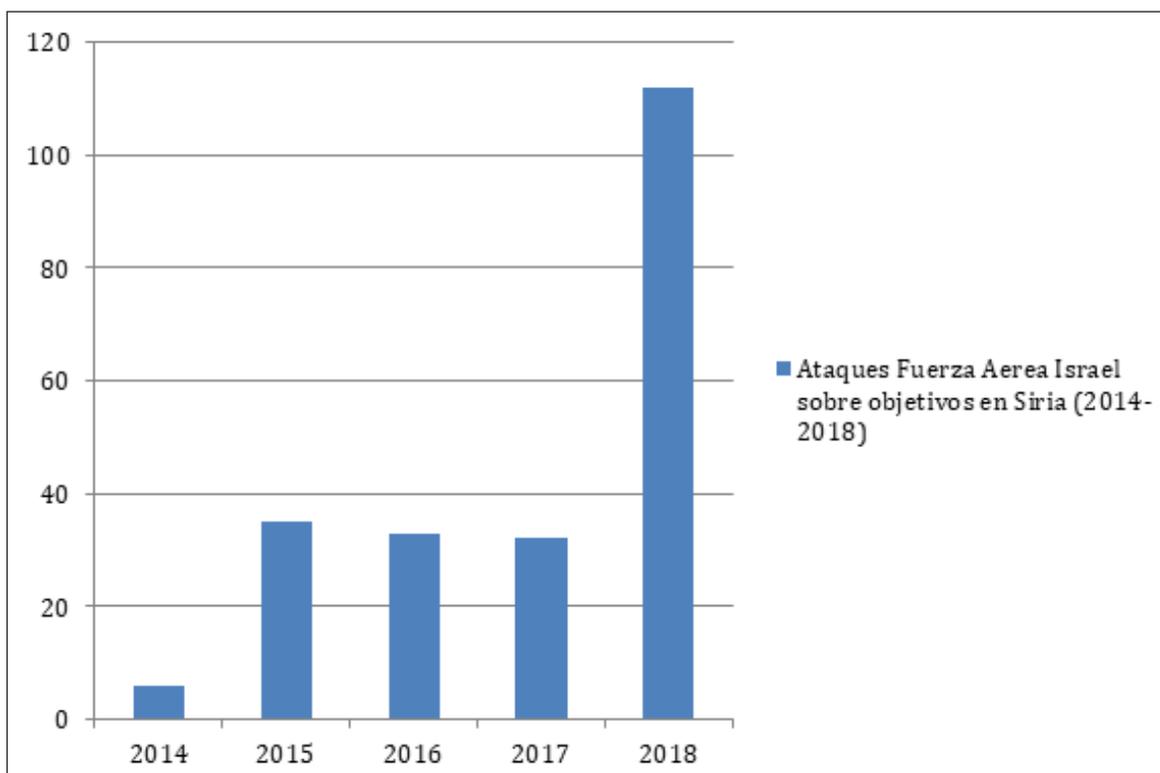
En consecuencia, esta circunstancia ha determinado el establecimiento de unas líneas rojas imaginarias que al ser traspasadas provocan su inmediata reacción armada. Las líneas rojas a las cuales se hace referencia en este texto, por lo tanto, tienen una naturaleza defensiva y una connotación disuasiva, al definir claramente la intolerancia frente a una acción en particular y enviar un mensaje claro de retaliación frente a su comisión (Guzansky, 2013). Ahora bien, en la abundante bibliografía especializada sobre el tema, distintos autores incluyen o descartan muchas acciones dentro de esta categoría de líneas rojas o detonantes bélicos.

A juicio de esta investigación, estas líneas rojas, por lo menos, pueden ser evidenciadas frente a 3 hechos particulares en torno al conflicto armado en Siria. Primero, que el territorio israelí o sus ciudadanos sean atacados desde territorio sirio por cualquiera de los actores del conflicto. Esta circunstancia se ha presentado a lo largo de los años de contienda y determina la inmediata retaliación hacia el lugar de procedencia de dichos ataques, usualmente localizados cerca de la zona divisoria entre ambos países (Boms, 2017). El mensaje que se envía con este tipo de acciones retaliatorias es que no se permitirá que las hostilidades en Siria se desborden hacia territorio israelí ni que ellas pongan en peligro a sus ciudadanos.

Una segunda línea roja se determina a partir de la consolidación de la presencia militar iraní en territorio Sirio. El antagonismo existente entre Israel e Irán se condiciona por un hecho geográfico que no puede omitirse, estos actores no comparten una frontera común. Por lo tanto, según Hanauer (2016), el desmedido acumulación de fuerza militar iraní en Siria, ya sea a través del despliegue masivo de tropas al territorio sirio o la consolidación de una capacidad armamentística suficiente para arriesgar la seguridad nacional israelí, es un hecho catalizador de la respuesta armada por sí solo.

En este sentido, vale la pena resaltar que en mayo de 2018 el derribo de un drone iraní que entró a espacio aéreo israelí provocó el ataque sobre la base aérea en Siria desde donde este drone había despegado. Este hecho ocasionó la muerte de varios miembros de la guardia revolucionaria iraní y la consecuente retaleación persa con el disparo de más de 20 cohetes hacia objetivos israelíes en los Altos del Golán. Esta acción, a su vez, determinó una nueva respuesta armada por parte de Israel en la cual eliminaron múltiples puntos de inteligencia asociados con Irán, atacaron a Kiswah y el punto de abastecimiento de municiones iraníes en el aeropuerto de Damasco (Karmon, 2018).

Una tercera línea roja puede ser evidenciada en la nutrida participación militar que Israel ha desplegado en la medida que se encuentra frente a movimientos de armas avanzadas que puedan llegar a manos de Hezbollah y que puedan constituirse como un elemento diferenciador en el balance de poder militar entre las partes (Frisch, 2017). Permitir esta transferencia de armas a Hezbollah, que en principio probablemente estarían destinadas a apoyar la resistencia armada en favor del régimen de Bashar Al-Assad, no demerita el hecho de que puedan también ser utilizadas en un futuro para desafiar militarmente a Israel (Dassa, 2016; Murciano, 2017). En consecuencia, el envío de equipo militar como misiles avanzados terrestres o antiaéreos, al igual que cargamentos de armas químicas destinados a Hezbollah, han determinado la respuesta militar de Israel. En este sentido, tal como se evidencia en la siguiente tabla, en los últimos años de conflicto armado en Siria, Israel ha impactado en más de 200 oportunidades a las fuerzas armadas del régimen y a sus aliados de Hezbollah (Hadar, 2017; Dadouch y Heller, 2017).



Fuente: Elaboración propia con base en el Munich Security Report (2019).

GRÁFICA 1. ATAQUES FUERZA AÉREA ISRAEL SOBRE OBJETIVOS EN SIRIA (2014-2018)

En tal medida, puede afirmarse que por el momento para Israel los intereses estratégicos de la guerra en Siria son más bien cortoplacistas. Mientras Estados Unidos, Rusia, Turquía, Irán e incluso Arabia Saudita están jugando un complicado juego geopolítico en la región, Israel concentra su atención en la consecución de beneficios tangibles inmediatos que no desborden en problemáticas futuras más complejas.

Mientras tanto, en la medida que continúe la guerra en Siria se desarrollará el consecuente debilitamiento de algunos de sus principales enemigos, como lo son Irán, Hezbollah, el ejército sirio y múltiples organizaciones extremistas sunitas. Todos estos actores, mientras estén concentrados en destruirse mutuamente, prestarán menor atención momentánea en dirigir esa capacidad de fuego hacia la destrucción del Estado de Israel (Tokmajyan, 2014; Hanauer, 2016).

CONCLUSIONES

El conflicto armado en Siria ha desencadenado una serie de complejas consecuencias en la región, al constituirse como el más reciente campo de batalla geopolítico para importantes actores regionales e internacionales. Si bien Israel no ha utilizado este escenario para lanzarse en una gran campaña militar en aras de condicionar los resultados de este escenario bélico, tampoco es adecuado afirmar que mantiene una postura indiferente frente al mismo. Esto en virtud a que las implicaciones de la guerra en Siria son de absoluta importancia para los intereses de seguridad nacional en Israel, con el que comparte no solo 83 kilómetros de frontera terrestre, sino además una disputa fronteriza alrededor de las reclamaciones territoriales por los Altos del Golán y un consecuente estado de hostilidad militar.

Adicionalmente, Siria se ha constituido como el epicentro del antagonismo existente entre Israel e Irán. Este hecho se condiciona por una realidad geográfica que no puede omitirse, estos actores conflictivos no comparten una frontera común. En virtud de esta realidad, Siria adquiere un valor estratégico de gran importancia, pues para efectos prácticos se constituye en un segundo frente indirecto de batalla de Irán hacia Israel, en adición al que ya tienen establecido en Líbano. De esta forma, el régimen de Teherán asegura un corredor de influencia chiita a través de Irak, Siria y Líbano, hasta el Mediterráneo, proyectando su influencia política y militar en la región.

Ahora bien, durante el periodo de duración del conflicto armado interno, el nivel de violencia, barbarie y desgaste ha golpeado a todos los enemigos del Estado hebreo que se han convocado en este tinglado. Esto significa que la movilización de recursos bélicos hacia Siria y la activa dinámica de confrontación allí presente han obligado a muchos de sus enemigos a postergar en alguna medida su agenda de acciones armadas tradicionales, en aras de lograr la consecución de objetivos estratégicos de mayor importancia.

Esta realidad puede parecer absolutamente favorable para Israel, en la medida que mientras sus más acérrimos enemigos están intentando destruirse mutuamente, desvían su atención frente al objetivo declarado de destruirlo. Sin embargo, de manera esporádica semejante nivel de violencia logra efectivamente traspasar las fronteras y amenazar a Israel tanto en su territorio como a sus ciudadanos. Por lo tanto, si bien el despliegue militar de Israel en el conflicto no puede equipararse al realizado por otros actores (como Turquía o Rusia), ha sido lo suficientemente claro para determinar que no se tolerarán acciones que afiancen la masiva presencia militar iraní en territorio sirio, que amenacen la integridad del territorio israelí o de sus ciudadanos y que determinen el traspaso de armas que alteren el balance de poder de Hezbollah.

Estas líneas rojas, sin embargo, no pueden ser vistas en términos absolutos e infalibles. No puede descartarse que en la medida que el conflicto armado en Siria entre en un nivel de favorabili-

dad para el régimen, Irán y Hezbollah intenten reactivar su frente de guerra contra Israel y, con ello, constituirse como elementos catalizadores de una nueva escalada de violencia en la zona.

REFERENCIAS

- Agencia Central de Inteligencia. (2019). The World Factbook. Syria. Recuperado desde <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/sy.html>
- Armstrong, K. (2014). *El Islam*. Bogotá, D.C.: Debate.
- Banco Mundial. (2019). Tierras cultivables (% del área de tierra). Recuperado desde <https://datos.bancomundial.org/indicador/AG.LND.ARBL.ZS?locations=SY>
- Boms, N. (2017). Israel's Policy on the Syrian Civil War: Risks and Opportunities. *Israel Journal of Foreign Affairs*, 11 (3), 323-336.
- Cohen, S. (2009). *Geopolitics: The geography of international relations* (2nd ed.). Nueva York: Rowman & Littlefield.
- Dassa, D. (2016). Israel's Iran Policies After the Nuclear Deal. *Perspectives*, 1-24.
- Dadouch, S. & Heller, J. (2017). Israel hits Syrian site said to be linked to chemical weapons. Recuperado desde <https://uk.reuters.com/article/uk-mideast-crisis-syria-israel/israel-hits-syrian-site-said-to-be-linked-to-chemical-weapons-idUKKCN1BIOLK>
- Dening, B. H. (1950). Greater Syria: A study in political geography. *Geography*, 35(2), 110-123.
- Energy Information Administration (2015). Syria International energy data and analysis. Recuperado de: https://www.eia.gov/beta/international/analysis_includes/countries_long/Syria/syria.pdf
- Frisch, H. (2017). Should Israel Maintain Its Policy of Non-Intervention in Syria? *The Begin-Sadat Center for Strategic Studies*, 402, 1-3.
- Gelvin, J. (2012). Two surprises: Algeria and Syria. In *The arab uprisings. What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press.
- Gil, J., James, A. & Lorca, A. (2012). *Siria: guerras, clanes, Lawrence*. Granada: Algón.
- Goujon, R. (2014). The Geopolitics of the Syrian Civil War. Recuperado de: <https://worldview.stratfor.com/article/geopolitics-syrian-civil-war>
- Guzansky, Y. (2013). Thin Red Lines: The Syrian and Iranian Contexts. *Strategic Assessment*, 16(2), 23-33.
- Hadar, M. (2017). *The war in Syria: An Israeli Perspective*. Recuperado de: http://www.bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/ifk_monitor_44_int_hadar_israel_oktober_17_web.pdf
- Hanauer, L. (2016). *Israel's Interests and Options in Syria*. Santa Monica: RAND Corporation.
- Hinnebusch, R. (2014). The foreign policy of Syria. En *The foreign policies of the Middle East*. Londres: Reiner.

- Karmon, E. (2018). Syria: Local, Regional, Global Battlefield. En *IDC International Radio*. Herzliya.
- Klare, M. (2009). There will be blood: Political violence, regional warfare, and the risk of great-power conflict over contested energy sources. En *Energy security challenges for the 21st century*. Santa Barbara: Praeger Security international.
- Kober, A. (2008). The Israel defense forces in the Second Lebanon War: Why the poor performance? *Journal of Strategic Studies*, 31(1), 3-40.
- Martínez, J. (2002). *El mundo árabe e Israel: el Próximo Oriente en el siglo XX* (3^a ed.). Madrid: Istmo.
- Ma'oz, M. (1999). From Conflict to Peace? Israel's Relations with Syria and the Palestinians. *Middle East Journal*, 53(3), 393-416
- Maalouf, A. (2011). *El Desajuste del mundo: cuando nuestras civilizaciones se agotan*. Madrid: Alianza.
- Makovsky, D. (2012). *The Silent Strike. How Israel bombed a Syrian nuclear installation and kept it secret*. Recuperado de: <https://www.washingtoninstitute.org/uploads/Documents/opeds/Makovsky20120917-NewYorker.pdf>
- McHugo, J. (2015). *Syria: A history of the last hundred years*. Nueva York: Saqi Books.
- Munich Security Report. (2019). The Great Puzzle: Who will pick up the pieces? Recuperado de: <https://www.securityconference.de/en/publications/munich-security-report/munich-security-report-2019/>
- Murciano, G. (2017). Israel vis-à-vis Iran in Syria: The Perils of Active Containment. *German Institute for International and Security Affairs*, 41, 1-8.
- Neff, D. (1994). Israel-Syria: Conflict at the J1ordan River, 1949-1967. *Journal of Palestine Studies*, 23(4), 26-40.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). Syria worst man-made disaster since World War II – Zeid. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21373&LangID=E>
- Olmert, J. (2013). Israel and Alawite Syria: The Odd Couple of the Middle East? *Israel Journal of Foreign Affairs*, 7(1), 17-25.
- Phillips, D. (2010). *Syria*. New York: Chelsea House.
- Rabinovich, I. (2015). Israel and the changing Middle East. *Middle East Memo*, 34, 1-11.
- Schiff, Z. (1984). Dealing with Syria. *Foreign Policy*, 55, 92-112.
- Singer, M. (2018). The "Game" Israel and Iran Must Play in Syria. *The Begin-Sadat Center for Strategic Studies*, 825, 1-3.
- Starr, S. (2015). *Revolt in syria: eye-witness to the uprising*. Nueva York: Hurst Publications.

- Sottilotta, C. (2017). *Rethinking political risk: concepts, theories, challenges*. Londres: Routledge Taylor & Francis Group.
- Tokmajyan, A. (2014). Hezbollah's Military Intervention in Syria Political choice or religious obligation? *Approaching Religion*, 4(2), 105-112.
- Van Dam, N. (2013). *The struggle for power in Syria: politics and society under Asad and the Bath Party*. Londres: I.B. Tauris.
- Van Dusen, M. (1972). Political Integration and Regionalism in Syria. *Middle East Journal*, 26(2), 123-136.
- Wall Street Journal, (2011). Interview With Syrian President Bashar al-Assad Recuperado de: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052748703833204576114712441122894>